

مجلة جامعة تكريت للحقوق
السنة (٣) المجلد (٣) العدد (١) الجزء (٢)
ايلول ٢٠١٨ م - محرم ١٤٤٠ هـ



الدفع بعدم تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي وفقا لاتفاقية نيويورك ١٩٥٨

د. امير طالب هادي التميمي

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - مركز الوزارة



الدفع بعدم تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي وفقا لاتفاقية نيويورك ١٩٥٨

د. امير طالب هادي التميمي

الملخص :

يمثل التحكيم الإلالية المهمة والبارزة في فض المنازعات التجارية الدولية بل أصبح الاداة ذات المقبولية في تسوية تلك المنازعات فلا يكاد يخلو اي عقد من العقود الدولية من شرط التحكيم ، وينتهي التحكيم بالحكم الصادر من الهيئة التحكيمية ولكي تكتمل الغاية المبتغاة من التحكيم لا بد من تنفيذه اذ تمثل هذه المرحلة هي الهدف الحقيقي من التحكيم فلا جدوى منه دون ذلك، لذا اصبح من الضروري على مختلف التشريعات الاعتراف بحكم التحكيم الاجنبي وتنفيذه وتعد اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف باحكام التحكيم الاجنبية من بين اهم الاتفاقيات التي رسمت ووضعت قواعد الاعتراف بحكم التحكيم الا انه قد تواجه مسألة التنفيذ مجموعة من الاسباب سواء كانت شكلية او موضوعية تمكن الاطراف من الطعن بقرار التحكيم ومن ثم الدفع بعدم تنفيذه طبقا لتلك الاسباب وهذا ما بينته المادة (٥) من الاتفاقية المذكورة الا ان الدول اختلفت في تفسير ومدى اعتماد معايير موحدة بشأن ذلك .

Abstract :

Commercial Arbitration has become the most important way to solve the deputies raised from the international commercial contracts as it is considered to be the preferred method for the parties of such kinds of contracts.

To achieve the purposes of commercial arbitration , the award which issued by the arbitral tribunal must be apply in the state of the person who obliged according to it . Without this obligation , the arbitration will not reach its goals.

The Convention of Recognition and Enforcement of foreign Arbitration Awards (New York Convention) states on that, with exemptions inserted in the fifth article of this convention. This research will be on the first section of this convention which about the reasons of this exemption related to the award itself.

مقدمة :

اولا: اهمية البحث

يفتخر مجتمع التحكيم الدولي ويعطي اهمية خاصة لاتفاقية الامم المتحدة حول الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨ او ما تسمى باتفاقية نيويورك ، ولا يعد هذا مفاجئاً بسبب ما توفره هذه الاتفاقية من مرونة وسهولة في تطبيق قرارات التحكيم في مختلف بقاع العالم، اذ بلغ عدد المنضمين لهذه الاتفاقية ١٥٩ عضوا من بينها ١٥٦ دولة من الدول المنظمة للامم المتحدة، ولا زالت هنالك دول في طور الانضمام الى الاتفاقية ، ومن بينها العراق اذ يعد الانضمام مهماً وامراً محتماً لا ستكمال الجهود المبذولة في مجال التحكيم، فلا فائدة تذكر من وجود شروط التحكيم في العقود الدولية بدون امكانية وجود اجبار فرض قرارات التحكيم^(١).

ولعل ان هنالك تردد منع الكثير من الدول من الانضمام الى هذه الاتفاقية لغاية الان، اذ يمكن ارجاع ذلك التردد الى مجموعة مخاوف في مقدمتها انه من شان فرض تطبيق قرار تحكيم اجنبي ان يمس بمسائل تتعلق بسيادة الدولة وتعارضها مع نظامها القانوني، ويمكن تبديد هذه المخاوف ومن خلال قراءة دقيقة لهذه الاتفاقية الى انه ليس من الضرورة ان يكون من اثر الانضمام تطبيق قرارات تحكيم اجنبية بصورة مطلقة بما يتعارض والنظام

^١ - ينظر في نفس المعنى استاذنا الدكتور لطيف جبر كوماني، الحالات التي لا تنفذ فيها قرارات التحكيم الاجنبية طبقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ١٩٨٥ ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء. السنة الثانية ، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص ٧٩.

القانوني للدولة ، كون ان هنالك مواد في ذات الاتفاقية تتيح للدولة المنظمة العمل ان توفق بين تطبيق الاتفاقية ونظامها القانوني ، ومن هذه المواد المادة الاولى الفقرة ٣ التي تتيح للدولة الاعلان عن عدم تطبيق الاتفاقية الا بالنسبة للاعتراف بالقرارات الصادرة في دولة اخرى متعاقدة على اساس المقابلة بالمثل، كما تجيز للدولة ان تعلن انها لا تطبق الاتفاقية الا على العلاقات القانونية التعاقدية او غير التعاقدية التي تعد تجارية بموجب القانون الوطني لها .

فضلا عن ذلك ما اشارت اليه الفقرة (١) من المادة ١٣ من الاتفاقية اذ بينت بانه يجوز لاي دولة متعاقدة ان تنسحب من الاتفاقية بعد توجيه اخطار الى الامين العام للامم المتحدة ويبدأ سريان الانسحاب بعد سنة واحدة من ذلك الاخطار .

ولعل اهم ما يمكن ان يبذل المخاوف هو ما ورد في المادة (٥) من الاتفاقية والتي جاءت لتبين مجموعة اسباب تعطي الحق للدولة برفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه سواء كانت لاسباب شكلية اوموضوعية تتعلق بالقرار نفسه او لاسباب داخلية تتعلق بالبلد الذي يراد للقرار ان يطبق فيه .

ثانيا: اشكالية البحث ونطاقه

على الرغم من ادراج الاستثناءات في المادة الخامسة الا انها لم تحدد معايير واضحة لذلك ، الامر الذي يحتاج الى بعض الايضاح وايراد بعض الاحكام التي استندت الى هذه المادة، وبعض الاختلافات في التفسير، للتوصل الى معايير مشتركة توافقية في مجال الدفع بعدم التنفيذ وفق هذه المادة وقدر تعلق الامر ببحثنا فان سيقصر على بيان رفض الاعتراف بحكم التحكيم وفقا للبند (١) من المادة (٥) من الاتفاقية المذكورة

ثالثا: منهجية البحث

تم اعتماد الدراسة التحليلية لنص المادة (٥) من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ والتي نصت صراحة على الحالات التي يتم الدفع فيها بعدم تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي ، فضلا

عن التطرق الى بيان بعض قرارات التحكيم والاحكام القضائية التي تم الاستناد اليها في تحديد بعض المعايير التي يمكن الرجوع اليها عند التمسك بعدم التنفيذ لعدم تحديد ذلك في نص المادة المذكور.

