جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بأسيوط
المجـــلة العلميـــة

تقييم نقدي للقيود المفروضة على مبدأ استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي

إعداد

د/ راوي محمد عبد الفتاح فولي
أستاذ القانون التجاري المساعد
في كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، جمهورية مصر العربية

(العدد السادس والثلاثون الإصدار الثاني أبريل ٢٠٢٤م الجزء الثاني)

تقييم نقدي للقيود المفروضة على مبدأ استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي

راوي محمد عبد الفتاح فولي.
قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، جمهورية مصر العربية.
البريد الإلكتروني: elfouly74@yahoo.com

ملخص البحث:
يعتبر التحكيم التجاري الدولي هو الحل البديل المفضل لتسوية المنازعات في السنوات الأخيرة أحد أسباب هذه الشعبية هو مرونة عملية التحكيم، في الأساس المبدأ الذي يجعل عملية التحكيم مرنة هو استقلالية الأطراف، وقد بدأ مبدأ استقلالية الأطراف بالمعنى العام في التطور في القرن التاسع عشر، في الواقع تعتمد استقلالية الاطراف على اختيار القانون في العقد، ومع ذلك فإن هذا المبدأ له معنى أوسع في التحكيم التجاري الدولي، وبعبارة أخرى فإن أطراف اتفاق التحكيم أحرار ليس فقط في اختيار القوانين ولكن أيضا في إجراء عملية التحكيم، يتنازل أطراف اتفاق التحكيم عن الحق في رفع دعوى أمام المحكمة ويستبعدون اختصاص المحاكم بموجب اتفاق التحكيم هذا، وفي الوقت نفسه يتم قبول هذا الاتفاق كمصدر أساسي للتحكيم وبهذا المعنى، فهو مبدأ توجيهي للأطراف وهيئة التحكيم خلال عملية التحكيم بأكملها، علاوة على ذلك فإن اتفاق التحكيم هو أقوى دليل على استقلالية الأطراف؛ لأن الأطراف يختارون القانون ويجرون عملية التحكيم بشكل مستقل عن طريق اتفاق التحكيم، ومع ذلك لا ينبغي إغفال أن مبدأ استقلالية الأطراف ليس دائمًا قاعدة في التحكيم التجاري الدولي، وفي بعض الظروف قد يخضع لبعض القيود، وإن تسوية النزاعات الدولية ليس بالأمر السهل

على الإطلاق بسبب مشاركة العديد من "الخصائص الدولية"، وسوف يتضمن وجود طرفين على الأقل يأتيان من بلدان مختلفة بجنسيات مختلفة ووضع قانوني وأنظمة قانونية مختلفة؛ لذلك يمكن اعتبار اختيار الطريقة المناسبة والفعالة لحل النزاعات عاملاً مهمًا يضمن ويعزز التطور القوي للتجارة الدولية.

الكلمات المفتاحية: تقييم – قيود – مبدأ – استقلال – أطراف – التحكيم – التجاري.

A Critical Assessment of the Limitations of the Principle of Party Independence in International Commercial Arbitration

Rawi Muhammad Abdul-Fattah El-Fouly,

Department of Commercial Law, Faculty of Law, Asiut University, Egypt

Emial: elfouly74@yahoo.com

Abstract:

International commercial arbitration has been considered the preferred alternative solution for resolving disputes in recent years. One of the reasons for this popularity is the flexibility of the arbitration process. Basically, the principle that makes the arbitration process flexible is the independence of the parties, which depends on the choice of law in the contract. The parties to the arbitration agreement are free not only to choose the laws but also to conduct the arbitration. They waive the right to bring a claim in court and exclude the jurisdiction of the courts under this agreement, which is accepted as the primary source for arbitration. However, it should be noted that the principle of

party independence is not always a rule in international commercial arbitration, as it may be subject to some restrictions, and that the settlement of international disputes is not easy at all in the presence of two parties at least with different nationalities and different legal backgrounds. Therefore, choosing an appropriate and effective method of resolving disputes can be considered an important factor that ensures and promotes the robust development of international trade.

***Key Words*: Restrictions - Assessment - Principle - Independence - Parties - Arbitration - Commercial.**

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

يعتبر التحكيم التجاري الدولي هو الحل البديل المفضل لتسوية المنازعات في السنوات الأخيرة. أحد أسباب هذه الشعبية هو مرونة عملية التحكيم. في الأساس، المبدأ الذي يجعل عملية التحكيم مرنة هو استقلالية الأطراف.(١)

بدأ مبدأ استقلالية الأطراف بالمعنى العام في التطور في القرن التاسع عشر. في الواقع، تعتمد استقلالية الاطراف على اختيار القانون في العقد. ومع ذلك، فإن هذا المبدأ له معنى أوسع في التحكيم التجاري الدولي. وبعبارة أخرى،

---

(١) المبدأ الأساسي في التحكيم التجاري الدولي هو مبدأ استقلالية الأطراف .تم وصفه من قبل Redfernو Hunter بالعبارات التالية" :إن استقلالية الأطراف هي المبدأ التوجيهي في تحديد الإجراء الواجب اتباعه في التحكيم التجاري الدولي. وهو مبدأ لم يتم اعتماده في القوانين الوطنية فحسب، بل أيضًا من خلال مؤسسات ومنظمات التحكيم الدولية .ويبين التاريخ التشريعي للقانون النموذجي أن المبدأ اعتُمد دون معارضة.

Redfern and Hunter, with Blackaby and Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th Edition, 2004 at p 315

ويواصل ريدفيرن وهنتر الاستشهاد بالمادة ١٩ (١) من قانون الأونسيترال النموذجي (القانون النموذجي) الذي ينص على ما يلي: "مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين الحرية في الاتفاق على الإجراء الذي يجب أن تتبعه هيئة التحكيم في إجراء الإجراءات"

ويوجد أيضًا حكم واسع وعام في القسم ١ (ب) من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ (المملكة المتحدة) والذي ينص على أن أحكام الجزء ١ من القانون مبنية على مبادئ منصوص عليها بما في ذلك: "(ب) يجب أن يكون للأطراف الحرية في الاتفاق على كيفية حل نزاعاتهم، مع مراعاة الضمانات الضرورية فقط للمصلحة العامة ".وفيما يتعلق بالإجراءات، تحقق المادة ٣٤(١) نتيجة مماثلة للمادة ١٩(١) من القانون النموذجي . تنص المادة ٣٤ (١) على ما يلي: "يتعين على المحكمة أن تبت في جميع المسائل الإجرائية والمسائل الإثباتية، مع مراعاة حق الأطراف في الاتفاق على أي مسألة"

See Fouchard, Gaillard, Goldman, International Commercial Arbitration (Edited by Gaillard and Savage) 1999 at p 212

فإن أطراف اتفاق التحكيم أحرار ليس فقط في اختيار القوانين ولكن أيضا في إجراء عملية التحكيم.(١)

يتنازل أطراف اتفاق التحكيم عن الحق في رفع دعوى أمام المحكمة ويستبعدون اختصاص المحاكم بموجب اتفاق التحكيم هذا. وفي الوقت نفسه، يتم قبول هذا الاتفاق كمصدر أساسي للتحكيم. وبهذا المعنى، فهو مبدأ توجيهي للأطراف وهيئة التحكيم خلال عملية التحكيم بأكملها. علاوة على ذلك، فإن اتفاق التحكيم هو أقوى دليل على استقلالية الأطراف، لأن الأطراف يختارون القانون ويجرون عملية التحكيم بشكل مستقل عن طريق اتفاق التحكيم. ومع ذلك، لا ينبغي إغفال أن مبدأ استقلالية الأطراف ليس دائمًا قاعدة في التحكيم التجاري الدولي. وفي بعض الظروف، قد يخضع لبعض القيود. (٢)

إن تسوية النزاعات الدولية ليس بالأمر السهل على الإطلاق بسبب مشاركة العديد من "الخصائص الدولية". وسوف يتضمن وجود طرفين على الأقل يأتيان من بلدان مختلفة بجنسيات مختلفة ووضع قانوني وأنظمة قانونية مختلفة. لذلك، يمكن اعتبار اختيار الطريقة المناسبة والفعالة لحل النزاعات عاملاً مهمًا يضمن ويعزز التطور القوي للتجارة الدولية. (٣)

في السنوات الأخيرة، يعتبر التحكيم دائمًا الطريقة البديلة الأكثر تفضيلاً لتسوية المنازعات. بالإضافة إلى ذلك، بالمقارنة مع التقاضي – الطريقة التقليدية

---

(1) see, Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws, vol 2 (14th edn, Sweet &Maxwell (2010) para 32-004.

(2) see, Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, Arbitration of Commercial Disputes (Oxford University Press (2007) p.256.

(٣) بولحية سعاد،استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية/الدولية،رسالة ماجستير،جامعة الجزائر يوسف بن خدة كلية الحقوق، ٢٠١٨ ، ص ٩.

لحل النزاعات، ثبت أن التحكيم يتمتع ببعض المزايا العظيمة. مثل، المرونة والسرية والعدالة. وكل هذه الخصائص هي نتيجة لأهم مبدأ في التحكيم: مبدأ استقلالية الأطراف. يعد هذا المبدأ سمة مميزة للتحكيم عن الطرق البديلة لحل المنازعات ويلعب دورًا مهمًا للغاية في إجراءات التحكيم. ومع ذلك، فإن هذا المبدأ ليس قوة مطلقة، بل له بعض القيود. وتفرض هذه القيود عوامل مختلفة، موضوعية وذاتية، وتتسبب في عدم قدرة الأطراف على ممارسة حقوقهم المستقلة بشكل كامل. في ظل سياق التحكيم التجاري الدولي الحديث، فإن هذه القيود تجعل مجتمع الأعمال وكذلك الأكاديميين يبدأون في الشك في فعالية التحكيم ونجاحه. ولذلك

أصبحت هذه القضية موضع اهتمام خاص لدى العديد من العلماء. لقد أثير سؤال حول ما إذا كانت هذه القيود لها تأثير سيء حقًا على تطوير مبدأ استقلالية الأطراف وكذلك التحكيم التجاري الدولي.(١)

مشاركة في هذا الاهتمام، تهدف هذه الدراسة إلى تحليل هذه القيود، وتقييم الجوانب الجيدة والسيئة لتأثير هذه القيود على مبدأ استقلالية الأطراف ووضع بعض التنبؤات حول اتجاه تطور قاعدة استقلالية الأطراف وكذلك التحكيم التجاري الدولي .سيتم الوصول إلى غرض الدراسة من خلال دراسة الأنظمة الخاصة بمبدأ استقلالية الأطراف في بعض المصادر الدولية الشهيرة لقانون التحكيم التجاري الدولي مثل قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها .علاوة على ذلك، من أجل إجراء بحث عميق حول هذه القضية، سيتم أيضًا النظر في بعض القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وتحليلها.

(1) see, Dursun, 'A critical examination of the role of party autonomy in international commercial arbitration and an assessment of its role and extent', 161 available at .yalo a.edu.tr iles ser iles Dursun.pdf> accessed 13/8/2022

تاريخ وتطور مبدأ استقلالية الأطراف.

يتمتع التحكيم بتاريخ تطور طويل وفي تاريخه التطوري، كان مبدأ استقلالية الأطراف دائمًا نقطة أساسية. ولذلك يعتبر هذا المبدأ عنصرا أساسيا في التحكيم التجاري الدولي وله دور مهم جدا في كل مرحلة من مراحل عملية التحكيم. ومن أجل إجراء تحليل عميق لقيود هذا المبدأ، من الضروري فهم تاريخه التطوري وكذلك محتواه في التحكيم التجاري الدولي. علاوة على ذلك، فإن تقييم دور مبدأ استقلالية الطرف في التحكيم التجاري الدولي سيكون مفيدًا للتنبؤ باتجاه تطور المبدأ في المستقبل.

يعتبر مبدأ استقلالية الأطراف دائمًا حجر الأساس في التحكيم التجاري الدولي. ومن ثم لا يمكن فصل تاريخ هذا المبدأ عن تاريخ التحكيم. [١]

ليس من السهل تحديد التطور التاريخي للتحكيم لأنه يختلف من بلد إلى آخر. ويرى البعض أن كتابة تاريخ التحكيم هي بمثابة "محاولة تجميع أحجية ضخمة من الصور المقطوعة، مع وجود العديد من القطع المفقودة والمفقودة إلى الأبد". [٢] **وبالتالي، فإن تقديم تاريخ موجز وعام للتحكيم التجاري الدولي في بضع صفحات قليلة يكاد يكون مستحيلاً. ومع ذلك، من أجل التعرف على عملية تطور مبدأ الاستقلالية، سنأخذ فقط في الاعتبار بعض المعالم في تطور التحكيم التجاري الدولي.**

ويرجح أن التحكيم كان موجودا منذ آلاف السنين، منذ زمن مصرالقديمة والرومان واليونانيين. علاوة على ذلك، يرى مؤلف آخر أن التحكيم ظهر كوسيلة لتسوية المنازعات منذ "ظهور التجارة"، أي قبل وجود المحكمة. ويقول ديريك

---

(١) أحمد مخلوف " اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية " ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠ ص١ .

(2) see, Nigel Blackkaby and others, Redfern and Hunter on International Arbitration (5th edn, Oxford University Press (2009) p.4

روبوك، الباحث الذي له بحث كبير في تاريخ التحكيم، إن التحكيم كان شائع الاستخدام في مصر القديمة بهدف إيجاد تسوية للنزاعات الخاصة والعامة. وبالتالي، على الرغم من أن الوقت المحدد لبدء التحكيم لا يزال غير واضح، إلا أنه يمكن استنتاج أن التحكيم قد تم استخدامه كوسيلة شائعة لتسوية المنازعات منذ زمن سحيق. (١)

قديما لجأت الأطراف إلى التحكيم لتجنب التأخير والتكلفة العالية وازدحام التقاضي .بشكل عام، في ذلك الوقت، كان التحكيم يتم من خلال عملية بسيطة: تقدم الأطراف المتنازعة صراعاتها إلى محكم يستمع إلى كلا الجانبين ويصدر حكمًا عادلاً .وكان على الطرفين قبول قرار التحكيم، وكان على الخاسر أن يدفع الرسوم للمحكمولذلك، تم إجراء التحكيم بإرادة الأطراف ولم تتحمل المحكمة أي مسؤولية للتدخل في هذه العملية. ومع ذلك، فإن حكم التحكيم ليس دائمًا عادلاً ومرضيًا تمامًا لكلا الجانبين. ومن هنا بدأت تظهر الحاجة إلى وجود جهة تتولى مراقبة ودعم سير إجراءات التحكيم. في البداية، ومع مبدأ كما هو موصوف بأنه "أنت رتبت سريرك لذا يجب عليك الاستلقاء عليه"، لم يتمكن الأطراف في التحكيم من طلب الدعم من المحكمة الوطنية وبقيت المحكمة أيضًا خارج نطاق استقلالية الأطراف. ومع ذلك، تغير الوضع مع مرور الوقت. لقد تطورت حرية الأطراف في تقرير كيفية إجراء التحكيم مع تطور التحكيم. (٢)

---

(1) see, Andrea Marco Steingruber, Consent in international arbitration (Oxford University Express 2012) . 16 see also, Derek Roebuck, 'Sources for the History of Arbitration (1999) 14 Arb Int'l see also, Derek Roebuck, 'Cleopartra Compromised: Arbitration in Egypt in the irst Century BC' (2000) 74 Arbitration 263

(2) see, Samuel Marful-Sau, 'Can International Commercial Arbitration Be Effective without National Courts? A Perspecti e of Courts In ol ement in International Commercial Arbitration' , [available at | University of Dundee accessed 27/09/2022] see also , R. H. Christie, 'Arbitration: Party autonomy or curial inter ention: The historical background' 111 S. African L.J (1994) p. 14

وقد تم تحسين مبدأ استقلالية الأطراف من خلال ظهور قانون التحكيم . على الرغم من أن جذوره تعود إلى العصور القديمة، إلا أن التحكيم لم يبدأ في التطور بشكل كبير إلا منذ الإمبراطورية الرومانية .قبل بدء التحكيم التجاري الدولي الحديث في القرن التاسع عشر والعشرين، كان التحكيم يخضع لرقابة صارمة من قبل المحكمة الوطنية .بموجب القانون الروماني، اعتمدت سيطرة المحكمة على التحكيم على قاعدة تم تضمينها في اتفاقية التقديم تنص على وجوب دفع رسم إذا أراد أحد الطرفين الطعن في قرار التحكيم (الشرط الجزائي) . ومع ذلك، كانت هناك بعض التعديلات بموجب القانون الروماني الهولندي .وفي هذا العصر تمكنت المحكمة من الإشراف على التحكيم سواء أدرج الشرط الجزائي أم لا .يمكن للمحكمة أن تطعن في قرار التحكيم عندما يتم اكتشاف الفساد في إجراءات التحكيم أو عندما يكون المحكمون غير عادلين تجاه أحد الأطراف أو عندما يكون النزاع المعني غير قابل للتحكيم .هذه الأمثلة تشير إلى أنه في الماضي، حتى وعلى الرغم من أن الأطراف كانت قادرة على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات خارج المحكمة، إلا أن استقلالها كان محدودًا بشدة بسبب تدخل المحكمة الوطنية .[1]

بدأ التحكيم التجاري الدولي الحديث في التطور في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين. ومع ذلك، فقد كان ذلك مجرد فجر الصباح للتحكيم التجاري الدولي المتطور، وقد وضع أساسه في قانون بعض الدول التجارية

(1) see, Thomas Clay, L'arbitre (Paris: Dalloz 2001) 6-7; A M Steingruber (n 5) 18 see also, Jullian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, Comparative international commercial arbitration (Kluwer Law International 2003) 18 13 Christie (n 9) 146. See also, Groenewald v Smith (1838) 3 Menz 158; Kimberly Town Council v The London and South African Exploration Co (1884) 1 Buch AC 385 at 405; De Villiers v Diering (1899) 6 Off Rep 1 at3

الكبرى. ونتيجة لذلك، واعتمادًا على موقف محاكمها الوطنية، لم تكن هذه القوانين مؤيدة للتحكيم على الرغم من الاعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات خارج المحكمة. علاوة على ذلك، تعاملت المحكمة مع التحكيم باعتباره منافسًا لها. وقد أدى ذلك إلى حقيقة أن المحكمة الوطنية أرادت الإشراف الصارم على التحكيم ولم تمنح مساحة كبيرة لاستقلالية الأطراف. (١)

شهد التحكيم التجاري الدولي الحديث تحولا ملحوظا مع إنشاء غرفة التجارة الدولية (ICC) في عام ١٩١٩ وخاصة إنشاء محكمة التحكيم الدولي في عام ١٩٢٣. وقد بذل مجتمع الأعمال الدولي جهدا كبيرا لاستكمال الإطار القانوني للتحكيم التجاري الدولي. نظام تحكيم مستقل ومحايد لحل المنازعات التجارية بين أطراف من مختلف دول العالم. علاوة على ذلك، في محاولة أخرى لتدويل قانون التحكيم التجاري، تم سن اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها في عام ١٩٥٨. على الرغم من بعض الصعوبات في التفسير والتنفيذ فضلا عن "قدمها"، لا تزال هذه الاتفاقية تعتبر واحدة من أهم مصادر قانون التحكيم التجاري الدولي ومعلما بارزا في تطور التحكيم الدولي الحديث المادة II.1 من هذه الوثيقة قد اعترفت بمبدأ استقلالية الاطراف على الرغم من عدم ذكره بشكل مباشر. (٢)

(1) see ,Jullian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, Comparative International Commercial Arbitration(Kluwer Law International 2001st Edition p.18

(2) The Convention on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards' as done in New York on 10 June 1958 United Nation Treaty Series (1959), Vol 330, 3, No 4739. Hereinafter the New York Convention 1958.see also, Jullian D. M. Le , 'Achieving the Dream: Autonomous Arbitration' (2006) 22(2) Arbitration International 179, 189. See also, Peter Nygh, Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer 1997)p 2

في نهاية القرن العشرين، وبدعم من الأمم المتحدة، اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .ويعتبر هذا التطور بمثابة اعتراف بـــ "التأثير الأساسي لاستقلالية الأطراف في التحكيم الدولي" والحد من تدخل المحكمة الوطنية في حرية اختيار الأطراف.[1]

في الآونة الأخيرة، يميل القانون الوطني والدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي إلى دعم وتعظيم تأثير مبدأ استقلالية الأطراف. ومع ذلك، لم تكن هذه الجهود ناجحة تمامًا بسبب بعض القيود التي فرضتها عناصر مختلفة والتي سيتم تناولها .

تقسيم:

بعد أن عرضنا من خلال مقدمة وجيزة لمبدأ استقلالية أطراف التحكيم ونشأته والتى تعد ظلا لنظام التحكيم بصفة عامة حيث تمتع الأطراف باستقلالية يتفاوت مقدارها كلما تقدم الزمن وكلما تبوأ نظلم التحكيم مكانته التى تتطور وتزداد بتقدم الزمن ، تقسم هذه الدراسة إلى مبحثين أساسين على أن يقسم كل مبحث إلى مطلبين على النحو التالى:-

المبحث الاول: دور و مدى استقلالية الأطراف فى التحكيم التجارى الدولى.وفيه مطلبان :

المطلب الاول: القيود المفروضة بشكل عام على مبدأ استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي

المطلب الثانى: السلطات الإجرائية للمحكم و الحدود الأخيرة لاستقلالية الأطراف

(1) The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration was adopted by the UNCITRAL on 21 June 1985. The Model Law was revised and approved by United Nations in December 2006. Hereinafter the Model Law.

المبحث الثانى: قيود استقلالية الأطرف في إجراءات التحكيم وتقييم الوضع الحالي والتنبؤ باتجاهات التطور في المستقبل ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: قيود مبدأ استقلالية الأطراف قبل التحكيم وبعد تكوين هيئة التحكيم

المطلب الثانى: نطاق مبدأ الاستقلالية وتقييم الوضع الحالي للقيود على المبدأ والتنبؤ باتجاهات التطور في المستقبل .

المبحث الاول
دور و مدى استقلالية الأطراف فى التحكيم التجارى الدولى

لقد لعب مبدأ استقلالية الأطراف دائمًا دورًا رئيسيًا في التحكيم التجاري الدولي. ومع ذلك، فإن مفهوم هذا المبدأ ليس بسيطًا وعلى الرغم من أن أصله يعود إلى العصور القديمة مع ظهور التحكيم، إلا أن هذا المبدأ قد استقر فعليا في القرن التاسع عشر وارتكز على قاعدة حرية الاختيار في قانون العقود. وفي أضيق الحدود، يشير المصطلح إلى اختيار القانون الواجب التطبيق في تنازع القوانين. ومع ذلك، من حيث التحكيم، هذه العبارة لها معنى أوسع.(١)

بمجال التحكيم، تتعلق استقلالية الطرف بحق الأطراف في إبرام عقد (اتفاق التحكيم) لحل منازعاتهم عن طريق التحكيم؛ تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم وكذلك قانون التعامل مع موضوع النزاع؛ لاختيار عدد المحكمين وكذلك لغة التحكيم، وما إلى ذلك. بشكل عام، يسمح مبدأ استقلالية الأطراف للأطراف في التحكيم التجاري الدولي بتحديد الشكل والإجراءات والعناصر المهمة الأخرى للتحكيم. (٢)

تسجل الموافقة على رفع القضية إلى التحكيم، بدلا من التقاضي، في اتفاق التحكيم الذي يعتقد أنه مصدر أساسي للتحكيم وأقوى دليل على استقلالية الأطراف. علاوة على ذلك، تعد هذا الاتفاق أيضًا بمثابة مبدأ توجيهي لهيئة التحكيم أثناء التحكيم حيث يتم توفير اختيار الطرف في القانون المعمول به ومكان التحكيم والمكونات الأخرى للتحكيم. من أجل التعبير عن موافقتهم المتبادلة، غالبًا ما يدرك أطراف التحكيم هذه العوامل التالية في اتفاق التحكيم الخاص بهم: موافقة الأطراف على التحكيم؛ الموضوع الذي ستتعامل معه هيئة

(١) أحمد أبو الوفا " التحكيم الاختياري و الإجباري في المنازعات المدنية والتجارية " ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة 1983 ، ص٢٥

(2) Lew, Mistelis and Kroll p.4 27 see also ,Dursun op cit, p.161

التحكيم؛ وغيرها من العناصر التي تشير إلى المبادئ التوجيهية لكيفية إجراء التحكيم.[١]

سيؤكد العنصر الأول أن القضية سيتم حلها عن طريق التحكيم، وليس التقاضي أو الوساطة أو غيرها من طرق حل النزاعات .وبعبارة أخرى، مع بيان الأطراف الواضح باختيار التحكيم، سيتم تجنب جميع الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات .ويمكن اعتبار هذا التعبير الأكثر أصالة عن استقلالية الطرف والذي كان متاحًا في البداية الأولى للتحكيم .كما تعترف المادة II.1 من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بهذه النقطة .ووفقا لهذا الحكم، يتعين على جميع الدول الأعضاء الاعتراف بأثر اتفاق التحكيم الصحيح . [٢]

علاوة على ذلك، يمكن لأطراف التحكيم التجاري الدولي أيضًا النظر في القضايا الأخرى ذات الصلة التي ستقرر نجاح التحكيم. ومع ذلك، اعتمادًا على شكل التحكيم المختار (التحكيم الحر أو المؤسسي)، ينبغي إدراج عناصر مختلفة. بشكل عام، بغض النظر عن أنواع التحكيم المختلفة، يمكن للأطراف اختيار مقر التحكيم، وعدد المحكمين ومؤهلاتهم، واللغة المستخدمة في التحكيم، والقانون الذي يحكم إجراءات الدعوى، والقانون المطبق على موضوع النزاع؛ الجدول الزمني وشكل جلسة الاستماع وكذلك وقت إصدار الحكم بالإضافة إلى المسائل الإجرائية الأخرى. ومع ذلك، فيما يتعلق بالتحكيم المؤسسي، فإن حرية اختيار الأطراف مقيدة إلى حد ما بالقواعد العامة للمؤسسة (التي تتعلق غالبًا

---

(١) فوزي محمد سامي " شرح القانون التجاري ، التحكيم التجاري الدولي " ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، ص١١ ١) .

(2) Ad-hoc arbitration is a tribunal which is activated in order to deal with specific dispute. See Lew, Mistelis and Kroll op cit ,p. 33-35; also, Blackkaby and others op cit p. 52-55 Institutional arbitration is when parties submit their dispute to an existing arbitration institution. See Lew, Mistelis and Kroll op citp. 35-37; Blackkaby and others op citp. 55-57

بالإجراءات). علاوة على ذلك، يسمح مبدأ استقلالية الأطراف أيضًا بتغيير رأيهم حتى بعد إبرام اتفاقهم. وهذا يعني أنه يمكن للأطراف تعديل اتفاقهم حسب حاجتهم، سواء كان ذلك تناوب المحكمين أو الحدود الزمنية أو غيرها من الأمور التي اتفقوا عليها من قبل. (١)

وقد اعترف القانون النموذجي بقاعدة استقلالية الاطراف في العديد من الأحكام. تدعم كل مواد القانون النموذجي تقريبًا حقوق الأطراف هذه بعبارة مثل "للطرف حرية الاتفاق على..." أو "ما لم يتفق الطرفان...". ومن الصحيح تماما أن نقول إن مفهوم استقلالية الأطراف هو أساس هذا القانون النموذجي. علاوة على ذلك، فإن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ تشترك في نفس النهج. على سبيل المثال، تنص المادة الخامسة (١) (د) من الاتفاقية على أنه يمكن للمحكمة الوطنية لدولة عضو أن ترفض الاعتراف بالتحكيم أو تنفيذه إذا "تم تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لم تكن متوافقة مع اتفاق الطرفين.

كما تتيح قاعدة الاستقلالية أيضًا للأطراف أن تقرر إبقاء قضيتها خاصة أو مفتوحة للعامة. وهذا يعني أنه يمكن للأطراف أن تطلب من هيئة التحكيم الحفاظ على سرية جميع إجراءات التحكيم ولن يتمكن أي شخص آخر من معرفة قضاياهم دون الحصول على إذن من الأطراف. باختصار، يشير مفهوم قاعدة استقلالية الأطراف إلى حق الأطراف المتنازعة في اختيار التحكيم كوسيلة لتسويتهم وحريتهم في تحديد العناصر الأساسية لهذا التحكيم. وباختصار، يمكن القول أن مبدأ الاستقلالية يتيح للأطراف "السيطرة على كافة تفاصيل التحكيم".

كما ذكرنا من قبل، يعتبر مبدأ استقلالية الأطراف بمثابة العمود الفقري للتحكيم التجاري الدولي. ويلعب دوراً هاماً جداً في حل النزاعات عن طريق التحكيم. إذن ما هو تأثير مبدأ استقلالية الأطراف على التحكيم التجاري الدولي؟.

---

(1) Steingruber op cit, p. 115, 135 see also. Michael Pryles, 'Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure' 2 available [from the ICCA website at <http://www.arbitration

أولا : تعتبر استقلالية الأطراف عنصرا أساسيا في التحكيم التجاري الدولي. ويمكن القول أنه لن يكون هناك تحكيم دون استقلالية الأطراف. كما تم تحليله في الجزء السابق، يتم الاعتراف بموافقة الأطراف في اتفاق التحكيم الذي يعتبر الأساس لتحديد اختصاص هيئة التحكيم. بالإضافة إلى ذلك، تقرر استقلالية الطرف إجراء التحكيم وتوفر له كافة التفاصيل اللازمة لحل النزاع. (١)

ثانياً : يوفر هذا المبدأ للأطراف الفرصة لبناء أدواتهم الخاصة لتسوية المنازعات والتي تناسب احتياجاتهم المتبادلة على أفضل وجه وتخدم مصلحتهم أيضًا على أفضل وجه. من ناحية أخرى، مع احتفاظ الأطراف بالحق في اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات وكذلك كيفية إجراء التحكيم، سيكون من الأسهل على الأطراف الاتفاق على اتفاق منفعة متبادلة من شأنه تسريع عملية حل نزاعهم.(٢)

ثالثا : من مميزات التحكيم على التقاضي هو السرية واستقلالية الأطرف هي العامل الذي يجعل عملية التحكيم سرية. تعتبر السرية بمثابة "حجر الزاوية في التحكيم" ويدعم هذه الخاصية مبدأ استقلالية الأطراف. ومن وجهة نظر رجال الأعمال، تعتبر هذه الخاصية مهمة جدًا لأنها تساعدهم على الحفاظ على أسرارهم التجارية. على عكس إجراءات التقاضي التي عادة ما تكون مفتوحة للعامة، يمكن جعل جميع إجراءات التحكيم خاصة بسبب الرغبة المتبادلة للأطراف.(٣)

---

(1) see, Karl-Heniz Bockstiegel, 'Party Autonomy and Case Management – Experiences and Suggestions of an Arbitrator' 1 [a ailable at ICCA website http://www.arbitrationicca.org/media/1/13644850393080/bckstiegel_party_autonomy.pdf accessed 27/09/2022>

(2) see, Elizabeth Shackelford, 'Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration' (2005-2006) 67 U. Pitt. L. Rev. 897, 901

(3) see, Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, Arbitration of commercial disputes: International and English Law and Practice (Oxford University Press 2005) 349. See also Hans Bagner, 'Confidentiality - A fundamental Principle in International Arbitration' (2001) 1 (2) J. Int'l Arb. 24 see also, Dursun op cit) 142

أخيراً، تعتبر استقلالية الأطراف ضرورية أيضًا لتشغيل وتطوير نظام الاقتصاد الخاص للتجارة الوطنية والدولية. والسبب في هذه الضرورة هو أن مجتمع الأعمال يحصل على فائدة كبيرة في وضع إطاره الخاص لجعل علاقاته التجارية تلبي احتياجاته ومزاياه. لذلك، من خلال منحهم الحق في تشكيل نظامهم الخاص لحل النزاعات، فإن استقلالية الأطراف تشجع الأطراف على تعظيم اهتمامهم بالأنشطة التجارية. وقد ساهم ذلك في تعزيز تطوير معاملات البيع المحلية والدولية.(١)

باختصار، يمكن اعتبار التحكيم بمثابة محكمة خاصة حيث يمكن للأطراف وضع قواعدهم الخاصة والمبدأ الذي يمنحهم هذه السلطة هو استقلالية الأطراف . تعتبر جميع إجراءات التحكيم بمثابة تعبير عن إرادة الأطراف على أساس موافقتهم المتبادلة .ويُشبه أطراف التحكيم بالخياط الذي يقيس احتياجاته الخاصة لكي يصمم لنفسه القميص الأكثر ملاءمة وعصرية .ولذلك فإن دور مبدأ استقلالية الأطراف مهم جداً أو من الدقة القول بأنه عامل لا غنى عنه في حل النزاع عن طريق التحكيم .من حيث المبدأ، فإن قاعدة استقلالية الأطراف هي الأفضل في التحكيم .ومع ذلك، من الناحية العملية، فإنه لا يزال مقيدًا ببعض العوامل الأخرى. إلى أي مدى يكون مبدأ استقلالية الأطراف مقيدًا في التحكيم التجاري الدولي؟ الجزء الرئيسي من هذه الدراسة سوف يفند بشكل نقدي وتجد الإجابة على هذا السؤال.

وسنجيب على السؤال السابق من خلال تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:-

المطلب الاول: القيود المفروضة على مبدأ استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الثانى: السلطات الإجرائية للمحكم و الحدود الأخيرة لاستقلالية الأطراف.

(1) Bockstiegel op citp.1

المطلب الاول
القيود المفروضة بشكل عام على مبدأ استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي

كما تم تحليله أعلاه، من الناحية النظرية، يمكن للأطراف في التحكيم ممارسة حقوق استقلالهم في كل مرحلة من مراحل التحكيم بغض النظر عما إذا كانت إجراءات التحكيم قد بدأت أم لا. ومع ذلك، فقد أظهرت الممارسة أن مبدأ استقلالية الطرف ليس غير محدود، وله بعض القيود التي تنتج عن العديد من العوامل المختلفة. سيقوم هذا المطلب بتقييم هذه القيود بشكل نقدي في بعض الظروف المحددة في عملية تسوية المنازعات في التحكيم التجاري الدولي.

١. القيود التي يفرضها اتفاق التحكيم

يعتمد التحكيم على إرادة الأطراف وهي غير مرئية ولا يمكن "رؤيتها" إلا في اتفاق التحكيم. لا يمكن أن تكون هذه الاتفاقية صالحة إلا إذا كانت تلبي متطلبات معينة. نصت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ على ما يلي:

"تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق كتابي يتعهد بموجبه الأطراف بأن يعرضوا للتحكيم جميع أو أي خلافات نشأت أو قد تنشأ فيما يتعلق بعلاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أم لا، فيما يتعلق بموضوع قابل للتسوية بالتحكيم"

وبموجب هذا الحكم، لا يكون اتفاق التحكيم صحيحاً إلا إذا كان اتفاقاً مكتوباً يعبر عن موافقة الأطراف على إحالة نزاعهم إلى التحكيم؛ [(١)] يمكن أن يكون نزاعًا قائمًا أو قد ينشأ في المستقبل ولكن يجب أن يكون "فيما يتعلق بعلاقة قانونية محددة"؛ ويجب أن يكون الموضوع قابلاً للحل عن طريق التحكيم. علاوة على ذلك، نصت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية أيضًا على أنه لن يكون من

(١) مع تطور التكنولوجيا، تم الآن توسيع متطلبات الشكل المكتوب في المعنى. وقد أعطت المادة ٧ من القانون النموذجي اتجاها جديدا في تفسير هذا الشرط. وفقا لهذا الشرط، يمكن إثبات الاتفاق المكتوب بأي وسيلة يمكن تسجيلها (بما في ذلك المحادثة الشفهية)

الممكن الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه إذا لم يكن لدى الأطراف القدرة على إبرام اتفاق التحكيم.

ومن بين هذه المتطلبات، تعد قدرة الأطراف وإمكانية التحكيم في النزاع من العوامل التي يمكن أن تحد من موافقة الأطراف على التحكيم. سيتم النظر في هذه الأمور بشكل نقدي في هذا الجزء.

أ: القيود التي تفرضها أهلية الأطراف

وبشكل عام، تشير الأهلية إلى قدرة الشخص أو الكيان القانوني على إبرام عقد، وتشمل القدرة على التمتع بالحقوق وكذلك ممارسة هذه الحقوق. ومع ذلك، في التحكيم، فإن قدرة الأطراف ليست فقط القدرة على الدخول في اتفاق التحكيم ولكن أيضًا القدرة على التصرف كطرف في إجراءات التحكيم. وكلا الجانبين يفرضان قيودا على مبدأ استقلالية الحزب. وسيتم مناقشتها بشكل أكبر فيما يلى.