رابعا: خطة البحث

بغية الاحاطة بتفاصيل البند الاول من المادة الخامسة المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ سنقسم بحثنا هذا على مبحثين سيخصص الاول منهما لبيان اسباب الدفع الموضوعية المتعلقة بقرار التحكيم وفق مطلبين نخصص الاول منهما الى بيان صحة شرط التحكيم والثاني لبيان حالة تجاوز نطاق اتفاق التحكيم اما المبحث الثاني فيختص باسباب عدم التنفيذ الشكلية المتعلقة بقرار التحكيم وعلى شكل ثلاثة مطالب يختص الاول منها الى بيان اجراءات التحكيم الاصولية او العادلة واما الثاني فلتشكيل هيئة التحكيم واجراءاتها اما المطلب الثالث فاختص ببيان الزامية قرار التحكيم ثم انهينا البحث بخاتمة بسيطة بينا فيها اهم النتائج والتوصيات وعلى النحو الاتي:

المبحث الاول

اسباب عدم التنفيذ الموضوعية المتعلقة بقرار التحكيم

لا يمكن تنفيذ الحكم التحكيمي بمجرد صدوره، بل يجب ان تتوفر فيه شروط موضوعية متى ما انعدمت هذه الشروط كان بالامكان الدفع بعدم تنفيذ ذلك الحكم، ويمكن ارجاع هذه الاسباب الى تلك المتعلقة بصحة شرط التحكيم كانهادام الاهلية او كان الاتفاق غير صحيح، او تلك الاسباب المبنية على تجاوز حدود نطاق اتفاق التحكيم، وهذا ما سنحاول بيانه في المطلبين الاتيين:

المطلب الاول صحة شرط التحكيم

من المسائل التي يمكن الدفع بها بعدم تنفيذ قرار التحكيم مسألة صحة اتفاق التحكيم او شرط التحكيم . وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ) من البند (١) من المادة (٥) من اتفاقية نيويورك ، اذ اشارت ان للمحاكم ان ترفض الاعتراف بقرار التنفيذ ومن ثم تنفيذه إذا أثبت الطرف المطالب بالتنفيذ بأن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا بسبب نقص الأهلية أو لأسباب موضوعية أو شكلية^(١) .

فبالنسبة لأهلية أطراف اتفاق التحكيم من المفروض منه أن اتفاق التحكيم يعد عملا قانونيا وأن الدخول به يعد تصرفا قانونيا ، وكل تصرف قانوني يجب أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية ، والأهلية القانونية معناها صلاحية الشخص ، سواء أكان طبيعيا أم معنويا ، لاكتساب الحقوق وأداء الالتزامات ، اذ يتعين أن يتوافر لدى أطراف خصومة التحكيم الأهلية اللازمة، بمعنى أن تكون لديهم أهلية التصرف، لأن التحكيم ينطوي على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين^(٢) .

أما بالنسبة لباقي الشروط الموضوعية ، فإن اتفاق التحكيم يعد تعاقدًا بين الاطراف ، ومن ثم فانه يجب أن يلبي كل متطلبات العقد من الناحية الموضوعية . فالاطراف يجب أن يتفقوا صراحة على التحكيم ويتفقوا على المسائل التي يمكن ان تكون محلا للنزاع مستقبلا والخاضعة للتحكيم على نحو لا يجعلها مختلطة بمسائل أخرى^(٣) أما بالنسبة لمسألة التراضي

^١ - اتفاقية نيويورك ، الفقرة (أ) البند (١) من المادة (٥) .

^٢ - ينظر د. رضا السيد، مسائل في التحكيم، الكتاب الأول، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص ١١٩ .

^٣ - ينظر : د. طه عوض غازي، مشاركة التحكيم، في القانون الروماني، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢، ص

بوصفه ركناً في اتفاق التحكيم فتلك مسألة يمكن الوصول إليها بسهولة إذا كان اتفاق التحكيم جزءاً من العقد باعتبار أن ذلك قد حصل نتيجة لتراضي ومفاوضات جرت على العقد بشكل عام بما في ذلك اتفاق التحكيم ، غير أن هذه المسألة ، أي مسألة التراضي ، قد تثير بعض اللبس أحياناً ، إذا كان اتفاق التحكيم موجود ضمن شروط عامة موجودة بمعزل عن العقد ، سواء أكانت تلك الشروط العامة موجودة عند البائع أو عند المشتري ، بل إن هذه المسألة تثير نزاعاً إذا لم يحدد على وجه الدقة في العقد شروط أي من الطرفين سوف تتبع ، كما أن مسألة التراضي بوصفه ركناً في اتفاق التحكيم من الممكن أن تثير اللبس أيضاً في حالة وجود طرف ثالث يتطلب العقد الاساسي تدخله للتنفيذ^(١).

أما بالنسبة للشروط الشكلية لاتفاق التحكيم فانها تتعلق بالكتابة . فاتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً حسب المادة الثانية من اتفاقية نيويورك إذ بينت في بندها (١) بأن الدول الداخلة في هذه الاتفاقية تعترف بالاعتراف بأي اتفاق ((مكتوب)) يتعهد فيه طرفان بأن يحيلوا الى التحكيم كل أو جزء من خلافاتهم التي نشأت أو التي تنشأ نتيجة لعلاقة قانونية بينهما سواء أكانت هذه العلاقة القانونية تعاقدية أم غير تعاقدية ، غير أن هذه الخلافات يجب أن تتصل بموضوع يمكن حله عن طريق التحكيم . فالواضح من نص البند المشار إليه أن ما توجبه الاتفاقية على الدول من اعتراف هو الاعتراف بالاتفاق المكتوب فقط^(٢).

أما البند (٢) من المادة الثانية فقد بين المقصود من الاتفاق المكتوب ، ذهاباً الى ان معنى الاتفاق المكتوب يشمل أي شرط تحكيم منصوص عليه في العقد أو أي اتفاق تحكيم

¹ - Cisse Amed Daouda, The Validity of International Commercial Arbitration Agreement, Global Journal of Politics and Law Research, Vol 4, Number5, PP 10-50, September 2016, page 20.

^٢ - البند (١) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك.

موقع عليه من قبل الاطراف أو وارد في رسائل او برقيات متبادلة بين الاطراف وهو بذلك يشمل حتى ما يتفق عليه الاطراف في الرسائل الالكترونية المكتوبة ^(١).

و بينت الفقرة (٥/١/أ) من الاتفاقية القانون الذي يرجع اليه في تحديد صحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية اذ قدمت ابتداء القانون الذي اتفق الاطراف بتطبيقه على شرط التحكيم ، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فان الفقرة اعلاه نصت على انه يطبق قانون البلد الذي يصدر فيه قرار التحكيم ^(٢).

والسؤال المطروح هنا هل ان المحاكم المعنية بتطبيق قرارات التحكيم قد اتبعت فعلا هذا الترتيب باتباع القانون ؟ وفي معرض الاجابة عن هذا السؤال فان غالبية محاكم الدول الاعضاء تتبع هذا الترتيب سواء في النصوص الواردة في نظمها القانونية ^(٣) او تلك التي

^١ البند (٢) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك

^٢ - نصت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك على ((١- لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار الا اذا قدم ذلك الطرف الى السلطة المختصة التي يطلب اليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت أ- أن طرفي الاتفاق المشار اليه في المادة الثانية كانا بمقتضى القانون المنطبق عليهما في حالة من حالات انعدام الاهلية أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق أو اذا لم يكن هنالك ما يشير الى ذلك قانون البلد الذي صدر فيه القرار)).

^٣ - من اهم هذه القوانين قانون هونغ كونغ وكذلك الهند ورومانيا وسنغافورة . لمزيد من التفاصيل حول مسار هذه القوانين ينظر:

George A. Bermann, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, Springer International Publishing AG, 2017, Page 41.

تكونت على شكل سوابق قضائية فيها ^(١) بينما فضلت بعض المحاكم اتباع ما جاءت به الاتفاقية على الرغم من تعارضه مع الترتيب الوارد في قوانينها الداخلية ^(٢).
في حين ذهبت قليل من النظم القانونية ، بان ما يطبق في تحديد مدى صحة الاتفاق هو القانون الذي اختاره الاطراف، وهذا ما يتوافق جزئيا مع الفقرة انفة الذكر ، الا انه في غياب ذلك الاتفاق فان ما يطبق هو قانون البلد المراد تطبيق قرار التحكيم فيه ، وذلك ما اتبعته مثلا المحاكم الكندية ^(٣) اما في بعض المحاكم كفرنسا فانها تفضل الرجوع الى القانون الفرنسي في حالة غياب الاتفاق بين الاطراف على قانون يحكم اتفاقهم ^(٤).

المطلب الثاني

تجاوز حدود نطاق اتفاق التحكيم

^١ - ومن اهم هذه الدول البرازيل هولندا سويسرا ..

Ibid, Page 42

^٢ - من هذه المحاكم محاكم جمهورية الجيبك

Ibid , Page 42

^٣ -Achilles (USA) v Plastics Dura Plastics (1977) Itée/Ltd, [2006] QCCA 1523.avalable on:

[http://www.ulcc.ca/en/component/search/?searchword=Achilles%20%28USA%29%20v%20Plastics%20Dura%20Plastics%20%281977%29%20It%C3%A9/Ltd,%20\[2006\]%20QCCA%201523.&searchphrase=all&Itemid=515](http://www.ulcc.ca/en/component/search/?searchword=Achilles%20%28USA%29%20v%20Plastics%20Dura%20Plastics%20%281977%29%20It%C3%A9/Ltd,%20[2006]%20QCCA%201523.&searchphrase=all&Itemid=515).

^٤-Dalico, Cass. Civ 1re, Rev arb. 1994.116, JDI, 1994.432 (Dec. 20, 1993). French courts also **invoke the so-called** principe de validité, according to which arbitration agreements enjoy a presumption of validity; only in exceptional cases (as where the underlying claim is by law nonarbitrable) is the presumption overcome. See e.g., Zanzi, Cass. 1re civ, Rev arb. 1999.260 (Jan. 5, 1999) .mentioned in : Emmanuel Gaillard and John Savage, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, Pages 908-909.

عادة ما يتفق اطراف شرط التحكيم على المسائل التي يمكن ان تطرح للتحكيم مستقبلا ، ولذلك فان الاتفاقية حددت الاعتراف والتنفيذ بالمسائل المتفق عليها فقط، واستبعدت المسائل التي تكون خارج نطاق ذلك الاتفاق، وهذا تطبيق لحرية الاطراف في اختيار المسائل الخاضعة للتحكيم^(١).

وهناك الكثير من احكام المحاكم التي صدرت في عدد من الدول بعدم تنفيذ اتفاقات التحكيم التي تصدر بالتجاوز لحدود نطاقه^(٢) كما ان المحاكم توافقت ايضا في احكامها مع

- ١ - ينظر د.رضا السيد مصدر سابق ص ١٣١ وكذلك د.محمود مختار بريري، التحكيم التجارى الدولي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٢٣٠.

² -See, e.g., Argentina, Austria, China, Greece, Hungary, Italy, and the United Kingdom. In China, Art V(1)(c), on excess of arbitral authority, has been used to deny enforcement of an award as against a non-party to the arbitration agreement. The tribunal is deemed to have exceeded its authority when it renders an award against a party that cannot be considered to be a party to the arbitration agreement and therefore cannot be bound either by the agreement or the award. See Gerald Metals Inc. v Wuhu Metal Plant and Wuhu Henxin Copper Group Co., Ltd., Provincial Supreme Court of Anhui (2003), available at: <http://www.lawxp.com/statute/s540605.html>.

وعلى مستوى القضاء العربي فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها بذات الاتجاه الذي ذهبت اليه بقية المحاكم في تجاوز حدود اتفاق التحكيم اذا جاء في حكمها الصادر بتاريخ ١٧ مارس ١٩٩٧م والذي قالت فيه (إن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم يتعين أن تتضمن مشاركة التحكيم، تحديداً لموضوع النزاع، حتى تتحدد ولاية المحكمين، ويتسنى مراقبة التزامهم بحدود ولايتهم) حكم محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٩٣٢ لسنة ٥٨ ق، القاعدة ١٠٧، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٦، الجزء الأول، ص ٥٣٧.

وفي احكام اخرى نقض - الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٦/١١/٢٠٠٢؛ الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٧٠ ق جلسة ١٧/٦/٢٠٠١؛ الطعن رقم ١٦٢٦ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠/٤/٢٠٠٦؛ استئناف القاهرة الدائرة ٩١

توجه الاتفاقية في تجزئة قرار التحكيم، اذا كان يتضمن مسائل داخله في نطاق اتفاق التحكيم ومسائل خارجة عن هذا النطاق، فذهبت المحاكم الى تطبيق المشائل المشمولة دون تكل غير المشمولة^(١).

والسؤال الذي يطرح هنا يدور حول الجهة المختصة بتحديد المسائل المشمولة بالتحكيم من عدمه هل هي الهيئة التحكيمية المصدرة لقرار ام محكمة تنفيذ القرار ؟ وفي معرض الاجابة فان المستخلص من قرارات المحاكم بهذا الخصوص ، فانها تعطي قرينة قوية لصحة قرار هيئة التحكيم باعتبار ان مسالة دخول هذه المسائل ضمن شرط التحكيم هي مسالة تفسير لاتفاق التحكيم بين الاطراف متروكة اساسا لهيئة التحكيم المختصة بالنزاع، وعلى الرغم من ذلك فما دام الامر يعد قرينة فهي قابلة لاثبات العكس^(٢).

هذا من جهة، ومن جهة اخرى قد لا يقتصر تجاوز النطاق فقط للمسائل الخاضعة للتحكيم من عدمه ، بل قد يكون التعويض المقدر قد تجاوز النطاق المعقول والمالوف في نطاق التعويض، وفي هذه الحالة هل يمكن للمحكمة المنفذة للقرار ان ترفض تنفيذ القرار

تجاري، الطعن رقم ١٢ لسنة ١١٩ ق جلسة ٢٠٠٢/١٢/٣٠. لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية : <http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>

¹- for example, the national reports for China, Hong Kong, Italy, and Korea. See George A. Bermann, Op. Cit 47.

² -According to the court in one case (PT Prima Int Development v Kempinski Hotels SA & Others appeals, [2012] 4 SLR 98, at §33), “[t]he role of pleadings in arbitral proceedings is to provide a convenient way for the parties to define the jurisdiction of the arbitrator by setting out the precise nature and scope of the disputes in respect of which they seek the arbitrators’ adjudication.” The Swedish national report likewise views the parties’ submissions as a basis for determining the scope of the arbitration agreement. See Ray Turner, Arbitration Awards A Practical Approach, Black Well Publishing, Oxford, UK, 2005, Page 12.