-أهلية إبرام اتفاق التحكيم

وفقًا لاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والقانون النموذجي، فإن أحد متطلبات الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه هو أن يكون لدى أطراف التحكيم القدرة على إبرام اتفاق التحكيم "بموجب القانون المطبق عليهم[١] قانون التحكيم التجاري الدولي صامت بشأن أهلية الدخول في اتفاق تحكيم بين الأطراف.[٢] وبالمثل، لا يذكر كل قانون وطني تقريبًا بشأن التحكيم ما هو العنصر الذي يشكل نقص الأهلية، لكنهم ما زالوا متفقين على أن عدم القدرة على الدخول في اتفاق التحكيم هو سبب لرفضالاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه .ومع ذلك، فإن القاعدة العامة

(١) المادة الخامسة (١) (أ) من اتفاقية نيويورك والمادة 9من القانون النموذجي

(2) see, Steingruber op cit p.32; Poudret and Besson (op cit para 270

تقبل أن "أي شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بالأهلية لإبرام عقد مساعد، يكون له أيضًا أهلية إبرام اتفاق تحكيم بشكل صحيح [١].

قد يكون أطراف التحكيم التجاري الدولي شخصًا طبيعيًا أو شركة أو حتى دولة أو وكالة تابعة للدولة. كل فئة لها قانونها المطبق الخاص بها والذي قد يسبب قيودًا مختلفة على استقلالية أطرافها.

الأشخاص طبيعيون :

في سياق التحكيم التجاري الدولي، قد تتأثر أهلية الشخص الطبيعي لإبرام اتفاق التحكيم بأكثر من قانون واحد. [٢] قد يكون هذا هو اسم جنسية ذلك الفرد أو اسم مكان إقامته أو موطنه. وفي بعض الحالات، حتى القانون الذي يحكم العقد قد يقرر أيضًا صفة الشخص الذي يكون طرفًا في ذلك العقد. [٣]على سبيل المثال، يتمتع الرجل البالغ من العمر ثمانية عشر عامًا بالأهلية الكاملة لإبرام عقد بموجب قانون مكان إقامته ولكن بموجب قانون العقد لا يتمتع بذلك. وتنشأ المشكلة عندما يرغب الطرف الآخر في إنكار أثر اتفاق التحكيم بسبب عدم الأهلية. وهذه معضلة لأنهم لا يستطيعون الإجابة على القانون الذي سيسود. ولائحة روما الأولى بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية [٤] حل لهذه المسألة، حيث نصت المادة ١٣ من اللائحة على ما يلي:

---

(1)see, Gary Born, International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer Law International 2009) 628 also, Lew, Mistelis and Kroll op cit p. 140

(2)see, Gary Born, International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer Law International 2009) 628 50 Lew, Mistelis and Kroll op cit p. 140

(3) Blackkaby and others op cit, para 2.30

(٤) اللائحة (المفوضية الأوروبية) رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية (روما الأولى)

في العقد المبرم بين أشخاص موجودين في نفس الدولة، لا يجوز للشخص الطبيعي الذي يتمتع بالأهلية بموجب قانون تلك الدولة أن يتمسك بفقدانه الناشئ عن قانون دولة أخرى، إلا إذا كان الطرف الآخر في العقد على علم بانعدام أو نقص الأهلية وقت إبرام العقد أو عدم العلم به نتيجة الإهمال.(١)

ورغم أن نطاق هذه القاعدة ضيق للغاية، إلا أنه ينبغي اعتبارها مرجعًا للتعامل مع مشكلة الأهلية في التحكيم التجاري الدولي.

الشركات :

تختلف أهلية إبرام عقد الشركة من دولة إلى أخرى .ومع ذلك، بشكل عام، عادةً ما يتم تحديد ذلك من خلال العقد الابتدائى للشركة ومكان تسجيل الأعمال (مكان التأسيس)(٢) وتمارس الشركة أهلية الشركة من خلال ممثليها القانونيين وفقاً لعقدها الابتدائى والقانون المنظم لها .تنشأ مشكلة عدم أهلية الشركة عندما تبرم عقدًا خارج نطاق سلطتها تجاوز اختصاصات الشركة(Ultra vires) (٣).في هذه الحالة لا تلتزم الشركة بهذا العقد وقد يكون اتفاق التحكيم باطلا .وبالتالي فقد وضعت العديد من الدول قواعد للتعامل مع هذه الحالة ولحماية الطرف الآخر في النزاع .غالبًا ما تعتمد هذه اللوائح على مبدأ حسن النية. (٤)

علاوة على ذلك، وبموجب بعض القوانين الوطنية، فإن عدم أهلية الشركة يكون بسبب عدم وجود ترخيص للتجارة الخارجية(٥). على سبيل المثال، في

---

(١)تنطبق هذه القاعدة فقط على "الأشخاص الموجودين في نفس البلد" ولا تمثل قاعدة عامة في اللائحة المتعلقة بالسؤال المتعلق بالوضع أو الأهلية القانونية للأشخاص الطبيعيين.

(2) Blackkaby and others op cit para 2.32

(٣)الكلمة اللاتينية Ultra vires تعني ما وراء السلطات .فهو يصف نشاط الشركة الذي يتجاوز حدود الصلاحيات الممنوحة لها .

[Oxford Dictionary of Law (7th edn Oxford University Press 2009) 564]

(4)see,Blackkaby and others op cit para 2.32

(٥) يحدث هذا الوضع عادة في الاقتصادات التي تسيطر عليها الدولة.

See Lew, Mistelis and Kroll op cit para 7-33

قضية في ألمانيا[١]، تم اعتبار أحد الأطراف فاقدًا للأهلية بسبب عدم حصوله على تصريح التجارة الخارجية. ولذلك كان اتفاق التحكيم باطلا.

الدول أو وكالات الدولة[٢]

تستوفي هذه المجموعة أخطر القيود عند الدخول في اتفاق التحكيم .بسبب قضية السيادة، لا يسمح القانون الوطني للعديد من الدول للدولة أو وكالات الدولة بحل نزاعها مع أطراف خاصة أخرى عن طريق التحكيم[٣] .على سبيل المثال، لا يسمح القانون المدني الفرنسي بالنزاعات المتعلقة بالجمهور إحالتها إلى التحكيم الوطني .وفي بلدان أخرى مثل فنزويلا أو إيران أو سوريا، من أجل الدخول في اتفاق تحكيم، يجب أن تتم الموافقة على كيانات الدولة من قبل السلطات المختصة[٤] ولذلك، في بعض الحالات، تحاول الدولة أو أجهزة الدولة الاحتجاج بقانونها الوطني من أجل الخروج من اتفاق التحكيم.

ومع ذلك، في السياق التجاري الدولي الحالي، وبدعم كبير من المحكمة الوطنية وكذلك هيئة التحكيم، وجدت الاتفاقيات الدولية والتشريعات المحلية حلولاً للتغلب على هذه القيود .مثال مهم هو نص المادة الثانية (١) من الاتفاقية

(1) see,German Bundesgerichtshof, 23 April 1998, XXIVb YBCA 928 (1999)

(٢) يجادل بعض المؤلفين بأن قدرة الدولة ووكالات الدولة على الدخول في اتفاق تحكيم ينبغي اعتبارها مسألة قابلية للتحكيم. كلا الرأيين مقبولان ولكن في سياق القانون التجاري الحديث، فمن الأدق والملاءمة وصفه بأنه مسألة أهلية.

See Steingruber op cit para 3.19 – 3.22; Fouchard, Gaillard and Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international (Litec 1996) para 539; Lew, Mistelis and Kroll op cit, para 27-7; Blackkaby and others op cit para 2.37

(3)see, Blackkaby and others op cit para 2.34

(4) see, Lew, Mistelis and Kroll op cit, para 27-5

الأوروبية لعام ١٩٦١ [١]على أن "الأشخاص الذين يعتبرهم القانون المطبق عليهم أشخاصًا اعتباريين من القانون العام يجب أن يكون لهم الحق في إبرام اتفاق تحكيم صالح[٢]."وعلى الرغم من أن الاتفاقية لم تكن ناجحة حقًا، إلا أن مفهوم هذا الحكم تم تبنيه من قبل بعض الدول الأعضاء مثل سويسرا أو السويد. [٣]

باختصار، من الضروري القول أنه على الرغم من أن قانون التحكيم الدولي والوطني يحاول تقليل القيود المفروضة على قدرة الدول أو أجهزة الدولة على الدخول في اتفاق تحكيم، إلا أن هذه القيود لا تزال موجودة. هذا هو السبب الذي يجعل الأطراف الخاصة تأخذ بعين الاعتبار عند إبرام اتفاقية تحكيم لدولة أو وكالة حكومية.

ب. أهلية أن يكون طرفاً في إجراءات التحكيم :

كما تخضع أهلية أن تكون طرفاً في إجراءات التحكيم للقانون المطبق عليها. ومع ذلك، فإن القانون الوطني المتعلق بأهلية الطرف قد يميز بين أهلية الدخول في اتفاق التحكيم وأهلية رفع الدعوى والمقاضاة (أن يكون طرفاً في إجراءات التحكيم). على سبيل المثال، قد تتمكن هيئة فردية من الدخول في اتفاق تحكيم ولكنها لا تستطيع رفع دعوى قضائية أو رفع دعوى قضائية عليها. [٤]

يمكن أن تظهر القيود المفروضة على أهلية الطرف ليكون طرفًا في إجراءات التحكيم قبل بدء التحكيم أو أثناء إجراءات التحكيم. وبعبارة أخرى، فإن الطرف ناقص الأهلية قد لا يحق له المشاركة في التحكيم.

يمكن أن تظهر القيود المفروضة على أهلية الطرف ليكون طرفًا في إجراءات التحكيم قبل بدء التحكيم أو أثناء إجراءات التحكيم. وبعبارة أخرى،

---

(١) ومع ذلك، فإن هذا الحكم مفتوح للتحفظ ويمكن للدول الأعضاء في الاتفاقية إبداء تحفظ عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها [المادة الثانية (٢)]

(2) See Article 177(2) of the Swiss Private International Law Act 1987

(3)See Court of Appeal, Stockholm, 19 June 1980 (1981) 20 ILM 893

(4) A. Tweeddale and K. Tweeddale op cit para 4.64

لا يجوز للطرف ناقص الأهلية المشاركة في إجراءات التحكيم منذ بداية التحكيم أو الاستمرار في التحكيم المعلق[٠١] في الحالة الأولى، قد يكون الأطراف مقيدين ببدء التحكيم بسبب حالة تشغيله. على سبيل المثال، بموجب قانون بعض الولايات في الولايات المتحدة، قد يتم منع الشركة التي "ليست في وضع جيد" من بدء إجراءات التحكيم[٢]. في الحالة الثانية، قد يتم أيضًا منع بعض الشركات من مواصلة التحكيم المعلق بسبب وضعه. في بعض الولايات القضائية، تنتهي القدرة على التحكيم للشركة عندما تدخل في حالة الإفلاس. [٣]

وبعد هذا التحليل يمكن القول أن استقلالية الطرف في التحكيم التجاري الدولي تتأثر بشكل كبير بالاهلية. يمكن أن تقيد الأهلية الأطراف من الدخول في اتفاق التحكيم والمشاركة في إجراءات التحكيم كطرف. وبعبارة أخرى، بسبب الافتقار إلى الأهلية، قد لا تتمكن الأطراف من اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتهم. ومع ذلك، فإن مستوى التأثير يختلف باختلاف وضع الطرف. ومن بين الجميع، فإن الأشخاص الطبيعيين هم الأقل تأثراً في حين أن الدول ووكالات الدولة هي الأكثر تأثراً.

٢- قابلية النزاع للتحكيم

تشير القابلية للتحكيم، بالمعنى الأكثر شيوعًا، إلى إمكانية تسوية النزاع عن طريق التحكيم أم لا .وبعبارة أخرى، تحدد القابلية للتحكيم نوع النزاع الذي يمكن تقديمه للتحكيم[٤]وفقًا للمادة الثانية (١) والمادة الخامسة (٢) (أ) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والمادة ٣٤ (٢) (ب) (ط) والمادة)(1)36ب (i)من

(1)Steingruber op cit, p, 34

(2) Blackkaby and others op cit, para 2.32

(٣) التحكيم في الدولة المتعاقدة لديه نهج مختلف لمصطلح "قابلية التحكيم". وبموجب هذا القانون، تتناول القابلية للتحكيم أيضًا مسألة ما إذا كانت هيئة التحكيم أو المحكمة سيكون لها الاختصاص القضائي لتحديد المسألة التي يمكن حلها عن طريق التحكيم.

see Steingruber (n 5) 42 para 3.41-3.48

(4)see, Blackkaby and others , op cit,para 2.111

القانون النموذجي، يجب أن يكون النزاع المعني قابلاً للتسوية عن طريق التحكيم . وهذا أحد متطلبات جعل اتفاق التحكيم صحيحاً وجعل حكم التحكيم قابلاً للاعتراف به وقابلاً للتنفيذ .ويُقترح أن "قابلية التحكيم هي التعبير الأساسي عن حرية التحكيم"(١)

علاوة على ذلك، فهو يحدد القيود المفروضة على قدرة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم(٢) ونتيجة لذلك، فإن قابلية التحكيم تعتبر أحد القيود على مبدأ استقلالية الأطراف .

في حين أن مبدأ الاستقلالية يمنح الأطراف سلطة كبيرة لاختيار عدم اللجوء إلى المحكمة الوطنية وتقديم أي من نزاعاتهم إلى التحكيم، فإن القانون الوطني يفرض قيودًا على هذه السلطة من خلال النص على المسائل التي يمكن تسويتها عن طريق التحكيم وتلك التي لا يمكن تسويتها عن طريق التحكيم. وبما أن التحكيم هو وسيلة خاصة لتسوية المنازعات ذات الاثار العامة (على سبيل المثال: الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه)(٣)، فإن مشكلة القابلية للتحكيم ترتكز على حماية النظام للدولة. (٤)

تختلف مسألة القابلية للتحكيم من دولة إلى أخرى ولا توجد أي قاعدة دولية لتحديد القابلية للتحكيم أو عدم قابلية التحكيم. تقرر كل دولة النزاع الذي سيكون قابلاً للتحكيم على أساس السياسة الداخلية، السياسة الاجتماعية

(1) see, K. Youssef, 'The Death of Inarbitrability', in L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (eds), Arbitrability: International and Comparative Perspectives (Kluwer Law International 2009) para 3-6

(2) ibid

(3) see, Blackkaby and others op cit, para 2.113

(4) see, Laurence Shore, 'Defining 'Arbitrability'', Ne York La Journal (15 June 2009)
<http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/Shore-DefiningArbitrability.pdf> accessed 06/09/2022

والاقتصادية[١] بالإضافة إلى ذلك، تتنوع أيضًا شدة عدم القابلية للتحكيم. هناك قضايا غير قابلة للتحكيم تمامًا بموجب كل نظام قانوني ولكن هناك بعض القضايا الأخرى التي لها إجابات مختلفة من قوانين وطنية مختلفة[٢] ولذلك فإن النزاع الذي قد يكون قابلاً للتحكيم في بلد ما قد يكون غير قابل للتحكيم في بلد آخر. على سبيل المثال، لا يمكن حل النزاع في الإجراءات الزوجية عن طريق التحكيم بموجب القانون الإنجليزي ولكن بموجب القانون الليبي يتم حله عن طريق التحكيم.[٣]

وإلى جانب القضايا التي تدخل في صلب عدم التحكيم، فإن التحكيم في بعض القضايا الأخرى متغير ويختلف من دولة إلى أخرى. علاوة على ذلك، لا يتم طرح مسألة القابلية للتحكيم في كل مجال من مجالات القانون التجاري. من بين الجميع، غالبًا ما تنشأ مسألة القابلية للتحكيم في حقوق الملكية الفكرية (براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق المؤلف)، وقانون مكافحة الاحتكار والمنافسة؛ إعسار؛ معاملات الأوراق المالية؛ الاحتيال والرشوة والفساد والنزاعات المتعلقة بالموارد الطبيعية. وفي هذه المجالات، يتم اتخاذ القرار على أساس كل حالة على حدة فيما يتعلق بالتوازن بين النظام العام للدولة والخصائص التجارية للقضايا وحقوق الأطراف ذات الصلة .على سبيل المثال، فيما يتعلق بقانون الملكية الفكرية، فإن مسألة منح براءة اختراع أو علامة تجارية تقع ضمن السلطة الحصرية للسلطات العامة ولا يمكن القيام بها إلا عن

(1) see, Blackkaby and others , op cit, para 2.14

(2) see, Steingruber , op cit, para 3.55

(٣) تسمح المادتان ٧٤٠ و٧٧٢ من الوثيقة الرابعة، ليبيا ٢.أ (قانون الإجراءات المدنية) بتعيين محكمين للتأثير في التوفيق بين الأزواج والزوجات.

See Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, op cit para 4.23

طريق وكالات الدولة .ومع ذلك، ومن أجل حماية الأسرار التجارية، يمكن التحكيم في المنازعات الناشئة عن حقوق الملكية الفكرية بين المرخص والمرخص له.[١]

وبما أن نطاق التحكيم التجاري الدولي أوسع من نطاق التحكيم الوطني، فإن الإجابة على مشكلة عدم قابلية التحكيم في النزاع الداخلي تختلف أيضًا عن تلك الموجودة في القضايا الدولية[٢]. قررت المحكمة العليا الأمريكية في قضية ميتسوبيشي [٣] في هذه القضية ما يلي:

..."تخلص إلى أن المخاوف المتعلقة بالمجاملة الدولية، واحترام قدرات المحاكم الأجنبية وعبر الوطنية، والحساسية لحاجة النظام التجاري الدولي إلى القدرة على التنبؤ في حل المنازعات تتطلب أن ننفذ اتفاق الأطراف، على افتراض أن نتيجة معاكسة يمكن أن تظهر في السياق المحلي"[٤]

لذلك، قررت المحكمة أن نزاعات مكافحة الاحتكار الناشئة عن العقود الدولية يمكن حلها عن طريق التحكيم وفقًا لقانون التحكيم الفيدرالي على الرغم من أنه في قضية سابقة، رأت المحكمة أن المطالبات بموجب قوانين مكافحة الاحتكار في السياق المحلي غير قابلة للتحكيم [٥] هذا النهج معترف به على نطاق واسع ويشير إلى اتجاه ليس "ما قبل المرض، أي [٦]."وبالمثل، فإن قابلية

(1) see, Jullian D. M. Le , 'Intellectual Property Disputes and Arbitration', inal Report of the Commission on International Arbitration (ICC Publication 1997) 7-15

(2) see, Lew, Mistelis and Kroll ,op cit, para 9-35

(3) see, Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc, 473 US 614, 105 S Ct 3346 (1985)

(4)ibid

(5) American Safety Equipment Corp v JP Maguire Co, 391 F 2d 821 (2nd Cir 1968)

(6)see, Lew, Mistelis and Kroll ,op cit para 9-36. See Secretariat Study on New York Convention, A/CN9/168 (20 April 1979), para 45;

التحكيم في كل مجال وكل حالة تتنوع في بلدان مختلفة اعتمادًا على قوانينها الوطنية وكذلك السياسات العامة.

يلجأ الأطراف طوعًا إلى التحكيم وتختاره كوسيلة لتسوية المنازعات. ويتم التعبير عن هذا الاستعداد في اتفاق التحكيم. ومع ذلك، فإن هذا الاتفاق أيضًا هو الذى قد يقيد استقلالية الأطراف في التحكيم. إن الافتقار إلى الأهلية وعدم إمكانية التحكيم في بعض النزاعات قد يمنع الأطراف من حل نزاعهم عن طريق التحكيم. إن المعرفة بمدى أهليتهم وإمكانية التحكيم في منازعاتهم هي المتطلبات الأساسية لصياغة اتفاق تحكيم مناسب قد يساعد الأطراف على ممارسة حقوقهم المستقلة بشكل فعال في التحكيم.

٢. القيود التي تفرضها قواعد مؤسسات التحكيم

كما ذكرنا أعلاه، بالمقارنة مع التحكيم المتخصص، فإن استقلالية الأطراف في التحكيم المؤسسي سيكون لها بعض القيود المحددة بسبب قواعد مؤسسات التحكيم .على الرغم من أن هيئة التحكيم يتم تعيينها من قبل الأطراف، إلا أن التحكيم المؤسسي يخضع لإدارة مؤسسة التحكيم .كل مؤسسة تحكيم لديها قواعد التحكيم الخاصة بها والتي توفر بعض القواعد الإجرائية وغيرها من اللوائح المطبقة على جميع النزاعات التي تتم تسويتها عن طريق التحكيم في تلك المؤسسة .تم وضع هذه القواعد لغرض توفير المراقبة والمساعدة للمؤسسة في التحكيم .وبالتالي، باختيار التحكيم المؤسسي، وافقت الأطراف على قواعد التحكيم لهذه المؤسسة. لا يجوز للأطراف تغيير القواعد دون الحصول على إذن من

يتعين فحص كل حالة على حدة لمعرفة ما إذا كانت المحاكم الوطنية تطبق معايير مختلفة عند المساعدة في إجراءات التحكيم وتنفيذ القرارات في القضايا الدولية على النقيض من النزاعات المحلية. "هل هناك اتجاه عالمي نحو دعم ثقافة التحكيم الدولي" في فان دن بيرج (محرر)، سلسلة مؤتمرات ICCA رقم ٨ (لاهاي: Kluwer Law International 1998) ١٩١

الهيئة الإدارية[١] على سبيل المثال، إذا اختار الأطراف حل نزاعهم عن طريق محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية (ICC Court) ووافقت على قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، ولكنها تريد استبعاد المادة ٢٧ من القواعد (التي تتعلق بتدقيق قرارات التحكيم من قبل المحكمة(محكمة غرفة التجارة الدولية)، لا يجوز لمحكمة غرفة التجارة الدولية إدارة التحكيم ورفض تحقيق القضية كقضية أمام محكمة غرفة التجارة الدولية[٢] يقترح أن:

"لا ترفض محكمة غرفة التجارة الدولية إدارة التحكيم مع تعديل الطرف المتفق عليه على القواعد إلا عند حذف إحدى الخصائص الأساسية لتحكيم غرفة التجارة الدولية (مثل تدقيق المحكمة في المجال)."[٣]

وبناء على ذلك، سيتم رفض الرغبة في التنازل عن هذه الخاصية المهمة التي تتمتع بها محكمة غرفة التجارة الدولية لدى الأطراف. وبالمثل، فإن الخصائص الأساسية لمؤسسات التحكيم الأخرى التي تضمن السلطة الإدارية للمؤسسة في التحكيم لن يتم تجاهلها بموافقة الأطراف. وبصرف النظر عن قواعد مؤسسة التحكيم، فإن حق الأطراف في تحديد المسائل الإجرائية مقيد أيضًا بقانون المكان الذي يجري فيه التحكيم. وسيتم مناقشة هذه المشكلة في الجزء التالي.

---

(١) حفيظة السيد الحداد " العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى" بيروت مطبوعات الحلبي طبعة 2003 .ص٣٤٥

(2) see, Craig, Park and Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd edn, Oceana TM 2000) 295, see also, 92 Okezie Chukwumerije, Choice of Law in International Commercial Arbitration (Quorum Books 1994) 78

(3) Craig, Park and Paulsson, op cit. p 295

٣. القيود التي يفرضها قانون مقر التحكيم

إحدى مزايا التحكيم بالمقارنة مع الدعاوى القضائية هي أن الأطراف لديهم الحرية في تصميم إجراءاتهم الإجرائية ويمكنهم تجنب الإجراءات الرسمية والصارمة للمحكمة الوطنية[١ ٠]وهذه الميزة معترف بها في اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ وكذلك في القانون النموذجي .المادة الخامسة(١)(د) نصت على أنه يجوز رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه إذا كان "تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لا يتفق مع اتفاق الأطراف ."نفس النهج يمكن الاطلاع على المادة ١٩ من القانون النموذجي.

مع ذلك، فإن هذه الاستقلالية ليست غير محدودة، فهي تتأثر بقانون مقر التحكيم (قانون التحكيم). على الرغم من أن الأطراف قادرة على اختيار مقر التحكيم، إلا أنهم لا يستطيعون التحكم في قانون التحكيم الخاص بالمقر. سيتم فحص هذه القيود في هذا الجزء من خلال النظر في قانون التحكيم وكذلك تدخل المحكمة الوطنية في إجراءات التحكيم.[٢]

أ. مكان التحكيم وقانون التحكيم

ينص القانون الدولي العام على أن لكل دولة الحق الكامل والدائم في ممارسة سيادتها داخل حدودها.[٣] ولذلك، فإن أي تحكيم يتم إجراؤه على أراضي دولة ما سيخضع لقانونها الوطني[٤]. ومن ثم، بالإضافة إلى استقلالية الأطراف، ستخضع إجراءات التحكيم أيضًا لقانون مقر التحكيم (قانون التحكيم). وفقًا للقاضي الإنجليزي، فإن قانون مقر التحكيم هو:

---

(١) هشام صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، منشأة المعارف الطبعة الثانية١٩٩٩ ، ص ٣٥

(٢) حفيظة السيد الحداد "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ، ص ص ١١٧ ، ١١٨

(3) see, Dursun op cit, p. 181

(4) ibid

"... مجموعة من القواعد التي تضع معيارًا خارجًا عن اتفاق التحكيم، ورغبات الأطراف، لإجراء التحكيم. يشمل القانون الذي يحكم التحكيم القواعد التي تحكم التدابير المؤقتة [...]، والقواعد التي تمكن المحكمة من ممارسة التدابير الداعمة لمساعدة التحكيم الذي واجه صعوبات [...] والقواعد التي تنص على ممارسة المحكمة لتدابير داعمة لمساعدة التحكيم الذي واجه صعوبات [...] والقواعد التي تنص على ممارسة المحكمة لتدابير داعمة المحكمة ذات ولايتها القضائية العليا في التحكيم [...]".(١)

وفقا لهذا التعريف، فإن قانون التحكيم هو مجموعة من القواعد التي توفر للتحكيم بدعم من المحكمة الوطنية، وتكمل ما هو مفقود في القواعد الإجرائية(٢) وتعبر عن سيطرة المحكمة على التحكيم .وهذه المجموعة من القواعد خارجة تمامًا عن اتفاق التحكيم ورغبات الأطراف .وبالتالي، إذا كانت استقلالية الأطراف المعبر عنها في اتفاق التحكيم تتعارض مع القواعد الإلزامية لقانون مكان التحكيم، فلن يتم الاعتراف بها وممارستها .أشار الحكم في قضية Centerchem Inc (ضد٣Diagnostica Inc) إلى أن استقلالية الأطراف قد تكون مقيدة من خلال "التشريع الذي ينطبق على الأطراف وسلوكهم في التحكيم" والذي لا يمكن استبعاده بالاتفاق .علاوة على ذلك، سيتم إلغاء قرار التحكيم لأسباب تتعلق بالنظام العام (وفقًا للمادة الخامسة (٢) (ب) من اتفاقية نيويورك) إذا لم تقم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الإلزامية لمقر التحكيم(٤) ومن الأمثلة

(1)Smith Ltd v H International [1991] 2 Lloyd's Rep 127 at 1 0. This judgement referred to the 2nd edition of the book Redfern and Hunter on International Arbitration (n 3

(٢) محمود السيد عمر التحيوي " أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته " ، دار المطبوعات الجامعية ، ط ٢٠٠١ ، ص ٥٥ .

(3) Diagnostica Inc v Centerchem Inc (1999) XXIVa Ybk Arbn 574

(4) see, Adam Samuel, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law (Schulthess 1989) 235-236

على القاعدة الإلزامية المعترف بها في كل بلد تقريبًا المعاملة المتساوية .ونصت المادة ١٨ من القانون النموذجي (الذي اعتمدته العديد من دول العالم) على ما يلي" :يجب معاملة الأطراف على قدم المساواة، وتتاح لكل طرف فرصة كاملة لعرض قضيته ."ولذلك، إذا اتفق الطرفان على أن المدعي وحده هو الذي يمكنه عرض دعواه، يكون اتفاق التحكيم باطلا لمخالفة المادة ١٨ من القانون النموذجي[١] ولا يجوز الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه استنادا إلى أسس النظام العام .ومع ذلك فإن القواعد الإلزامية لكل دولة تختلف باختلاف سياستها الثقافية والاقتصادية والاجتماعية .ومن ثم فإن تطبيق القواعد الإلزامية لقانون المقر ينبغي أن يتحدد في كل حالة على حدة مع مراعاة الارتباط بين كل ظرف والقاعدة المطبقة[٢].

وفقا للتعريف أعلاه، يحكم قانون التحكيم أيضًا دور المحكمة الوطنية في إجراءات التحكيم. وهذا الأمر يقع مرة أخرى خارج نطاق استقلالية الأطراف. سيتناول الجزء التالي بشكل أكبر دور المحكمة في إجراءات التحكيم بالإضافة إلى القيود التي قد تسببها للحقوق المستقلة للأطراف

ب.تدخل المحكمة الوطنية في إجراءات التحكيم

على الرغم من أن التحكيم هو وسيلة لتسوية المنازعات خارج المحكمة، إلا أن المحكمة الوطنية لمقر التحكيم لا تزال تلعب دورًا مهمًا في إجراءات التحكيم .للأطراف في التحكيم التجاري الدولي الحق المستقل في تعيين المحكمين وتشكيل هيئة التحكيم لحل نزاعهم .ومع ذلك، فإن هيئة التحكيم وحتى مؤسسة التحكيم ليست سوى هيئات خاصة، ولا تتمتع بسلطة استدعاء الشهود أو اتخاذ

(1) see, Holzmann and Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (Kluwer Law 1995) 583

(2) see, A. N. Zhilso , 'Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration' (1985) 42 Netherlands International Law Review 1981, 106

التدابير المؤقتة المتعلقة بطرف ثالث، وما إلى ذلك. وتنتمي هذه الإجراءات إلى اختصاص المحكمة الوطنية ولا يمكن ممارستها إلا عن طريقهم..

وباللرغم من أن التحكيم التجاري الدولي الحديث يميل إلى التقليل إلى أدنى حد من تدخل المحكمة في إجراءات التحكيم، في الواقع، يمكن إثبات التدخل كعنصر داعم لمحكمة مكان التحكيم من البداية حتى نهاية التحكيم. وتنص المادة ٥ من النموذج لا على أنه: "لا يجوز للمحكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا فيما هو منصوص عليه في هذا القانون". ومع ذلك، تعترف المادة ٦ من هذا القانون بوظيفة المساعدة والإشراف للمحكمة على التحكيم. علاوة على ذلك، فإن العديد من الأحكام الأخرى تمنح المحكمة سلطة اتخاذ الإجراءات في كل خطوة من خطوات التحكيم[٠١] على سبيل المثال، في بداية التحكيم، يمكن للمحكمة تنفيذ اتفاق التحكيم (إذا قدم أحد الأطراف في التحكيم نزاعه إلى المحكمة) أو مساعدة الأطراف في تعيين المحكم. أثناء إجراءات التحكيم، تتمتع المحكمة بسلطة اتخاذ تدابير مؤقتة، أو استدعاء الشهود أو الحفاظ على الأدلة، وما إلى ذلك. وأخيرا، بعد انتهاء التحكيم، تتمتع المحكمة بسلطة الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه.

يكون تدخل المحكمة في بعض الأحيان هو القاعدة الإلزامية لمقر التحكيم لضمان سير الإجراءات القانونية بطريقة جيدة وتحقيق أفضل نتيجة للتحكيم. وبالتالي، لا يمكن للأطراف استبعاد اختصاص المحكمة في بعض الحالات باتفاقهم. أخيرا، من المهم ملاحظة أنه على الرغم من كونه خارج نطاق موافقة

(1) More than 10 over 36 articles of the Model Law recognise the role of the court in arbitral proceedings. See Blackkaby and others op cit, para 706

الأطراف، فإن تدخل المحكمة الوطنية في بعض مراحل التحكيم يكون لغرض داعم وليس بطريقة تخريبية أو إشرافية. (١)

لقد كان التوتر بين سيطرة المحكمة على مقر التحكيم وحقوق الأطراف في تحديد عملية التحكيم يحدث طوال السنوات(٢) ويستمر هذا الوضع الآن دون علامة الإنهاء. ومع ذلك، هناك حقيقة لا يمكن إنكارها وهي أنه بدون تدخل المحكمة، لن يتحقق هدف التحكيم العادل والفعال. ويعتبر هذا التدخل بمثابة دعم لعملية التحكيم أو تدخل فيها يعتمد على الرأي الشخصي لمختلف القضاة والمؤلفين(٣) وأهم شيء يجب أن يؤخذ في الاعتبار هو كيفية الموازنة بين استقلالية الطرف في تقرير سلوكه التحكيمي ومستوى مناسب من سيطرة المحكمة على عملية إجراءات التحكيم(٤) وسوف تحتاج هذه المسألة إلى مزيد من المناقشة في المستقبل.

٤. القيود التي يفرضها قرار هيئة التحكيم

قبل البدء في التحكيم، من الضروري لهيئة التحكيم أن تحدد القانون المطبق على إجراءات التحكيم وكذلك موضوعية النزاعات. كما ذكرنا أعلاه، فإن مبدأ استقلالية الأطراف يسمح للأطراف ليس فقط بتصميم القواعد الإجرائية الخاصة بهم ولكن أيضًا باختيار القانون الذي يحكم نزاعهم والذي تلتزم هيئة التحكيم باتباعه. ومع ذلك، فإن هذا الاستقلال ليس مطلقًا. في سياق التحكيم

(1)see, Claude Reymond, 'The Channel Tunnel Case and the La of International Arbitration' (1999) 109 LQR 337, 341

(2)see, Jullian D. M. Le , '2005 reshfields Arbitration Lecture, Achie ing the Dream: Autonomous Arbitration' (2006) 22 Arbitration International 179, 181

(3) John Lurie, 'Court inter ention in arbitration: support or interference?' (2010) Arbitration 76 447, 453

(4) ibid

التجاري الدولي، قد تتجاهل هيئة التحكيم في بعض الأحيان اختيار قانون الأطراف. وسيركز هذا الجزء على هذه القيود.

أ.القيود التي يفرضها قرار هيئة التحكيم فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية

من حيث المبدأ، وفقًا لقاعدة استقلالية الأطراف، للأطراف الحرية في تقرير إجراءات التحكيم التي يجب أن تتبعها هيئة التحكيم. علاوة على ذلك، يمكن للأطراف ممارسة هذه الحقوق في كل مرحلة من مراحل عملية التحكيم سواء تم إنشاء هيئة التحكيم أم لا. وهذا يعني أنه يمكنهم تغيير رأيهم وإعادة تصميم أي شيء في أي وقت. وفي الواقع، فإن استقلالية الأطراف ليست واسعة إلى هذا الحد. عند تشكيل هيئة التحكيم، يمكن أن يتأثر تحديد الأطراف في إجراءات التحكيم بقرار هيئة التحكيم.

اقترح القضاء الإنجليزي أنه بعد قبول التعيين، يصبح المحكمون طرفًا في اتفاق التحكيم وتكون حقوقهم والتزاماتهم ملزمة بهذا الاتفاق Hobhouse J في قضيةCompagnie Européene de Cerelas SA [1] ذهب إلى الرأى التالى:-

"هو عقد التحكيم الذي يصبح المحكمون طرفاً فيه بقبول التعيين بموجبه. جميع أطراف التحكيم هي مسألة عقدية (تخضع دائمًا لمختلف الأحكام القانونية) ملزمة بشروط عقد التحكيم."[2]

ويشاركه السيد القاضي فيليبس نفس وجهة النظر في قضية KS Najari A/Sضد شركة Huyndai Heavy Industries Co. Ltd[3]. أدى هذا الاستنتاج إلى تقييد الحقوق المستقلة للأطراف في تعديل اتفاق التحكيم .وبناء على ذلك، بعد أن تنشئ هيئة التحكيم وتصبح طرفا فيه، لا يجوز تغيير شروط هذا الاتفاق بين الأطراف من جانب واحد دون موافقة هيئة التحكيم .على سبيل

(1) [19 6] 2 Lloyd's Rep. 01
(2)ibid
(3) [1991] Lloyd's Rep. 260 (Commercial Court)

المثال، إذا اتفق الطرفان على وقت معين لتقديم المذكرة في اتفاق التحكيم، فلا يجوز لهما تمديد تلك المدة دون موافقة هيئة التحكيم.

ب.القيود التي يفرضها قرار هيئة التحكيم على القانون الواجب التطبيق

هناك حالة أخرى يتأثر فيها استقلال الأطراف بقرار هيئة التحكيم، وهي تتعلق بتطبيق القانون الذي يحكم موضوع النزاع. سيتم تحديد القانون الموضوعي من خلال اختيار الأطراف أو قرار هيئة التحكيم مع مراعاة قواعد تنازع القوانين[١]. وتنشأ المشكلة عندما يستبعد الأطراف القواعد الإلزامية للقانون الموضوعي وعندما تطبق هيئة التحكيم قانونا آخر غير القانون الذي اختاره الأطراف (عندما يكون اختيار الأطراف للقانون مخالفا للنظام العام أو القواعد الإلزامية المهيمنة).

ج.تطبيق القواعد الإلزامية للقانون الموضوعي

في الحالة الأولى، من المقبول عمومًا أن تطبق هيئة التحكيم القواعد الإلزامية إلى جانب لوائح القانون الأخرى التي تحكم موضوع النزاع .إلا أن الأمور تصبح أكثر تعقيداً عندما يتم استبعاد هذه القواعد الإلزامية من قبل الأطراف في اتفاقهم .هل ستتبع هيئة التحكيم موافقة الأطراف أم سيكون لها قرار آخر؟ لم تظهر هذه المشكلة حتى الآن في أي حكم تحكيم منشور، إلا أنه من المتوقع أن تكون هناك إجابة سلبية على هذا السؤال ولن تتمكن هيئة التحكيم من قبول هذا الانتهاك واتباع إرادة الأطراف في هذه الحالة[٢] وعادة ما يتم تفعيل القواعد الإلزامية بغض النظر عن إرادة الأطرا.ف[٣] ولذلك، من أجل اتخاذ قرار بشأن تطبيق قاعدة إلزامية أم لا، يجب على المحكمين النظر في جميع العناصر

(١)هذه القاعدة معترف بها في المادة ٢٨ من القانون النموذجي

(2) M. R. Baniassadi, 'Do Mandatory Rules of Public La Limit Choice of La in International Commercial Arbitration' 10(1) Int. Tax & Bus. Lawyer 59, 71-72; P. Mayer, 'Mandatory rules of Law in International Arbitration' (1986) 2(4) Arb. Int 274, 280-281

(3) Zhilsov , op cit p. 109

ذات الصلة مثل نية الأطراف في استبعاد القاعدة الإلزامية ومضمون هذه القاعدة وغيرها من المسائل ذات الصلة ثم الموازنة بين هذه العوامل وجعل قرارهم مستقلاً عن رغبة الأطراف.

د. تطبيق القانون لا يختاره الطرفان

يمكن لأطراف التحكيم التجاري الدولي اختيار أي قانون يحكم المسائل الموضوعية لنزاعهم إذا وجدوا أنه مناسب لعلاقاتهم. [١]من حيث المبدأ، يقع على عاتق هيئة التحكيم واجب اتباع اختيار الأطراف بغض النظر عن القانون الوطني، القانون الدولي العام، القانون المتزامن أو القانون عبر الوطني، إلخ. ومع ذلك، في الحالة التي يتعارض فيها هذا الاختيار مع علاقاتهم التعاقدية أو يتعارض مع النظام العام أو اعتبارات حسنة النية[٢]، يمكن التخلي عن واجب هيئة التحكيم. [٣]

ومن حيث اشتراط حسن النية، فهي قاعدة معترف بها عالميًا؛ ومن ثم، فإن كل نظام قانوني تقريبًا لديه تعريف مماثل لهذا المصطلح .بموجب قانون العقود، يتطلب حسن النية من الأطراف أن يعاملوا بعضهم البعض على قدم المساواة وبأمانة وبحسن نية حتى يستفيد جميع الأطراف من العقد[٤] .ومع ذلك، يجب النظر في تطبيق هذه القاعدة على كل حالة على حدة، وليس هناك أي قاعدة عامة لتطبيقها .وفيما يتعلق بالنظام العام، كما ذكرنا من قبل، يتم التعامل مع هذا

---

(1)Chukwumerije, op cit p. 108

(٢) حسن النية (باللاتينية) يعني حسن النية. وفي هذه الحالة، يشير الأمر إلى اختيار قانون الأطراف. على سبيل المثال، يمكن أن يكون خيارًا قد يؤدي إلى تجنب مصطلح أو لائحة غير مواتية لأحد الطرفين.

(3) Rachel Engle, 'Party Autonomy in International Arbitration: Where niformity Gi es Way to Predictability' (2002) 15 Transnat'l La 2 , 41

(4) 'Good faith' in Legal Dictionary http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=819&bold=> accessed 17/09/2022

المفهوم بشكل مختلف في الدول المختلفة اعتمادًا على الظروف والسياسات المحلية .ولذلك، تحتاج هيئة التحكيم أيضًا إلى تحليل كل حالة على حدة لتقرر ما إذا كان القانون المعمول به يتعارض مع النظام العام أم لا .علاوة على ذلك، فإن اتباع اختيار الأطراف الذي يتعارض مع النظام العام يمكن أن يتسبب في عدم التعرف على القرار أو عدم قابليته للتنفيذ[١] .على سبيل المثال، في قضية سليماني ضد سليماني الشهيرة [٢]، تم رفض تنفيذ قرار التحكيم بسبب تعارض العقد مع النظام العام في هذه القضية، تعاقد رجل ووالده على تهريب بعض السجاد إلى خارج إيران .ومع ذلك، بموجب القانون الإيراني، فإن هذا النشاط غير قانوني .وبعد أن نشب خلاف بين الأب والابن، قررا رفع نزاعهما هيئة تحكيم طبقت الشريعة اليهودية باعتبارها القانون المطبق .بموجب القانون اليهودي، فإن حقيقة أن العقد كان غير قانوني لم يكن كذلك تؤثر على حقوق الأطراف .وبناء على ذلك، أصدرت هيئة التحكيم قرار التحكيم لإنفاذ العقد وحل النزاع .إلا أن محكمة الاستئناف الإنجليزية رفضت تنفيذ قرار التحكيم بحجة أن العقد غير قانوني وبالتالي يتعارض مع النظام العام..

يمكن تبرير قرار هيئة التحكيم بشأن تطبيق القانون الذي لم يختاره الأطراف من خلال فكرة أن "حقيقة أن الأطراف قد اختاروا قانونًا حاكمًا معينًا لا يستبعد أهمية جميع قواعد أي نظام آخر . "وبالتالي، لا يزال بإمكان هيئة التحكيم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف إلى جانب قانون آخر مثل القانون عبر الوطني أو القانون الدولي الخاص من أجل استكمال الإغفال من اختيار الأطراف . وبهذه الطريقة، يمكنهم منع عدم الاعتراف بالحكم أو عدم تنفيذه على أساس النظام العام .بالإضافة إلى ذلك، لا يتمتع القاضي عادةً بسلطة قضائية لمراجعة

(1) According to Article V(2)(a) New York Convention 1958; Article 36(b)(ii) Model Law

(2) [1999] QB 785

تقدير هيئة التحكيم في اختيار الأطراف أو تطبيق القانون[١]، وبالتالي، لن يتم الطعن في حكم التحكيم أيضًا بسبب تجاوز السلطة. [٢]

هـ. القواعد الإلزامية الغالبة

لقد ذكرت الأجزاء السابقة وحللت كيفية تأثير القواعد الإلزامية في القانون الوطني لبلد ما (القواعد الإلزامية العادية) على استقلالية الاطراف. ومع ذلك، فإن موافقة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي مقيدة بشكل أكثر صرامة من خلال تطبيق بعض القواعد الأخرى تسمى "القواعد الإلزامية الغالبة". قبل تناول هذه المسألة، سيقوم هذا الجزء أولاً بإجراء مقارنة وتمييز بين القواعد الإلزامية العادية والقواعد الإلزامية الغالبة.

القواعد الإلزامية العادية والقواعد الإلزامية الغالبة

وقد سبق أن ذكرت الأجزاء السابقة القواعد الإلزامية في قانون مقر التحكيم والقانون الموضوعي الذي اختاره الأطراف. ولتمييزه عن نوع آخر من القواعد الإلزامية يسمى هذا النوع "القواعد الإلزامية العادية" أو "القواعد الإلزامية المشتركة"[٣] والنوع الآخر هو " القواعد الإلزامية الغالبة". القواعد الإلزامية الغالبة تسمى أيضًا القواعد الإلزامية الدولية. ويشير هذا المصطلح إلى أن هذه

(1) ibid at 800 also, Giuditta Codero Moss, 'Can an arbitral tribunal disregard the choice of la made by the parties?' (2005) Stockholm International Arbitration Review 8

(٢)الاستثناء الوحيد هو المادة ٦٩ من قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦ الذي يسمح للمحكمة بالطعن في قرار التحكيم بشأن مسألة قانونية. ومع ذلك، فإن القسم لديه حدود صارمة للغاية للاستئناف بشأن نقطة قانونية. علاوة على ذلك، فإن مسألة القانون المستأنف يجب أن تكون من القانون الإنجليزي، وليس من قوانين أخرى. انظر Lew, Mistelisand Kroll (n 12) 679. Reliance Industries Ltd v Enron Oil Gas India Ltd [2002] 1 All ER (Comm) 59 (QBD)

(3) Monika Pauknero á, 'Mandatory rules and public policy in international contract la ' (2010) Vol.11(1) ERA Forum 29, 39

القواعد لها الخصائص "الدولية". تنعكس هذه الميزات في حقيقة أن القواعد الإلزامية الغالبة هي القواعد التي يتم تطبيقها عالميًا في القانون الدولي الخاص (بينما يتم تطبيق القواعد الإلزامية العادية في بلد واحد فقط) [١]تحدد المادة ٩ (١) من لائحة روما الأولى "" مخالفة القواعد الإلزامية مثل:

"[...] الأحكام التي يعتبر احترامها أمرًا حاسمًا من قبل الدولة لحماية مصالحها العامة، مثل تنظيمها السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، إلى الحد الذي يجعلها قابلة للتطبيق على أي موقف يقع ضمن نطاقها ، بغض النظر عن القانون المطبق بخلاف ذلك على العقد بموجب هذه اللائحة.

ووفقاً لهذا التعريف، تهدف القواعد الإلزامية الدولية إلى حماية المصلحة العامة السياسية والاقتصادية والثقافية للبلد[٢] (مثل لوائح الاستيراد والتصدير، وسياسات مراقبة الأسعار، وما إلى ذلك)[٣]. وفي الوقت نفسه، تركز القواعد الإلزامية العادية على حماية الطرف الأضعف في العقد (مثل حماية العمال، وحماية المستهلك، وما إلى ذلك)[٤] علاوة على ذلك، سيتم تطبيق القواعد الإلزامية الغالبة(المهيمنة) تحت أي ظرف يقع ضمن نطاقها، بغض النظر عن القانون الذي اختاره الطرفان.

وبالإضافة إلى ذلك، وفيما يتعلق بمسألة كيفية تطبيق القواعد الإلزامية الغالبة، تشير الفقرة (٣) من هذه المادة أيضاً إلى ما يلي" :قد يتم تطبيق الأحكام

---

(1)ibid

(٢) وفي هذا الصدد، فإن تعريف القواعد الإلزامية المهيمنة قريب جدًا من تعريف النظام العام. ومع ذلك، لم يكن هناك أي تمييز واضح بين هذين المفهومين.

See A.N. Zhilsov ,op cit.p. 100-115

(3) Adeline Chong & Jonatha Hill, International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Court (4th edn, Hart Publishing 2010) 352. See also C. Tillman, 'The Relationship bet een Party Autonomy and the Mandatory Rules in the Rome Con ention' [2002] JBL 45, 49

(4) ibid

الإلزامية السائدة في قانون البلد الذي يجب أن يتم فيه تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد أو تم تنفيذها، طالما أن تلك الأحكام الإلزامية المهيمنة تجعل تنفيذ العقد غير قانوني .عند النظر في تفعيل تلك الأحكام، يجب مراعاة طبيعتها والغرض منها الاثار المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها".

على الرغم من أنه لا يزال يعتبر حكمًا مثيرًا للمشاكل[١] المادة ٩(٣) ساعدت المحكمة وكذلك هيئة التحكيم بشكل فعال في تحديد كيفية تطبيق القواعد الإلزامية السائدة لبلد ثالث (وليس قانون مكان التحكيم وليس قانون مكان التحكيم) القانون الذي يحكم العقد). أشار هذا المبدأ التوجيهي إلى أن القواعد الإلزامية المهيمنة لقانون البلد "هنا يجب أن تؤخذ الالتزامات الناشئة عن العقد أو تم تنفيذها" في الاعتبار. علاوة على ذلك، لكي تقرر تطبيق هذه القواعد أو عدم تطبيقها، ينبغي لهيئة التحكيم أن تشير إلى طبيعة القواعد والغرض منها وكذلك نتيجة قرارها.

على الرغم من أن هذه المبادئ التوجيهية لا تنطبق إلا على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، إلا أنها لا تزال مصدرًا مرجعيًا مفيدًا لجميع القضاة والمحكمين في جميع أنحاء العالم أثناء النظر في القواعد التي ينبغي اعتبارها قواعد إلزامية مهيمنة وكيفية تطبيقها.

في سياق التحكيم التجاري الدولي، يعتمد تطبيق أو عدم تطبيق القواعد الإلزامية المهيمنة على قرار هيئة التحكيم. بالإضافة إلى ذلك، فإن تطبيق هذه القواعد سيفرض بعض القيود على الحقوق المستقلة للأطراف. سيتم دراسة هذه المسألة في الجزء التالي.

---

(١) لمزيد من التحليل، راجع :

Michael Hellner, 'Third Country overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in Ne Bottles?' (2009) Vol.5 Journal of Pri ate International p. 4

تطبيق القواعد الإلزامية الغالبة

في بعض الأحيان، يختار أطراف التحكيم التجاري الدولي قانونًا آخر واجب التطبيق على عقدهم، بدلاً من القانون الذي ينبغي تطبيقه لتجنب بعض الظروف غير المواتية .ومع ذلك، سيكون من غير الأخلاقي وغير العملي تنفيذ عقد غير قانوني بموجب قانون المكان الذي يتم فيه تنفيذه. (١) ولذلك، يجب تطبيق القواعد الإلزامية السائدة لذلك القانون وإلا سيكون الحكم عرضة لخطر الطعن على أساس سياسة عامة .بالإضافة إلى ذلك، فإن المصالح العامة محمية دائمًا من قبل القضاة في المحاكم الوطنية، وبالتالي، كونهم بديلاً عن المحكمة، فلا يوجد سبب يدعو التحكيم إلى تجاهل الأحكام التي تهدف إلى حماية هذه المصالح . (٢)

وقد أظهرت السوابق القضائية أنه في كثير من القضايا، أظهرت هيئة التحكيم موقفها الإيجابي في النظر في القواعد الإلزامية المهيمنة لبلد ثالث كانت للقضية علاقة وثيقة به(٣) على سبيل المثال، في حكم غرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٢١٣٨/٦٥٠٠، ذكرت هيئة التحكيم أن القواعد الإلزامية لدولة ثالثة ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار سواء كان القانون المطبق هو قانون التجارة أو أي نظام قانوني آخر .ومن ثم، في هذه القضية، تم الاستناد إلى القاعدة الإلزامية اللبنانية على الرغم من أن القانون المطبق المناسب كان هو قانون التجارة .وفي قضية أخرى، اقترح المحكمون أن القانون الذي اختاره الأطراف يجب أن يفسح المجال للقواعد الإلزامية للنظام القانوني التي لها صلة بالقضية(٤) علاوة على ذلك،

(1)see, D. Hochstrasser, 'Choice of La and ' oreign' Mandatory Rules in International Arbitration' (1994) 11(1) J Int. Arb. 57, 8

(2) see, Zhilsov op cit, p. 111

(3) 119 Clunet (1992) No.4, 1015

(4)ICC Award 3356/1983 (unpublished). See A. N. Zhilsov (n 100) 117

قامت هيئة التحكيم في بعض القضايا بتطبيق القواعد الإلزامية لقانون مكان التنفيذ(١).

بشكل عام، على الرغم من أن سلطة هيئة التحكيم في تجاهل اختيار قانون الأطراف من أجل إفساح المجال للقواعد الإلزامية المهيمنة لبلد ثالث غير معترف بها على نطاق واسع في المصادر الدولية والمحلية للتحكيم التجاري الدولي ,وقد أظهرت الممارسات أن المحكمين لديهم القدرة على القيام بذلك .وقد وضعت سلطة هيئة التحكيم هذه في تطبيق القواعد الإلزامية الدولية بعض القيود على استقلالية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ولقد أظهر التحليل في هذا الجزء إلى أن قرار هيئة التحكيم يمكن أن يقيد صلاحيات الأطراف في تصميم إجراءات التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق. بعد قبول التعيين ليكونوا محكمين، يصبح المحكمون طرفا في اتفاق التحكيم. ومن ثم، لا يجوز لأطراف التحكيم التجاري الدولي أن يغيروا رأيهم من جانب واحد في بعض المسائل المتعلقة بإجراءات التحكيم دون إذن من هيئة التحكيم.

علاوة على ذلك، نظرًا لأن بعض قواعد القانون الدولي الخاص تكون دائمًا جزءًا من القانون الوطني أو القانون عبر الوطني الذي اختاره الأطراف، فإن هيئة التحكيم لديها الحرية في تفسير تعليمات الأطراف وتطبيق القانون الدولي الخاص الذي تجده مناسبًا دون الخوف من تجاوز قوتهم. أخيرًا، يجب ملاحظة النقطة الأساسية بعد هذه الأجزاء وهي: أن القواعد الإلزامية (سواء كانت قانون مقر التحكيم أو القانون الموضوعي أو القواعد الإلزامية الغالبة لدولة ثالثة) قد فرضت قيدًا خطيرًا على استقلالية الأطراف لتصميم وإجراء التحكيم. على الرغم من أن الأطراف لا تزال قادرة على اختيار قانونها المطبق، إلا أن المحكمين يتجاهلون اختيارهم أحيانًا إذا كان يتعارض مع القواعد الإلزامية أو النظام العام..

(1) See ICC Award 1859/1973 [Mayer (n 113) 286]; ICC Award 2136/1974 [Jarvin and Derains, Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985 (Kluwer Law International 1990) 456

باختصار، من الضروري التأكيد على أنه: على الرغم من أن مبدأ استقلالية الأطراف هو عنصر لا غنى عنه في التحكيم ويلعب دورا كبيرا في كل مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا .في الواقع، حقوق الأطراف المستقلة مقيدة بعوامل مختلفة – ذاتية وموضوعية .فيما يتعلق بالأطراف أنفسهم، فإن حرية اختيار التحكيم لحل نزاعاتهم محدودة بقدرتهم .إنه يؤدي إلى حقيقة أنه على الرغم من رغبة الأطراف في حل نزاعهم من خلال التحكيم، فإن وضعهم القانوني وعدم أهليتهم يمنعهم من القيام بذلك .إلى جانب ذلك، هناك أيضًا بعض القيود الموضوعية على مبدأ استقلالية الاطراف مثل قابلية النزاع للتحكيم، وقواعد مؤسسة التحكيم، وقانون مقر التحكيم إلى جانب تدخل المحكمة المختصة بمقرها وقرارها .هيئة التحكيم .بعد تحليل كل هذه القيود، تبرز القواعد الإلزامية (العادية منها والدولية) كنقطة بارزة قد تسبب للأطراف بعض الصعوبات في تصميم إجراءات التحكيم وكذلك اختيار القانون الموضوعي المطبق .على الرغم من الجهود المبذولة لتحقيق أقصى قدر من استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي للأونسيترال والمنظمات الأخرى، فقد أظهرت الممارسات أن هذه القيود لا تزال موجودة .هل هذا الظرف جيد أم سيئ؟ وهل سيحتاج إلى تغيير في المستقبل لدعم تطور التجارة الدولية بشكل عام والتحكيم التجاري الدولي بشكل خاص؟ المبحث الثانى سيقدم الإجابات على هذه الأسئلة.

المطلب الثانى
السلطات الإجرائية للمحكم الحدود الأخيرة لاستقلالية الأطراف

يُعرف التحكيم – وبشكل أكثر وضوحًا التحكيم الدولي – بأنه المجال القانوني الذي تصل فيه استقلالية الأطراف إلى أعلى مستوياتها. وفي الواقع، فإن أطراف العلاقة القانونية لا يقررون طوعًا اختيار التحكيم كآلية لتسوية نزاعاتهم فحسب، بل يتفقون أيضًا على تفاصيل عمل هذه الآلية. وبهذا المعنى، فإنها قد تحدد الموضوعات المعروضة للتحكيم، والنوع الملموس للتحكيم الذي سيتم بموجبه حل تلك النزاعات (المتخصص أو المؤسسي)، وإجراءات تعيين المحكمين (وبالطبع، المحكمين أنفسهم)، وطريقة تعيين المحكمين. مقر التحكيم، ولغة الإجراءات، والقانون المطبق على موضوع الدعوى، والتفاصيل الإجرائية الأخرى. وبعبارة أخرى، فإنهم يضعون إطار العمل ويبنون عملية حل النزاعات الخاصة بهم. وبهذا المعنى، عندما يتعلق الأمر بالتحكيم، فإن استقلالية الأطراف لا تنتهي بمجرد اختيار إحدى آليات تسوية المنازعات المتنوعة المتاحة؛ وبدلا من ذلك، تنتشر إرادة الأطراف – بشكل مباشر أو غير مباشر – على كل عنصر من عناصر الإجراء. باختصار، نجد هنا مجالًا مناسبًا لممارسة استقلالية الأطراف..[١]

ومع ذلك، على الرغم من اتساع نطاقها، فإن استقلالية الاطراف هذه ليست مطلقة حتى في هذا المجال، وكما هو الحال مع أي حق آخر، فإن لها بعض القيود[٢]. ومن الواضح أن الحدود المعروفة لاستقلالية الاطراف هي تلك التي

(1) See G. Cordero-Moss, Limitations on party autonomy in international commercial arbitration, 372 RECUEIL DES COURS (2014).p. 326,

(2)See K. H. Böckstiegel, Major Criteria for International Arbitrators in Shaping an Efficient Procedure, SPECIAL SUPPLEMENT 1999: ARBITRATION IN THE NEXT DECADE: PROCEEDINGS OF THE INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION'S 75TH ANNIVERSARY CONFERENCE (1999), p2

تفرضها السلطات العامة بناءً على أسباب سياسية (الواردة في في القانون المعمول به). وأوضح تعبير عن هذه الحدود هو تعريف المسائل التي يمنع فيها التحكيم (التحكيم). ومن المفارقة أن إرادة الأطراف قد تجد في بعض الأحيان بعض الحدود دون أن تترك المجال الخاص بها. وذلك لأن هناك حدوداً أخرى يقررها الأطراف أنفسهم طوعاً، سواء صراحة أو ضمناً. على سبيل المثال، عندما يختار الأطراف التحكيم المؤسسي، فإنهم يحصرون استقلاليتهم في إطار القواعد الملموسة للمؤسسة المختارة (أو على الأقل تلك التي لا يمكن للأطراف الخروج عنها). ولذلك نجد هنا مساحة واضحة من القيود المفروضة صراحة أو ضمنا على استقلالية الأطراف.

ثم تظهر الصورة بانوراما مع استقلالية الأطراف واضحة وكبيرة من جهة وعدة حدود واضحة –مقررة ضمنا أو صراحة– من جهة أخرى. ومع ذلك، إذا قمنا بتكبير الصورة، يمكننا أيضًا العثور على منطقة رمادية تقع بين حدود الجانبين؛ وهنا تتصادم استقلالية الطرف وسلطة المحكم. يتناول هذا المطلب المواقف الإشكالية المحتملة المتعلقة بالمسائل الإجرائية التي قد تتم مواجهتها في هذه المنطقة الرمادية؛ في الأساس، عندما يتفق جميع الأطراف على المسائل الإجرائية بطريقة يجدها المحكمون غير معقولة أو غير مناسبة أو غير فعالة.

من أجل تحليل الوضع المذكور، ستصف هذه الدراسة السيناريو بأكمله، من خلال شرح ممارسة استقلالية الطرف الإجرائية (وحدودها)، وشرح الدور الإجرائي للمحكم (بما في ذلك واجباته وسلطاته وقيوده)، بالإضافة إلى بعض الأمور الأخرى. العوامل ذات الصلة (مثل اللحظات المختلفة التي تتم فيها ممارسة استقلالية الأطراف، والإطار الواقعي والقانوني). كما ستعرض أيضًا بعض المواقف التي قد تنطوي على مشكلات وتثير بعض الأسئلة حول كيفية حلها. والسؤال الأساسي هو ما إذا كان يجب على المحكمين، أثناء سير الإجراءات، أن يتبعوا دائمًا رغبات الأطراف أم يمكنهم فرض معاييرهم الخاصة من أجل الإجراءات. بعد ذلك، ستستكشف الدراسة وجهات نظر مختلفة حول كيفية الإجابة

على مثل هذه الأسئلة، للوصول في النهاية إلى بعض الاستنتاجات، التي تهدف إلى تسليط بعض الضوء على الموضوع وتعزيز المزيد من النقاش.

1.ممارسة استقلالية الأطراف فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية

. صلاحية الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية

من السمات الأساسية للتحكيم – دون أدنى شك – أن الأطراف تتمتع بحرية كبيرة في تحديد جميع جوانب الإجراء.[1] ويمكنهم القيام بذلك إما بشكل مباشر أو غير مباشر. على سبيل المثال، عندما يقدم الطرفان نزاعهما إلى التحكيم المؤسسي، فإن هذا التقديم بدوره يستلزم تطبيق قواعد التحكيم المؤسسي، وبالتالي تنظيم الإجراء بشكل غير مباشر. في الواقع، حتى عندما يعرض الطرفان نزاعهما على التحكيم المخصص، فإنهما يعتمدان عمومًا مجموعة محددة من القواعد، مثل قواعد الأونسيترال للتحكيم.[2] وبخلاف ذلك، قد يخضع الطرفان صراحةً أو ضمنًا للأحكام الإجرائية لقانون التحكيم (عموما قانون المقر).

وهذا التعبير الرائع عن استقلالية الأطراف هو ما يجعل التحكيم جذابًا جدًا للأطراف، خاصة على المستوى الدولي. وذلك لأنه يسمح لهم بتبني أو إنشاء الإجراء الذي يناسب بشكل أفضل خصوصيات النزاع المطروح (مثل تعقيد النزاع، والصناعة المعنية، وضيق الوقت، من بين أشياء أخرى كثيرة). ولذلك فإن أهمية استقلالية الأطراف لا جدال فيها وهي موجودة في جميع تشريعات التحكيم والقواعد المؤسسية في جميع أنحاء العالم. في الواقع، لا يمكن تسمية طريقة تسوية المنازعات دون هذه الدرجة من استقلالية الأطراف بالتحكيم..

(1) See, for instance, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, article 19. Hereinafter "UNCITRAL Model Law."

(2) UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). Hereinafter "UNCITRAL Rules."

وغني عن القول أنه لا يمكن لأي قواعد مؤسسية أو قانون تحكيم أن يتصور جميع السيناريوهات الإجرائية المحتملة، والتي ستعتمد في النهاية على خصوصيات كل حالة ملموسة. في الواقع، سيكون فشلًا متوقعًا حتى في محاولة القيام بذلك. لذلك، يقوم الأطراف عمومًا بإكمال القواعد الإجرائية المختارة من خلال إنشاء قواعد أكثر تحديدًا يعتبرونها مناسبة للنزاع الملموس. في بعض الأحيان، بعد المناقشة بين الأطراف والمحكمين، يتم وضع هذه القواعد من خلال نظام إجرائي، فيما يسمى بالأمر الإجرائي رقم ١. وعلى الرغم من أنه من المحتمل أن يقدم المحكمون نوعًا من القواعد النموذجية، إلا أن الفكرة هي أنه يمكن للأطراف تكييف تفاصيل تلك القواعد، كما يفضلون. وهذا يمثل فرصة لتشكيل حدود المنطقة الرمادية، من خلال وضع حدود واضحة جديدة لاستقلالية الأطراف (سيتم تحليل مدى هذه الحدود في وقت لاحق).

وكما ذكرنا سابقًا، فإن إرادة الأطراف لها بعض الحدود. ولكن إذا تصرفوا ضمن هذه القيود، فهل يُسمح لهم بفعل ما يريدون؟ وبالتالي، فإن السؤال الرئيسي هو ما إذا كان ينبغي للأطراف، عند تحديد التفاصيل الإجرائية للتحكيم (بشكل مباشر أو غير مباشر)، أن تسترشد ببعض الأهداف. وبعبارة أخرى، هل ينبغي للأطراف بالضرورة أن تتبنى القواعد التي من شأنها تعزيز الإجراءات أم أنها مسموح لها حتى بإغراق الإجراءات (بغض النظر عما إذا كانت تفعل ذلك عن قصد أو عن غير قصد)؟ وبما أن التحكيم ينشأ عن إرادة الأطراف، يقال عموما أنهم أصحاب الإجراء لأنه بدونهم، لم يكن لهذا الإجراء أن يأتي إلى الوجود أبدا. وهذا بدوره يعني أنهم أحرار في اتخاذ الإجراءات في أي اتجاه يريدون (حيث يمكن للمالك أن يقرر ما يشاء فيما يتعلق بممتلكاته). ومع ذلك، كما هو واضح، لا يمكن إجبار المحكمين على المشاركة في إجراءات غير معقولة أو غير مناسبة أو غير فعالة.... أو هل يمكنهم ذلك؟ خلال الأقسام التالية، سيتم تحليل ما إذا كان هذا البيان صحيحًا، أو على أي حال، إلى أي مدى هو صحيح.

ب. القيود الواضحة لاستقلالية الأطراف

١. القواعد الإلزامية العامة

وفي مجال الحدود الواضحة لاستقلالية الأطراف،[١] نجد النظام العاموالقواعد الإلزامية (الواردة في القانون المعمول به). [٢] وهذا لأنه، حتى لو اتفقت الأطراف على حلول إجرائية معينة، فإنها لا تستطيع تنفيذها في انتهاك لتلك القواعد الإلزامية التي قابلة للتطبيق.

إلى جانب القانون المحلي المطبق، تمت مناقشة الكثير حول وجود نظام عام إجرائي عابر للحدود الوطنية، والذى من شأنه أن يعمل أيضًا بمثابة قيد لاستقلالية الأطراف. على الرغم من أن هذه ليست المناسبة للتوسع في هذا الموضوع، إلا أنه يمكن القول، باتباع فقهاء كثر ، إن نوعًا ما من النظام العام الإجرائي العابر للحدود الوطنية موجود بالفعل. ولتهدئة هذه الفكرة، قيل إن مصطلح النظام العام كما هو مستخدم في اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ يشمل كلا من المبادئ الموضوعية والإجرائية، فضلا عن أن مصطلح النظام العام الدولي يشمل جانبا موضوعيا وإجرائيا.[٣]

والأسباب التي تبرر مثل هذا التأكيد ليست مسألة خيال علمي، بل هي واقعية بحتة .هناك بعض المبادئ الإجرائية التي يمكن العثور عليها بشكل متساوٍ في معظم الأنظمة القانونية (على الرغم من وجود بعض الاختلافات الطفيفة) . ولذلك، أيًا كان النظام القانوني الذي ينتهي به الأمر إلى التورط في قضية معينة، فمن المؤكد تمامًا أن هذه المبادئ ستصبح قابلة للتطبيق دائمًا .في الأساس،

---

(١) ويشير مصطلح "واضح" إلى وجود تلك القيود؛ ومع ذلك، فإن مدى هذه القيود سيعتمد على كل حالة على حدة

(2) see, G. B. BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, (Kluwer Law International, 2nd Edition, 2014), p.20

(3) International Law Association, Committee on International Arbitration, Report for the Biennial Conference in Washington D.C., April 2014, Recommendation 1(c)

ستشمل هذه السياسة العامة الإجرائية عبر الوطنية ما يلي: (١) الحق في المعاملة المتساوية و(٢) الفرصة الكافية لعرض قضيتك[١] يتضمن الأول بشكل رئيسي: هيئة محايدة، والمساواة في تعيين المحكمين، والتواصل المتساوي مع هيئة التحكيم، وما إلى ذلك. وفي المقابل، يتضمن الثاني بشكل أساسي: الإخطار المناسب بجميع المواقف ذات الصلة (على سبيل المثال، بدء التحكيم، وبدء إجراءات التعيين، والمرافعات، والادعاءات وتقديم الأدلة)، والوقت المعقول والفرصة للرد والحق في إجراءات الخصومة.

على سبيل المثال، يمكن العثور على هذه المبادئ في قانون الأونسيترال النموذجي، الذي يجسد الاتجاهات الأكثر قبولا على المستوى العالمي. وفي مادته ١٩، يسمح هذا القانون للأطراف بإنشاء الإجراء، مع التنبيه على أنه يجب أن يخضع لأحكامه الخاصة؛ وقد فُهم ذلك على أنه يشير إلى المساواة في المعاملة، على النحو الوارد في المادة ١٨. وبنفس المعنى، خفضت قوانين التحكيم الحديثة قواعدها الإجرائية الإلزامية، وبالتالي فإن حرية الأطراف لا تخضع إلا لنفس المتطلبات الدنيا (المعاملة المتساوية والمعاملة المناسبة) لعرض قضيته).[٢]

ويمكن تحديد الاتجاه بالمثل في مجال التحكيم الاستثماري. على سبيل المثال، تحتوي اتفاقية ICSID رقم ١٤ [٣] أيضًا على بعض الأحكام الإلزامية (على سبيل المثال، لا يمكن للأطراف أن تنتقص من المادتين ٣٧(٢) و٤٨(١) التي تتطلب أن يكون لهيئة التحكيم عدد غير متساوٍ من الأعضاء).[٤] باختصار، القيود النهائية

(1) see, F. Mantilla Serrano, Towards a transnational procedural public policy, in 20 ARBITRATION (2004) 333, 341

(2) ibid

(٣)اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، واشنطن (١٩٦٥). فيما بعد "اتفاقية ICSID

(4) see, A. R. Parra, The Limits of Party Autonomy in Arbitration Proceedings under the ICSID Convention, ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, vol. 10-1,1999, p. 4

على استقلالية الأطراف على دور المحكمين المستقل والدورالنشط في إدارة الإجراءات هي ضمانات الحياد والإجراءات القانونية الواجبة. [١]هذه المبادئ الإلزامية تحد من استقلالية الأطراف وتدخل حيز التنفيذ، خاصة، عندما يتم طلب إلغاء حكم التحكيم أو تنفيذه.

2-القواعد الإلزامية الخاصة

قد تنشأ بعض القيود الأخرى على استقلالية الأطراف عندما يختار الأطراف التحكيم المؤسسي .وكما ذكرنا سابقًا، عند القيام بذلك، يعتمد الطرفان بشكل غير مباشر قواعد التحكيم الخاصة بهذه المؤسسة .وبطبيعة الحال، قد تنوي الأطراف ترك بعض الأحكام الواردة في تلك المجموعة من القواعد جانبا، وسوف تنجح دائما تقريبا .ومع ذلك، قد تكون هناك بعض الاستثناءات، حيث لا يمكنها الانتقاص من قواعد معينة، وذلك ببساطة لأنها إذا فعلت ذلك، [٢] فلن تقبل مؤسسة التحكيم إدارة القضية .وهذا يعني أنه على الرغم من كونها قواعد خاصة دون طبيعة إلزامية عامة،[٣] فإنها تلعب في الواقع نوعًا من الدور الإلزامي (مثل القواعد المتعلقة باستقلال المحكمين).[٤]

---

(1)P. Bernardini, The role of the international arbitrator, 20 ARBITRATION INTERNATIONAL (2004) 113, 122

(٢) على سبيل المثال، فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا. انظر تحليل مانتيلا سيرانو (الحاشية ١٠)، ٣٤٠ وما يليها. وعندما يتعلق الأمر بإنفاذ قرارات التحكيم، فمن المؤكد أن هذه المبادئ سوف تنطبق، كما هي موجودة في اتفاقية نيويورك.
See the analysis of MANTILLA SERRANO op citp., 340

(٣) مزيد من التفاصيل، انظر :

Andrea Carlevaris' contribution, supra ch. 1. See also Böckstiegel, op cit p., 3; R. H. Smit, Mandatory ICC Arbitration Rules, LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER (2005).

(4) See the analysis of the mandatory provisions of the former ICC arbitration rules in SMIT, (id.)