بحجة تجاوز نطاق التحكيم؟ اذ وبعد الاطلاع على بعض قرارات المحاكم تبين ان هنالك اختلاف حول هذه المسألة، فبعض المحاكم اعتبرت ان التعويض المبالغ به يشكل سببا لرفض تنفيذ القرار وفقا لما مذكور اعلاه، فالمحكمة الكندية مثلا رفضت تنفيذ قرار بتحميل الخاسر تكاليف التحكيم بخلاف ما اتفق عليه الطرفان باتفاق التحكيم بان يتحمل كل طرف حصته من تلك التكاليف^(١).

وقريبا من ذلك رفضت المحاكم الايطالية تطبيق التعويضات عن المسائل التي لم يتفق الطرفان على شمولها بالتحكيم، بينما وافقت على التعويض عن باقي المسائل الداخلة في شرط التحكيم^(٢) وعلى العموم فان المحاكم في كثير من الدول مثل هولندا، وتركيا، و المملكة المتحدة، سايرت هذا المسار بالاعتراف والتنفيذ بالنسبة للمسائل التعويضية التي لم يتفق الطرفان عليها في اتفاق التحكيم سواء اكان هذا الاتفاق وارد ضمن العقد او وارد بصورة منفصلة^(٣).

بينما ذهبت بعض المحاكم مثل النرويجية الى ان مسألة تقدير التعويض هي مسألة تفسير متروكة لسلطة هيئة التحكيم، سواء كانت صحيحة ام غير صحيحة ، فلا يجوز

¹ -Telestat Canada v Juch-Tech Inc., [2012] ONSC 2785, 3 BLR (5th) 282.

قرار منشور بصيغة pdf على الموقع الالكتروني :

- www.uncitral.org/docs/clout/CAN/CAN_030512_FT.pdf.

²-General Organization of Commerce and Industrialization of Cereals of the Arab Republic of Syria v S.p.A. SIMER, CA Trento [1981] VIII YBCA 386 (1983), where the arbitral tribunal decided on technical matters even if it was competent only to decide on non-technical issues.

قرار منشور على الموقع الرسمي للمعلومات التحكيمية (Arbitrator Intelligence) :

-<http://www.arbitratorintelligence.org>.

³ -George A. Bermann, Op. Cit., Page 48.

للمحكمة التي تختص بتطبيق قرار التحكيم التدخل بتفاصيلها ^(١) كما ذهبت المحاكم الالمانية الى ان تجاوز المالف بالتعويض يعد خطأ بالقانون لا يخضع لمراجعة المحكمة التي تفرض قرار التحكيم ^(٢) .

ويتضح من كل ذلك انه في المسائل الموضوعية غالبا ما تمنح المحاكم التي تطبق قرار التحكيم قرينة قوية لما توصلت اليه هيئة التحكيم من تفسير لاتفاق الاطراف، غير ان هذه القرينة قرينة قابلة لاثبات العكس في بعض المحاكم ، اي ان بعض المحاكم يمكن ان تحكم بعدم تطبيق القرار، لمخالفته شرط التحكيم من الناحية الموضوعية للاسباب المبينة سابقا .

المبحث الثاني

اسباب عدم التنفيذ الشكلية المتعلقة بقرار التحكيم

من الممكن للمحاكم المختصة بفرض قرار التحكيم الاجنبي، ان ترفض تطبيق القرار لاسباب شكلية تتعلق بقرار التحكيم ذاته، وهذه الاسباب هي عدم صحة الاجراءات من حيث تبليغ الطرف المحتج ضده بالقرار على الوجه الصحيح، وتعيين المحكم، او باجراءات التحكيم او سبب اخر يجعله غير قادر على عرض قضيته، كما ذكر في الفقرة (ب/٥) او ان تشكيل هيئة التحكيم وسير اجراءات التحكيم لا يتفق مع اتفاق الطرفين، او اذا لم يكن هنالك اتفاق لا يتفق مع قانون البلد الذي جرى فيه التحكيم او في غياب هذا الاتفاق بين الطرفين

¹- A broadly analogous question is whether a tribunal is deemed to have acted in excess of authority in applying to the merits of a dispute a body of law other than the one designated by the parties as the governing law. See the discussion of this issue at 4.3.4 of this report, in connection with Art V(1)(d) of the Convention. Ibid , page 49.

²-Article 8 (2) of German Arbitration Act , Available on :
<https://sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>

كما اشارت اليه الفقرة (٥/١/د) وكذلك في حالة ان القرار لم يصل بعد الى درجة الالزام او اوقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في بلد التحكيم او بموجب قانون بلد التحكيم كما اشارت اليه الفقرة ٥/١/هـ وهذا ما سنبينه على وفق المطالب الاتية:

المطلب الاول

اجراءات التحكيم الاصولية او العادلة

نصت الفقرة (ب / ٥/١) امكانية رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه اذا قدم الطرف الذي يحتج ضده بالقرار ما يثبت انه " لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم او باجراءات التحكيم او كان لاي سبب اخر غير قادر على عرض قضيته " وهذا ما يسمى بشرط الاجراءات الاصولية او العادلة (due process of law)^(١) .

والسؤال الذي يطرح هنا، هو هل ان مسالة تقدير مدى تطبيق الاجراءات العادلة والاصولية يكون وفقا لمبادئ القضاء العادل الواردة ضمن دساتير الدول التي يفرض فيها قرار التحكيم ام وفق معايير اخرى، لان من الواضح ان هذه المبادئ تختلف من دستور بلد

^١ - اذ لا بد وأن يكون طرفا الخصومة على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه، فلا يمكن إجازة اتفاق بينهما إذا كان في ذلك الاتفاق ما يخل بحق أى منهما في إبداء دفاعه، فالمساواة بين الخصوم سواء كان قضاءً أو تحكيميا هي أول لبنة في طرح العدالة، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تستمع إلى دفاع أحد الخصوم ولا تعطى هذا الحق للخصم الآخر تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص بين الخصوم وهنالك الكثير من القرارات القضائية الصادرة من المحاكم المصرية بهذا الخصوص استئناف القاهرة، الدائرة ٨ تجارى، الدعوى رقم ٧ لسنة ١١٦ ق تحكيم، جلسة ١٩٩٩/٧/٢٠ وكذلك استئناف القاهرة، الدائرة ٩١ تجارى، الدعوى رقم ١١ لسنة ١١٩ ق تحكيم، جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٧ وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٩٥ لسنة ٢٠ قضائية - جلسة ٢٠٠٣/٥/١١. لمزيد من التفاصيل حول حيثيات القرارات راجع الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية ، مصدر سابق.