إذا أخذنا محكمة غرفة التجارة الدولية كمثال، فمن غير المرجح أن تقبل الالتزام بأداء مسؤولياتها الخاصة وفقًا لاتفاق الأطراف. [١]على سبيل المثال، من غير المرجح أن تقبل الحالات التي ينوي فيها الأطراف استبعاد حقهم في تمديد فترات زمنية، لأنها ستكون في وضع غير مريح، مما يعرض نفسها للنقد إذا لم يكن من الممكن استكمال التحكيم خلال الفترة المتفق عليها تعاقديا. .[٢]

وفي ذات السياق، تعتبر المادتان ١٣ (١) و (٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية، التي تدعو إلى تثبيت المحكمين من قبل محكمة غرفة التجارة الدولية أو الأمين العام، إلزامية أيضًا ورفضت محكمة غرفة التجارة الدولية إدارة القضايا التي ينوي فيها الأطراف تجاوز هذا الشرط.[٣] كما رفضت محكمة غرفة التجارة الدولية إدارة القضايا التي اتفق فيها الطرفان على هيئة محكمتين، مع التدخل اللاحق للحكم في حالة الوصول إلى طريق مسدود.[٤]

كل هذا لأن محكمة غرفة التجارة الدولية، بطريقة أو بأخرى، تؤيد القرارات الصادرة بموجب قواعدها، والتي تعمل كختم موافقة معترف به دوليا، مما قد يجعل أحكام التحكيم أقل عرضة للطعن. ومن ثم، يجب أن تكون المحكمة في

(1) see, J. FRY / S. GREENBERG / F. MAZZA, THE SECRETARIAT'S GUIDE TO ICC ARBITRATION, (ICC, Paris, 2012) 115. The rationale of this position is that, even if the parties agreed on excluding the Independence requirement, the prospective award could be challenged. Also. E. A. SCHWARTZ / Y. DERAINS, GUIDE TO THE ICC RULES OF ARBITRATION, (Kluwer Law International, 2nd Edition, 2005), 377.

(2) Id., 378

(3) see, M. Pryles, Limits to party autonomy in arbitral procedure, 24 JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION 327, 329. See ICC Rules, article 33.

(4) see FRY / GREENBERG / MAZZA op cit.p., 328

وضع يمكنها من ضمان ما يلي: يمكنها أداء وظائفها بشكل صحيح.[١] باختصار، من وجهة نظر عملية، يمكن القول أن تلك القواعد التي تعتبرها مؤسسات التحكيم ضرورية تشكل نوعًا من القواعد الإلزامية الخاصة،[٢] التي تحد أيضًا من ممارسة استقلالية الأطراف.

الدور الإجرائي للمحكم

استقلالية الطرف كمصدر ,وقيد لسلطة المحكم

إن إحالة النزاع إلى التحكيم يعني في الأساس تقديم النزاع إلى شخص ما ومطالبته بحله .وإذا قبله المحكم، يتحول هذا الطلب بطريقة أو بأخرى إلى تفويض .وبعبارة أخرى، يتم تكليف المحكم بمهمة محددة .وهذا يعني أن مصدر سلطة المحكمين في اتخاذ القرار ليس سوى استقلالية الأطراف (إلى جانب القانون الذي يجيز إحالة النزاع إلى التحكيم) .تستلزم هذه السلطة واجبات وصلاحيات، والغرض الأساسي الوحيد هو تحقيق الهدف الرئيسي (أي حل النزاع).

وبطبيعة الحال، هذه السلطة ليست مطلقة أيضا .نظرًا لأن الأطراف هم الذين يمنحون سلطة المحكم، فمن الواضح أنهم أحرار في تحديد مدى السلطة المذكورة، عن طريق تقييدها (على سبيل المثال تحديد الموضوعات، وسلطة تقديم تعويض مؤقت، وما إلى ذلك)، وكذلك عن طريق فرض التزامات محددة (على سبيل المثال الإشارة إلى أن النزاع يجب أن يكون تم حلها على أساس عادل وحسن النية .(وبالتالي فإن مهمة المحكمين الرئيسية في الأساس يترجم إلى تنمية إرادة الأطراف .ونتيجة لذلك، يبدو – من حيث المبدأ – أن المحكمين ملزمون باتباع تعليمات الأطراف[٣]ولا يمكنهم مقاومة القيود التي يفرضونها.

(1) SCHWARTZ / DERAINS op cit., 378.
(2) For a deeper analysis on this issue, see Smit op cit. p, 845
(3)see, Cordero-Moss op cit p., 49

ب. واجبات المحكمين:

إن الالتزام الأساسي للمحكمين هو حل نزاع الأطراف، والذي يشمل بدوره عددًا من الالتزامات الفرعية المرتبطة ارتباطًا وثيقًا (مثل التوفر والاستقلال).[١] يجب على المحكمين ألا يتجاوزوا الخط الذي يحد من صلاحياتهم لأن التصرف بشكل يتجاوز السلطة يمكن أن يؤدي إلى جعل قرار التحكيم لاغيًا وباطلاً أو غير قابل للتنفيذ.[٢] سأنتقل الآن لتحليل الالتزامات الرئيسية للمحكمين.

١. ضمان المساواة بين الأطراف وحق الاستماع إليهم

إلى جانب العوائق التي يفرضها الأطراف، تخضع سلطة المحكمين أيضًا لقيود قانونية. وكما سبق أن أوضحنا، فإن استقلالية الأطراف مقيدة بالقواعد الإلزامية المعمول بها ذات الصلة. وبالتالي، إذا كانت استقلالية الطرف (التي هي مصدر سلطة المحكم) مقيدة بهذه القواعد، فإن السلطة التي أنشأها استقلالية الطرف تكون مقيدة بنفس القدر. من الناحية العملية، هذا يعني أن المحكمين ملزمون أيضًا بالمبادئ الإلزامية الموضحة أعلاه وبالتالي، يجب على المحكمين احترام المساواة بين الأطراف وحقهم في الاستماع إليهم. وفي المقابل، تتضمن هذه المبادئ أيضًا التزام المحكمين بالبقاء مستقلين ومحايدين. وعلى هذا الأساس، يصبح المحكمون نوعًا من منفذي النظام العام والقواعد الإلزامية.

وكما سبق أن أوضحنا، فإن هذه المبادئ موجودة في معظم قوانين التحكيم،[٣]القواعد المؤسسية[٤] والمعاهدات الدولية.[٥]

---

(1) see, 1 BORN op cit, p., 19

(2) New York Convention, article V.I(c).

(3)For instance, UNCITRAL Model Law, article 18.

(4) UNCITRAL Rules, article 17; ICC Rules, article 22(4); LCIA Rules, articles 14.4(iii) and 14.5; ICDR Rules, article 20(1); Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2010, article 19(2), hereinafter "SCC Rules."

(5) For instance, the New York Convention.

2- إجراء عملية عادلة وفعالة

يجب على المحكمين أيضًا احترام القواعد الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف، والتي تتضمن القواعد الخاصة بهم بالإضافة إلى القواعد المؤسسية. بموجب معظم القواعد المؤسسية، لا يُطلب من المحكمين تسوية النزاع فحسب، بل يتعين عليهم القيام بذلك بجد .ولذلك، فإنهم بشكل عام ملزمون بإجراء عملية عادلة وفعالة.(١)

٣- إصدار حكم قابل للتنفيذ

يتم مناقشة عمومًا ما إذا كان المحكمون ملزمين بإصدار قرار قابل للتنفيذ. أما في هذه النقطة فإن الفقهاء والممارسين منقسمون إلى فريقين واضحين؛ من ناحية أولئك الذين يعترفون بوجود التزام بإصدار حكم قابل للتنفيذ،(٢) ومن ناحية أخرى، أولئك الذين يعترفون بأن هذا الالتزام غير موجود – ولا يمكن – وجوده. في المجموعة الأولى هناك من يرى أنه من أجل الامتثال لمثل هذا الالتزام المزعوم، يجب على المحكمين أن يأخذوا في الاعتبار الأماكن المختلفة للتنفيذ المحتمل لقرار التحكيم.(٣)

---

(١)على سبيل المثال، المادة ١٤.٤(٢) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي. فيما يلي "قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي."

(2)see, M. L. Moses, Inherent and implied powers of arbitrators, LOYOLA University of Chicgo School of law, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER NO. 2014-015, see also,; Mantilla Serrano op cit, 349. In fact, it is sometimes said that, as far as possible, arbitrators should take into account the mandatory rules of the places where enforcement might be expected; see Böckstiegel op cit , 3.

(3)see, SCHWARTZ / DERAINS op cit p.485. See Award in ICC Case No. 6697, Société Casa v. Société Cambior, REVUE DE L'ARBITRAGE (1992), 135. There the arbitral tribunal held that it was precluded by then article 26 from rendering an award that would not be enforceable at the domicile of one of the parties

على الرغم من أن هذه المناقشة موجودة دائمًا في مجال التحكيم الدولي، إلا أنها تصبح أكثر أهمية في القضايا التي تديرها مؤسسات معينة، والتي تشير قواعدها إلى أنه يجب على المحكمين التصرف في ضوء تنفيذ قرار التحكيم المرتقب. على سبيل المثال، تنص المادة ٤٢ من قواعد التحكيم لمحكمة غرفة التجارة الدولية على أنه "[i]في جميع المسائل غير المنصوص عليها صراحة في القواعد، تتصرف المحكمة وهيئة التحكيم بروح القواعد وتبذلان قصارى جهدهما للتأكد من أن حكم التحكيم واجب التنفيذ قانونا." فيما يتعلق بالغرض من هذا الحكم، يقال إنه يهدف إلى خدمة غرض محدود للغاية يتمثل في توجيه تصرفات المحكمين في حالة وجود ثغرة في القواعد، ولكن ليس له أي تأثير على قرار المحكمين في القضية، نظرًا لأنهم ليسوا في وضع يسمح لهم بمعرفة المكان الذي من المحتمل أن يتم فيه طلب تنفيذ قرار التحكيم.[١] وبهذا المعنى، يؤكد دليل الأمانة العامة بشأن القواعد أن الحكم لا يهدف إلى ضمان تنفيذ حكم التحكيم، ولكنه يقتصر على مجرد عمل المحكمة في جميع المسائل التي لم يتم تنظيمها صراحة في القواعد.[٢]

تحتوي قواعد التحكيم لغرفة التجارة في ستوكهولم ومركز التحكيم الدولي في سنغافورة [٣] على أحكام متطابقة تقريبًا في المادتين ٤٧ و٣٧(٢) على التوالي. بدورها، تحتوي قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي على قاعدة مشابهة

(1) Id., 385-6, commenting on article 35 of the former ICC Arbitration Rules (now replaced by article 41). See the cases cited by the authors: ICC Case No. 4695 (1984) and ICC Arbitral Awards 1986-1990, 33. There the arbitral tribunal admitted its jurisdiction, but acknowledged that the award could be refused enforcement in some jurisdictions.

(2)see, FRY / GREENBERG /op cit p, 422

(3) Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (2013).

تمامًا في المادة ٣٢(٢) التي تنص على أنه الذي ينص على أنه "[و]بالنسبة لجميع الأمور غير المنصوص عليها صراحة في اتفاقية التحكيم، يجب على محكمة لندن للتحكيم الدولي والمسجل ومحكمة التحكيم وكل من الطرفين التصرف في جميع الأوقات بحسن نية، مع احترام روح اتفاقية التحكيم، ويجب أن يبذل كل جهد معقول لضمان الاعتراف بأي قرار قانوني وقابل للتنفيذ في مقر التحكيم." وصيغة هذا الحكم تصور نفس الفكرة؛ أنه يعمل بمثابة توجيه للمحكمين، ولكن ليس كالتزام. في الواقع، تشير المذكرات الإرشادية الصادرة مؤخرًا عن محكمة لندن للتحكيم الدولي إلى أن "[p]يحق لأطراف التحكيم أن يتوقعوا من العملية حكمًا عادلاً ومعللًا جيدًا وقابل للتنفيذ." [(١)]لا يوجد دليل مماثل، على سبيل المثال، في قواعد ICDR.

ج- سلطات المحكم:

من أجل القيام بمهمتهم الرئيسية (حل النزاع)، يتم منح المحكمين بطبيعة الحال صلاحيات معينة. [(٢)]هذه أدوات ضرورية لتسيير الإجراءات، وإذا منحت الأطراف المحكمين سلطة تسوية النزاع برمته في النهاية، فمن المنطقي أنه يُسمح لهم أيضًا بحل المسائل الإجرائية أثناء سير الإجراءات، خاصة عندما لا يتمكن الأطراف من ذلك التوصل إلى اتفاق. يمكن جمع صلاحيات المحكمين في الفئات التالية: (i) الصلاحيات الضمنية، (ii) الصلاحيات التقديرية، و (iii) الصلاحيات المتأصلة.

قد تساعد هذه الصلاحيات، إذا تمت ممارستها بشكل صحيح، في ضمان وفاء عملية التحكيم بالوعد المتمثل في توفير طريقة عادلة ومعقولة لحل

(1) LCIA Guidance Notes for Arbitrators (2015), § 2(6).

(2) See J. D. M. Lew, The Tribunal's rights and duties: Why they should be more involved in the Arbitral Process, DOSSIER OF THE ICC INSTITUTE OF WORLD BUSINESS LAW: PLAYERS' INTERACTION IN INTERNATIONAL ARBITRATION (2012), 11.

النزاعات. يجب أن يكون المحكمون قادرين على استخدام تلك الصلاحيات عندما تكون نزاهة العملية أو تنفيذ قرار التحكيم على المحك. ، لكن يجب عليهم أن يوازنوا بعناية بين واجباتهم وخطر أنه إذا اعتبروا أنهم تجاوزوا صلاحياتهم، فقد لا يتم تنفيذ القرار[١] السلطات التي كان يُنظر إليها في الماضي على أنها متأصلة أو ضمنية أصبحت اليوم متضمنة بشكل متكرر في القواعد المعمول بها. (على سبيل المثال، الكفاءة). [٢] وبالتالي، نظرًا للمجموعة الواسعة من الإجراءات التي قد يتم تبريرها على أساس هذه الصلاحيات، فمن غير المرجح أن يواجه المحكمون ظروفًا لا يمكنهم فيها العثور على أي سلطة للتصرف.[٣]

السلطات الضمنية :

الصلاحيات الضمنية غير موجودة في حد ذاتها؛ بل إنها تنبع من اتفاق التحكيم المحدد بين الطرفين، وكذلك من قواعد وقوانين التحكيم المعمول بها . وهي مدعومة بالفكرة الأساسية القائلة بأنه إذا تم فرض أهداف أو واجبات معينة صراحةً على المحكمين، فقد يعني ذلك ضمنيًا أن لديهم السلطة لاتخاذ الخطوات اللازمة لتنفيذ تلك الأهداف.[٤] على سبيل المثال، إذا كان هناك نص يتطلب صراحةً إجراء التحكيم بكفاءة، يجوز للمحكم أن يحد من نطاق إنتاج المستندات أو تقسيم الإجراءات.[٥]

السلطات التقديرية :

وهناك فئة أخرى هي السلطات التقديرية (مثل سلطة عقد جلسات الاستماع للأدلة، وقبول الأدلة ووزنها، وتحديد ترتيب وطريقة استجواب الشهود، وتقسيم التكاليف). [٦] في الواقع، تعتبر السلطة التقديرية لتحديد إجراء التحكيم، في حالة

(1) Id., 12.
(2) Id., 6.
(3) ILA Report op cit p., 17.
(4) see, Moses op cit p., 2
(5)see, ILA Report op cit, p.15.
(6) Id., 15

عدم وجود اتفاق بين الأطراف أساسًا لعملية التحكيم الدولية. [١] وإلى حد ما، تتمتع هذه الصلاحيات أيضًا بطبيعة متأصلة حيث من المفهوم على نطاق واسع أن المحكمين لديهم درجة متأصلة من السيطرة على كفاءة سير الإجراء.[٢]

يوضح بعض الفقه نطاق صلاحيات المحكمين التي تشير إلى منطقة مشرقة وأخرى من الظل؛ في المقام الأول، الصلاحيات التي يحددها اتفاق التحكيم والقواعد وقانون التحكيم المعمول به؛ وفي الحالة الثانية تكمن السلطة التقديرية للمحكمين لأن الاتفاق الأكثر اكتمالا أو مجموعة القواعد أو القانون لا يمكن أن يتصور جميع المواقف الإجرائية الممكنة.[٣] وبهذا المعنى، أشار رئيس قضاة سابق في المحكمة العليا في أستراليا إلى ما يلي:

"من الثابت أنه عندما يعرض الأطراف نزاعهم على هيئة تحكيم خاصة من اختيارهم، في غياب بعض مظاهر نية مخالفة، فإنهم يمنحون تلك المحكمة سلطة تقديرية بشأن الإجراء الذي سيتم اعتماده للتوصل إلى قرارها . . . . ولا شك أن منح تلك السلطة إلى المحكمة أمر عرضي بالنسبة للسلطة الممنوحة لها للبت في النزاع المقدم إلى المحكمة."[٤]

في حين أن المحكمين سوف يشعرون عموما بالراحة في ممارسة مثل هذه السلطة التقديرية عندما يذعن الطرفان، يتم تقديم موقف أكثر صعوبة عندما يعارض أحدهم مسار العمل المقترح. في حين أن السلطات التقديرية لهيئة التحكيم لا تسمح عادة للمحكمين باتخاذ إجراءات تتجاوز اتفاق الأطراف، فإنها قد تسمح ببعض الأساليب الإجرائية غير التقليدية والإبداعية التي لا تدعمها الأطراف.[٥]

(1)see, G. B. BORN, INTERNATIONAL ARBITRATION: LAW AND PRACTICE, (Kluwer Law International, 2012), 148-49

(2) ILA Report op cit p, 15.

(3) Moses op cit p., 2.

(4) See ILA Report op cit p, 15, citing Esso Australia Resources Ltd v. Plowman (1995) 183 CLR 10, 26-27.

(5) Id., 16.

كثيرا ما يلجأ المحكمون إلى هذه السلطات التقديرية. على سبيل المثال، بالسماح للمطالبات الجماعية لما يقرب من ٦٠.٠٠٠ من المطالبين بالمضي قدماً في قضية أباكلات ضد الأرجنتين، قررت غالبية المحكمة أن هناك فجوة في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فيما يتعلق بالإجراءات الجماعية التي يمكنها سدها، بموجب صلاحيات حل المسائل الإجرائية في حالة وجود ثغرات، مجسدة في المادة ٤٤ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والقاعدة ١٩.[١] من المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وعلى العكس من ذلك، يبدو أن القرار في قضية **Ambiente Ufficio v. Argentina**، الذي سمح بمواصلة دعوى متعددة الأطراف لـــ ٩٠ من المطالبين، يشير إلى أن الانضمام أو الدمج اللاحق يكمن في ما هو أبعد من ذلك في تقدير التحكيم، وبالتالي، يتطلب موافقة الأطراف[٢] بالطبع، من أجل ممارسة هذه السلطات التقديرية، يجب على المحكمين أن يقرروا مسبقًا أن الإجراء قيد النظر هو إجراء إجرائي بطبيعته ولا ينطوي على حقوق موضوعية.[٣]

السلطات المتأصلة :

في حين أن الصلاحيات الضمنية والتقديرية تخضع عادةً لاتفاق الأطراف، لا يمكن للأطراف تقييد الصلاحيات المتأصلة لأنها متأصلة في طبيعة التحكيم كعملية قضائية مكلفة بإنتاج قرار تحكيم قابل للتنفيذ دوليًا.[٤] تدخل الصلاحيات

(1)see, Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (4 August 2011), ¶¶ 521-6

(2) Ambiente Ufficio S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 February 2013), ¶¶ 123-5.

(3) ILA Report op cit p., 16

(4) see, 1 Moses op cit. p., 3.

المتأصلة عندما يجب التعامل مع بعض السلوكيات غير المتوقعة وغير العادية بشكل عام، من أجل منع تقويض عملية التحكيم.

وقد عرّفت محكمة التحكيم في المطالبات الإيرانية الأمريكية صلاحيات التحكيم المتأصلة بأنها "تلك السلطات التي لم تُمنح صراحةً للمحكمة ولكن يجب أن يُنظر إليها على أنها نتيجة ضرورية للنية الأساسية للأطراف في إنشاء مؤسسة ذات طبيعة قضائية." وقد تم إرجاع مصدر هذه السلطة إلى حاجة المحاكم الدولية إلى حماية ولايتها لقضائية، والحفاظ على حقوق الأطراف والوفاء بوظائفها كهيئات قضائية.(١)

كثيرًا ما يستشهد المحكمون أيضًا بمبدأ الصلاحيات المتأصلة وعلى الرغم من أن بعض الفقهاء يفرقون بين الوضع في التحكيم التجاري والاستثماري،(٢) بشكل عام هذه الصلاحيات موجودة في كلا المجالين .وقد تم الاستناد إلى هذا المبدأ لمنع المحامي من الحضور في جلسة الاستماع، (٣) وكذلك في العديد من القضايا الأخرى.(٤) في قضية ميثانيكس ضد الولايات المتحدة، لجأت هيئة التحكيم

(1) Islamic Republic of Iran v. United States of America, IUSCT Cases No. A3, A8, A9, A14 and B61, Decision No. DEC 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, ¶ 59 (1 July 2011)

(2)See Moses (note 38), 4. Unfortunately, an analysis of this aspect exceeds the extent of this work

(3) Hrvatska v. Elektroprivreda, v. Republic of Slovenia, ICSID Case No. ARB/05/24, Order Concerning the Participation of a Counsel (6 May 2008).

(٤) حيث يقوم المؤلفون بإجراء تحليل حول ما إذا كان بإمكان المحكمين إجراء تصرفات موجزة، على الرغم من عدم إمكانية ذلك تسمح بها القواعد صراحة .واعتبرت بعض هيئات التحكيم أن لديها سلطة اتخاذ إجراءات موجزة على الرغم من عدم وجود تفويض صريح .انظر على سبيل المثال، الحكم المؤقت الأول الصادر في ديسمبر ٢٠٠١ في قضية غرفة التجارة الدولية رقم ١١٤١٣، ٢١ نشرة التحكيم الدولية لمحكمة غرفة التجارة الدولية؛ والأمر الإجرائي رقم ١ بتاريخ ٢٠٠٣/٠٨/٢٢ في قضية غرفة التجارة الدولية رقم ١٢٢٩٧، الملحق الخاص لعام ٢٠١٠: قرارات بشأن إجراءات التحكيم في غرفة=

إلى قواعد الأونسيترال والسلطة التقديرية التي تمنحها بشأن المسائل الإثباتية في رفض المستندات التي تم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة.[١] وبالمثل، عندما تنطوي إجراءات التحكيم على جرائم، ويقال إن المحكمين يجب أن يتخذوا بعض التدابير، لأنهم ليسوا مجرد مقدمي خدمات، ولكنهم يعملون أيضًا كأوصياء على النظام العام الدولي [٢] كما لاحظ عدد من المعلقين، يمكن أن تنشأ مشاكل قابلية التنفيذ إذا تجاهل المحكمون مثل هذه المخاوف وأصدروا قرارًا قد يعتبر، عند الطعن فيه أمام المحاكم الوطنية، غير صالح لأسباب تتعلق بالنظام العام .[٣] وهكذا، يبدو أن المحكمين واجهوا مثل هذا القرار .يمكن أن يشير الوضع بشكل معقول إلى سلطتهم المتأصلة في حماية نزاهة الإجراءات كأساس لإجراء تحقيق تلقائي في أدلة الفساد أو غسل الأموال[٤].

=التجارة الدولية: مجموعة مختارة من الأوامر الإجرائية الصادرة عن هيئات التحكيم التي تعمل بموجب قواعد التحكيم في غرفة التجارة ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه في تلك الحالات، لم تكن هناك أي اعتراضات ملموسة على هذا الإجراء

see, G. Born / K. Beale, Party Autonomy and Default Rules: Reframing the Debate over Summary Disposition in International Arbitration, 21 ICCINTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETINp،(٢٠١٠) p.98

(1)Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (3 Aug. 2005), Part II, Chapter I, ¶¶ 53-60.

(2) see, B. Hanotiau, Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings, in A. J. VAN DEN BERG (ED.), INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: IMPORTANT CONTEMPORARY QUESTIONS, Kluwer Law International (2003), 285.

(3)see, M. Hwang S.C. / K. Lim, Corruption in Arbitration – Law and Reality (expanded version of Herbert Smith-SMU Asian Arbitration Lecture, delivered on 4 August 2011 p 16.

(4) ILA Report ,op cit, p., 18

بالإضافة إلى ذلك، دعمت المحاكم السلطات المتأصلة للمحكم، على سبيل المثال، فيما يتعلق بفرض العقوبات، [١] حتى بدون طلب من أي طرف، [١أ] وفرض التكاليف على طرف تبين أنه تصرف بسوء نية، على الرغم من أن هناك اتفاق مسبق بين الأطراف على تقاسم التكاليف.[٣] بالطبع، من المهم دائمًا تحديد نطاق تلك السلطات، لأن ممارستها غير المشروعة قد تكون لها عواقب ضارة؛ في الواقع، غالبًا ما يشكك المحكمون في مدى هذه السلطات. [٤] نادرًا ما تنشأ ظروف تبرر استدعاء السلطات المتأصلة لتجاوز استقلالية الأطراف، لذلك يجب استخدام هذه السلطات بشكل ضيق ومتناسب وبالقدر الضروري فقط للتعامل مع موقف معين. [٥].

لقد أوضحت الأجزاء السابقة بالفعل الحدود الواضحة لاستقلالية الأطراف وكذلك الحدود الواضحة لسلطة المحكمين. عندما يتم وضع صلاحيات المحكمين

(1) ReliaStar Life Insurance Company of New York v. EMC National Life Company (National Travelers Life Company), United States Court of Appeals, Second Circuit (9 April 2009)

(2) See, for example, BORN / BEALE, (note 66), 3, explaining that arbitrators are often uncertain about their authority to grant summary dispositions.

(3) See C. Malinvaud, Non-pecuniary Remedies in Investment Treaty and Commercial Arbitration, in A. J. VAN DEN BERG (ED), 50 YEARS OF THE NEW YORK CONVENTION: ICCA INTERNATIONAL ARBITRATION CONFERENCE, ICCA Congress Series, vol. 14, (Kluwer Law International, 2009). There, the author cites the case, Otor Participations et autres v. Carlyle, Paris, 7 October 2004, JDI (2005) 341, note A. Mourre / P. Pedone.

(4) Id., citing Paris, 24 May 1991, REVUE DE L'ARBITRAGE (1992), 636, note J. Pellerin.

(5) ILA Report op cit. p. , 20

للعمل كمكمل لاستقلالية الأطراف، فإن كلاهما يتأثر فقط بالقيود الخارجية (مثل النظام العام والقواعد الإلزامية العامة والقواعد الإلزامية الخاصة)

ومع ذلك، في المنطقة الرمادية، قد تكون هناك حالات تتعارض فيها استقلالية الطرف (كما هو موضح أعلاه ودور المحكم (كما هو موضح أعلاه ايضا قد يحدث هذا عندما يتوصل الطرفان إلى اتفاق، لكن المحكمين يستنتجون أن مثل هذا الاتفاق غير عادل، أو غير فعال إلى حد كبير، أو غير مناسب بأي شكل آخر.[١] وعلى الرغم من أن موقف الجمود هذا نادر بالتأكيد، إلا أنه عندما يحدث، فإنه يثير السؤال الرئيسي حول أي موقف يجب أن يسود. سوف يتعمق هذا القسم في تلك المنطقة الرمادية لتحليل مثل هذا الاصطدام وعواقبه.

١.العوامل ذات الصلة

مبدئيًا، ومن أجل إجراء تحليل مناسب للمشكلة، يجدر أخذ بعض العوامل ذات الصلة في الاعتبار.

أ. العقد بين الأطراف والمحكمين

يؤدي تشكيل هيئة التحكيم إلى ظهور مجموعة جديدة من العلاقات التعاقدية.[٢]عندما يقبل المحكمون تعيينهم، يتم ربطهم بالأطراف من خلال عقد جديد، [٣]حيث يتلقى الطرفان التزامات متبادلة مقابل حقوق معينة. [٤] بالإضافة إلى ذلك، عندما يقدم الطرفان نزاعًا إلى التحكيم المؤسسي، فإن عرض المؤسسة

(1) BORN op cit p., 20

(2)Pryles op cit p, 330.

(3) This approach has been supported, for instance, by the English courts. See Pryles (note 25), 330-1, citing Compagnie Européene de Cerelas SA v Tradax (1986) 2 LLOYD'S REP., 301, 306, and K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd (1991) 1 LLOYD'S REP. 260 (Commercial Court).

(4) BORN op cit , p.19; Lew, op citp.,p. 2.

للإدارة يتم قبول التحكيم وينشأ عقد آخر (بين الطرفين والمؤسسة). [١] وبالتالي، تولد تلك العقود علاقة ثلاثية (بين الأطراف، والمحكمين، والمؤسسة). [٢] ومن أجل تسوية النزاعات المحتملة في المنطقة الرمادية، من المهم تحديد شروط هذه العلاقات والالتزامات الناشئة عنها ونطاقها.

عندما يقبل المحكمون التعيين، فإنهم يخضعون لقواعد وقانون التحكيم المعمول به، والتي تصبح جزءًا من عقد المحكمين. فمن ناحية، تمنح معظم تلك القواعد الأطراف الحق في الاتفاق على التفاصيل الإجرائية، بحيث يعرف المحكمون مسبقًا الطلبات الحالية للأطراف، كما يمكنهم تعديل بعض الجوانب طوال الإجراءات. ومع ذلك، من ناحية أخرى، تفرض القواعد أيضًا التزامات معينة على المحكمين. وفي هذا الصدد تطرح عدة أسئلة مثيرة للاهتمام: هل يتم تكليف المحكمين بمهمة يمكنهم إنجازها بالوسائل التي يرونها الأنسب (طبعا في حدود القواعد المتفق عليها سابقا)؟ أم أنهم فرضوا طريقة معينة للقيام بذلك (أي اتباع إرادة الأطراف دائمًا)؟ وفي الحالة الأخيرة، هل يجب على المحكمين اتباع تعليمات الأطراف دون أي قيود؟ هل يحتوي عقد المحكمين على بند مفتوح يسمح للأطراف بإدخال المزيد من التعديلات من جانب واحد كما لو كان شيكًا على بياض؟

على أية حال، يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن المحكمين لديهم أيضًا توقعات مشروعة بشأن هذا العقد. على سبيل المثال، يتوقعون الحصول على أجر، والقيام بعملهم في ظل الظروف العادية، وتخصيص قدر معين من الوقت (ربما رفضوا التزامات أخرى) وما إلى ذلك. ويمكن تقويض هذه التوقعات إذا قام الطرفان بإجراء تعديلات باهظة على عقد المحكمين.

---

(1) Id.,

(2) see, E. GAILLARD / J. SAVAGE (eds), FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, (Kluwer Law International, 1999), 602; Lew ,op cit p. 44

ب.لحظة ممارسة استقلالية الاطراف

وكما سبقت الإشارة إليه، فإن تحديد القواعد الإجرائية من قبل الأطراف قد يتم في فترات زمنية مختلفة. مثل هذا الظرف لا يخلو من العواقب. وكما أشار بريلز بدقة، عند النظر في حدود استقلالية الأطراف، من الضروري التمييز بين الوضع قبل بدء التحكيم وبعده.[١] وفي الواقع، فإن اللحظة التي تتم فيها ممارسة استقلالية الأطراف هي لحظة حاسمة بالنسبة لنتيجة التصادم.

عندما يتفق الطرفان على شروط إجرائية معينة قبل تقديم طلب التحكيم المؤسسي، يكون للمؤسسة الحرية في قبول تلك الشروط أم لا. وإذا رفضت المؤسسة إدارة القضية، فلن تكون العلاقة مع الأطراف موجودة أبداً. وكما سبق أن أوضحنا، فإن مؤسسات التحكيم ليست على استعداد للتخلي عن بعض الامتيازات في إدارة القضايا. وبالتالي، إذا انتقص الأطراف بعض القواعد التي تمنح هذه الامتيازات، فمن غير المرجح أن تقبل المؤسسة إدارة القضية وبالمثل، عندما يقوم الأطراف بإجراء ترتيبات إجرائية قبل تشكيل هيئة التحكيم، يكون للمحكمين الحرية في تقرير قبول التعيين أم لا بناءً على هذه المعلومات.[٢]

ولذلك، عندما يمارس الطرفان استقلاليتهما قبل الدخول في علاقة مع مؤسسة التحكيم أو المحكمين، فإن السيناريو ليس معقدا للغاية، حيث أن كلاهما لديه مخرج سهل من خلال الامتناع عن المشاركة في الإجراءات. ولهذا السبب فمن الأفضل دائمًا أن يتم تحديد "قواعد اللعبة" في مرحلة مبكرة جدًا من الإجراءات.[٣]

عندما يمارس الطرفان بشكل مشترك استقلاليتهما أثناء سير الإجراءات (أي بعد تشكيل هيئة التحكيم)، قد يكون المحكمون ومؤسسات التحكيم في مناصب مختلفة. في حالة مؤسسات التحكيم، فهي محمية بطريقة أو بأخرى لأنه قبل

(1)2 Pryles op cit, p., 328
(2) SCHWARTZ / DERAINS , op cit, p., 377
(3) Böckstiegel , op cit p, 4

تشكيل هيئة التحكيم كان الأطراف على علم بالفعل بحدود التفاوض الخاصة بهم (التي تفرضها قواعد التحكيم الإلزامية). ومع ذلك، في حالة المحكمين، قد يكون موقفهم أكثر تعقيدا. وستركز الأقسام التالية على الوضع الذي يحدث فيه تصادم بين صلاحيات المحكمين واتفاق الأطراف بعد تشكيل هيئة التحكيم، وهو الوضع ج.الإطار السياقي للقضية الأكثر خطورة.

هناك عامل آخر ذو صلة وهو الإطار السياقي الكامل للقضية، سواء الوقائعي أو القانوني. وكما هو الحال في كل الجوانب الأخرى، فإن تحليل حدود استقلالية الأطراف يعتمد، إلى حد كبير، على الحقائق المحددة لقضية محددة. وبنفس الطريقة، يعتمد الأمر على الإطار القانوني المحدد المطبق على القضية. يركز القسم التالي على بعض الأمثلة الملموسة، موضحًا كيف يمكن للإطار الواقعي والتنظيمي أن يؤثر على النتائج الإجرائية داخل المنطقة الرمادية. وعلى الرغم من أنه يمكن لنا أن يفكر في أمثلة لا حصر لها، إلا أنني سأذكر فقط الأمثلة الأكثر توضيحا. ورغم أن بعضها قد يعتبر متطرفًا للغاية، فمن الجدير أن نأخذ في الاعتبار أن الواقع أحيانًا يتجاوز الخيال.

٢- المواقف الملموسة

أ .السياق الواقعي

وقد يصل التصادم في المنطقة الرمادية إلى درجات مختلفة حسب الحقائق المحيطة بالإجراء. من بين مختلف المواقف الإشكالية المحتملة، يمكننا أن نجد ما يلي.

•على الرغم من أن الجدول الإجرائي قد تم وضعه بالفعل، فقد اتفق الطرفان على تعديله بشكل جوهري .على سبيل المثال، عن طريق ضرب عدد التقديمات المكتوبة وتحديد الموعد النهائي لتقديم آخر تقديم بعد عامين من الموعد النهائي الأصلي .في هذه الحالة، قد يتأثر المحكم لأنه لم يكن من ضمن توقعاته الاستمرار في الإجراء لسنوات عديدة.

•يتفق الطرفان على تغيير مقر التحكيم إلى مكان آخر، مما يسبب، لسبب ما، إزعاجًا خطيرًا للمحكم (على سبيل المثال، بسبب عدم وجود حماية للمحكمين، أو قد يتم تفعيل تشريعات جديدة، وهو ما لا ينطبق على التحكيم الودي.

•يقترح كل طرف عددًا كبيرًا جدًا من الشهود و/أو الشهود الخبراء (على سبيل المثال أربعين لكل منهم) ويكون المحكم متأكدًا من أن سماع الشهود لن يكون فعالاً .وقد يزداد الأمر سوءًا إذا اتفق الأطراف على استجواب جميع هؤلاء الشهود في فترة زمنية قصيرة جدًا.

•خلافاً لما هو متعارف عليه، يتفق الطرفان على عقد جلسات استماع مطولة لفترة طويلة من الزمن (على سبيل المثال عقد جلسات استماع لمدة شهر واحد طوال أيام الأسبوع) .سيكون هذا أمرًا ساحقًا على أي حال لأنه من المحتمل (والشرعي) أن يكون لدى المحكمين التزامات أخرى؛ وبالمثل، إذا تم دفعها على أساس القيمة، فإن الرسوم ستكون منخفضة جدًا مقارنة بالعمل الحقيقي، لذلك ربما يمكن للمحكم ببساطة أن ينوي رفض الالتماس.[١]

•يطلب الطرفان أصدقاء المحكمة في التحكيم بين مستثمر ودولة خاضعة لقواعد الأونسيترال بشأن الشفافية (٢٠١٤) بينما ترى هيئة التحكيم أن الصديق ليس ضروريًا على الإطلاق في القضية أو أنه حتى ضار (المادة ٥.١) . [٢]

•في قضية غرفة التجارة الدولية، يطلب الطرفان من محكمة غرفة التجارة الدولية حل الطعن المقدم إلى أحد المحكمين معبرًا عن أسباب قراره، وهو ما

(1) Pryles op cit p, 338

(2) See further examples in P. Pinsolle / R. Kreindler, Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale, REVUE DE L'ARBITRAGE (2003), 41; Pryles op cit ; M. de Boisseson, New Tensions between Arbitrators and Parties in the Conduct of the Arbitral Procedure, INT. A.L.R. (2007), 177.

يتعارض مع قواعد غرفة التجارة الدولية.[1] بغض النظر عما إذا كانت المحكمة ستقبل القيام بذلك أم لا، فإن الحقيقة هو أنها لن تكون ملزمة بذلك لأن شروط العلاقة بين الأطراف والمؤسسة كانت واضحة في السابق (كما تتجسد في القواعد المؤسسية).

•يتفق الطرفان على أن يقوم واحد منهما فقط بتعيين لجنة التحكيم المكونة من ثلاثة أعضاء .أو لن يُسمع لأحد منهم؛ أو أن أحدهما سيكون لديه وقت أقل بكثير لتقديم طلباته من الآخر.

•يطلب الطرفان من المحكمة إصدار الحكم النهائي بشأن نزاع فني معقد في غضون ثلاثين يومًا بعد جلسات الاستماع .نظرًا لأنه، في مثل هذه الفترة الزمنية، لا يمكن حتى مراجعة المستندات ذات الصلة، فإن المحكم يدرك بالفعل أنه لن يتمكن من إصدار قرار عادل.

•عند وفاة أحد المحكمين من لجنة مكونة من ثلاثة أعضاء في غرفة التجارة الدولية، يتفق الطرفان على مواصلة الإجراءات مع المحكمين المتبقيين بدلاً من تعيين محكم بديل، وهو ما يتعارض مع القواعد.[2] بغض النظر عما إذا كانت محكمة غرفة التجارة الدولية ستقبل الاقتراح أم لا فمن المرجح أن يخلق مشاكل تقوض الإجراء .سيكون هناك خطر أن يقرر المحكمان بشكل مختلف، وإذا حدث ذلك، فإن القواعد لا تسعف في كيفية حل الموقف، الأمر الذي قد يفتح الباب للصراعات.

•يقع مقر جميع الأطراف والمستشارين والمحكمين في الأرجنتين، ويقع مقر التحكيم في سانتياغو دي تشيلي، ولكن يتفق الطرفان على عقد جلسة استماع لمدة يوم واحد في هونغ كونغ.

(1) ICC Rules, article 11(4). The ICC policy over this aspect might change in the near future

(2) Id., article 12(1)

•يقدم الطرفان طلبًا للحصول على حكم بالموافقة في الظروف التي تشير بشكل معقول إلى أن التحكيم يُستخدم كوسيلة لتسهيل غسل الأموال أو مكافأة الفساد.

• يتفق الطرفان على إجراء المناقشة في جلسات الاستماع ولكن دون جدول زمني أو نظام أو حدود زمنية. وغني عن القول أن مثل هذا الاقتراح لا يمكن قبوله على الإطلاق، لأنه من أجل سير الإجراءات، هناك حاجة على الأقل إلى الحد الأدنى من قواعد التنظيم. هذا مثال سخيف متعمد، والغرض الوحيد منه هو توضيح أنه في بعض الأحيان قد يكون من المعقول الحد من إرادة الأطراف

ومن العدل أن نذكر أنه في بعض الأحيان، قد يكون لدى الأطراف أسباب مشروعة لاقتراح هذا النوع من التغييرات. على سبيل المثال، قد يطلبون وقف الإجراءات لأنهم يتفاوضون، أو لأنهم يعملون معًا في مشروع آخر، أو لمشاركة دولة وطنية، أو لأنهم ينتظرون موقف الحكومة الجديدة، من بين العديد من الظروف الأخرى. علاوة على ذلك، ليس من السهل بالتأكيد قياس الكفاءة الإجرائية، لأنها قد تبدو مختلفة من خلال عدسات الأطراف والمحكمين.

ومرة أخرى، قد تعتمد كل هذه المواقف (وحلولها) بشكل كبير على وقائع القضية المحددة. فمثلاً وجود عشرة شهود ليس كأربعين، كما أن ثلاثة أسابيع ليست كثلاثة أشهر، وهكذا. علاوة على ذلك، قد تعتمد المواقف أيضًا على الإطار التنظيمي.

ب. السياق التنظيمي

توفر قواعد التحكيم المؤسسي حلولاً مختلفة، والتي قد تترجم إلى درجات مختلفة من القيود على استقلالية الأطراف. في الواقع، حتى بين القواعد المتشابهة، قد تؤدي التفاصيل الصغيرة في الصياغة إلى اختلافات كبيرة. وبالتالي، فإن الإجابات الملموسة قد تختلف بشكل كبير اعتمادًا على الإطار القانوني والمؤسسي. تحتوي بعض قواعد التحكيم على أحكام تنص على صلاحيات المحكمين الصريحة لتسيير الإجراءات. ومن أجل تحليل ما إذا كانت هذه السلطات ستتجاوز إرادة الأطراف، فمن المفيد تدوين بعضها.

تنص المادة ٢٢ من قواعد غرفة التجارة الدولية على ما يلي: "١) يجب على هيئة التحكيم والأطراف بذل كل جهد لإجراء التحكيم بطريقة سريعة وفعالة من حيث التكلفة، مع مراعاة مدى تعقيد النزاع وقيمته" (تم إضافة التأكيد). وهنا، يفرض النص واجبًا على المحكمين لبذل قصارى جهدهم. بنفس المعنى، تقرير لجنة غرفة التجارة الدولية بشأن التحكم في الوقت والتكاليف في التحكيم (٢٠١٢) يحدد تقنيات مختلفة لتقليل الوقت والتكاليف في التحكيم.

تنص المادة ١٤(٤) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي على ما يلي: "بموجب اتفاق التحكيم، تشمل الواجبات العامة لهيئة التحكيم في جميع الأوقات أثناء التحكيم ما يلي: [...] (٢) واجب اعتماد إجراءات مناسبة لظروف التحكيم، تجنب التأخير والنفقات غير الضرورية، وذلك لتوفير وسيلة عادلة وفعالة وسريعة للحل النهائي لنزاع الأطراف "

ويفرض هذا الحكم صراحةً واجب التصرف بكفاءة. وبالتالي، يمكن القول بأن المحكمة مخولة ضمنيًا إلى حد ما باتخاذ بعض التدابير لتحقيق هذا الغرض تشير المادة ٢٠ من قواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات إلى: "١. مع مراعاة هذه القواعد، يجوز لهيئة التحكيم إجراء التحكيم بأي طريقة تراها مناسبة، بشرط معاملة الأطراف على قدم المساواة وأن يكون لكل طرف الحق في الاستماع إليه وإعطائه فرصة عادلة لعرض قضيته.

٢. تجري المحكمة الإجراءات بهدف التعجيل بحل النزاع" يمنح هذا الحكم سلطة تقديرية لهيئة التحكيم لأن المهم هو ما تراه مناسبًا. علاوة على ذلك، باستخدام مصطلح "يجب"، فإنه يفرض الالتزام بإجراء إجراء عاجل.

تنص قواعد الأونسيترال في مادتها ١٧(١): "مع مراعاة هذه القواعد، يجوز لهيئة التحكيم أن تجري التحكيم بالطريقة التي تراها مناسبة، بشرط معاملة الأطراف على قدم المساواة، وذلك في مرحلة مناسبة من الإجراءات يُمنح كل طرف فرصة معقولة لعرض قضيته. يجب على هيئة التحكيم، في ممارسة سلطتها

التقديرية، إجراء الإجراءات لتجنب التأخير والنفقات غير الضرورية وتوفير عملية عادلة وفعالة لحل نزاع الأطراف "

هنا، يحصل المحكمون على سلطة صريحة لتقرير الإجراء دون النظر إلى موافقة الأطراف. في الواقع، يعتبر هذا الحكم بمثابة منح صلاحيات تقديرية واسعة للمحكمين. [١] ولذلك، عندما تنطبق هذه القواعد، يكون للمحكمين، وليس للأطراف، القرار النهائي بشأن المسائل الإجرائية، وإذا لم يرغب الطرفان في المضي قدمًا بهذه الطريقة، فيجوز لهما إنهاء التحكيم وبدء إجراءات جديدة بموجب نظام معدل. اتفاق التحكيم.. [٢]

من جانبها، تنص المادة ١٩ من قواعد غرفة التجارة الدولية على ما يلي: "(١) مع مراعاة هذه القواعد وأي اتفاق بين الطرفين، يجوز لهيئة التحكيم إجراء التحكيم بالطريقة التي تراها مناسبة. (٢) في جميع الأحوال، يجب على هيئة التحكيم إجراء التحكيم بطريقة محايدة وعملية وسريعة، مع إعطاء كل طرف فرصة متساوية ومعقولة لعرض قضيته.

وهنا يبدو أن هذا النص يقيد صلاحيات المحكمين ويخضعها لاتفاق الأطراف. ومع ذلك، فإنه يفرض أيضًا واجب اتخاذ إجراء سريع في جميع القضايا.

فيما يتعلق بمدد التقادم المحددة في الاختصاصات، تنص المادة ٢٣(٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية على أنه يجوز للمحكمة تمديد المدة الزمنية بناءً على طلب مسبب من هيئة التحكيم أو بمبادرة منها إذا قررت أنه من الضروري القيام بذلك. وعلى المنوال نفسه، وفيما يتعلق بالمهلة الزمنية لإصدار قرار

(1) See, . D. CARON / L. M. CAPLAN, THE UNCITRAL ARBITRATION RULES: A COMMENTARY, (Oxford Commentaries on International Law, 2nd Edition, 2013), 30 et seq.

(2) BORN op cit, 2002. See Lance Paul Larsen v. Hawaiian Kingdom, PCA Award (5 February 2001), where the Procedural Order No. 4 is transcribed at p. 6.5

التحكيم النهائي، تكرر المادة ٣٠(٢) نفس الصيغة. وهنا، يبدو أن سلطة اتخاذ القرار بشأن المهلة الزمنية تقع حصريًا على عاتق المحكمة ومحكمة اغرفة التجارة الدولية، بغض النظر عن نية الأطراف. ويعتبر هذا تقييدا معقولا، حيث أن المحكمين سيتأثرون حتما باتفاق الأطراف..[١]

في مجال قوانين التحكيم، المادة ٣٤ (١) من قانون التحكيم الإنجليزي (١٩٩٦) تنص على أن "[i]يجوز للمحكمة أن تقرر جميع المسائل الإجرائية والإثباتية، مع مراعاة حق الأطراف في الاتفاق على أي موضوع." وبالتالي، فهو يمنح صلاحيات واسعة للمحكمين فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية، لكنه يعترف أيضًا بأهمية إرادة الأطراف. باختصار، على الرغم من أن هدف هذه القواعد يبدو متشابهًا بشكل عام (ضمان كفاءة الإجراءات)، إلا أنها تقدم أحيانًا صياغة مختلفة قليلاً. يمكن لهذه الاختلافات الصغيرة أن تؤدي إلى نتائج مختلفة كبيرة، عند تطبيقها على المواقف المختلفة الموضحة في القسم السابق.

3. وجهات نظر مختلفة حول الموضوع

السؤال الرئيسي حول التصادم بين استقلالية الأطراف وسلطات المحكمين هو أي منهما يجب أن تكون له الغلبة. وكما ذكرنا سابقاً، فإن الحل قد يعتمد على عوامل كثيرة، ولكن بشكل عام، هناك حجج جيدة لدعم كلا الجانبين. سأنتقل الآن إلى تقديم الحجج الأكثر صلة بكل موقف.

أ. استقلالية الأطراف هي السائدة

الموقف الأكثر قبولاً بشأن هذه القضية هو أن استقلالية الاطراف لابد وأن تكون لها الغلبة دائماً في نهاية المطاف. وذلك لأن إجراءات التحكيم لن تكون موجودة بدون إرادة الأطراف. وبالتالي، فهم يملكون الإجراءات ويستطيعون تحديد اتجاهها. الموقف الصارم هو أن المحكمين لا يستطيعون فرض موقفه[٢]

(1) see, SCHWARTZ / DERAINS op cit p., 377. There, the authors comment article 32 of the 1998 ICC Arbitration Rules

(2) See BORN / BEALE, (note 66), 3,

حتى لو بدا اتفاق الأطراف غير مناسب (ما لم يكن هناك انتهاك للقواعد الإلزامية) وعلى أي حال قد يكون للمحكم خيار الاستقالة. [١]على الرغم من هذا الحل، بالطبع، عند مواجهة هذه المواقف، يمكن للمحكمين (ويجب عليهم في الواقع) إثارة مخاوفهم[٢] ولكن بعيدًا عن جهود الإقناع، ليس هناك الكثير مما يمكن للمحكمين فعله حقًا، دون إخبارهم بأنهم يؤثرون على الإجراءات القانونية الواجبة للطرف.[٣]

موقف معتدل تمامًا، ينص على أنه يحق للمحكمين أيضًا النظر في موقفهم الخاص (على سبيل المثال، الرغبة في المضي قدمًا وإنهاء التحكيم في وقت قريب نسبيًا حتى يحصلوا على رواتبهم ومواصلة المزيد من الأعمال)، ولكن عندما يتم ترجيحه ضد مصلحة الأطراف (كل منها معرض لخطر خسارة المال في خسارة التحكيم، من بين عواقب أخرى)، يجب أن نضحى بمصلحة المحكمين.[٤]

ومع ذلك، في حالات معينة، قد يفقد الالتزام باتباع اتفاق الأطراف قوته؛ على سبيل المثال، إذا كان ينتهك الأحكام الإلزامية، [٥] أو إذا كانت قواعد التحكيم تمنح المحكم صلاحيات تقديرية. بالطبع بكل تأكيد، لا يجوز لاتفاق الأطراف أن ينتهك الأحكام الإلزامية لقانون التحكيم المعمول به (على سبيل المثال، المساواة في المعاملة)؛ ومع ذلك، إذا توصل الطرفان إلى اتفاق يمنح بموجبه أحدهما

=موضحًا أنه في غياب تفويض صريح وغياب أي بيان من الأطراف بهذا المعنى، قد يشعر المحكمون بعدم الارتياح في فرض إجراءات التصرف الموجزة على الأطراف

(1)BORN ,op cit,p., 202

(2) Id., 202.

(3) K. H. Böckstiegel, Party Autonomy and Case Management – Experiences and Suggestions of an Arbitrator, address at the Conference of the German Institution of Arbitration (DIS) "Organising Arbitral Proceedings – Regulations, Options and Recommendations," Berlin 24-25 October 2012.p87

(4) Pryles op cit, p., 338.

(5) 8 BORN op cit p., 21

المزيد من الوقت لتقديم مذكراته، فيمكن لنا أن نشك فيما إذا كان ذلك يرقى في الواقع إلى انتهاك المساواة في المعاملة إذا قبل هذا الطرف ذلك. [١] ومع ذلك، قد يفضل المحكم توخي الحذر لتجنب التحديات المستقبلية.

على سبيل المثال، يثير بريلز السؤال الرئيسي حول ما إذا كانت القاعدة المنصوص عليها في المادة ١٩(١) من القانون النموذجي تقتصر على الاتفاقات حتى اللحظة التي يقبل فيها المحكمون التعيين، أم أنها تظل سارية بعد ذلك. نوقشت هذه المسألة على وجه الخصوص في الأونسيترال، ورُفض في النهاية اقتراح تحديدها حتى قبول التعيين على أساس أنه، في النهاية، لا يمكن إجبار المحكمين على قبول القواعد الجديدة ويمكنهم الاستقالة دائمًا؛ وعلى الرغم من ذلك، يقال عمومًا أن المادة ١٩(١) ليست إلزامية ويمكن للأطراف عدم التقيد بها.[٢]

كما قضت محكمة استئناف باريس لصالح استقلال الطرف على سلطة المحكم. وعلى وجه الخصوص، رفضت إنفاذ قرار التحكيم الذي صدر بعد الفترة الزمنية التي اتفق عليها الطرفان، لأنها اعتبرته انتهاكًا للنظام العام الدولي. وعلى وجه الخصوص، ذُكر أن المحكمين غير مخولين بتمديد هذه الفترة.[٣]

ب.سلطة المحكمين هي السائدة:

يقول آخرون أنه نظرًا لأن الأطراف والمحكمين ملزمون بعلاقة تعاقدية فلا يمكن للأطراف تعديل شروط علاقتهم من جانب واحد دون موافقة المحكم. علاوة على ذلك، يحق للمحكمين، مقابل جميع واجباتهم، التمتع ببعض الحقوق، بما في ذلك تعاون الأطراف بحسن نية في سير الإجراءات.[٤] لذلك، لا يقع المحكمون

(1) Pryles , op cit p, 336.
(2) Id., 331.
(3)See Mantilla Serrano op cit, 347, citing Cour d'Appel, Paris, 22 September 1995, REVUE DE L'ARBITRAGE, 100 (1996).
(4) BORN . op cit p., 225

تحت رحمة الأطراف في كل جانب، على على الأقل عندما يقررون تعديل ولايتهم بطريقة جوهرية.[١] منذ اللحظة التي يدخل فيها الأطراف والمحكم في علاقة تعاقدية لحل النزاع، ربما يكون المحكم قد قام بالفعل بجدولة جدول أعماله في ضوء دوره في التحكيم . وبالنظر إلى كل هذا، سيكون من الظلم إلى حد كبير القول بأن الخيار الوحيد للمحكم هو الاستقالة..[٢]

في بعض الأحيان، قد يجد المحكم "نفسه يجري التحكيم حسب إرادة الأطراف، أو حتى حسب أهواءهم، وأحيانًا ضد مفاهيمه الأفضل حول ما قد يكون أكثر كفاءة وعدالة للإجراءات، ولنتيجة القضية، ولصالح المحكمة". ونزاهة حكم التحكيم." [٣] وهذا بالتأكيد ليس السيناريو المرغوب فيه. على سبيل المثال، إذا قام شخص ما بتعيين فنان للعمل على لوحة زرقاء، فلا يستطيع الأول أن يطلب لاحقًا من الأخير استخدام الحبر الأحمر فقط. وبالمثل، عندما يُعهد إلى المحكم بمهمة رئيسية، لا يجوز للطرفين أن يطلبا منه بشكل مشروع التصرف بطريقة تمنع إنجاز هذه المهمة.

بعد تشكيل هيئة التحكيم، مع ولادة العقد بين الأطراف والمحكمين، قد يتم تقييد حرية الأول في تحديد الإجراء.[٤] وبهذا المعنى، يؤكد بريلز أنه بعد تشكيل هيئة التحكيم هناك هي حدود أعلى لاستقلالية الأطراف لأن المحكمين يقبلون ولايتهم على أساس شروط صريحة وضمنية؛ على سبيل المثال إذا اتفق الطرفان على فترة ٥ سنوات لتبادل المذكرات، فلن يكون المحكم ملزمًا بقبولها ويمكنه إما تقصيرها أو الاستقالة.[٥]

(1) Böckstiegel , op cit p., 2.
(2)see, 5 P. A. Karrer, Freedom of an Arbitral Tribunal to Conduct Proceedings, 10 ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, (1999), § 9.2.
(3) Mantilla Serrano op cit p., 349
(4) Pryles , op cit, p. 330.
(5) Id., 333.

ويمكن القول أنه عندما تقتضي القواعد من المحكمين استشارة الأطراف، فإنهم ملزمون بذلك، ولكنهم غير ملزمين بالحصول على موافقتهم . [١] في هذا السياق، رأت رابطة القانون الدولي أنه لا يجوز للأطراف تقييد سلطة التحكيم بطريقة تقوض اختصاص المحكمة، أو تضر بسلامة الإجراءات، أو قد تؤدي إلى حكم من المرجح أن يُلغى جانبًا أو غير قابل للتنفيذ [٢] ومن ثم، فمن واجب المحكمين عدم إدخال زخارف إجرائية إذا كانت غير ضرورية لسلامة الحكم وإذا كان أثرها الوحيد هو إبطاء الإجراءات. [٣]علاوة على ذلك، يمكن القول أن المحكمين ملزمون أيضًا بما يلي :ينفذون مهمتهم بالعناية الواجبة؛[٤] ومن الواضح أنه من المعقول أن نتوقع من شخص ما أن يؤدي وظيفته بكفاءة.

وحيث أنه صحيح أنه إذا قبل الطرف الخاسر نتيجة التحكيم، فلن تكون هناك إمكانية للمحكمة لإعادة النظر في القرار، وإذا لم يمتثل الطرف الخاسر طوعًا لقرار التحكيم، سوف تتدخل المحاكم وستظهر القيود المفروضة على استقلالية الاطراف في الصورة مرة أخرى. [٥] وبالتالي، نظرًا لأن القرارات الإجرائية قد تؤثر على نزاهة قرار التحكيم، يجوز للمحكمين أن يقرروا رفض اقتراح الأطراف. يذكر مانتيلا سيرانو أن المحكمين والمحامين رفعوا في الوقت الحاضر القيود المفروضة على المسائل الإجرائية، مما سمح بضمانات إجرائية أكثر مما هو مطلوب لغرض الحفاظ على نزاهة القرار، فقط لأنهم يخشون الانتقام من الأطراف والمحاكم عند التنفيذ أو مرحلة بطلان الحكم

(1) ILA Report op cit, 20
(2) Mantilla Serrano ,op citp., 352
(3) A. REDFERN / J. M. HUNTER / N. BLACKABY / C. PARTASIDES, REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION, (Oxford University Press, 5th Edition, 2009), 328; BORN op cit, 199
(4) Cordero-Moss ,op cit, p.49-50
(5) Mantilla Serrano op cit p., 350

تم تأكيد إمكانية الحد من استقلالية الأطراف من خلال صلاحيات المحكمين في قضية ReliaStar ضد EMC. هناك، أبرم الطرفان اتفاق تحكيم، نص على أن يدفع كل منهما تكاليف التحكيم بالتساوي. وفي التحكيم، قررت أغلبية هيئة التحكيم أن تأمر أحد الطرفين بدفع جميع الرسوم والتكاليف، لأنها وجدت أنه تصرف بسوء نية أثناء سير إجراءات التحكيم. وخلصت المحكمة الجزئية الأمريكية إلى أن قرار التحكيم انتهك اتفاق الطرفين، ولذلك أبطلت جزءًا من قرار التحكيم. ومع ذلك، في الاستئناف، رأت محكمة الاستئناف الأمريكية للدائرة الثانية أن الاتفاق الواسع النطاق بين الأطراف على التحكيم يمنح المحكمين السلطة العادلة لمعاقبة سلوك الطرف السيئ النية.(١)

في بعض الأحيان، تمنح القواعد المعمول بها المحكمين سلطة تقرير الإجراء دون النظر إلى موافقة الأطراف. في ظل هذه الظروف، يرى بعض الفقهاء أن المحكمين قد يرفضون مقترحات الأطراف، وعلى أي حال، يجوز للأطراف إنهاء التحكيم وبدء تحكيم جديد. (٢) يبدو هذا موقفًا متطرفًا جدًا أيضًا، ولكن مرة أخرى، يعتمد ذلك على الظروف المحددة.. على سبيل المثال، في قضية لانس ضد مملكة هاواي، على الرغم من أن هيئة التحكيم قد حددت بالفعل القضايا التي يتعين حلها قبل الانتقال إلى الأسس الموضوعية للقضية، طلب الطرفان من هيئة التحكيم تحديد مسألة أولية أخرى في قرار تمهيدي . ورأت المحكمة أن الطلب غير مناسب وذكرت في أمرها الإجرائي بشكل قاطع ما يلي:

ليس من المتاح للأطراف، من خلال تعديل الاتفاق الخاص، أن تسعى إلى إعادة تحديد القضايا الأساسية، لتحويلها إلى قضايا "مؤقتة" أو "عرضية". وفقا للمادة ٣٢ من قواعد الأونسيترال [١٩٧٦]، ومع المبادئ العامة لإجراءات التحكيم، فإن الأمر متروك للمحكمة لتحديد المسائل التي يتعين التعامل معها وبأي ترتيب. للأسباب التي سبق ذكرها، لا تستطيع المحكمة في هذه المرحلة النظر في

(1)ReliaStar v. EMC op cit p.98
(2) BORN op cit.p, 2002

موضوع النزاع؛ تتضمن هذه المزايا السؤال المطلوب طرحه كمسألة أولية بموجب المادة الأولى. إذا كان التحكيم سيستمر، فمن الضروري أولاً أن يتم التعامل مع القضايا الأولية المحددة في الأمر رقم ٣.

إذا لم يكتف الطرفان بإحالة النزاع إلى التحكيم بموجب قواعد الأونسيترال وتحت رعاية محكمة التحكيم الدائمة، فلا شك في أنه يجوز لهما، بموجب اتفاق تم إخطاره إلى المحكمة الدائمة، إنهاء التحكيم. ما لا يمكنهم فعله، من وجهة نظر المحكمة، هو الاتفاق على تغيير الأساس الأساسي الذي تشكلت عليه المحكمة نفسها، أو مطالبة المحكمة بالتصرف بخلاف القانون المعمول به.(١)

وبتطبيق قواعد الأونسيترال لعام ١٩٧٦ أيضًا، قررت المحكمة في قضية ICS Inspection v. Argentina ما يلي:

تتمتع المحكمة بسلطة متأصلة على الإجراءات. هذه السلطة ضمنية، ولكنها منصوص عليها أيضًا في المادة ١٥(١) من قواعد الأونسيترال للتحكيم [...] ضمن حدود المساواة والإجراءات القانونية الواجبة والنصوص الصريحة لقواعد الأونسيترال للتحكيم، تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية غير محدودة تقريبًا فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية. بل وقد لوحظ أنه بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم، على عكس الأطر الإجرائية الأخرى، قد تتمتع المحكمة بسلطة واسعة في بعض الحالات لنقض اتفاقات الأطراف بشأن المسائل الإجرائية.(٢)

(1) Lance Paul Larsen v. Hawaiian Kingdom (note 91), ¶ 6.5.

(2) ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina, Award on Jurisdiction. UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9 (10 February 2012), ¶¶ 253-4.

المبحث الثانى
قيود استقلالية الأطرف في إجراءات التحكيم وتقييم الوضع الحالي والتنبؤ باتجاهات التطور في المستقبل

إن حرية الأطراف في تنفيذ اتفاق التحكيم بالتراضي متجذرة في مبدأ استقلالية الأطراف. واتفاق التحكيم هو أقوى دليل على استقلالية الأطراف. يتم قبول هذا الاتفاق كمصدر أساسي للتحكيم. في اتفاق التحكيم، يكون للأطراف الحرية في اختيار التحكيم باعتباره الشكل المفضل لديهم لتسوية المنازعات، أي أنه يمكن للأطراف اختيار مكان التحكيم، وإدارة جميع الإجراءات وتصميمها وفقًا لاحتياجاتهم ومواصفاتهم.

ومع ذلك، لا تتمتع الأطراف بالحرية المطلقة في تحديد عملية وإجراءات التحكيم. إن استقلالية الأطراف لا تخلو من قيود وقد تخضع – من بين أمور أخرى – لبعض الضمانات التي تكون ضرورية للمصلحة العامة وقيود أخرى. منذ لحظة التفاوض على اتفاق التحكيم حتى استلام حكم التحكيم، ومدى استقلالية الأطراف في التصرف.

كما هو موضح أعلاه، يتمتع أطراف اتفاق التحكيم بأقصى قدر من الاستقلالية لتحديد كيفية حل نزاعهم. على سبيل المثال، يمكنهم، بالاتفاق، استبعاد اختصاص المحكمة ويمكنهم إجراء إجراءات التحكيم بأي طريقة يريدونها. لكن السؤال هو هل استقلالية الأطراف مطلقة بلا حدود؟ وبدلا من ذلك، هل استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي أسطورة أم حقيقة؟ مما لا شك فيه أن أطراف التحكيم يتمتعون بدرجات معينة من الحرية باعتبار أن اتفاق التحكيم، الذي هو أساس أي عملية تحكيم، هو نتاج اتفاق الأطراف بالتراضي. ومع ذلك، فإن استقلالهم يخضع لعدة قيود. على سبيل المثال، هناك بعض المبادئ الأساسية، التي لا يمكن لأطراف التحكيم تجاهلها أو انتهاكها قانونًا تحت أي موقف. وقد تم تدوين هذه الأحكام بمهارة في قانون الأونسيترال النموذجي،

وقوانين التحكيم المختلفة، فضلاً عن مبادئ العدالة الطبيعية التي تنطبق على جميع السلطات القضائية وشبه القضائية والمحاكم..[١]

إن المبادئ التي تشكل القواعد الأساسية للتحكيم والتي يتميز بها مبدأ العدالة الطبيعية هي كما يلي :أولا: .لا يجوز لأحد أن يحكم في دعواه .ثانيا .لا يجوز إدانة أي طرف دون الاستماع إليه؛ أي أنه يجب منح كل طرف الفرصة لاستجواب الشهود الذين تم استجوابهم من قبل الطرف الآخر ثالثا .ويحق لكل طرف معرفة أسباب القرارات .رابعا .ويجب على الشخص الذي ينظر في القضية أن يقرر بشكل نهائي .إذا تم الإخلال بمبدأ العدالة الطبيعية أثناء الفصل في الدعوى ويعتبر الحكم صادراً دون اختصاص وبالتالي يكون لاغياً.[٢]

كنتيجة طبيعية لاستقلالية الأطرف هي متطلبات صحة اتفاق التحكيم نفسه. اتفاق التحكيم يشترك في العوامل الأولية مع العقد البسيط. وبالتالي، فإن أي عامل من شأنه أن يبطل العقد العادي سوف يبطل دائمًا اتفاق التحكيم ويجعله غير قابل للتنفيذ. على سبيل المثال، بموجب قواعد التحكيم المختلفة، قبل الحكم بصحة إجراءات التحكيم، يجب أن تمتلك أطراف اتفاق التحكيم الأهلية على تنفيذ الاتفاق، ويجب أن ينشأ النزاع الذي يتعلق به عن علاقة قانونية سواء كانت تعاقدية أم لا،[٣] يجب ألا يكون اتفاق التحكيم لاغيا وباطلا، وغير قابل للتنفيذ.[٤] إن غياب

---

(١) إن عملية التحكيم هي بطبيعتها إجراءات شبه قضائية وتلتزم بمبدأ العدالة الطبيعية
See, Jamshed Ansari, op cit p. 50. See also S.K. Agarwal,"Arbitration: An option to resolve under Section 89 of CPC" (2003) AIR p. 187

(2) See the cases of Baba v N.C.A. T. C [1991] 5 NWLR (Pt. 192) 388and P. H. M. B. v Edna [2001] 5 NWLR (Pt. 707 612; [2001] 4 SCM, 159

(3) UNCITRAL Model Law, art II (1) and V (2)

(4) See the case of Union of India v McDonnel Douglas Corp. [1993] 2 Lloyd's rep, 48

أي من هذه العوامل هو مسألة أساسية تبطل صحة اتفاق التحكيم، وبالتالي، يشكل قيودًا على استقلالية الأطرف حيث يمكن التذرع بها لجعل قرار التحكيم الناتج غير قابل للتنفيذ.

بالإضافة إلى ما سبق، هناك بعض الأحكام الإلزامية الأساسية التي تحد من استقلالية الأطرف في التحكيم .وترد هذه الأحكام في قوانين التحكيم المختلفة .في مصر، تعد العوامل التالية، من بين عوامل أخرى، إلزامية بموجب قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أولا: .يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا؛ ثانيا .يجب معاملة الأطراف على قدم المساواة ومنحهم الفرصة الكاملة لعرض قضيتهم؛ثالثا . يجب السماح للأطراف بتبادل بيانات المطالبة وبيانات الرد أثناء إجراءات التحكيم؛رابعا .يجب تقديم إشعار مسبق للمحكمة إلى الأطراف وما إلى ذلك بيان يتم إرساله إلى الأطراف خامسا إن قرار التحكيم بموجب قانون التحكيم يعادل قرارًا عاديًا؛ سادسا: .يجب أن يكون حكم التحكيم مكتوباً وموقعاً من المحكم وأن يتم تسليم نسخة منه إلى الأطراف. إن عدم الالتزام بالأحكام المذكورة أعلاه سيؤثر على حكم التحكيم الناتج ويجعله لاغيا وباطلا.

مرة أخرى، يُتوقع بالضرورة من أطراف التحكيم أن يختاروا القانون المطبق على جوهر معاملتهم أثناء تنفيذ العقد، وعلى المحكم واجب تطبيق القانون المختار على الجوهر .ومع ذلك، عندما لا يتم اختيار القانون بحسن نية، يجوز للمحكم تجاهل هذا الواجب.[١] تنشأ مثل هذه الأمور عادة أثناء تنفيذ قرارات التحكيم أو الاعتراف بها.[٢] علاوة على ذلك، يكون للأطراف الحرية في الاتفاق على القانون المطبق على التحكيم واتفاق التحكيم .وقد يخضع هذا الاختيار للقيود التي يفرضها قانون مكان التحكيم (قانون التحكيم)، لأن كل دولة تريد تنظيم أي نشاط قانوني داخل حدود بلدها .يتمثل أحد الانعكاسات الرئيسية لقانون التحكيم في أنه يمكن للأطراف منح بعض الصلاحيات لهيئة التحكيم أكثر مما يسمح به

(1) Redfern and others, OP CIT para 3.98 and 3.99.
(2) Chukwumerije, OP CIT P. 109.

قانون التحكيم، وهذه السلطة، عندما لا تتمكن هيئة التحكيم من ممارستها، ستمارسها المحاكم الوطنية ويتعارض مع رغبة الأطراف . [١]

تشكل القضايا المتعلقة بأطراف ثالثة قيدًا آخر على استقلالية الأطراف. في الواقع، إن اتفاق التحكيم ملزم للأطراف فقط. وبالتالي، لا يمكن للأطراف الاتفاق على أي شيء يمكن أن يؤثر على الأطراف الثالثة بشكل مباشر.[٢] ويترتب على ذلك أنه عندما تمنح الأطراف هذه السلطة لهيئة التحكيم، لا يستطيع المحكم إجبار الأطراف الثالثة على حضور جلسات الاستماع كشهود.[٣]

يعترف التحكيم التجاري الدولي بأن المحاكم لا يجوز لها التدخل في إجراءات التحكيم.[٤] وهذا أمر أساسي للعملية. والجدير بالذكر أن المحكمة، في الظروف التالية، من بين ظروف أخرى، سوف تتدخل لمساعدة الأطراف في عملية التحكيم. أولاً، يجب على المحكمة المرفوعة أمامها دعوى في مسألة موضوع اتفاق تحكيم، إذا طلب أحد الأطراف ذلك، في موعد لا يتجاوز وقت تقديم بيانه الأول عن جوهر النزاع، أن تحيل الأطراف إلى التحكيم ما لم تجد أن اتفاق التحكيم لاغي وباطل وغير فعال. أو غير قابل للتنفيذ.[٥] ثانيا، يجب أن يتفق الطرفان على تعيين المحكمين ولكن في حالة وجود خلاف، يجوز لمؤسسة التحكيم أو المحكمة تعيين محكمين بناء على طلب أحد الأطراف.[٦] ثالثا، يجوز للمحكمة أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقتة بناء على طلب الأطراف إذا كان متفقاً مع اتفاق التحكيم وتأكد أن موضوع النزاع شيء قابل للتلف وكان الأفضل التصرف فيه لتحويله إلى نقود.

---

(1) Dursun, OP CIT P. 169.
(2) ibid.
(3) Redfern and others, OP CIT para 6.18
(4)UNCITRAL Model Law art 5; ACA 2004, s 34.
(5)Ibid art 9; Okuma Kazutake "Arbitration and Party Autonomy'' (2005) The Seinan Law Review, accessed on 15th August, 2015.
(6) UNCITRAL Model Law art 13.

علاوة على ذلك، قد يتم الاتفاق على إجراءات الطعن من قبل الأطراف مثل الاتفاق على استخدام قواعد إجراءات التحكيم لمؤسسة تحكيم معينة. ولكن في حالة فشل ذلك، يجوز للطرف المعترض أن يطلب من المحكمة أو أى سلطة أخرى اتخاذ قرار بشأن الطعن.(١) ومن المتوقع صدور قرار التحكيم باعتباره القرار النهائي لهيئة التحكيم في نهاية إجراءات التحكيم. عند مراجعة قرار التحكيم، قيل ما إذا كان قرار التحكيم يخضع للمراجعة القضائية أم لا.(٢) وقيل كذلك أنه إذا سمح بالمراجعة القضائية، لا يتم ضمان نهائية واستقلال قرار التحكيم ويتم تقييد استقلالية الطرف. وهذا يشبه إخضاع الجائزة لسلطة المحكمة. ومع ذلك، عندما يفشل الأطراف في اتباع المعيار المقبول في اتفاق التحكيم، سوف تتدخل المحكمة لمراجعة قرار التحكيم.