الى دستور اخر ^(١) اي ان بعض المحاكم قد طرحت هذا التساؤل تحت تسمية العلاقة بين الاجراءات العادلة وفق قانون البلد الذي يفرض فيه التحكيم، والاجراءات العادلة وفق الاتفاقية، وسنورد هنا بعض وجهات النظر بخصوص الاجابة على هذا التساؤل وعلى النحو الاتي:

- وجهة النظر الاولى التي وردت في قرارات بعض الدول بالنسبة لهذه العلاقة بين الاجراءات الاصولية للاتفاقية ، وتلك الداخلية ، انه ليس هنالك اختلاف كبير او ذا قيمة بين النوعين من الاجراءات، اي انه من الممكن ان تطبق مبادئ هذه الاجراءات الموجودة في دساتير تلك الدول وذلك لا يخالف الاجراءات التي ارادتها هذه الفقرة ومن هذه المملكة المتحدة ^(٢) .

- وجهة النظر الثانية والمطبقة من قبل القسم الاكبر من الدول والتي ذهبت الى تطبيق المعايير المطلوبة في القوانين الداخلية، ولكن على نحو مخفف ومرن بعبارة اخرى فان المحاكم في تلك الدول من الممكن ان تفرض قرار التحكيم حتى لو كانت الاجراءات المطبقة تختلف عن المعايير الدستورية المطلوبة في تلك الدول اختلافا طفيفا^٣

¹ -Dr. Mohammed Zaheerudin, Due Process of Law in International Commercial Arbitration with special Reference to the Production of Documents, Journal of Law and Criminal Justice, June 2016, Vol 4 , Number 1 , PP 89-96, on page 94.

² -"Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings. An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the court's jurisdiction under this section." U.K Arbitration Act, S 68, Available at www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf

^٣ - ومن بين هذه الدول (استراليا) حيث تذهب المحاكم هناك الى أن ليس كل اعتراض من قبل من ينطبق عليه قرار التحكيم على أساس مخالفة الاجراءات الاصولية وفق ما تنص عليه القوانين الداخلية يعد مقبولا . انظر :

- وجهة النظر الثالثة والتي تذهب الى ان هذه المعايير لا تقاس تماماً وفق المعايير الداخلية، وإنما وفق مجموعة من المعايير ذات الصبغة العالمية ففي فرنسا مثلاً فإن اجراءات التحكيم الاصولية التي تطبق على قرارات التحكيم تستند غالباً الى المادة (١/٦) من الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان^(١) وهي وجهة النظر ذاتها التي تطبقها المحاكم السورية^(٢)

An Amta C and Holding Redlich Seminar, The Enforcement of International Arbitration Award and Public Policy, 10 November 2014. Pages 17-19 , available at <https://academic.oup.com/arbitration/article-pdf>

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فالأمر قريب من ذلك ، إذ تذهب المحاكم الى وجوب اتباع الاجراءات القانونية الاصولية المنصوص عليها دستوريا ولكن على نحو مخفف . أنظر على سبيل المثال:

Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale De L'Industrie Du Papier (RAKTA), 508 F.2d 969, 976 (2d Cir. 1974).

^١ - حيث تنص هذه الفقرة على أن ((الكل شخص . عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه . الحق في مراعاة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون.

ويصدر الحكم علنياً. ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة.)) انظر الترجمة العربية للاتفاقية الموجودة على المكتبة العربية لحقوق الانسان في جامعة منيسوتا على الموقع

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html>

² -The Swiss report, citing academic doctrine, remarks that “[a]lthough the enforcing court will probably be tempted to look into the law of its own country, for the purpose of consistent application of Art V(1)(b), the court seized should

وعلى العموم فان المحاكم في مختلف البلدان المنظمة للاتفاقية تفسر الفقرة (ب/١/٥) تفسيراً ضيقاً على النحو الذي يتيح مجالاً اوسع لتطبيق قرار التحكيم، فلا ترفض قرار التحكيم الا اذا كانت مخالفة تلك الاجراءات تعد مخالفة واضحة، ففي حكم صدر عام ١٩٩٣ لمحكمة هونغ كونغ التي ذهبت الى ان هذه الفقرة لا تعني الاخذ بكل خطأ في الاجراءات الاصولية، ولكن تاخذ فقط بالخطأ الذي يُعد واضحاً على نحو لا يمكن تجاوزه، ولذلك رفضت احتجاجاً من الطرف الواجب عليه تطبيق قرار التحكيم مستنداً الى تعيين خبراء من قبل هيئة التحكيم^(١).

في حين ذهبت المحكمة الكندية الى ابعد من ذلك، مقترحة ان ما يبرر عدم الاعتراف والتطبيق بالاستناد الى الاجراءات الاصولية المتبعة هو ذلك الخرق في تلك

base its decision on general criteria applicable in all contracting states.”. George A. Bermann, Op. Cit, page 50.

¹ -See the Hong Kong case of Paklito Investment Ltd v Klockner East Asia Ltd, [1993] 2 HKLR 39, refusing enforcement where the party opposing enforcement had not been allowed to comment on or challenge the reports submitted by the tribunal’s appointed experts. A similar Hong Kong ruling is Apex Tech Investment Ltd v Chuang’s Development (China) Ltd, [1996] 2 HKLR 155.

الاجراءات الذي يعد مخالفة واضحة للنظام العام ^(١) وقد ذهبت محاكم اخرى الى وضع محددات إضافية لهذه الفقرة تحصرها بالمسائل الضرورية فقط لكي تعد خرقا إجرائيا ^(٢). ومن الواضح ان هنالك تفسير ضيق لهذه الفقرة على النحو الذي لا يرفض فيه قرار التحكيم الا اذا كان هنالك تعامل غير عادل مع الاطراف من قبل هيئة التحكيم .

المطلب الثاني

تشكيل هيئة التحكيم واجراءاتها

قد بينت الفقرة (٥/١/د) انه يمكن للمحكمة ان تمتنع عن فرض قرار التحكيم اذا اثبت الطرف المفترض ان يطبق القرار " ان تشكيل هيئة التحكيم او ان اجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين او لم تكن ، في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق ، وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم " هذه الفقرة تثير مسالتين الاولى خاصة بتشكيل هيئة التحكيم والثانية الخاصة بتطبيق القانون الذي اختاره اطراف النزاع للتطبيق على المسائل الموضوعية في القضية وقد تعلق الامر بالمسألة الاولى فان تشكيل هيئة التحكيم يخضع لنوع التحكيم الذي اختاره الطرفان فالتحكيم اما ان يكون اختياريا يتفق فيه الطرفان على كل الاجراءات المتبعة

¹ -See Corporacion Transnacional de Inversiones, SA de CV v STET International, SPA, (1999) 45 OR (3d) 183 (Sup Ct).

حكم منشور على الموقع الرسمي لمكتبة اليونيسترال :
<https://unov.tind.io/record/29025>

² -See the national reports for Germany, Japan, and Singapore. The matter is the subject of debate in Switzerland.

بما في ذلك اجراءات اختيار هيئة التحكيم ، واما ان يكون مؤسسيا يستند الى قانون مؤسسة او مركز تحكيمي تبين كيفية اختيار هيئة التحكيم ^(١).

وهذه المسألة لا تثير النزاع غالبا غير ان ما يثير النزاع هو اللجوء الى التحكيم الاختياري غير المستند على قواعد ثابتة مكملة لاتفاق الاطراف الامر الذي يثير خلاف في الحالات غير المتفق عليها ابتداء، عكس ما هو معمول به في التحكيم المؤسسي المستند على قواعد ثابتة مكملة لما اتفق عليه الاطراف ، ففي هذه الحالة سيكون هنالك بعض الاختلاف بين ما توجهت اليه نية الاطراف وبين القواعد الملزمة في قانون بلد التحكيم وهذه الحالة يمكن ان تولد احتمالات رفض قرار التحكيم اذا كانت القواعد الملزمة في بلد التحكيم قد شكلت هيئة التحكيم على نحو لا يتطابق مع اتفاق الاطراف ، فقد رفضت محكمة تمييز ((فلورنسا)) في ايطاليا مثلا ، قرارا تحكيميا صدر عن هيئة تحكيم مكونة من شخصين على خلاف ما متفق عليه بين الاطراف بخصوص عدد المحكمين الذي يجب أن يتكون من ثلاثة ^(٢). بينما طبقت المحاكم الصينية الفقرة (د) من البند (١) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك على نحو متشدد . إذ امتنعت عن تطبيق قرار التحكيم في الحالات الآتية : أ- إذا لم تصدر هيئة التحكيم قرارها خلال المدة التي تحددها قواعد مركز التحكيم الذي اختاره الاطراف لينطبق على نزاعهما في شرط التحكيم، ب- إذا لم تتبع هيئة التحكيم قواعد المركز الذي اختاره الاطراف بخصوص اجراءات تشكيل هيئة التحكيم، ج - إذا لم يلجأ الطرف

^١ - لمزيد من التفاصيل حول انواع التحكيم راجع د. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف، ١٩٩٤م، طبعة أولى، ص ١٢ وكذلك د. محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتميزه عن الصلح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٢م، ص ٤٨ وما بعدها.

^٢ - (Rederi Aktiebolaget v Termarea [1978] IV YBCA 294 (1979) (Court of Appeal of Florence)) see the case in: Martin Schauer and Bea Verschraegen, General Reports of the 21th Congress of the International Academy of Comparative Law Springer Science+Business Media B.V. 2017, page 55.

المطالب بتنفيذ قرار التحكيم الى طرق حل النزاع الاخرى مثل المفاوضات وغيرها خلال المدة التي تحددها قواعد مركز التحكيم المختار قبل اللجوء الى التحكيم، د - إذا فاجأت هيئة التحكيم الطرف المراد تطبيق قرار التحكيم ضده بإجراءات لم تتح له عرض قضيته على نحو يخالف قواعد مركز التحكيم الذي اتفق على اختياره الأطراف.^١

ومع ذلك فان بعض المحاكم ذهبت، الى ان هذه المسألة هي مسألة تفسير لاتفاق التحكيم متروكة لهيئة التحكيم فاذا كان لاحد الاطراف اعتراضا على ذلك التشكيل فانه من المفترض ان يعترض اولا في جهات الاعتراض المخصصة في بلد التحكيم ويكون قرارها باتا في ذلك^(٢) بل ان بعض المحاكم ذهبت الى ان القواعد الملزمة في بلد التحكيم الذي اختاره الاطراف بارادتهم الحرة يقدم على ما اتفق عليه الاطراف بشأن تشكيل هيئة التحكيم^٣.

ومن الواضح من خلال قراءة بعض احكام المحاكم، ان حقيقة الاختلاف بين ما اتفق عليه الاطراف وما فرضته القواعد الملزمة في بلد التحكيم، بوصفه سببا للدفع بعدم تطبيق القرار لم يتبع على نحو يسير، فقد قضت محاكم بعض الدول مثل هنكارييا، وهونغ كونغ، وكوريا ، بان هذا الاختلاف يمكن ان يكون سببا لعدم التطبيق فقط اذا كان اختلافا يؤثر

^١ - Martin Schauer and Bea Verschraegen, Op. Cit., Page 55.

^٢ - See in particular the national reports of France, Hungary, Romania, Spain, Sweden, Switzerland, and Taiwan. George A. Bermann, Op. Cit, page 56.

^٣ - المحاكم النرويجية المختصة بتطبيق قرار التحكيم ، على سبيل المثال، تطبق بهذا الخصوص التفسير الذي يذهب اليه قانون مكان التحكيم ، فلان لم يبين قانون مكان التحكيم ذلك تذهب الى ما اتفق اليه الأطراف . انظر

على نزاهة اجراءات التحكيم ويشكل اجحافا واضحا ^(١) وذلك قريب مما ذهبت اليه المحاكم في تفسير الفقرة (ب/٥/١) المتعلقة بالاجراءات الاصولية كما اوضحناه سابقا ^(٢).
كما ان الطرف المحتج بعدم التطبيق سيكون معرضا لرد ذلك الاحتجاج اذا كانت لديه وسيلة للاعتراض على هذه المسالة في بلد التحكيم الا انه لم يستخدمها ^(٣).
اما المسالة الثانية والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في القضية المطروحة، فان ذهاب هيئة التحكيم الى اختيار قانون اخر لم يتفق الطرفان على تطبيقه على قضيتهم يعد اساسا للدفع بعدم تطبيق قرار التحكيم وفقا لهذه الفقرة .
ومع ذلك فان المحاكم تسلك مسلكين حول هذا الموضوع ففي محاكم بعض الدول يعد ذلك سببا للدفع، وعليه فقد رفضت تطبيق قرار التحكيم استنادا الى تطبيق قواعد

¹ - George A. Bermann, Op. Cit, page 57.

حيث يذهب الى أن المحاكم السويسرية أيضا لا تأخذ بالدفع بعدم التنفيذ الا اذا كانت هناك علاقة سببية واضحة بين الخطأ في إجراءات التحكيم والنتائج الموضوعية التي تتوصل اليها هيئة التحكيم في قرارها ، وهي ، على حد تعبيره، وجهة النظر ذاتها عند المحاكم الكولومبية التي تذهب الى أن ما يؤخذ بالاعتبار عند الدفع امامها بعدم التنفيذ لاسباب شكلية هو فقط ذلك الخطأ في الاجراءات الذي أثر بشكل واضح في النتائج الموضوعية لقرار هيئة التحكيم.

² - لمزيد من التفاصيل راجع الفرع الاول من المطلب الثاني من المحبث الاول .

³ - See, on this particular point, Martin Schauer and Bea Verschraegen, Op. Cit., Page 57.

حيث يؤكدان وجهة نظر المحاكم السويسرية في التقرير السويسري بهذا الخصوص ، وكذلك وجهة نظر المحاكم النمساوية ، ففي إحدى قضايا الدفع بعدم التنفيذ التي تتلخص وقائعها في أن اتفاق التحكيم كان قد تضمن شرطا على الاستعانة بخبراء المحكمة المحلفين ليكونوا أعضاء في هيئة التحكيم غير أن المحكمين الذين عينوا لم يكونوا من هذا النوع أي لم يكونوا من خبراء المحاكم المحلفين ، ذهبت المحكمة التي رفع أمامها الدفع بعدم التنفيذ الى رفض ذلك الدفع لأن المطالب بعدم التنفيذ لم يقم بإثارة هذا الدفع أمام هيئة التحكيم في مكان التحكيم أثناء اجراءات النظر في النزاع.