فى ضوء ما تقدم ونظرا لان الإجرات فى عملية التحكيم التجاري الدولى تتبوأ أهمية كبرى حيث تلعب دورا حيويا فى إنجاز عملية التحكيم وحل النزاع بطريقة عادلة تحقق غاية و مطلب عملية التحكيم فضلا عن أن كثيرا ما تكون الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم محلا للمراجعة القضائية وكثيرا ما تسفر عن إلغاء حكم التحكيم الدولى من قبل المحكمة نرى أنه من الضرورى والهام أن نعرض من خلال هذا المبحث لقيود مبدأ الاستقلالية فيما يتعلق بالجانب الإجرائى لعملية التحكيم بشىء من التفصيل بعد أن درسنا ذلك بشكل مختصر فى بعض نقاط المبحث الاول من هذه الدراسة على أن نعرض من خلال هذا المبحث لذلك الموضوع بشكل تقييمى نقدى للقيود التى تحد من استقلالية أطراف التحكيم

(1) Ibid art 14

(2) See Levi Onyeisi Wilson Odoe, "Party Autonomy and Enforceability of Arbitration Agreements and Award as the Basis of ArbitrationThesis Submitted for the Degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester, " (January 2014) p.99

التجارى الدولى فى الجانب الإجرائى لعملية التحكيم ومن ثم نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:-

المطلب الأول: قيود مبدأ استقلالية الأطراف قبل التحكيم و بعد تكوين هيئة التحكيم

المطلب الثانى:نطاق مبدأ الاستقلالية وتقييم الوضع الحالي للقيود على المبدأ والتنبؤ باتجاهات التطور في المستقبل

المطلب الأول

قيود مبدأ استقلالية الأطراف قبل التحكيم و بعد تكوين هيئة التحكيم

يثير الجانب الإجرائى ومبدأ أستقلالية الاطراف إشكالية كبيرة تتعلق بمدى و طبيعة هذا المبدأ و تأثيرة على الجوانب الإجرائية لعملية التحكيم و لعل واحدة من هذه المشكلات تلك التى لاحظها أحد أألفقاء من خلال أشتراكة فى هيئة التحكيم فى غرفة التجارة الدولية حيث ظهر سؤال مثير للاهتمام يتعلق باستقلالية الأطراف وحرية الأطراف في تحديد حدود زمنية. وكان التحكيم المعني مستمراً لبعض الوقت. وبعد وضع الاختصاصات، قامت هيئة التحكيم، بعد التشاور مع الأطراف، بإعداد جدول زمني إجرائي. وقد حدد هذا الخطوات الإجرائية المختلفة التي يجب اتباعها في التحكيم بما في ذلك تقديم المذكرات وتقديم إفادات الشهود وطلبات المستندات وجلسة الاستماع. تم تحديد التواريخ لكل خطوة من هذه الخطوات. ولسوء الحظ، كان هناك تأخير كبير في الالتزام بالمواعيد النهائية وأصبح من الضروري تحديد مواعيد جديدة للخطوات المتبقية في إجراءات التحكيم. وقد قدمت الأطراف بالفعل مذكراتها الرئيسية (المذكرات) وتضمنت المذكرات المتبقية ردًا وتعقيبًا. وإدراكًا من هيئة التحكيم لالتزامها بالمضي قدماً بسرعة معقولة آخذة في الاعتبار أيضًا أن التحكيم كان يسير بشكل أبطأ بكثير مما كان متوقعًا، رأت أنه ينبغي تقديم الطلبين المتبقيين في غضون فترة زمنية قصيرة. ومع ذلك فقد تشاور الطرفان واتفقا على السماح بتسعة أشهر للرد وتسعة أشهر أخرى للرد التعقيبي. والسؤال المطروح على هيئة التحكيم هو ما

إذا كانت ملزمة بقبول اتفاق الأطراف بشأن هذه التواريخ الجديدة أو ما إذا كان ينبغي لها، على افتراض أنها ليست ملزمة بذلك، أن تقبلها رغم ذلك.

عندما يقوم الأطراف بصياغة اتفاق تحكيم، فإنهم يتمتعون بحرية واسعة لبناء نظام لحل النزاعات من اختيارهم. يمكن أن ينص على التحكيم المخصص أو المؤسسي، ويمكن للأطراف تعيين عدد المحكمين ومؤهلاتهم والمسائل ذات الصلة بالإجراءات الواجب اتباعها. ويمكنها أن تحدد حدودًا زمنية، ويمكنها، على سبيل المثال، أن تنص على وجوب إصدار الجائزة خلال فترة زمنية محددة. بعد إبرام اتفاق التحكيم، وقبل بدء التحكيم، يكون للأطراف الحرية في تعديل اتفاقهم بأي طريقة يرونها مناسبة. يمكنهم تغيير عدد المحكمين وإجراءات تعيين المحكمين والمسائل الأخرى التي قد يكونون قد اتفقوا عليها مسبقًا مثل تسلسل المرافعات والحدود الزمنية.

إن حرية الأطراف في الاتفاق على نظام تحكيم من اختيارهم وتحديد الإجراء الواجب اتباعه تخضع لقيود قليلة. ويجب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون الذي يحكمه. عادةً ما يكون هذا هو القانون الذي يحكم العقد الموضوعي، والذي يتضمن شرط التحكيم، ولكنه ليس بالضرورة هذا القانون. وتنشأ إمكانية الإبطال لأن اتفاق التحكيم يعتبر اتفاقا منفصلا عن العقد الموضوعي الذي يتضمنه.[١] بالإضافة إلى ذلك، ينبغي أن تمتثل إجراءات التحكيم نفسها لقواعد القانون الإلزامية لقانون التحكيم. غالبًا ما يكون قانون التحكيم هو قانون مكان مقر التحكيم، ولكن ليس كذلك دائمًا.[٢]

ولنأخذ على سبيل المثال القانون النموذجي .بعض أحكامها إلزامية، وبالتالي لا يمكن للأطراف استبعادها أو تعديلها .على سبيل المثال، تنص المادة ١١ (٢) على أن للأطراف حرية الاتفاق على إجراءات تعيين المحكم أو

(1) See Fouchard, Gaillard, Goldman, International Commercial Arbitration (Edited by Gaillard and Savage) 1999 at p 212

(2) Fouchard, Gaillard, Goldman ,op cit p 635.

المحكمين، مع مراعاة أحكام الفقرتين (٤) و .(5)وبالتالي فإن الفقرتين (٤) و(٥) من المادة ١١ إلزاميتان .ورغم أنها لا تنص على ذلك صراحة، فمن شبه المؤكد أن تفسر المحكمة المادة ١٨ على أنها إلزامية .وتنص على أنه "يجب معاملة الأطراف على قدم المساواة، ويجب منح كل طرف الفرصة الكاملة لعرض قضيته ."وبالتالي، إذا اتفق الطرفان على الاستماع إلى المدعي فقط في التحكيم، فسيتم إلغاء هذا الاتفاق باعتباره باطلا بسبب المادة ١٨ من القانون النموذجي.[١] وكما لاحظ هولتزمان ونيوهاوس:

" لا تخضع حرية الأطراف [بموجب القانون النموذجي] إلا لأحكام القانون النموذجي، أي لأحكامه الإلزامية. وأهم هذه الأحكام، التي لا يجوز للأطراف الخروج عليها، هو الواردة في الفقرة (٣) [المادة ١٨ في النص النهائي]."

بالمثل القسم ٣٣ من قانون التحكيم ١٩٩٦ (المملكة المتحدة) ينص على ما يلي (1)" :يجب على المحكمة – (أ) التصرف بنزاهة بين الأطراف، وإعطاء كل طرف فرصة معقولة لعرض قضيته والتعامل مع قضية خصمه، و (ب) اعتماد إجراءات مناسبة لظروف الحالة المعينة، مع تجنب التأخير أو النفقات غير الضرورية، وذلك لتوفير وسيلة عادلة لحل المسائل التي يتعين البت فيها (2) . يجب على هيئة التحكيم أن تمتثل لهذا الواجب العام في إدارة إجراءات التحكيم وفي قراراتها بشأن المسائل الإجرائية والأدلة وفي ممارسة جميع السلطات الأخرى الممنوحة لها ".وهذا الحكم مدرج في الجدول ١ من القانون وبالتالي فهو إلزامي.

قد تنشأ قيود أخرى على استقلالية الأطراف عندما يختار الأطراف التحكيم المؤسسي ولكنهم يحاولون تغيير قواعد الهيئة الإدارية بطريقة غير عملية أو غير مقبولة من قبل الهيئة الإدارية. وبالتالي، على سبيل المثال، إذا نص الطرفان

(1)see, Holtzmann and Neuhaus, "A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary"٢٠١٤ p. 583

على التحكيم وفقًا لقواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية (قواعد غرفة التجارة الدولية) ولكنهما نصا على أن المادة ٢٧ من قواعد غرفة التجارة الدولية (التي تتناول فحص قرارات التحكيم من قبل محكمة غرفة التجارة الدولية) لن تنطبق، فمن الأفضل ومن المحتمل أن محكمة غرفة التحكيم الدولية لن تقبل القضية. باعتبارها قضية تابعة لمحكمة غرفة التجارة الدولية يعد فحص المحكمة لقرارات التحكيم سمة مهمة من سمات تحكيم غرفة التجارة الدولية ومن غير المرجح أن توافق الهيئة الإدارية على التنازل عنها.[١]

بصرف النظر عن الأحكام الإلزامية للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم وقانون التحكيم، وتخضع لتعديلات "غير مقبولة" على القواعد المؤسسية، يتمتع الأطراف بحرية واسعة جدًا في اختيار نظام التحكيم الذي يرغبون فيه وفي تحديد الإجراء الواجب اتباعه.

بعد إنشاء المحكمة

بمجرد نشوء نزاع، وبدء التحكيم وإنشاء المحكمة، قد يتم تقييد حرية الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم .على وجه الخصوص، يؤدي تشكيل هيئة التحكيم إلى ظهور مجموعة جديدة من العلاقات التعاقدية المتعلقة بالمحكمين أنفسهم.

لقد كان هناك بعض الجدل حول ما إذا كانت حقوق المحكمين والتزاماتهم تنبع من "وضعهم" كمحكمين وتنشأ مباشرة من القانون أو ما إذا كانت تنشأ من

(1) According to Craig, Park and Paulsson, "[t]he ICC Court will refuse to administer an arbitration with party agreed modifications to the Rules only when a fundamental characteristic of ICC arbitration (such as Court scrutiny of the award) is omitted": Craig, Park Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed, 2000), p. 295.

عقد يتم إبرامه عندما يقبلون تعيينهم[١] وجهة النظر المعبر عنها في فوشارد وجيلارد وجولدمان هي أن العقد موجود بالضرورة بين الأطراف والمحكمين؛ العقد ثنائي ويخلق حقوقًا والتزامات لكل من المحكمين والأطراف .ومع ذلك، عندما تتم إدارة التحكيم من قبل مؤسسة تحكيم، تصبح العلاقة التعاقدية ثلاثية.[٢]

يتخذ موستيل وبويد وجهة نظر معاكسة .ويزعمون أن" :إن المضي قدمًا في إيجاد عقد ثم تطبيق المبادئ العادية لقانون العقود عليه لن يؤدي إلى إجابة موثوقة ما لم يكن العقد موجودًا بالفعل ليتم العثور عليه. حتى في حالة وجود عقد مرجعية ضخمة، وتوظيف محكم محترف مقابل أجر كبير، نشك في ما إذا كان رجل الأعمال، إذا توقف عن التفكير، سيعترف بأنه كان يبرم عقدًا عند تعيين المحكم .مثل هذا التعيين ليس مثل تعيين محاسب أو مهندس معماري أو محام . في الواقع، إنه ليس مثل أي شيء آخر على الإطلاق. ونأمل أن تعترف المحاكم بذلك، وألا تحاول فرض العلاقة بين المحكم والطرف في إطار نظري غير ملائم، بل ستنتقل مباشرة إلى النظر في الحقوق والواجبات .ينبغي اعتباره، تحقيقاً للصالح العام، مرتبطاً بوضع المحكم." [٣]

ومع ذلك، يبدو أن المحاكم الإنجليزية لا تتفق مع وجهة نظر موستيل وبويد. وفي حالتين على الأقل تبين أن المحكمين يصبحون أطرافا في اتفاق التحكيم نفسه. في CompagnieEuropéene de Cerelas SA11، لاحظ Hobhouse J ما يلي: "إن عقد التحكيم هو الذي يصبح المحكمون أطرافًا فيه

(1) The debate is well summarised in Fouchard, Gaillard, Goldman, p 600

(2) see, Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration, KLUWER LAW INTERNATIONAL THE HAGUE / BOSTON / LONDON,2000 p601-602

(3) Mustill and Boyd, "Commercial Arbitration" (2nd ed, 1989), p. 223

من خلال قبول التعيينات بموجبه. جميع أطراف التحكيم هي بمثابة مسألة عقد (تخضع دائمًا للأحكام القانونية المختلفة) الالتزام بشروط عقد التحكيم."

بينما يصبح المحكمون أطرافًا في اتفاق التحكيم، ذكر القاضي أن المحكمين لم يكونوا أطرافًا في العقد التجاري ولم يكونوا، بالمعنى الصحيح لهذه الكلمة، ملزمين به. وتم التوصل إلى نتيجة مماثلة في قضية K/S Norjarl A/S ضد شركة هيونداي للصناعات الثقيلة المحدودة[1] وفي هذه القضية، قال السيد القاضي فيليبس، بعد إعادة إنتاج تعليق موستيل وبويد أعلاه، ما يلي [i]" :في هذه القضية، لا أجد الإطار التعاقدي إطارًا غير مناسب يمكن من خلاله النظر في موقف المحكمين ويجب المضي قدمًا على أساس فرضية مشتركة بين الطرفين، وهي أنه ينبغي تطبيق المبادئ التعاقدية. الحقوق الأساسية و "يمكن ذكر التزامات المحكمين ببساطة. من خلال قبول تعييناتهم، تعهدوا، على حد تعبير المادة ١٣ (٣) من قانون التحكيم لعام ١٩٥٠، "باستخدام كل الإرسال المعقول في الدخول والمتابعة مع المرجع – "التزام العناية الواجبة. وبعد قبول التعيينات كمحكمين، أصبح من حقهم الحصول على أجر معقول مقابل خدماتهم.

هذه هي السمات التقليدية لعقد تقديم الخدمات .الاعتبارات التعاقدية والوضعية :وفي الحقيقة فإن حقوق المحكم وواجباته تنبع من اقتران هذين العنصرين. واتفاق التحكيم هو عقد ثنائي بين طرفي العقد الرئيسي .عند التعيين، يصبح المحكم طرفًا ثالثًا في اتفاق التحكيم هذا، والذي يصبح عقدًا ثلاثيًا: انظر Cie Européene v. Tradax, [1986] 2 Lloyd's Rep. 301.وبموجب هذا العقد الثلاثي، يتولى المحكم مهامه شبه القضائية في النظر في اتفاق الطرفين على دفع المكافأة له .وبقبول التعيين، يتولى المحكم صفة المحكم شبه القضائي، مع جميع الواجبات والإعاقات الكامنة في تلك الصفة". [2]

(1) [1986] 2 Lloyd's Rep.301 at 306

(2)[1991] 1 Lloyd's Rep. 260 (Commercial Court). The text of the judgments of the Court of Appeal dated February 21, 1991 is

إذا أصبح المحكمون أطرافا في اتفاق التحكيم أو العقد، فإنه يترتب على ذلك أنه بعد تشكيل هيئة التحكيم، لا يمكن للأطراف أنفسهم تغيير شروط اتفاق التحكيم من جانب واحد دون موافقة هيئة التحكيم. وبالتالي، إذا كان اتفاق التحكيم نفسه يحدد أوقاتا معينة لاتخاذ الخطوات الإجرائية، فلا يمكن للأطراف الاتفاق على تغيير تلك الأوقات دون موافقة هيئة التحكيم. ويجب أن تتبع هذه النتيجة إذا تم قبول الرأي القائل بأن المحكمين يصبحون أطرافا في اتفاق التحكيم.

كيف يتوافق هذا الاستنتاج مع المادة ١٩(١) من القانون النموذجي؟ وكما ذكر أعلاه، تنص المادة ١٩ (١) على أنه "مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للأطراف حرية الاتفاق على الإجراء الذي يجب أن تتبعه هيئة التحكيم في تسيير الإجراءات ."فهل تقتصر هذه الحرية على الاتفاق الذي يتوصل إليه الطرفان قبل موافقة هيئة التحكيم على التعيين أم بعد ذلك أيضا؟ وقد نوقشت هذه المسألة أثناء صياغة القانون النموذجي:

"إحدى المسائل التي تم النظر فيها بشيء من التفصيل أثناء صياغة المادة ١٩ هي ما إذا كان ينبغي أن يكون هناك قيد على الوقت الذي يمكن فيه للأطراف أن تتفق على نقطة إجرائية. واقترحت الأمانة العامة أن يعدّل فريق العمل مشروع المادة ١٩ بحيث يشترط التوصل إلى أي اتفاق بشأن إجراءات التحكيم قبل تعيين المحكم الأول أو الوحيد .الأساس المنطقي لهذا الاقتراح كان م أن القواعد الإجرائية ينبغي أن تكون واضحة منذ البداية وأن أي محكم يجب أن يعرف منذ البداية القواعد التي يتوقع منه أن يؤدي مهامه بموجبها .ورفض فريق العمل هذه الفكرة، ورأى بدلاً من ذلك أن حرية الأطراف في الاتفاق على إجراء ما "ينبغي أن تكون مستمرة"؛ وفسر فريق العمل الفقرة ١ على أنها تنص على هذه الحرية المستمرة .وقد أثيرت هذه المسألة مرة أخرى أمام اللجنة، حيث قدمت مقترحات

---

reported at [1991] 1 Lloyd's Rep. 524. The case went to the Court of Appeal but the contractual premise of the decision in the lower court was not rejected

متضاربة، أحدهما بتوضيح فهم فريق العمل والآخر بإعادة النظر فيه .وبعد مناقشات مطولة، قررت الهيئة عدم تغيير مسودة فريق العمل .وكانت هناك بعض الاراء المؤيدة لكل اقتراح، ولكن لوحظ أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إجبار المحكمين على قبول أي إجراءات لا يوافقون عليها، إذ يمكنهم دائما الاستقالة بدلا من تنفيذ الشروط الإجرائية غير المرغوب فيها .علاوة على ذلك، إذا كانت المسألة مثيرة للقلق الشديد، فيمكن تنظيم توقيت أي اتفاق بشأن الإجراءات من خلال الاتفاق بين الأطراف والمحكمين". (١)

وفي التحكيم الذي يتم بموجب القانون النموذجي، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراء حتى بعد أن أبرمت هيئة التحكيم عقدها مع الأطراف.

والسؤال الذي يطرح نفسه بعد ذلك هو ما إذا كانت المادة ١٩ (١) إلزامية ومستمرة أم يمكن للأطراف نفسها تقييدها .إذا كان إلزاميًا، بغض النظر عما إذا كان اتفاق التحكيم يحدد الإجراء الواجب اتباعه، أو يرشح مجموعة من القواعد الإجرائية، فسيظل الطرفان قادرين على الاتفاق على الخطوات الإجرائية وتوجيه هيئة التحكيم لاتباعها، بما في ذلك ما يتعلق بالوقت ..يُقترح أن الإجابة الصحيحة هي أن المادة ١٩(١) ليست إلزامية .يأخذ هولتزمان ونيوهاوس نفس وجهة النظر" :

"لاحظ فريق العمل أن حرية الأطراف بموجب الفقرة (١) في الاتفاق على الإجراء هي حرية مستمرة طوال إجراءات التحكيم ولا تقتصر، على سبيل المثال، على الوقت الذي يسبق تعيين المحكم الأول (تقرير فريق العمل الخامس) A/CN.9/246، الفقرة ٦٣.ومع ذلك، من المسلم به أنه يجوز للأطراف أنفسهم في اتفاقهم الأصلي أن يحدوا من حريتهم بهذه الطريقة إذا كانوا يرغبون في أن

(1) see, Holtzmann and Neuhaus, "A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary" 2014 p. 556 – 567

يعرف محكموهم من البداية بموجب أي قواعد إجرائية من المتوقع أن يتصرفوا بها ". (١)

ويُقترح أن يؤدي الرأي بخلاف ذلك إلى إحباط أهداف السياسات التي يرتكز عليها القانون النموذجي. وقد يسمح على سبيل المثال للأطراف بالاتفاق، بعد بدء التحكيم، على إزالة عناصر التحكيم المؤسسي التي لا يمكن للهيئة الإدارية قبولها. ومن الأمثلة على ذلك الاتفاق على إزالة تدقيق محكمة غرفة التجارة الدولية في قرارات التحكيم بموجب قواعد غرفة التجارة الدولية، كما تمت مناقشته أعلاه. ولو تم إدراج مثل هذا الاتفاق في اتفاق التحكيم الأصلي نفسه، فإن محكمة غرفة التجارة الدولية سترفض بلا شك قبول التحكيم. والنتيجة الأخرى هي أنه يمكن للأطراف تغيير الشروط الصريحة لأي عقد يوقعونه مع هيئة التحكيم. وقد يؤدي ذلك إلى احتكاك أو صراع غير مرغوب فيه مع هيئة التحكيم وربما حتى استقالة أعضائها. إن منح سلطة تجاوز العلاقات التعاقدية لا يكاد يتوافق مع قدسية العقود التي تعتبر مبدأ أساسيا في التجارة الدولية وحل النزاعات.

القسم ٣٤(١) من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ (المملكة المتحدة) والذي يشبه في تأثيره المادة ١٩ من القانون النموذجي ليس إلزاميًا لأنه غير مدرج في الجدول ١ من القانون .وبناء على ذلك، ينطبق موقف مماثل على الوضع القائم بموجب القانون النموذجي .وبالعودة إذن إلى فكرة أن المحكمين يصبحون أطرافا في اتفاق أو عقد التحكيم، فمن المقترح أن هذه الفكرة تحتاج إلى بعض التفصيل . أشك في ما إذا كان المحكمون يمكن أن يصبحوا أطرافا في اتفاق التحكيم أو العقد

(1) see ,Holtzmann and Neuhaus, H.M. Holtzmann and J.E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration [Legislative History and Commentary], T.M.C. Asser Instituut / Kluwer, 1989
p. 583

نفسه .في حالة إدراج اتفاق التحكيم في عقد موضوعي، فإنه عادة ما ينص على إحالة النزاعات المستقبلية إلى التحكيم .يمكن أن يشمل ذلك عدة نزاعات على مدار فترة زمنية، يمكن إحالة كل منها إلى تحكيم منفصل .ولا يمكن أن يصبح المحكمون المعينون في النزاع الأول أطرافا في اتفاق التحكيم وبالتالي يشاركون بطريقة أو بأخرى في إحالة النزاعات المستقبلية إلى التحكيم .بل إن المبدأ المعتمد في الحالات المذكورة أعلاه لا بد أن يعني أنه عندما ينشأ نزاع معين، ويحال إلى التحكيم، ينشأ عقد بين الأطراف والمحكمين يتضمن شروط اتفاق التحكيم أو عقده.

وفي الختام، عندما يتناول اتفاق التحكيم النقطة الإجرائية المعنية، لا يجوز للأطراف تغيير اتفاقهم من جانب واحد دون موافقة هيئة التحكيم .عندما يكون اتفاق التحكيم صامتا ولا يتناول النقطة الإجرائية، فإن المادة ١٩ من القانون النموذجي تمكن الأطراف من التوصل إلى اتفاق في أي وقت أثناء إجراءات التحكيم .ولكن حتى هنا أقترح أنه قد تكون هناك بعض القيود .عندما يقبل المحكمون التعيين فإنهم يفعلون ذلك على أساس الشروط الصريحة والضمنية . وتشمل الشروط الصريحة أحكام اتفاق التحكيم نفسه وأي شروط صريحة أخرى متفق عليها بين المحكمين والأطراف .ولكن من المؤكد أن هناك شروط ضمنية كذلك؟ خذ على سبيل المثال الوضع التالي .لنفترض أن الطرفين اتفقا على فترة ٥ سنوات لتبادل المذكرات .فهل تكون هيئة التحكيم ملزمة بقبول فترة استثنائية بهذه المدة؟ لا أقترح ذلك، وسيكون للمحكمة ما يبررها إما بتحديد فترة أقصر أو الاستقالة بدلا من ذلك .والسبب هو أنه على الرغم من أن المادة ١٩ تمنح الأطراف سلطة واسعة للاتفاق على إجراءات التحكيم، إلا أنه يجب عليهم أن يفعلوا ذلك ضمن الافتراضات المعقولة التي يعتنقها المحكمون وقت قبولهم لولايتهم .وبعبارة أخرى، هناك مصطلح ضمني مفاده أن أي اتفاق قد يتوصل إليه الطرفان بشأن المسائل الإجرائية سيكون ضمن المعايير المعتادة أو المشتركة للتحكيم التجاري من نوع وطبيعة التحكيم أمام هيئة التحكيم.

الآن نعود إلى المشكلة الأصلية المطروحة في بداية هذا المطلب .يتفق الطرفان على مدة طويلة لتقديم المذكرات .هل المحكمة ملزمة بقبول اتفاق الطرفين؟ إذا تم ذكر الفترات الزمنية في اتفاق التحكيم، فسيتم تطبيقها وأي تعديل لهذه التواريخ لا يمكن أن يتفق عليه الطرفان وحدهما ولكن يجب أن توافق عليه هيئة التحكيم أيضًا.

ومع ذلك، عندما لا يتناول اتفاق التحكيم المسألة المطروحة (تاريخ تقديم المذكرات)، فإن الإجابة على سؤال ما إذا كان بإمكان الأطراف الاتفاق على تلك التواريخ ستعتمد على أي قاعدة إلزامية لقانون التحكيم، أو ,إذا لم تكن هناك قاعدة إلزامية معمول بها في قانون التحكيم، فالقواعد التي تحكم التحكيم؛ وإذا لم تكن هناك قواعد أو إذا سكتوا عن هذه النقطة، فإن الأحكام غير الإلزامية لقانون التحكيم.

تمت الإشارة سابقًا إلى المادة ٣٣ من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ (المملكة المتحدة) .يتم التعبير عنه ليكون حكمًا إلزاميًا .وتتطلب الفقرة ٣٣(١)(ب) على هيئة التحكيم اعتماد إجراءات مناسبة لظروف القضية المعينة، مع تجنب التأخير أو النفقات غير الضرورية .للوهلة الأولى، قد يُعتقد أن هذا الحكم يتطلب من هيئة التحكيم إصدار حكم يتجنب "التأخير أو النفقات غير الضرورية"، وبالتالي، ربما، تجاوز اتفاق الأطراف .ومع ذلك، فإن التركيز في المادة ٣٣ ينصب على العدالة للأطراف .في الظروف التي يكون فيها الطرفان قد توصلا إلى اتفاق بشأن النقطة الإجرائية المعنية، سيتم تحقيق العدالة بشكل عام من خلال الالتزام بالاتفاق الذي توصل إليه الطرفان.

في القضية المعروضة على محكمة غرفة التجارة الدولية، لم تكن هناك قاعدة إلزامية معمول بها لقانون التحكيم، وبالتالي كانت المبادئ ذات الصلة موجودة في قواعد التحكيم المعمول بها. وبما أن هذه القضية هي قضية تابعة لمحكمة غرفة التجارة الدولية وبالتالي فهي تخضع لقواعدها ، يجب أن نلجأ إلى

قواعد محكمة غرفة التجارة الدولية لتحديد ما إذا كان بإمكان الأطراف الاتفاق على وقت تقديم المذكرات.

وترد قاعدة أساسية في المادة ١٥ (١) من قواعد غرفة التجارة الدولية التي تنص على ما يلي: "تخضع الإجراءات أمام هيئة التحكيم لهذه القواعد، وحيثما تكون هذه القواعد صامتة، لأي قواعد يحددها الأطراف أو، في حالة فشلهم، يجوز لهيئة التحكيم أن تبت في ما إذا كان يتم الرجوع بذلك إلى القواعد الإجرائية للقانون الوطني الواجب تطبيقه على التحكيم أم لا."وبالتالي، تحدد هذه المادة التسلسل الهرمي للقواعد التي تحكم إجراءات التحكيم على النحو التالي:

١ــ قواعد غرفة التجارة الدولية .

٢ــ اتفاق الأطراف .

٣- قرار هيئة التحكيم .

يبدو أن المادة ١٥ (١) تمنح الأطراف سلطة الاتفاق على قاعدة إجرائية قابلة للتطبيق (دون موافقة هيئة التحكيم) في الحالات التي تكون فيها قواعد محكمة غرفة التجارة الدولية صامتة .من المفترض أن الإشارة إلى اتفاق الأطراف لا تقتصر على اتفاق الأطراف قبل تشكيل هيئة التحكيم ولكن يمكن تفسيرها على أنها تسمح للأطراف بالاتفاق، أثناء سير التحكيم، على قاعدة مناسبة تحكم الاسس الإجرائية المحددة.. ومع ذلك، فإن اتفاق الأطراف لن يدخل حيز التنفيذ إلا عندما تكون قواعد غرفة التجارة الدولية صامتة. ومن ثم فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما إذا كانت قواعد غرفة التجارة الدولية تحتوي على حكم يتناول وقت تقديم المذكرات. يجب أن يركز اهتمامنا الآن على المادة ١٨ من قواعد غرفة التجارة الدولية.

المادة ١٨(١) تشترط على هيئة التحكيم أن تضع الاختصاصات "على أساس المستندات أو بحضور الأطراف وفي ضوء أحدث مذكراتهم ."يجب أن تتضمن هذه الوثيقة تفاصيل مختلفة بما في ذلك "(ز) تفاصيل القواعد الإجرائية المعمول بها ."...إذا كانت الاختصاصات تتضمن أحكامًا تتناول تقديم المذكرات والحدود

الزمنية (وهو أمر غير عادي)، فلا يمكن للأطراف تغييرها من جانب واحد دون موافقة هيئة التحكيم.

كما ذكرنا، سيكون من غير المعتاد أن تتناول الاختصاصات تفاصيل مثل تفاصيل المرافعات التي سيتم تسليمها وتواريخ تقديمها .ولكن هناك فقرة أخرى من المادة ١٨ ذات صلة بالموضوع .تنص المادة ١٨ (٤) على ما يلي: "عند وضع الاختصاصات، أو في أقرب وقت ممكن بعد ذلك، يجب على هيئة التحكيم، بعد التشاور مع الأطراف، أن تضع في وثيقة منفصلة جدولاً زمنياً مؤقتاً لمتابعة سير التحكيم وإبلاغه إلى المحكمة والأطراف .وتُبلّغ أي تعديلات لاحقة على الجدول الزمني المؤقت إلى المحكمة والأطراف".

عادةً ما يحدد الجدول الزمني للإجراءات والمرافعات أو المذكرات التي سيتم تسليمها ويحتوي على التواريخ .إذا سعى الطرفان لاحقًا إلى تغيير هذه التواريخ، فهل يمكنهم القيام بذلك دون موافقة هيئة التحكيم؟ يبدو الأمر كذلك، لأن الالتزام بوضع جدول زمني إجرائي، الوارد في المادة ١٨(٤) مفروض على هيئة التحكيم وليس على الأطراف .يجب على هيئة التحكيم أن تتشاور مع الأطراف ولكن الجدول الزمني الإجرائي يجب أن تضعه هيئة التحكيم بنفسها .يبدو أنه يترتب على ذلك أن تعديل هيئة التحكيم (عن طريق تغيير مواعيد تقديم المذكرة) يجب أن تأمر به هيئة التحكيم ولن يحتاج إلى موافقة الأطراف .هيئة التحكيم ملزمة بالتشاور مع الأطراف ولكن ليس للحصول على موافقتهم. وبالتالي، يبدو أنه بموجب قواعد غرفة التجارة الدولية، يمكن لهيئة التحكيم تحديد التواريخ الإجرائية الواردة في الجدول الزمني الإجرائي وتغييرها دون موافقة الأطراف؛ وعلى العكس من ذلك، لا يجوز للأطراف بموجب اتفاقهم الخاص تغيير التواريخ دون موافقة هيئة التحكيم.

ننتقل الآن من قواعد غرفة التجارة الدولية للنظر في قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي (قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي). تنص المادة ١٤ على ما يلي: "١٤.١ يجوز للأطراف الاتفاق على سير إجراءات التحكيم الخاصة بهم ويتم

تشجيعهم على القيام بذلك، بما يتوافق مع الواجبات العامة لهيئة التحكيم في جميع الأوقات: (١) التصرف بنزاهة بين جميع الأطراف ، وإعطاء كل طرف فرصة معقولة لعرض قضيته والتعامل مع دعوى خصمه؛ و (٢) اعتماد إجراءات مناسبة لظروف التحكيم، وتجنب التأخير أو النفقات غير الضرورية، وذلك لتوفير وسيلة عادلة وفعالة للحل النهائي لنزاع الأطراف. يجب أن يتم إبرام هذه الاتفاقات من قبل الأطراف كتابيًا أو تسجيلها كتابيًا من قبل هيئة التحكيم بناءً على طلب الأطراف وبتفويض منهم. ١٤.٢ ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك بموجب المادة ١٤.١، تتمتع هيئة التحكيم بأوسع سلطة تقديرية للقيام بواجباتها المسموح بها بموجب هذا القانون (القوانين) أو قواعد القانون التي قد تقرر هيئة التحكيم أنها قابلة للتطبيق؛ ويجب على الأطراف في جميع الأوقات بذل كل ما هو ضروري لتحقيق سلوك عادل وفعال وسريع فى صالح التحكيم.١٤.٣ في حالة هيئة التحكيم المكونة من ثلاثة أعضاء، يجوز للرئيس، بموافقة مسبقة من المحكمين الآخرين، إصدار الأحكام الإجرائية بمفرده."

يتبين أن المادة ١٤.١ تتبنى مبدأ استقلالية الطرف. ولكن هذا منصوص عليه مع مراعاة بعض القيود بما في ذلك الواجب العام لهيئة التحكيم "لاعتماد إجراءات مناسبة لظروف التحكيم، وتجنب التأخير أو النفقات غير الضرورية...". تتبع القواعد عن كثب المادة ٣٣ من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ (المملكة المتحدة). وليس من الواضح على الفور ما إذا كان بإمكان المحكمة، على سبيل المثال، رفض قبول اتفاق الأطراف الذي يسمح بفترة زمنية طويلة لتقديم مذكرة إذا رأت أن هذا من شأنه أن يسبب تأخيرًا أو نفقات غير ضرورية. وفي الواقع قد يتساءل لماذا ينبغي لهيئة التحكيم أن تشعر بالقلق إزاء التأخير أو النفقات غير الضرورية، وهي مسألة ستؤثر على كلا الطرفين، إذا اتفق الطرفان على فترة طويلة لتقديم المذكرة. وعلى أية حال، فإن الإشارة إلى العدالة في المادة ١٤.١(٢) يجب أن تكون إشارة إلى العدالة لكلا الطرفين، كما أن قبول اتفاق الطرفين يعتبر عادلاً لكليهما. تُمنح سلطة تقديرية واسعة جدًا لهيئة التحكيم عملاً

بالمادة ١٤.٢ في الظروف التي لم يتوصل فيها الطرفان إلى اتفاق ضمن المادة ١٤.١. قد يُعتقد أن الاتفاق بموجب المادة ١٤.١ يتم عادةً في بداية إجراءات التحكيم. تتطلب المادة الفرعية الأولى أن يتم تسجيل الاتفاق كتابيًا "بواسطة هيئة التحكيم".

وبموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم، يبدو أن هيئة التحكيم ليست ملزمة بقبول اتفاق الأطراف بشأن فترة زمنية .تنص المادة ١٥(١) على ما يلي:

"مع مراعاة هذه القواعد، يجوز لهيئة التحكيم إجراء التحكيم بالطريقة التي تراها مناسبة، بشرط أن يتم معاملة الأطراف على قدم المساواة، وأن يُمنح كل طرف، في أي مرحلة من مراحل الإجراءات، فرصة كاملة لعرض قضيته".

وبالإضافة إلى ذلك، تنص المادة ٢٣ على ألا تتجاوز الفترات الزمنية التي تحددها هيئة التحكيم لإرسال البيانات المكتوبة ٤٥ يومًا؛ ومع ذلك "يجوز لهيئة التحكيم تمديد الحدود الزمنية إذا خلصت إلى أن التمديد له ما يبرره ."وعلاوة على ذلك تجدر الإشارة إلى أنه بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم، في حين أن هيئة التحكيم، وليس الأطراف، هي التي تتحمل مسؤولية تحديد الإجراء في التحكيم، فإن عددا من القواعد يمنح صراحة صلاحيات للأطراف مثل :المادة ١٦(١) (مكان التحكيم)، المادة ١٧.١ (لغة التحكيم) وما إلى ذلك.