موضوعية تختلف عما اختاره الاطراف، مثل محاكم ايطاليا التي رفضت تطبيق قرار تحكيمي اذ رفضت الاعتراف بقرار اختارت فيه هيئة التحكيم ان تطبق ما يسمى بمبادئ العدالة تاركة القانون الذي اختاره الاطراف للتطبيق على نزاعهما عند الاتفاق في شرط التحكيم^(١) بينما ذهبت المحاكم السويسرية الى أن مثل هذا الادعاء لا يشكل أساساً للدفع بعدم التنفيذ^(٢) ومن جهة اخرى فان محاكم دول كالبرازيل، واليابان، ورومانيا، سلكت مسلكاً اخر ذاهبة الى فرض قرار التحكيم، حتى لو كانت هيئة التحكيم قد طبقت قواعد موضوعية على النزاع المطروح، لم يتفق الاطراف على اختيارها، وقد بررت هذه المحاكم ذلك، بان قرار اختيار القانون واجب التطبيق يعد مسألة موضوعية خاضعة لسلطة هيئة التحكيم ، وليست مسألة اجرائية تندرج تحت الفقرة (٥/١/د)^(٣).

المطلب الثالث

الزامية قرار التحكيم

نصت الفقرة (٥/١/هـ) من الاتفاقية الى ان للطرف المحتج ضده بقرار التحكيم ان يدفع بعدم تنفيذ القرار امام المحكمة المختصة في بلد التطبيق " ان القرار لم يصبح ملزماً

¹ –George A. Bermann, Op. Cit, page 58.

²– Austrian Supreme Court of November 18, 1982 docket no. 8 Ob 520/82, mentioned in Mauro Rumino Sammartano, International Arbitration Law and Practice, Third Edition, 2011, page 1306.

³ –In Brazil, for example, application of the “wrong” body of law would be regarded as a merits issue and beyond review upon recognition or enforcement. The problem is regarded in France as purely theoretical, since a tribunal is unlikely to apply a different law than the parties had adopted without giving some legal justification for doing so, and to review the persuasiveness of that justification would be to enter into the merits. See George A. Bermann, Op. Cit, page 58.

للطرفين او انه نقض او اوقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه او بموجب قانون هذا البلد " اذ انه ومن الواضح ان هذه الفقرة تعطي الحق للمحاكم المختصة بعدم تنفيذ القرار اذا كان لا يعد ملزما اساسا او لم يصل الى مرحلة الالتزام بعد وفق قانون بلد التحكيم ويعطي الحق للمحاكم كذلك، بان تنتظر قرار الجهات المختصة في ذلك البلد بعد اعتراض احد الاطراف وفق سبل الاعتراض المتاحة .

والسؤال الذي يطرح ، انه هل ان بعض المحاكم رغم هذا الاساس القوي والواضح

لرفض الاعتراف والتنفيذ يمكن لها ان تختار بدلا عن ذلك تطبيق ذلك القرار ؟.

ان الاجابة على هذا السؤال تستخلص من القوانين والسوابق القضائية في تلك الدول وهي غالبا عدم تطبيق القرار تاسيسا على هذا النص الوارد في الاتفاقية . ففي النمسا مثلا يعد هذا الاساس واضحا ومبررا لرفض الاعتراف بقرار التحكيم ومن ثم رفض تطبيقه ^(١) ومع ذلك فان محاكم بعض الدول وان كانت قليلة تذهب في بعض الاحيان الى تطبيق مثل قرارات التحكيم هذه كما هو الحال في بعض القضايا التي بت بها في محاكم كندا ^(٢) والولايات

¹ -L. Nottage & R. Garnett, "The Top 20 Things to Change on or Around Australia's International Arbitration Act," in Nottage & Garnett (eds.), International Arbitration in Australia (The Federation Press, Sydney 2010), p 163.

²-See, e.g., Schreter v Gasmac Inc, (1992) OR (3d) 608 (Ct J Gen. Div). A fortiori, a foreign award may be recognized and enforced even though a set aside action is pending in the place of arbitration. See, e.g., Wires Jolley LLP v Wong, 2010 BCSC 391, 95 CPC (6th) 212; Powerex Corp. v Alcan Inc., 2004 BCSC 876, 132 ACWS (3d) 38.

المتحدة^(١) كما ان فرنسا تعد حالة خاصة في هذا الجانب حيث تذهب محاكمها الى ان عدم الزامية القرار وفق قانون بلد التحكيم لا يعد بالضرورة اساسا لعدم تطبيقه والاعتراف به في فرنسا^(٢) حيث ان النظام القانوني الفرنسي يميل الى استخدام المادة (٧) من الاتفاقية التي تتيح للاطراف ان تعتمد على القانون الداخلي لفرض او للاعتراف بتطبيق قرارات التحكيم الاجنبية اكثر من ميلانه لتطبيق تلك القرارات وفق النصوص الملزمة للاتفاقية^(٣).

حيث ذهب القضاء الفرنسي الى ان قرارات التحكيم الاجنبية ، التي لا تستند الى اي نظام قانوني في دولة معينة، تعد احكاما عاليمة لا تجري مراجعتها الا وفق القواعد المتبعة في البلد الذي يراد تطبيقها فيه^(٤) كما تعد المانيا مثالا اخر ، اذ تميل محاكمها الى تطبيق مثل تلك القرارات في حالة لجوء الاطراف التي تريد التطبيق الى استخدام المادة (٧) من الاتفاقية المشار اليها فاستخدام البديل الذي الجا اليه المحاكم في هذا السياق هو المادة (٩) من الاتفاقية الاوربية عام ١٩٩١ اذ ان هذه المادة تذهب الى ان رفض الاعتراف والتنفيذ

¹—Awards annulled by a court of the arbitral seat were nevertheless enforced by U.S. courts in Chromalloy Aeroservices v Arab Republic of Egypt, 939 F.Supp. 907 (1996); Corporacion Mexicana de Mantenimiento Integral v Pemex—Exploracion y Produccion, 962 F.Supp. 2d 642 (S.D. N.Y. 2013). These are exceptional cases, however.

² —See Hilmarton, Cass. Civ 1re, Mar. 23, 1994, Rev arb. 1994.327, JDI, 1994.701.

^٣ - ينظر البند (١) من المادة (٧) من الاتفاقية والتي نصت على انه (لا تؤثر احكام هذه الاتفاقية على صحة ما تعقده الاطراف المتعاقدة من اتفاقات متعددة الاطراف او اتفاقات ثنائية تتعلق بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها ولا تحرم ايا من الاطراف المهتمة من اي حق يكون له في الاستفادة من اي قرار تحكيمي على نحو والى الحد اللذين يسمح بهما قانون او معاهدات البلد الذي يسعى فيه الى الاحتجاج بهذا القرار)

⁴ —Putrabali, Cass. Civ 1re, June 29, 2007, Rev arb, p. 507.

بالقرارات الاجنبية لا يستند الا الى اساسات محددة يمكن اجمالها في عدم صحة شرط التحكيم والخرق الواضح للاجراءات الاصولية وتجاوز نطاق اتفاق التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم واتباع اجراءات غير متفق عليها فالواضح انه في المانيا تحسم هذه المسألة بالرجوع الى سبب ايقاف او عدم الزام القرار في بلد التحكيم وبهذا يمكن للمحكمة ان ترفض الاعتراف اذا كان مبنيا على هذه الاسس.

الخاتمة :

وفي ختام البحث نخلص باهم التوصيات والتي يسبقها الاستنتاجات الاتية:

اولا: الاستنتاجات

- ١- لا زالت هنالك دول غير منضمة الى الاتفاقية، بسبب مخاوف فرض تطبيق قرار تحكيم اجنبي من شأنه المساس بمسائل تتعلق بسيادة الدولة وتعارضها مع نظامها القانوني.
- ٢- وردت بعض النصوص في الاتفاقية والتي من شأنها تبديد المخاوف المحيطة بالدول غير المنضمة للاتفاقية منها النص ١٣ والذي يعطي الحق للدولة من الانسحاب من الاتفاقية بالية معينة فضلا عن ذلك المادة ٥ موضوع البحث والتي ادرجت مجموعة من الاسباب التي تمنع تطبيق حكم التحكيم الاجنبي .
- ٣- ينصرف معنى البند ٢ من المادة الثانية من الاتفاقية والخاص بالاتفاق المكتوب الى أي شرط تحكيم منصوص عليه في العقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من قبل الاطراف أو وارد في رسائل او برقيات متبادلة بين الاطراف وهو بذلك يشمل ما يتفق عليه الاطراف في الرسائل الالكترونية المكتوبة.
- ٤- هنالك اختلاف ما بين الدول بشأن مسألة اتباع الترتيب المنصوص عليه في الاتفاقية بشأن مدى صحة اتفاق التحكيم الوارد ف لفقرة (أ/١/٥) من الاتفاقية.

٥- لم يحصل اتفاق جامع مانع من مسالة المبالغة بتقدير التعويض وهل يدخل ضمن تجاوز حدود نطاق التحكيم من عدمه بين مؤيد لسلطة المحكمة المنفذة لقرار التحكيم وعده سببا لرفض الحكم التحكيم وبين معارض لذلك .

٦- هنالك اختلاف في المعايير التي يتم الركون اليها في مسالة الاجراءات العادلة والاصولية بين تلك الواردة في دساتير الدول المنفذة لقرار التحكيم ام تلك المعايير الواردة ضمن الاتفاقية.

٧- على الرغم من عد مسالة القانون الواجب التطبيق من المسائل الموضوعية في القضايا المطروحة امام هيئة التحكيم و ذهاب هيئة التحكيم الى اختيار قانون اخر لم يتفق الطرفان على تطبيقه على قضيتهما يعد اساسا للدفع بعدم تطبيق قرار التحكيم وفقا للفقرة (٥/١/د) من الاتفاقية فللمحاكم مسالك متعددة بهذا الشأن .

٨- هنالك تباين في احكام المحاكم الاجنبية بشأن الفقرة (٥/١/هـ) من الاتفاقية والخاصة بالزامية قرار التحكيم من عدمه فمنها من عدته اساسا واضحا لرفض حكم التحكيم الاجنبي وعدم تنفيذه في حين ذهبت بعض المحاكم كفرنسا الى غير ذلك.

ثانيا: التوصيات

١- في الوقت الذي اصبحت فيه معظم العقود التجارية عقودا عابرة للحدود أي انها تعقد بين اطراف وطنية واطراف اجنبية في ظل التطور التكنولوجي واساليب الاتصال الحديثة وما قد يصاحب هذه العقود من منازعات وما ينتج عنها من قرارات تحكيمية وفقا للاتفاق المبرم ما بين الاطراف نجد ومن الضرورة انضمام العراق الى الاتفاقية موضوع البحث سيما وانه لا يوجد ما يثير المخاوف من الانضمام سيما المادتين (٥) و(١٣) من الاتفاقية .

٢- التعمق في تفاصيل وتفسير نصوص الاتفاقيات الدولية بخصوص التحكيم لايجاد مكان للثقافة القانونية العراقية ضمن ادبيات تفسير كل ما يتعلق بالتحكيم، ، لذلك

يجب أن يكون هنالك علم ودراية من قبل الاطراف المتعاقدة بمفاهيم ونصوص القوانين الدولية التي تحكم هذه العقود لمعرفة حقوقهم والتزاماتهم.

٣- اتباع ما نصت عليه الاتفاقية بشأن صحة اتفاق التحكيم من حيث الترتيب الذي ادرج في الفقرة (٥/١/أ) كونه يمثل اكثر مرونة في هذا الاتجاه.

٤- عدم التوسع في تفسير ما يخص الاجراءات العادلة من الاتفاقية وتضييقها بمسائل على سبيل الحصر لا المثال .

قائمة المراجع

اولا: المصادر العربية

- ١- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف، ١٩٩٤.
- ٢- د. رضا السيد، مسائل في التحكيم، الكتاب الأول، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧.
- ٣- د. طه عوض غازي، مشاركة التحكيم، في القانون الروماني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
- ٤- د. محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتميزه عن الصلح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٢.
- ٥- د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

ثانيا: المصادر الاجنبية

- 1- Dr. Mohammed Zaheerudin, Due Process of Law in International Commercial Arbitration with special Reference to the Production of Documents, Journal of Law and Criminal Justice, June 2016.
- 2- L. Nottage & R. Garnett, "The Top 20 Things to Change on or Around Australia's International Arbitration Act," in Nottage &

- Garnett (eds.), *International Arbitration in Australia* (The Federation Press, Sydney 2010).
- 3- Austrian Supreme Court of November 18, 1982 docket no. 8 Ob 520/82, mentioned in Mauro Rumino Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Third Edition, 2011.
- 4- Emmanuel Gaillard and John Savage, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- 5- George A. Bermann, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Springer International Publishing AG, 2017.
- 6- Martin Schauer and Bea Verschraegen, *General Reports of the 21th Congress of the International Academy of Comparative Law* Springer Science+Business Media B.V. 2017.
- 7- Ray Turner, *Arbitration Awards A Practical Approach*, Black Well Publishing, Oxford, UK, 2005.
- 8- The Validity of International Commercial Arbitration Agreement, *Global Journal of Politics and Law Research*, Vol 4, Number5, PP 10-50, September 2016.

ثالثاً: الرسائل والبحوث

د.لطيف جبر كوماني، الحالات التي لا تتفد فيها قرارات التحكيم الاجنبية طبقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ١٩٨٥ ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء.السنة الثانية ، العدد الثاني، ٢٠١٠.

رابعاً: المواقع الالكترونية .

- 1- [http://www.ulcc.ca/en/component/search/?searchword=Achilles%20%28USA%29%20v%20Plastics%20Dura%20Plastics%20%](http://www.ulcc.ca/en/component/search/?searchword=Achilles%20%28USA%29%20v%20Plastics%20Dura%20Plastics%20%20)

281977%29%20lt%C3%A9/Ltd,%20[2006]%20QCCA%20152
3.&searchphrase=all&Itemid=515.

2- : <http://www.lawxp.com/statute/s540605.html>.

3- <http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>

4- www.uncitral.org/docs/clout/CAN/CAN_030512_FT.pdf.

5- <http://www.arbitratorintelligence.org>.

6- <https://sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>.

7- www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf.

8- <https://academic.oup.com/arbitration/article-pdf>.

9- <http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html>.

10- <https://unov.tind.io/record/29025>.