تشبه قواعد التحكيم الدولي للمركز الدولي لتسوية المنازعات قواعد الأونسيترال النموذجية للتحكيم. المادة ١٦(١) هي بنفس شروط المادة ١٥(١) من قواعد الأونسيترال للتحكيم.

ممارسة السلطة التقديرية

في الحالات التي لا تكون فيها هيئة التحكيم ملزمة بقبول اتفاق الأطراف ولكنها تمتلك سلطة تقديرية، كيف ينبغي ممارسة السلطة التقديرية؟ في المقام الأول إذا كان اتفاق الطرفين بما يتعارض مع قاعدة القانون الإلزامية، فقد لا يتم قبول اتفاق الطرفين .ومن الأمثلة على هذه القاعدة القانونية المادة ١٨ من القانون النموذجي .وهذا يتطلب معاملة الأطراف على قدم المساواة وأن يُمنح كل

طرف فرصة عادلة لعرض قضيته .ولكن حتى في هذه الحالة، قد يُنظر إلى التطبيق الصارم لمثل هذا الحكم على أنه أمر مثير للمشاكل .على سبيل المثال، إذا اتفق الطرفان على أنه سيتم السماح للمدعى عليه بمزيد من الوقت لتقديم مذكراته مقارنة بالمدعي، فهل ينبغي لهيئة التحكيم أن تبطل ذلك باعتباره انتهاكًا للمادة ١٨؟

هناك التزامات أخرى تفرض على المحكمين. يذكر ريدفيرن وهنتر أن "هيئة التحكيم لديها التزام أخلاقي واضح للقيام بمهمتها بالعناية الواجبة؛ وتأخير العدالة هو حرمان من العدالة"[(١)]. يشير الفقهاء إلى القوانين الوطنية المختلفة وقواعد التحكيم (مثل قواعد غرفة التجارة الدولية) التي تفرض حدًا زمنيًا لإصدار قرار التحكيم. قوانين أخرى مثل القسم ٣٣(١)(ب) من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ (المملكة المتحدة) تفرض التزامًا على المحكم بالتصرف "دون تأخير غير ضروري". تنص المادة ١٤(١) من القانون النموذجي، في جملة أمور، على أنه إذا "فشل المحكم في التصرف دون تأخير لا مبرر له، تنتهي ولايته إذا انسحب من منصبه أو إذا اتفق الطرفان على الإنهاء". ولكن إذا اتفق الأطراف أنفسهم على المدة الزمنية الطويلة لتقديم المذكرات فهل يمكن القول بأن هيئة التحكيم مقصرة في واجبها في التصرف على وجه السرعة؟

عند اتخاذ قرار بقبول اتفاق الأطراف أو رفضه أو تعديله، ينبغي لهيئة التحكيم تقييم طلب الأطراف في ضوء التزامات هيئة التحكيم وواجباتها وبعد النظر في موقف هيئة التحكيم نفسها .في إجراء هذا التقييم، سيكون من المفيد أن تتمكن هيئة التحكيم من تحديد أسباب توصل الأطراف إلى اتفاقهم، بقدر ما تكون هيئة التحكيم قادرة على القيام بذلك .يمكن أن يكون سبب توصل الأطراف إلى اتفاقهم ومصالحهم الأساسية أمرًا مهمًا .على سبيل المثال، في مشكلتنا المطروحة، حيث اتفق الطرفان على فترة تسعة أشهر لتقديم مذكرات بسيطة

(1) see,Redfern and Hunter with Blackaby and Partasides, op cit p. p29

نسبيًا، قد يسعى الطرفان إلى الحصول على وقت طويل نسبيًا بسبب تعقيد التحكيم، والتطورات الجديدة، ومفاوضات التسوية المعلقة ، تحديد المحكمة ذات الصلة أو إجراءات التحكيم الأخرى وما إلى ذلك .ستكون هذه أسبابًا قوية ومقنعة لدعم اتفاق الطرفين .من ناحية أخرى، إذا كان الاتفاق على مزيد من الوقت مبنيًا على احتياجات محامي الأطراف (الذين قد يكونون مشغولين بأمور أخرى وليسوا مجتهدين كما ينبغي مع موضوع التحكيم) فإن الإجبار على قبول اتفاق الأطراف هو أقل إقناعا بكثير.

يجب أن تقوم المحكمة بتقييم اتفاق الأطراف في ضوء التزاماتها وواجباتها .إن الواجب الأساسي المترتب على المشكلة التي ندرسها هو التزام هيئة التحكيم بالمضي قدما في الاجتهاد والسرعة .وهذا واجب ينبغي أن يؤخذ على محمل الجد، ولكنه لا يحدد بالضرورة المسألة المطروحة .عندما يستند اتفاق الطرفين على الوقت الإضافي اعتبارات جوهرية وهامة مثل مفاوضات التسوية المعلقة أو نتائج التحكيم أو إجراءات المحكمة ذات الصلة، فمن الممكن أن يُعتقد أن واجب هيئة التحكيم في المضي قدمًا في الإجراءات العاجلة يجب أن يأتي في المرتبة الثانية .بعد كل شيء، فإن الالتزام بالمضي قدمًا موجود إلى حد كبير لصالح الأطراف أنفسهم، وإذا كان لدى الأطراف سبب وجيه لعدم الرغبة في المضي قدمًا بسرعة، فمن الصعب معرفة سبب قيام هيئة التحكيم بإجبارهم على القيام بذلك .ومع ذلك، عندما يكون الدافع وراء طلب الوقت الإضافي مبنيًا على راحة المحامي، فإن الالتزام ببذل العناية سيكون عاملاً قويًا وربما مقنعًا.

ويحق لهيئة التحكيم أيضاً أن تنظر في موقفها الخاص .قد يرغب أعضاء هيئة التحكيم في الانتهاء من التحكيم بسرعة نسبية، وذلك لمواصلة أعمالهم الأخرى والحصول على دفع أتعابهم .والمصاريف .ولكن إذا تم موازنة هذه المصلحة مقابل مصلحة الأطراف التي تسعى إلى الحصول على وقت إضافي بسبب مفاوضات التسوية أو غيرها من العوامل الموضوعية، فإن مصالح المحكمين يجب أن تفسح المجال .ماذا عن الوضع المختلف قليلاً؟ ولنفترض أن

الطرفين اتفقا على تمديد تاريخ تقديم الطلبات ليس لتسعة أشهر، بل لمدة ثلاث سنوات على سبيل المثال .هنا قد تكون مصالح المحكمين أكثر أهمية .عند قبول التعيين كأعضاء في هيئة التحكيم، كان المحكمون يفكرون في إجراء التحكيم وفقًا للممارسات المعتادة .إن فترات عدة سنوات لاتخاذ الخطوات الإجرائية هي فترات استثنائية وكانت خارج نطاق تفكير المحكمة .قد لا يرغب أعضاء هيئة التحكيم في المشاركة في تحكيم قد يمتد لفترة زمنية طويلة للغاية، وقد يعتبرون أن موقفهم مهم عند مقارنته بموقف الأطراف، دعونا نفكر في سيناريو مختلف . لنفترض أن الأطراف قد اتفقت، ليس على تمديد الوقت لتقديم الطلب، ولكن على الوقت المطلوب لجلسة الاستماع .لنفترض كذلك أن القضية تنطوي على تحكيم بموجب قواعد غرفة التجارة الدولية حيث يتم دفع أجور المحكمين على أساس القيمة .في موقفنا الافتراضي، دعونا نفترض أن الأطراف قد اتفقت على أنه ستكون هناك مراسم تذكارية قصيرة، ولن تكون هناك إفادات للشهود، بل جلسة استماع طويلة لمدة ١٢ شهرًا على سبيل المثال .عادةً ما تتضمن تحكيمات محكمة غرفة التجارة الدولية نسبيًا جلسات استماع قصيرة وبدلاً من ذلك هناك مذكرات موسعة وتقديم الأدلة قبل الجلسة في شكل تقديم المستندات وإفادات الشهود .ولكن في مثالنا اختار الأطراف التحكيم على أساس محاكمة القانون العام التقليدية حيث يتم تقديم جميع الأدلة في جلسة الاستماع وحيث يتم تقديم البيانات الشفهية في نفس جلسة الاستماع.(١)

عادة ما تستغرق جلسات الاستماع في تحكيم محكمة غرفة التجارة الدولية أسابيع وليس أشهر ونادرًا ما تستغرق أي مدة تصل إلى ١٢ شهرًا .هناك اسباب كثيرة لهذا .يتم تقديم الطلبات عمومًا قبل جلسة الاستماع وتكون واسعة النطاق بطبيعتها .وبالإضافة إلى ذلك يتم تقديم الأدلة قبل جلسة الاستماع .علاوة على

(1) see, Anoosha Boralessa, "The Limitations of Party Autonomy in ICSID Arbitration" [2004] 15 Am. Rev. Int'l Arb. para 253, para 266.

ذلك، يستغرق الأمر وقتًا طويلاً ومن غير المناسب أن تتجمع الأطراف من العديد من البلدان في مكان جلسة الاستماع لجلسة استماع طويلة .من شأن جلسة الاستماع الطويلة أن تزيد إلى حد كبير الوقت الذي يجب على المحكمين استثماره في التحكيم، وفي حالة التحكيم حيث يتم الدفع لهم على أساس القيمة، يمكن أن تكون أتعاب المحكمين متواضعة للغاية عند النظر إليها من منظور قيمة المبلغ . الوقت الذي يقضيه على المرجع .علاوة على ذلك، قد تكون جلسة الاستماع لمدة ١٢ شهرًا مستحيلة بالنسبة للمحكمين في ضوء التزاماتهم الأخرى(٠١)

في مثل هذه الحالة، أود أن أقترح أن مصالح المحكمين في تخصيص وقتهم والحصول على أجر معقول مقابل خدماتهم تفوق رغبة الأطراف في إجراء التحكيم في شكل محاكمة تقليدية بموجب القانون الأنجلو امريكى. وفي مثل هذه الحالة، يمكن للمحكمين أن يمارسوا سلطتهم التقديرية ضد منح جلسة استماع للمدة المطلوبة والمتفق عليها من قبل الأطراف

مسائل أخرى تتعلق بسير إجراءات التحكيم :

التحكيم التجاري الدولي هو وسيلة مرنة لتسوية المنازعات. الفرق الرئيسي بين التحكيم والتقاضي هو أن الأطراف تخضع للقواعد الصارمة للمحاكم الوطنية في التقاضي، على العكس من ذلك، في التحكيم، يكون للأطراف الحرية في تسيير إجراءات التحكيم. وفي الواقع فإن أساس هذه الحرية هو مبدأ استقلالية الحزب. على سبيل المثال، يمكن للأطراف الاتفاق على مواعيد جلسات الاستماع. ويجب على هيئة التحكيم أن تجري جلسات الاستماع وفقا لاتفاق الأطراف

(1)see, Thomas E. Carbonneau, "The Exercise of Contract Freedom in Making of Arbitration Agreements" vol. 36 Vanderbilt Journal of Transnational Law(2003) 1189, 1189-1196.

إن مبدأ استقلالية الأطراف مقبول على نطاق واسع كما هو الحال في القانون النموذجي واتفاقية نيويورك[١] ومع ذلك، فإن هذا القبول لا يبين أن استقلالية الاطراف غير محدودة .ويخضع مبدأ استقلالية الاطراف لبعض القيود.

• إن القيود الأكثر شيوعاً المفروضة على استقلالية الأطراف هي النظام العام وهذا القيد مستمد من أن لكل دولة الحق في ممارسة سيادتها الكاملة والدائمة على بلادها .وبالتالي، يمكن لكل دولة أن تحكم أي عملية تحكيم داخل حدود بلدها .يعتمد مفهوم النظام العام على الظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لكل دولة؛ ومن ثم ينبغي تحديد محتوى هذا المفهوم وفقا لكل قضية على حدة .بشكل عام، يرى المحكمون أن النظام العام يؤخذ بعين الاعتبار في البلد الذي من المرجح أن يتم تنفيذ القرار فيه .ومع ذلك، لا ينبغي لهم أن يقيدوا آرائهم بهذه الطريقة .التحكيم الدولي يشمل أكثر من دولة واحدة، وبالتالي، ينبغي النظر في النظام العام لجميع الدول المهتمة .على سبيل المثال، يمكن أخذ النظام العام في الاعتبار أثناء إجراءات التحكيم قبل الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه . على سبيل المثال، في قضية أمام محكمة غرفة التجارة الدولية[٢]، رفضت هيئة التحكيم المنعقدة في سويسرا المطالبة بالتعويضات العقابية على أساس أن التعويضات العقابية تتعارض مع النظام العام السويسري بالإضافة إلى ذلك، إذا منح الأطراف بعض الصلاحيات لهيئة التحكيم التي تتعارض مع النظام العام لمقر التحكيم، فإن هذه السلطات "غير قابلة للقيام بها" من قبل المحكمين[٣]

•هناك قيد آخر على استقلالية الأطراف وهو المساواة في المعاملة[٤] المساواة في المعاملة هي أحد

(1) ICC Final Award in Case No: 5946 of 1990
(2) Redfern and Hunter, para 6.16.
(3) New York Convention, art V (1) b, English Arbitration Act, s 103 (2) c
(4)ibid

المبادئ الأساسية للقانون .وفي نطاق التحكيم، من حيث المبدأ، للأطراف الحرية في الاتفاق على سير التحكيم .ومع ذلك، يجب ألا تتضمن هذا الاتفاق أي إجراءات ضد المساواة في المعاملة.

وهذا مقبول على نطاق واسع مثل النظام العام أيضًا .وفقًا لاتفاقية نيويورك وقانون التحكيم الإنجليزي، يجوز رفض الاعتراف بالحكم أو تنفيذه "إذا كان الطرف الذي تم الاحتجاج ضده بالحكم غير قادر على تقديم دعواه" [١] وبالإضافة إلى ذلك، يتضمن القانون النموذجي حكمًا يتعلق بالمعاملة المتساوية. [٢]

• تشكل القضايا المتعلقة بأطراف ثالثة قيدًا على استقلالية الأطراف. في الواقع، اتفاق التحكيم ملزم للأطراف فقط. وبعبارة أخرى، لا يمكن للطرفين الاتفاق على أي شيء يمكن أن يؤثر على العلاقات الخارجية بشكل مباشر[٣]. على سبيل المثال، حتى لو منحت الأطراف هذه السلطة لهيئة التحكيم، لا يستطيع المحكم إجبار الأطراف الثالثة على حضور جلسات الاستماع كشهود[٤]. في هذه النقطة، تحتاج هيئة التحكيم إلى طلب المساعدة من المحاكم الوطنية.

دور المحاكم الوطنية :

ظاهريًا، يمكن لطرفي اتفاق التحكيم الاتفاق على كل ما يتعلق بالتحكيم .ومع ذلك، في بعض الظروف، لا يكون لخيارات الأطراف أي معنى دون دعم وإشراف المحاكم الوطنية .وفي هذا السياق، يعد دور المحاكم الوطنية أحد العوامل التي تحدد مدى استقلالية الأطراف .ومع ذلك، لا ينبغي للمحاكم التدخل في عملية التحكيم في أي وقت .ولمنع هذا الوضع، ينص القانون النموذجي على أنه "لا

(1) New York Convention, art V (1) b, English Arbitration Act, s 103 (2) c
(2) Model Law, art 18
(3) Redfern and Hunter,op cit, para 6.18
(4) ibid, para 6.19

يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الحالات التي ينص عليها هذا القانون ." [١]

• في بداية التحكيم: أولاً، يجوز لأحد طرفي اتفاق التحكيم رفع دعوى أمام المحكمة بدلاً من التحكيم [٢] وفي هذه الحالة تفصل المحكمة في مدى نفاذ اتفاق التحكيم بناء على طلب أحد الطرفين. ثانياً، إذا كانت المساواة

ثانيًا، إذا فشل الطرفان في تعيين المحكمين ولم تكن هناك قواعد واجبة التطبيق، فيمكنهم تقديم طلب إلى المحكمة لتعيين المحكمين[٣]

ثالثا، إذا كانت هناك مشكلة تتعلق باختصاص هيئة التحكيم، فيمكن حل هذه المشكلة بدعم المحكمة في مكان التحكيم [٤].

• أثناء عملية التحكيم: تؤدي المحاكم الوطنية دورها الحقيقي أثناء إجراءات التحكيم. في بعض الأحيان، تحتاج هيئة التحكيم إلى اتخاذ تدابير مؤقتة. بشكل عام، تتمتع هيئة التحكيم بسلطة اتخاذ تدابير مؤقتة[٥]. ومع ذلك، إذا لم يتم تعيين هيئة التحكيم، أو لم تكن لهيئة التحكيم مثل هذه السلطة أو كانت التدابير المؤقتة تتعلق بأطراف ثالثة، فقد يكون تدخل المحكمة ضروريًا. في بعض الأحيان، قد يتم قبول طلب التدابير المؤقتة المقدم إلى المحكمة "بما لا يتعارض مع اتفاق التحكيم"[٦] ومع ذلك، وفقا للقانون النموذجي وقواعد الأونسيترال، فإن هذا النوع من التطبيق لا يتعارض مع اتفاق التحكيم[٧]. ومن أجل توضيح هذا الغموض، فإن

(1) English Arbitration Act, s. 18; Model Law, art 11
(2) see, Redfern and Hunter,op cit p. 7.12; Sutton and Gill,op cit para.7-005 and 7-097
(3) ibid, para 7.15
(4) ibid, para 7.17, 7.16 and 7.19.
(5) ibid, para 7.25.
(6) Model Law, art. 9; UNCITRAL Rules, art. 26 (3
(7) Redfern and Hunter,op cit, para 7.27

الحل الأمثل هو النظر إلى القانون ذي الصلة[١] ومع ذلك، في بعض الظروف، تكون المساعدة القضائية المقدمة من المحاكم مقبولة في معظم الأنظمة القانونية. وهم:

الحفاظ على الأدلة: كقاعدة عامة، ينبغي الحفاظ على الأدلة في أسرع وقت ممكن[٢]، لأن الأدلة المدمرة لا يمكن أن تشير إلى الحقائق. وبهذا المعنى، يجوز لهيئة التحكيم الحفاظ على الأدلة. ومع ذلك، إذا لم يتم إنشاء التحكيم أو كانت الأدلة تتعلق بأطراف ثالثة، تكون هناك حاجة إلى المساعدة القضائية من المحكمة. وتغطي هذه المساعدة المقدمة من المحكمة جميع أنواع الأدلة مثل الوثائقية والصور الفوتوغرافية والمغناطيسية[٠٣] (بشكل عام، المحكمة المختصة هي المحكمة في مكان التحكيم).

وفقًا للقانون الإنجليزي، تتمتع المحكمة بسلطة الحفاظ على الأدلة .يتضمن القانون النموذجي حكما مماثلا. [٤]

-حضور الشهود: بشكل عام، ليس لهيئة التحكيم صلاحية إلزام الشهود بالحضور .وبالتالي، هناك حاجة إلى المساعدة القضائية من المحاكم .وفقا للقانون الإنجليزي، تتمتع المحكمة بسلطة أخذ أدلة الشهود.[٥ ٠]يتضمن القانون النموذجي حكمًا مماثلاً[٦].

- الإفصاح المستندي: عندما يطلب أحد الأطراف، يكون لهيئة التحكيم صلاحية الأمر بالإفصاح المستندي من الطرف الآخر[٧]. ومع ذلك، إذا لم يكشف الطرف المطلوب منه أن وثيقة الوثيقة ذات الصلة كانت في حوزة طرف ثالث، فليس

(1) ibid,para 7.38.
(2) ibid
(3)Sutton and Gill,op cit p. para 7-135
(4) Model Law, art 27.
(5) English Arbitration Act, s. 44.
(6) Model Law, art 27.
(7) Redfern and Hunter, para 5.17.

لهيئة التحكيم سلطة إجباره[١]. وفي هذا السياق، قد تكون هناك حاجة إلى المساعدة القضائية من المحاكم.

-الحفاظ على الوضع الراهن: في بعض الأحيان، لا يكون التعويض النقدي علاجاً كافياً للأطراف .على سبيل المثال، قد يكون موضوع النزاع حول براءات الاختراع وقد يؤدي هذا النزاع إلى الإضرار بسمعة الشركات .وفي هذه الظروف، قد يكون الأداء المحدد للأطراف الأخرى هو أفضل علاج .وبالتالي، قد تكون هناك حاجة إلى المساعدة القضائية من المحاكم. [٢]

• في نهاية عملية التحكيم، تكون المساعدة القضائية من المحاكم ضرورية للاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها.

(1) ibid

(2) ibid, 7.46; also see; Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd [1993] AC 334.

المطلب الثانى
نطاق مبدأ الاستقلالية وتقييم الوضع الحالي للقيود على المبدأ والتنبؤ باتجاهات التطورفي المستقبل

تتم صياغة العقود الدولية في كثير من الأحيان بطريقة موحدة إلى حد ما، مع الاستفادة مما يسمى بالبنود النموذجية التي تهدف إلى تنظيم تفسير العقد وتنفيذه. وبالإضافة إلى ذلك، فهي تحتوي في كثير من الأحيان على شرط تحكيم يُحيل جميع النزاعات إلى التحكيم، وبالتالي يستبعد أي مشاركة للمحاكم الوطنية في النزاعات الناشئة عن العقد. ويُعد توحيد شروط العقد، بما في ذلك الإطار القانوني النموذجى وإحالة النزاعات إلى آلية حل خاصة، عناصر مهمة يبدو أنه يشير إلى النية لجعل العقد مكتفيا ذاتيا. ومن خلال تضمين تنظيم تفصيلي وشامل للعلاقة القانونية بين الأطراف، يهدف العقد إلى جعل القانون الوطني قابلاً للاستغناء عنه. إذا لم يكن القانون الوطني ذا صلة، وكان الأساس الوحيد لتنظيم العلاقة القانونية بين الأطراف هو العقد، يصبح من الممكن والمجدي توحيد شروط العقد حتى عندما يكون المقصود من العقود تنفيذها في مجموعة متنوعة من النظم القانونية، دون الحاجة إلى التكيف لهم إلى الإطار القانوني للمعاملة المحددة. ويتعزز الانطباع بالاكتفاء الذاتي من خلال استبعاد المحاكم الوطنية والإحالة إلى التحكيم بدلا من ذلك. يتم إنشاء دائرة مغلقة تسيطر عليها إرادة الأطراف: يتم تنظيم العلاقة من خلال شروط العقد المتفق عليها بين الأطراف، ويتم حل النزاعات من قبل هيئة خاصة يجب أن تتبع تعليمات الأطراف. قد تبدو المصادر الخارجية، بما في ذلك القانون الوطني، زائدة عن الحاجة.

وقد يبدو الاكتفاء الذاتي هدفا واقعيا ما دامت العلاقة القانونية داخل حدود الدائرة المغلقة .ويفترض هذا أن العلاقة القانونية في أي وقت تخضع للشروط والإطار القانوني المتفق عليه بين الطرفين. ولكن هناك حالات قد يثبت فيها خطأ هذا الافتراض: على سبيل المثال، إذا نشأ خلاف بين الطرفين، ولم يتفقوا حول ماهية الإطار القانوني (على الرغم من أنهم قد يكونون قد اتفقوا في الماضي، قبل

النزاع)؛ إذا تأثرت مصالح الأطراف الثالثة أو المصالح العامة، وتجاوزت القواعد أو السياسات الإلزامية اتفاق الأطراف؛ أو إذا كان من الممكن تفسير الشروط أو الإطار القانوني المتفق عليه بأكثر من طريقة أو تحتاج إلى تحديد من مصادر خارجية .في هذه الحالات، تنقطع الدائرة المغلقة ويصبح من الضروري اللجوء إلى مصادر خارجية .وإلى حد ما، يمكن التماس التوجيه في القواعد غير الوطنية وغير الرسمية التي قد تسمح بحل موحد وعبر وطني وبالتالي إعادة الدائرة المغلقة .عندما لا يتوفر مثل هذا التوجيه الموحد، مرة أخرى الدائرة المغلقة تمت مقاطعتها .عندما لا يمكن افتراض وجود دائرة مغلقة بالكامل، قد تكون استقلالية الأطراف مقيدة.

ومن ثم، لتقييم حدود استقلالية الطرف، سيكون من الضروري تحليل المواقف المذكورة أعلاه حيث قد يحدث تداخل مع الدائرة المغلقة. القسم ٢ يناقش بإيجاز إلى أي مدى قد يقاوم الإطار القانوني المنصوص عليه في العقد والذي يمكن تفعيله في التحكيم السيطرة والتدخل من قبل القانون الوطني. يناقش يناقش هذا المطلب إلى أي مدى يمكن تفسير شروط العقد بطريقة موحدة. كما يناقش إلى أي مدى يمكن للمصادر عبر الوطنية أن توفر إطارًا قانونيًا موحدًا قادرًا على استبدال القانون الوطني الحاكم. وأخيرا يبحث في مدى إمكانية أن يكون مبدأ التفسير الأمين لصياغة العقد مبدأً توجيهيًا لهيئات التحكيم.

الحدود الخارجية لاستقلالية الاطراف- مراقبة المحكمة :

تلبي الدائرة المغلقة الموصوفة أعلاه توقعات الأطراف المتعاقدة بالاكتفاء الذاتي طالما أن هيئة التحكيم تنفذ إرادة الأطراف على النحو المنصوص عليه في العقد ويمتثل الطرف الخاسر للحكم أو تنفذه المحاكم. تفشل الدائرة المغلقة عندما يصبح قرار التحكيم غير صالح أو غير قابل للتنفيذ نتيجة لتفعيل شروط العقد.

وكما هو معروف فإن التحكيم الدولي هو وسيلة بديلة لحل المنازعات التعاقدية بناء على إجماع الأطراف .إذا اتفق الطرفان على إحالة النزاعات بينهما إلى التحكيم، فسيتعين على المحاكم العادية رفض الاختصاص

القضائي في تلك النزاعات .الآلية الوحيدة الممكنة لحل النزاع هي أن يكون التحكيم الذي اختاره الطرفان .على العكس من ذلك، إذا لم يبرم الطرفان اتفاق تحكيم، فيجب حل النزاعات بينهما من قبل محكمة وطنية ذات اختصاص قضائي . وبعبارة أخرى، فإن هيئة التحكيم تبني وجودها على اتفاق الأطراف .علاوة على ذلك، يحدد الأطراف تشكيل هيئة التحكيم، والقواعد الإجرائية التي يجب عليها اتباعها، ونطاق اختصاص المحكمة وسلطتها .تلتزم هيئة التحكيم باتباع تعليمات الأطراف ;وإلا فإنه يتجاوز القوة التي يتمتع بها الطرفان الممنوحة له .وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها، فلا اختصاصها ولا حكمها يستند إلى اتفاق الأطراف، وبالتالي لا يوجد أساس قانوني لأي منهما .وتستند هذه العناصر الأساسية للتحكيم إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والتي صدقت عليها حوالي ١٥٠ دولة وتنعكس في معظم قوانين التحكيم الوطنية، وكذلك في قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عام ١٩٨٥، والمنقّح عام ٢٠٠٦، والذي تم اعتماده في حوالي ٦٠ دولة.

إن اعتماد التحكيم على إرادة الأطراف، وهو أمر معترف به بشكل موحد، هو عامل مهم يعزز الرأي القائل بأن (١) التحكيم مسألة خاصة بين الأطراف،(٢) هيئة التحكيم ملزمة باتباع تعليمات الأطراف، و (3) لا يجوز للمحاكم الوطنية أو قوانين االدول التدخل في إرادة الأطراف .ومن المؤكد أن هذا الرأي تؤكده ملاحظة أن الغالبية العظمى من قرارات التحكيم يتم الالتزام بها طوعًا من قبل الطرف الخاسر .يتفق الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم، ثم يقومون بإرشاد هيئة التحكيم فيما يتعلق بنطاق النزاع والقواعد الواجب تطبيقها وما إلى ذلك، ثم يعترف الطرف الخاسر بنتيجة التحكيم ويلتزم طوعًا بالحكم .في مثل هذه الحالات، يتم مجمل التحكيم في المجال الخاص للأطراف .لا توجد نقطة اتصال بين المحاكم الوطنية وهيئة التحكيم .وبالتالي، لن يكون هناك قاض وطني قد يقرر تجاوز عقد الأطراف أو توقعاتهم من خلال اعتبار اتفاق التحكيم غير صالح لأنها، على سبيل

المثال، تنتهك قانون المنافسة في الاتحاد الأوروبي(EU) ،[١] أو من خلال اعتبار العقد غير ملزم، على سبيل المثال، لأن أحد الأطراف لم يكن لديه قانون المنافسة الأهلية بموجب القانون الذي يخضع له.[٢] قد يقرر المحكمون أو لا يقررون تطبيق هذه القواعد، ولكن طالما أن الطرف الخاسر يقبل نتيجة التحكيم، فلن تكون هناك إمكانية للقاضي للتحقق من صحة قرار المحكم ..وبالتالي، في هذه الحالات، لا تكون حدود استقلالية الأطراف ذات صلة إلا بالقدر الذي يطلبه الأطراف من هيئة التحكيم، أو تختار بمحض إرادتها تطبيق قانون الدولة على النزاع.

عندما لا يمتثل الطرف الخاسر طوعًا لقرار التحكيم، ستتدخل المحاكم. وفي هذه الحالات، تنقطع الدائرة المغلقة وقد تصبح القيود المفروضة على استقلالية الطرف ذات صلة

يمنح الإطار الرسمي للتحكيم استقلالية نسبية، مما يعطي في الواقع مظهر نظام مستقل .القانون الرئيسي الذي يقوم عليه التحكيم هو اتفاقية نيويورك التي سبق ذكرها .تلزم الاتفاقية محاكم الدول الأطراف بالاعتراف باتفاقات التحكيم وبالتالي رفض الدعاوى التي تغطيها هذه الاتفاقيات، وكذلك الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها دون أي مراجعة لأسس الموضوع أو لتطبيق القانون .ولا توجد

---

(١) يعتبر انتهاك قانون المنافسة في الاتحاد الأوروبي، وفقًا لقرار مثير للجدل صادر عن محكمة العدل الأوروبية (ECJ)، بمثابة انتهاك للنظام العام وبالتالي يمنع تنفيذ قرار التحكيم بموجب اتفاقية نيويورك:

see Case C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV [1999] ECR I-3055.

(٢) إن قانون كل من الطرفين يحكم أهليته القانونية، بغض النظر تمامًا عن القانون الذي اختاره الطرفان ليحكم العقد، وهو ما تنظمه اتفاقية نيويورك وقانون الأونسيترال النموذجي، كما أكدته محكمة الاستئناف السويدية (سفيا Hovrätt) في دولة أوكرانيا ضد Norsk Hydro ASA، T 3108-06، ١٧ ديسمبر/كانون الأول ٢٠٠٧؛ انظر التقرير الشهري لمعهد التحكيم عبر الوطني (ITA)، مايو ٢٠٠٨، المجلد. السادس، لا. ٥

سوى قائمة مقيدة وشاملة للأسباب التي يمكن على أساسها رفض الاعتراف والتنفيذ .وهناك قانون مهم آخر هو قانون الأونسيترال النموذجي المذكور سابقا، والذي ساهم في تحقيق قدر كبير من المواءمة بين مجالات قانون التحكيم التي لا تغطيها اتفاقية نيويورك .ويستند قانون الأونسيترال النموذجي بدوره إلى نفس مبادئ اتفاقية نيويورك، مما يعني أن هذين القانونين معًا يخلقا إطارًا قانونيًا منسقًا للتحكيم .ويعطي كلا القانونين دورا مركزيا لإرادة الأطراف .إن سلطة هيئة التحكيم تستمد في الواقع من اتفاق الأطراف ;ولذلك فإن هيئة التحكيم ملزمة باتباع تعليمات الأطراف فيما يتعلق بنطاق النزاع والقانون المعمول به ووسائل الانتصاف المحتملة الممنوحة وما إلى ذلك.

كل هذا يؤكد إلى حد كبير فهم التحكيم كنظام مستقل، يعتمد على إرادة الأطراف ومنفصل عن القانون الوطني .ومع ذلك، تشير كل من اتفاقية نيويورك وقانون الأونسيترال النموذجي إلى تشريعات وطنية غير منسقة في عدد من الحالات، وبالتالي تقلل في عدد قليل من النواحي، ولكن بشكل كبير، انفصال التحكيم عن القوانين الوطنية .وبالتالي، يحدد القانون الوطني: ١- ما قد يخضع للتحكيم ٢- عندما يعتبر أن حكم التحكيم يتعارض مع النظام العام ;٣- المعايير التي بموجبها يكون اتفاق التحكيم ملزمًا للأطراف ;٤- القواعد الإجرائية الإلزامية المطبقة؛ و٥- متى يكون الحكم صحيحا. [1] في هذه المواقف، تنقطع الدائرة المغلقة.

(1) For a more extensive analysis see Luca Radicati di Brozolo, 'International arbitration and domestic law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features (Cambridge University Press 2013) ch 2. See also Giuditta Cordero-Moss, 'International arbitration is not only international' in Giuditta Cordero-Moss (ed), International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features (Cambridge University Press 2013) ch 1.

على سبيل المثال لا الحصر: تم تقديم عقد بين طرف نرويجي وطرف أوكراني من قبل الطرفين إلى القانون السويدي .وبعد نشوء نزاع وبدء التحكيم، أكد الطرف الأوكراني أنه غير ملزم بالعقد، لأنه قد وقع ممثلوه على العقد بطريقة لا تفي بالمتطلبات الرسمية للقانون الأوكراني .واختارت هيئة التحكيم اتباع القانون السويدي على النحو المنصوص عليه في العقد، واعتبرت أن العقد قد تم توقيعه بشكل صحيح وفقا للقانون السويدي وتجاهلت القانون الأوكراني باعتباره غير ذي صلة .التحكيم ولذلك أكملت المحكمة الدائرة المغلقة؛ ومع ذلك، تم إلغاء قرار التحكيم من قبل محاكم البلد الذي صدر فيه، أي السويد، لأن الأهلية القانونية للطرف لا تخضع للقانون الذي اختاره الطرفان في العقد، بل لقانون كل طرف من الطرفين[١] هنا، تم قطع الدائرة المغلقة وتقييد استقلالية الأطراف.

وفي مثال آخر، وجدت محكمة العدل الأوروبية (ECJ) أن قرار التحكيم سيكون باطلا وغير قابل للتنفيذ لانتهاك النظام العام، إذا كان ينفذ عقدًا لا يتوافق مع قانون المنافسة.[٢] هل كانت هيئة التحكيم مستعدة لـــ اتباع شروط العقد بالكامل، فلن يكون الحكم صحيحا أو قابلاً للتنفيذ؛ وهذا بالتالي يشكل قيدًا آخر على استقلالية الأطراف.

ومثال آخر هو القرار الذي اتخذته محكمة روسية برفض تنفيذ قرار التحكيم الذي أعطى مفعول اتفاق المساهمين في شركة روسية .وينظم الاتفاق حقوق الأطراف والتزاماتهم بطريقة لا تتوافق مع قانون الشركات الروسي،

(1) State of Ukraine v Norsk Hydro ASA (n 2). For a more extensive analysis, see Giuditta Cordero-Moss, 'Legal capacity, arbitration and private international law' in Katharina Boele-Woelki,see also , Daniel Girsberger, Talia Einhorn, Symeon Symeonides (eds), Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr (Eleven International Publishing 2010) 619-33.

(2) Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV (n 1).

ووجدت المحكمة أن إنفاذ قرار التحكيم كان من شأنه أن ينتهك النظام العام الروسى (١)

وبالتالي فإن الإطار المنسق للتحكيم يخضع للقانون الوطني في عدة جوانب مهمة، وقد يكون لهذا تأثير على إنفاذ اتفاقات التحكيم وقرارات التحكيم، الأمر الذي يحد بدوره من آثار استقلالية الأطراف. (٢)

شروط العقد تفسير مطلق وموحد :

مع الأخذ في الاعتبار الاستثناءات الواردة أعلاه ، يسمح الإطار الليبرالي للتحكيم بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها حتى لو كان قرار التحكيم يستند إلى تفسير خاطئ لعقد أو للأدلة، أو كان يهدف إلى تطبيق القانون المعمول به بشكل خاطئ أو تطبيق القواعد ولذلك، إذا كان قرار التحكيم ينفذ لائحة واردة في العقد، فمن المرجح أن يتم الاعتراف بها وتنفيذها على الرغم من أن العقد قد يتجاهل وينتهك القانون المعمول به .ولذلك يبدو أن التحكيم يسمح إلى حد كبير بالاعتماد على افتراض الدائرة المغلقة .ومع ذلك، فإن هذا لا يعني أن استقلالية الأطراف مطلقة. إن استقلالية الأطراف المطلقة، التي لا تتأثر بالعناصر الخارجية، تفترض أن شروط العقد لها معنى موحد يتدفق من الكلمات، وبالتالي يمكن تفسيرها

(1) Arbitral award on a shareholder agreement between, among others, OAO Telecominvest, Sonera Holding BV, Telia International AB, Avenue Ltd, Santel Ltd, Janao Properties Ltd and IPOC International Growth Fund Ltd, Federal Commercial Court of West Siberia, Decision of 31 December 2006.

(2) For a more extensive analysis of the matter, see Giuditta Cordero-Moss, International Commercial Contracts (Cambridge University Press 2014) ch 5. See also Giuditta Cordero Moss, 'International arbitration and the quest for the applicable law' (2008) 8(3) Global Jurist 1. A research project at the University of Oslo has analysed the limits that this may impose on party autonomy:

بالتوازي في جميع النصوص القانونية ..ومع ذلك، ليس من غير المألوف أن يتم فهم شروط العقد في ضوء الافتراضات والتأثيرات التي تأسست في العقد والإطار القانوني المعمول به .

حتى الكلمات البسيطة قد تكتسب معانٍ مختلفة، اعتمادًا على ثقافة المترجم وتقاليده .خذ تعبيرًا يبدو واضحًا بذاته مثل "ليالي الصيف ."إذا قرأها إيطالي، فسوف تخلق ارتباطًا بليلة مظلمة ودافئة، وسماء مليئة بالنجوم .إذا قرأها شخص نرويجي، فسوف يفعل ذلك يستحضر ليلة مشرقة وباردة، حيث تكون الشمس هي النجم الوحيد المرئي .وإذا تأثر معنى الكلمات العادية بالسياق، فإن شروط العقد تكون أكثر عرضة لذلك لأنها لا تشير إلى ظاهرة طبيعية، بل إلى الآثار القانونية التي تخلقها وتدعمها النظم القانونية، والتي بدورها تستخدم الكلمات باعتبارها أكثر الوسائل فعالية .ووسيلة هامة لإنشاء وتحديد تلك الآثار القانونية .ومن ثم يصبح من الأصعب فصل الآثار القانونية عن الكلمات المستخدمة للتعبير عنها . في هذه الحالة، قد يكون من الوهم توقع أن شروط العقد لها معنى مطلق، مستقل تمامًا عن أي إطار قانوني أو تقليد قانوني.

قد تختلف النظم القانونية الوطنية عن بعضها البعض في العديد من النواحي ذات الصلة بالعقد، حتى عندما تنتمي الأنظمة إلى نفس التقليد القانوني أو ما يسمى بالأسرة القانونية .وستكون الاختلافات القانونية أكبر عبر العائلات القانونية، كما هو الحال بين القانون الأنجلو أمريكى وأنظمة القانون اللاتينى . تميل أبحاث القانون المقارن الحديثة إلى اعتبار هذا الانقسام مبالغًا فيه ويتم التغلب عليه إلى حد كبير من خلال جوهر مشترك لقانون العقود الأوروبي .وفي مكان آخر، أزعم أن الجوهر المشترك يكشف عن تزامن معين بين الأنظمة على المستوى المجرد، لكنه لا يؤدي بالضرورة إلى حلول منسقة على مستوى محدد.[1] قد يظهر الوعي حول الجوهر المشترك أنه يمكن الاعتراف بمبدأ معين

(1)Giuditta Cordero-Moss , Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law (Cambridge

وقبوله .ومن الممكن تحقيق نتيجة معينة في عدد وافر من النظم القانونية، ولو باستخدام تقنيات قانونية مختلفة .ومع ذلك، في حالة معينة، فإن الأسلوب القانوني المحدد المستخدم في العقد هو الذي يهم، وليس الإمكانية المجردة لتحقيق النتيجة المرجوة، ولو كان ذلك صحيحا قانونيا تم اعتماد التقنية.

١ . شرط القوة القاهرة

من الأمثلة على شروط العقد التي قد يكون لها آثار قانونية مختلفة اعتمادًا على الإطار القانوني، ما يسمى بشرط القوة القاهرة .يهدف هذا البند إلى إعفاء أي طرف من عدم أداء التزامه، إذا تم منع الوفاء بسبب حدث خارج عن سيطرة ذلك الطرف، وغير متوقع ولا يمكن التغلب عليه بشكل معقول .أحد الأسئلة هو كيف سيتم تفسير شرط "الخروج عن السيطرة ."وقد يتأثر التفسير بفهم النظام القانوني للافتراضات المتعلقة بالمسؤولية.

ومن الأمثلة على هذا الوضع عدم قدرة المنتج على الوفاء بالتزاماته لأنه لم يتلق المواد الخام من مورده .والسؤال هو ما إذا كان فشل مورد الطرف يمكن اعتباره حدثًا يقع خارج نطاق سيطرة ذلك الطرف .للإجابة على هذا السؤال، من الضروري أن نفهم الغرض من شرط القوة القاهرة.

قد تكون هناك عدة أهداف للائحة بشأن الإعفاء من المسؤولية عن عدم التنفيذ. وفي بعض النظم القانونية، يكون الهدف هو توزيع المخاطر بين الأطراف الناجمة عن الأحداث غير المتوقعة، بحيث يكون أحد الطرفين أقرب إلى تحمل ذلك الخطر المعين. ويفترض هذا النهج المسؤولية الموضوعية التي تنشأ بغض النظر عن سلوك الطرف الذي مُنع من أداء التزاماته.

University Press 2011).p65 This book is based on a research project that the author ran at the University of Oslo from 2004 to 2009, and shows that the same contract wording may lead to diametrically different legal effects, depending on the governing law. See particularly part 3 of the book, as well as its conclusion and ch 3

ووفقاً لنهج بديل، لا ينبغي لأي طرف أن يتحمل مخاطر الأحداث غير المتوقعة، طالما أن هذا الطرف قد تصرف بجد ولا يمكن إلقاء اللوم عليه في حدوث العائق – حتى لو كان هذا الطرف في التوزيع الموضوعي للمخاطر .أقرب إلى تحمل مثل هذه المخاطر.

إن الأنظمة القانونية التي تتبع معايير المسؤولية الصارمة وتوزيع المخاطر بين الأطراف وفقًا لمجالات السيطرة الخاصة بكل منها، ستعتبر اختيار المورد حدثًا يقع ضمن نطاق سيطرة البائع .ومن المؤكد أن هذا العائق لن يقع ضمن نطاق المشتري، وبما أنه يجب توزيع جميع المخاطر بين الطرفين، فإنه يترتب على ذلك أنه يجب أن يقع ضمن نطاق البائع .إن كون المنتج كان مجتهدًا في اختيار مورده ولا يمكن إلقاء اللوم عليه في فشل المورد في التسليم ليس له صلة.

وهذا هو النهج الذي يتبعه القانون الإنجليزي.[1] إلا أن القانون الألماني له نهج مختلف. وفقًا للمادة ٢٧٦ من القانون المدني الألماني (Bürgerliches Gesetzbuch; BGB)، إذا كان الطرف المحظور هو المسؤول عن العائق أو عواقبه، فلا يمكن إعفاؤه من المسؤولية. أما إذا استطاع الطرف الذى لم ينفذ أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ فإنه يعفى من المسؤولية. إذا كان البائع قد بذل العناية في اختيار المورد، فلن يعتبر مسؤولاً عن عدم الأداء بسبب فشل المورد

يمكن تفسير التمييز بين القانون الأنجلو أمريكى والقانون اللاتينى في سياق المسؤولية عن عدم التنفيذ[2] بميل النظام الإنجليزي إلى تفضيل إمكانية التنبؤ من أجل ضمان تنفيذ الأعمال بسلاسة، بدلاً من ضمان الوصول إلى عدالة

(1) Edwin Peel, Treitel's Law of Contract (13th edn, Sweet & Maxwell 2011) para 17064.

(2) For a more extensive discussion and references, see Giuditta Cordero-Moss , op cit ch 3

منصفة في حالة معينة. يوزع القانون الانجلو أمريكى مخاطر عدم التنفيذ بين الأطراف وفقًا للمكان الأقرب إلى توقع تحمل المخاطر. ولا ينبغي لنا أن نتغلب على هذه القاعدة الموضوعية بمعايير ذاتية مثل عدم الإهمال، لأنها من شأنها أن تجعل النظام أقل قابلية للتنبؤ به. تمنح أنظمة القانون اللاتينى امتيازًا (بدرجات مختلفة) للعناصر الذاتية لقضية معينة، من أجل ضمان التوصل إلى حل عادل. وبالتالي، فإن تفسير شرط القوة القاهرة ليس مطلقًا وموحدًا، ولكنه يعتمد على القانون الحاكم..

٢ . شرط الاتفاق بأكمله

مثال آخر على شروط العقد التي يمكن تفسيرها بشكل مختلف اعتمادًا على الإطار القانوني، هو ما يسمى بشرط الاتفاق الكامل يعد هذا شرطا متكررًا في ممارسة العقد، وينص على أن الوثيقة الموقعة من قبل الأطراف تحتوي على الاتفاقية بأكملها ولا يجوز استكمالها بدليل على البيانات أو الاتفاقيات السابقة.

الغرض من بند الاتفاق بأكمله هو عزل العقد عن أي مصدر أو عنصر قد يكون خارج الوثيقة. ويتم التأكيد على هذا أيضًا في كثير من الأحيان من خلال الإشارة إلى الزوايا الأربع للوثيقة باعتبارها الحد الفاصل لتفسير العقد أو بنائه. وبالتالي فإن هدف الأطراف هو استبعاد دمج العقد بشروط أو التزامات لا تظهر في الوثيقة.

ويحق للأطراف بالطبع تنظيم مصالحها وتحديد مصادر تنظيمها. ومع ذلك، تنص العديد من الأنظمة القانونية على التزامات ثانوية مستمدة من نوع العقد، (١)أو من مبدأ عام لحسن النية[٢] أو من مبدأ يمنع إساءة استخدام الحقوق.[٣] وهذا يعني أنه يجب دائمًا فهم العقد، وليس فقط على أنه أساس. الالتزامات المنصوص عليها فيه، ولكن أيضًا بالاشتراك مع عناصر القانون المعمول به التي تدمجها. وبالتالي، فإن العقد قد يكون له محتوى مختلف اعتمادًا على القانون الحاكم: يهدف شرط الاتفاق بأكمله إلى تجنب عدم اليقين هذا عن طريق منع إمكانية استدعاء عناصر خارجية. يخلق شرط الاتفاق بأكمله انطباعًا بشمولية الالتزامات المكتوبة.

ومع ذلك، فإن هذا مجرد وهم: أولا وقبل كل شيء، فإن الالتزامات الإضافية الناشئة عن تطبيق القانون قد لا يستبعدها العقد في كثير من الأحيان.[٤] علاوة

(1) For France, see Xavier Lagarde, David Méheut and Jean-Michel Reversac, 'The Romanistic tradition: application of boilerplate clauses under French law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses (n 8) ch 9 (section 2); for Italy, see Article 1347 of the Civil Code and Giogio De Nova, 'The Romanistic tradition: application of boilerplate clauses under Italian law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses (n 8) ch 10 (section 1), as well as the general considerations on Article 1135 of the Civil Code in De Nova (ibid) section 1; for Denmark, see Peter Møgelvang-Hansen, 'The Nordic tradition: application of boilerplate clauses under Danish law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses (n 8) ch 11 (section 1).

(2) See the general principle on good faith in the performance of contracts in §242 of the German BGB. See Gerhard Dannemann, 'Common law-based contracts under German law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses (n 8) ch 4 (sections 3.2 and 3.3) for examples of its application by the courts.

(3) For Russia, see Ivan S. Zykin, 'The East European tradition: application of boilerplate clauses under Russian law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses (n 8) ch 16 (section 1)

(4) See, for France and Italy, footnote 11 above. For Finnish law, see Gustaf Möller, 'The Nordic tradition: application of boilerplate

على ذلك، تسمح بعض الأنظمة القانونية بتقديم دليل على أن اتفاق الأطراف ينشئ التزامات تختلف عن تلك الالتزامات. الواردة في العقد.[١] علاوة على ذلك، تسمح العديد من الأنظمة القانونية اللاتينية علنًا باستخدام مواد ما قبل التعاقد لتفسير الشروط المكتوبة في العقد.[٢] أخيرًا، قد يُنظر إلى الالتزام الصارم بصياغة الشرط، في بعض الظروف، على أنه غير مرضي حتى في ظل القانون الإنجليزي، على الرغم من أسلوب التفسير الشكلي الذي قد يستخدمه القانون الإنجليزي فيما

clauses under Finnish law' in Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses (n 8) ch 12 (section 2.1).

(1) For Germany, see §309 No. 12 of the BGB, prohibiting clauses which shift the burden of proof to the disadvantage of the other party; see too Ulrich Magnus, 'The Germanic tradition: application of boilerplate clauses under German law' in Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses (n 8) ch 8 (section 5.1.1.1). Italy, on the contrary, does not allow oral evidence that contradicts a written agreement, see De Nova (n 11) ch 10 (section 1).

(2) In addition to Germany (see previous footnote), for France see Lagarde, Méheut and Reversac op cit ch 9 (section 2); for Italy see De Nova op cit ch 10 (section 4); for Denmark, Møgelvang-Hansen (n 11) ch 11 (section 2.1); for Norway, Viggo Hagstrøm, 'The Nordic tradition: application of boilerplate clauses under Norwegian law' in Cordero-Moss(ed), Boilerplate clauses op cit ch 13 (section 3.1); for Russia, Zykin (n 13) ch 16 (section 2.1). The situation seems to be more uncertain in Sweden, see Lars Gorton, 'The Nordic tradition: application of boilerplate clauses under Swedish law' in Cordero-Moss (ed), Boilerplate clauses op cit ch 14 (section 5.2.4.3); and Finland is more restrictive, see Möller op cit section 2.1.

يتعلق ببنود أخرى.[1] وبالتالي فإن تأثير الشرط لا ينبع من كلماته البسيطة، ولكنه نتيجة لمجموعة من البنود والقانون الحاكم.

هيئات التحكيم موالية لنوايا الأطراف :

لقد رأينا أعلاه أن هيئة التحكيم قد تتجاهل، إلى حد كبير (ولكن ليس غير محدود)، القانون الحاكم دون عواقب على صحة القرار وقابليته للتنفيذ؛ لقد رأينا أيضًا أن هذا ليس إجابة كافية لسؤال كيفية تفسير شروط العقد عندما لا تكون واضحة بذاتها؛ وقد رأينا أيضًا أنه ليس من الممكن دائمًا العثور على معيار موحد للترجمة الفورية في مصادر الترجمة. والمبدأ الذي كثيرا ما يتم الاستناد إليه في هذه الظروف هو أن هيئة التحكيم عليها واجب أن تكون موالية لإرادة الأطراف. هل هذا يعطي مبادئ توجيهية كافية؟ من المؤكد أن هيئة التحكيم قد لا تميل إلى السماح بتجاوز شروط العقد من خلال شكليات النظم القانونية الوطنية المختلفة، ولكن هذا لا يعطي إجابة على السؤال المتعلق بكيفية تفسير شروط العقد.

يمكننا أن نفترض اتفاقية قرض طويلة الأجل مع شرط الإنهاء المبكر الذي يسمح بالإنهاء الفوري للعقد وبالتالي السداد الفوري لكامل أصل المبلغ عند الإخلال بالالتزامات الواردة في بند معين .يسمح التفسير الحرفي لشرط الإنهاء المبكر بالإنهاء حتى عندما يكون الانتهاك غير مهم – على سبيل المثال، عندما يقدم المقترض بياناته المالية إلى المُقرض مع تأخير لمدة يوم واحد . [2] قد لا يكون للانتهاك أي عواقب على الجدارة الائتمانية للمقترض، أو قدرته على سداد القرض، أو على قدرة المُقرض على التحقق من هذه الأمور .قد يكون السبب الحقيقي وراء قيام المُقرض بإنهاء القرض هو أن أسعار الفائدة قد زادت منذ

(1) See Edwin Peel, 'The Common law tradition: application of boilerplate clauses under English law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses op cit ch 7 (section 2.1)

(٢) إن التزام المقترض بتقديم بياناته المالية أمر شائع في اتفاقيات القروض ويوجد عمومًا في قسم ما يسمى بالتعهدات. والمقصود منه هو تمكين المقرض من التحكم في استمرار الجدارة الائتمانية للمقترض.

وقت التوقيع على القرض، وأن المُقرض سعى إلى استخدام التهديد بالإنهاء المبكر كوسيلة ضغط فعالة للتفاوض على سعر فائدة أعلى .وهذا لن يكون ذا صلة بالتفسير الحرفي: فالشرط سيُعتبر منطبقًا بغض النظر عن الأسباب الحقيقية التي تم الاحتجاج بها.

يأخذ التفسير الهادف للبند في الاعتبار الغرض من البند ويحاول تقييم ما إذا كان يمكن اعتبار الموقف المعين مندرجًا ضمن نطاق البند. وقد يؤدي ذلك إلى اعتبار الشرط غير قابل للتطبيق في الحالة التي لا تتوافق فيها الأسباب التي تم الاستناد إليها مع غرض الشرط. والأصح لنية الأطراف: التنفيذ الحرفي للشروط الذي قد يجيز التخمين. أو السلوك المسيء، أو تكامل البنود مع اعتبارات الغرض التجاري وحسن النية والأعراف التجارية؟ يبدو أنه لا توجد إجابة مطلقة على السؤال حول أي تفسير يلبي توقعات الأطراف بشكل أفضل: التفسير الحرفي الدقيق لشروط العقد، أو تكامل العقد مع مبادئ حسن النية والحس التجاري المستند إلى القانون، الأعراف التجارية أو المبادئ العابرة للحدود الوطنية أو المصادر الأخرى. فالأول من شأنه أن يعكس توقعات الأطراف بشكل أفضل، على افتراض أن الأطراف كانوا يعتزمون عن وعي تحقيق تأثيرات قانونية محددة مع كل كلمة كتبوها في العقد. لكن هذا لا يعكس حقيقة كيفية صياغة العقود والتفاوض بشأنها، كما هو موضح أدناه.

ديناميكية صياغة العقود :

غالبًا ما تتضمن ديناميكيات صياغة العقود إدراج بعض البنود في العقد دون إعطاء الأطراف أي اعتبار خاص لمحتواها أو آثارها بموجب القانون المعمول به.[1] قد تكون هذه الممارسة مفاجئة، بالنظر إلى أهمية القانون الحاكم

(1) See generally eg David Echenberg, 'Negotiating international contracts: does the process invite a review of standard contracts from the point of view of national legal requirements?' in Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses (n 8) ch 1

للتطبيق وحتى فعالية شروط العقد، كما رأينا أعلاه .ومع ذلك، فإن ممارسة التفاوض بشأن الصياغة التفصيلية دون النظر إلى القانون الحاكم، أو حتى إدراج شروط العقد دون التفاوض بشأنها، ليست بالضرورة ممارسة غير معقولة دائمًا . من وجهة نظر قانونية بحتة، لا يبدو هذا منطقيا، ولكن من المنظور الاقتصادي العام، فهو أكثر قابلية للفهم .إن الفجوة بين اعتماد الأطراف على الاكتفاء الذاتي للعقد والآثار القانونية الفعلية للعقد بموجب القانون الحاكم لا تنبع بالضرورة من عدم وعي الأطراف بالإطار القانوني المحيط بالعقد .بتعبير أدق: قد يكون الطرفان في كثير من الأحيان مدركين لحقيقة أنهم غير واعين للإطار القانوني للعقد .إن إمكانية تفسير صياغة العقد وتطبيقها بشكل مختلف عما يوحي به التطبيق الحرفي، قد تكون مقبولة من قبل بعض الأطراف باعتبارها مخاطرة محسوبة.[١]

تعد الاعتبارات المتعلقة بالتنظيم الداخلي للأطراف أيضًا جزءًا من تقييم المخاطر. في الشركات الكبيرة المتعددة الجنسيات، قد تتطلب إدارة المخاطر توحيدًا معينًا، والذي بدوره يمنع درجة عالية من المرونة في صياغة العقود الفردية. وفي الموازنة بين المصالح المتضاربة المتمثلة في ضمان التوحيد القياسي الداخلي والسماح بالتكيف المحلي، قد تفضل المنظمات الكبيرة تعزيز الأول.[٢] وبعبارة أخرى، ليس بالضرورة نتيجة عدم التفكير إذا تمت صياغة العقد دون مراعاة القانون الحاكم. كما أنها لا تمثل علامة على رفض تطبيق القوانين الوطنية. وهو نتيجة لتقييم التكلفة والعائد، مما يؤدي إلى قبول المخاطر القانونية المحسوبة. إن الطرف المتطور، الذي يدرك الآثار المترتبة على اعتماد نماذج العقود التي لا يتم تعديلها وفقًا للقانون الحاكم ويقوم بتقييم المخاطر المرتبطة بوعي، سيحدد الشروط الأكثر أهمية، ويركز مفاوضاته عليها، ويترك البنود

(1) See more extensively ibid

(2) See more extensively, Maria Celeste Vettese, 'Multinational companies and national contracts' in Cordero-Moss op cit, Boilerplate Clauses ch 2.

الأخرى دون مساس ويقبلها. الخطر المقابل. يفترض التفسير الأمين للعقد فهمًا لهذا النهج غير المتكافئ في صياغة العقد.

الحاجة إلى القدرة على التنبؤ:

في حين أن صياغة العقود قد تكون متفاوتة، فإن القدرة على التنبؤ مهمة للغاية في العقود التجارية .تهتم الأطراف بإنفاذ حقوقها، ولهذا الغرض تعتمد على واحد أو أكثر من الأنظمة القانونية الوطنية ومحاكمها .بمجرد الانتهاء من العقد، تهتم الأطراف بقابليته للتنفيذ وإمكانية التنبؤ بالمعايير التي يمكن بموجبها تحقيق التنفيذ. [1] يقوم محامو التقاضي بتحليل العقد المحدد وآثاره بعناية بموجب القانون الحاكم، ويحاولون التقييم بدقة .قدر الإمكان إمكانية الفوز بقضية في المحكمة أو في التحكيم على أساس صياغة العقد والقانون المعمول به ودرجة الخلفية الوقائعية التي يسمح القانون الحاكم بإدخالها في النزاع .وبالتالي، فمن ناحية، ربما تجاهل المحامون الصا ئغون، أثناء التفاوض على العقد، عن طيب خاطر الآثار القانونية لبعض البنود .من ناحية أخرى، محامو التقاضي، في حين تقييم قابلية إنفاذ نفس العقد، ودراسة آثاره القانونية بعناية بموجب القانون الحاكم .وبناءً على ذلك، يجب أن تؤخذ درجات الوعي المتفاوتة أثناء المفاوضات في الاعتبار في ضوء الحاجة إلى القدرة على التنبؤ بمجرد نشوء النزاع.

علاوة على ذلك، غالبًا ما يكون المقصود من العقود أن يتم تداولها، على سبيل المثال، لأنها يتم إسنادها إلى أطراف ثالثة، أو يتم استخدامها كضمان أو بمثابة أساس لحساب أقساط التأمين. في هذه الحالات، من الضروري أن يتم تفسير العقود بشكل صارم وفقًا لشروطها: الأطراف الثالثة ليست على علم ولا

(1) see the survey by the School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration 13; available via: . See also the survey published by the Law Society of England and Wales, Firms' Cross-Border Work, December 2010, 8. For further references, see Celeste Vettese (n 37) section 1

ينبغي افتراض أنها تأخذ في الاعتبار العلاقة بين الأطراف الأصلية في العقد، وما قد تكون الأطراف الأصلية قد افترضته. أو مقصودة، أو أي ظروف تتعلق بالأطراف الأصلية والتي قد يكون لها تأثير على مصالح هذه الأطراف. ولذلك، فمن المتوقع أن يتم تفسير العقد في المقام الأول، إن لم يكن حصرا، في ضوء شروطه – دون النظر إلى أشياء مثل ما هو التوازن العادل بين مصالح الأطراف أو ما يمكن أن تكون عليه توقعات أحد الأطراف .

القانون الواجب التطبيق :

من المتوقع أن تفهم هيئة التحكيم ديناميكيات المفاوضات من أجل تفعيل نوايا الأطراف بشكل صحيح .التطبيق اللأعمى لصيغة العقد دون أي اعتبار لمبادئ القانون الحاكم أو إلى أى حد هو قابل للتحديد والتطبيق، بموجب القانون الوطني، ولا تعكس بالضرورة النية الحقيقية للأطراف إذا كان الشرط الذي يتم تطبيقه حرفيًا هو أحد البنود النموذجية التي لم يأخذها الطرفان في الاعتبار .ومع ذلك، فإن دمج أو تصحيح بند ما مع المبادئ الوطنية أو العابرة للحدود الوطنية قد لا يعكس بالضرورة نية الأطراف أيضا، إذا كان البند الذي يتم تفسيره هو أحد البنود التي تفاوض عليها الطرفان بعناية .ومع ذلك، فإن ترك سلطة تقديرية واسعة للمترجم الفوري ينطوي على خطر تقويض القدرة على التنبؤ، إذا لم تكن معايير ممارسة هذه السلطة التقديرية قابلة للتحديد بشكل واضح.

وكما رأينا أعلاه، ينبغي لتفسير العقد أن يأخذ في الاعتبار الحاجة إلى القدرة على التنبؤ. إن تجاوز شروط العقد باسم مبادئ حسن النية أو الإنصاف سيؤدي بالتالي إلى نتائج لا تتوافق مع توقعات الممارسات التجارية الدولية، إذا لم تكن المعايير المطبقة قابلة للتحديد بوضوح. ومن خلال النظرة العامة الواردة أعلاه، يبدو أن معيار حسن النية لا يمكن تحديده بدرجة كافية على المستوى عبر الوطني. ولذلك قد يكون من المستحسن أن تأخذ في الاعتبار المعايير الموضوعة في القانون المعمول به.

مجموعة متنوعة من الاتجاهات :

لا توجد إجابة موحدة على سؤال ما هو التفسير الأكثر إخلاصا لنوايا الأطراف. ناقشت ندوة نظمت في جامعة أوسلو عام ٢٠١١[١] منهج المحكمين في تفسير العقود وحددت مناهج متنوعة.[٢]

لا يتم بالضرورة تطبيق العقود دائمًا بما يتفق بدقة مع شروطها .هناك درجات مختلفة من التداخل كما تختلف مصادر التداخل بشكل كبير .هناك نطاق ينتقل من التطبيق الصارم للقانون الحاكم إلى دمج العقد، من خلال تفسير شروط العقد في سياق مبادئ القانون غير الملزم العابر للحدود الوطنية مثل UPICC و) PECLوالتي تعتمد بشكل كبير على مبدأ حسن النية وقد تؤدي إلى احتمال كبير للتدخل في لغة العقد تفسير العقد على أساس شروطه الخاصة جنبًا إلى جنب مع مصالح الأطراف والأعراف التجارية، وتفسير العقد فقط على أساس شروطه الخاصة .وهناك أيضًا منهج آخر لتفسير العقد، وهو ما يندرج تحت عنوان "تقسيم المولود ."يتكون هذا النهج السليماني من إصدار حكم التحكيم في النطاق المتوسط بين مطالبات كل طرف .وهذا لا يستند بالضرورة إلى اعتبار حرفي لشروط العقد أو إلى تكامل العقد مع مصادر أخرى، ولكن ببساطة على الرغبة في التوفيق بين مصالح الطرفين.[٣] ومن المثير للاهتمام أنه لا يبدو أن هناك تصور موحد لتردد هذا النهج .تظهر دراسة تجريبية حديثة أن أطراف

(1) The programme for the seminar, the list of panel participants and the transcript from the panel discussions are available at <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/choice-oflaw/events/2011/2011-arbitration

(2) See Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses op citch 3 (section 7). See also Giuditta Cordero-Moss, 'Interpretation of Contracts in International Commercial Arbitration: Diversity on More than One Level'

(3) This appears in the 2012 Survey of the School of International Arbitration of Queen Mary, University of London op cit section 7.

التحكيم يرون أنهم حصلوا على حكم في ١٨-٢٠% من الحالات، في حين يرى المحكمون أنهم يتخذون هذا النوع من القرار العادل في ٥% فقط من الحالات[١] يضيف متغيرا جديدا لمعادلة تفسير العقود .ليس فقط أنه من غير المؤكد ما إذا كان المحكمون سوف يفسرون العقد حرفيا، أو ما إذا كانوا سيستخدمون مصادر القانون أو ما إذا كانوا سيطبقون مبادئ عبر وطنية لإعطاء تفسير أكثر هدفا؛ ومن الممكن أيضًا أن يتأثر القرار باعتبارات عادلة لا تستند إلى العقد أو إلى مصادر قانونية أخرى.

تقييم الوضع الحالي والتنبؤ باتجاهات التطور في المستقبل :

كما تم تناوله سابقا، فإن مبدأ استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي يجب أن يواجه العديد من القيود التي تفرضها عوامل مختلفة. وفي السياق الحديث، هل هذه القيود جيدة أم سيئة لتطوير التجارة الدولية وكذلك التحكيم التجاري الدولي؟ فهل سيتم الحفاظ على استقلالية الأطراف أم سيتم تقييدها أكثر في المستقبل؟ وسيتناول هذا الجزء الأخير من الدراسة هذه الأسئلة. تقييم الجانب الجيد والجانب السيئ للقيود الحالية على مبدأ استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي

كما يقولون في كثير من الأحيان "كل عملة لها وجهان"، فإن هذه المسألة ليست استثناءً. إن القيود المفروضة على مبدأ استقلالية الأطراف قد تكون سيئة من ناحية ولكنها جيدة من ناحية أخرى. ومن أجل التنبؤ بالاتجاه المتطور للوضع الحالي في المستقبل، من الضروري النظر في جانبي هذه القيود. سيتعامل هذا الجزء على التوالي مع أسباب مكافحة التقييد والمؤيدة للتقييد.

مكافحة القيود: القيود سيئة لتطوير التحكيم التجاري الدولي :

ويعتبر تقديم القانون النموذجي بمثابة جهد كبير بذلته الأونسيترال لتحقيق "التأثير الأساسي" لمبدأ استقلالية الأطراف. [٢] إلا أن هذا الجهد لم يصل إلى أكبر

(1) 2 Ibid 38.
(2) Lew, Mistelis and Kroll op cit para2-39

نجاح له حيث أن المبدأ لا يزال يواجه بعض القيود في العديد من مراحل إجراءات التحكيم. ولذلك ليس من الخطأ أن نحدد أن هذه القيود سيئة وأنها تحول دون تطور التحكيم التجاري الدولي. وسنيشير إلى بعض أسباب هذا التقييم.

أولا، بما أن استقلالية الأطراف هي حجر الأساس في التحكيم، فإن الحد منها يحد من انتشار التحكيم. يقترح أحد المؤلفين ما يلي: "عندما نتصور التحكيم التجاري الدولي كدراما، فإن مبدأ استقلالية الأطراف هو مخرج هذه الدراما" [١]. وبحسب هذا التعليق فإن الدراما لا يمكن أن تكون مثيرة وجذابة إذا كانت قدرة المخرج محدودة. لا يستطيع اختيار الممثلين والممثلات الذين يريدهم، وبالتالي فهو غير قادر على إنشاء مسرحية جيدة. وبالمثل، لا يمكن للتحكيم أن يحقق أفضل نتيجة إذا كانت قدرة الأطراف على تحديد سير التحكيم مقيدة.

ثانيا، أدت هذه القيود إلى زيادة تدخل المحكمة الوطنية في إجراءات التحكيم وقلصت من استقلال التحكيم. وفي فجر التحكيم كانت هيئة التحكيم تتمتع بالصلاحية الكاملة للبت في القضايا التي تعرض عليها. ومع مبدأ "لقد رتبت سريرك لذا عليك الاستلقاء عليه" [٢] قبلت أطراف التحكيم طوعًا أثر قرار التحكيم ولم يكن بوسع المحكمة التدخل في أي مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم. ومع ذلك، في العصر الحديث، تريد كل دولة السيطرة على التحكيم من خلال تدخل المحكمة. ولا تُمنح هيئة التحكيم سلطة ممارسة التدابير المؤقتة التي تنتمي إلى الولاية القضائية الحصرية للمحكمة الوطنية. أصبح التحكيم يعتمد أكثر فأكثر على المحكمة ولا يمكنه التعامل مع القضية بمفرده من البداية وحتى نهاية الإجراءات. في ظل القيود الحالية، لن يتمكن التحكيم من الخروج من ظل المحكمة ولا يمكن أن يتطور بشكل مستقل.

ثالثا: يتم اختيار التحكيم كوسيلة مفضلة لتسوية المنازعات نظرا لمرونته التي يمنحها مبدأ استقلالية الأطراف. علاوة على ذلك، يمنح هذا المبدأ أيضًا الأطراف

(1)Dursun op cit p.184
(2) Christie op cit p. 144.

الحق في الحفاظ على سرية نزاعهما وكذلك حله. كل هذه الميزات تجذب الشركات والتجار لاختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاعات. ومع ذلك، فإن الوضع الحالي قد يدفعهم إلى إعادة النظر في هذه الفكرة. فمن ناحية، ستفقد القدرة على التنبؤ بالتحكيم الذي تفاوضت عليه الأطراف واختارته طوعا. (١) ومن ناحية أخرى، فإن عدم اتباع المحكمين لاختيار الأطراف (من خلال تطبيق القواعد الإلزامية) سيجعل الأطراف يفقدون إيمانهم بالتحكيم (٢) وفي السياق الحديث، كيف يمكن للتحكيم أن يستمر بدون تلك الثقة؟

لهذه الأسباب نرى أن القيود الحالية على مبدأ استقلالية الأطراف قد تبطئ تطور التجارة الدولية بشكل عام والتحكيم التجاري الدولي بشكل خاص. لكن من ناحية أخرى هل ستصبح هذه القيود مشجعة للنهوض بالتحكيم؟ الجزء القادم سيجيب على هذا السؤال.

المؤيدون للتقييد: القيود مفيدة لتطوير التحكيم التجاري الدولي :

وإلى حد ما، فإن القيود المفروضة على مبدأ استقلالية الأطراف ليست سيئة كما يتصور البعض عادة .ومن وجهة نظر إيجابية، فإن تدخل المحكمة وتطبيق القواعد الإلزامية لهما آثار جيدة إلى حد ما .النقطة الأولى هي: على الرغم من أن التحكيم هو وسيلة خاصة لتسوية المنازعات، إلا أنه ليس هيئة تنفيذية ذاتية وعليه أن يسعى للحصول على الدعم من المحكمة الوطنية في كل مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم من أجل ضمان فعاليته(٣) في الواقع، لا يمكن للتحكيم أن ينتهي بنتيجة جيدة دون مساعدة المحكمة .وتعتبر هذه المساعدة بمثابة دعم وليس تدخلاً للسيطرة .علاوة على ذلك، بموجب قانون التحكيم الحديث في كل

(1) Shackelford op cit p. 901
(2) ibid
(3) Marful-Sau S, 'Can International Commercial Arbitration Be Effecti e Without National Court? A Perspective of Court Involvement in International Commercial Arbitration 2014 p.11

دولة تقريبًا في الوقت الحاضر، لا يُسمح للمحكمة بالتدخل في المسائل الموضوعية للنزاع الذي يتم حله عن طريق التحكيم .قرارات المحكمة في أي مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم تتعلق فقط بالمسائل الإجرائية .لذلك، سيكون من السلبي للغاية القول بأن المحكمة تتدخل وتسيطر على التحكيم .تفي المحاكم الوطنية فقط بمسؤوليتها في دعم التحكيم وجعل التحكيم بديلاً فعالاً لها .وبعبارة أخرى، فإن الدعم المقدم من المحكمة الوطنية يجعل التحكيم أكثر وضوحا وأكثر قانونية وأكثر كفاءة.

إلى جانب ذلك، فإن تدخل المحكمة وتطبيق القواعد الإلزامية يضمن توافق حرية اختيار الأطراف مع القانون وحماية الطرف الأضعف ومنع الأنشطة التجارية غير المشروعة. والحكم الصادر في قضية سليماني ضد سليماني[1] دليل على هذا التعليق. التهريب غير قانوني بموجب القانون التجاري لكل دولة. سيكون ضارًا بتنمية التجارة الدولية والمحلية. وبالتالي، فإن المحكمة الإنجليزية، بتجاهلها حكم بيث دين، تكون قد خلقت سابقة جيدة وساهمت في منع تكرار هذا النشاط غير القانوني مرة أخرى. ليس كل رجل أعمال يتمتع بسلوك جيد في ممارسة أعماله، فبعضهم يقوم بأنشطة غير قانونية لكسب أرباح ضخمة. ولذلك فإن التحكم في حرية اختيار الأطراف في التحكيم التجاري الدولي هو محاولة لتفادي هذه الأنشطة التجارية غير المشروعة التي قد يكون لها تأثير سيء على الاقتصاد الدولي والوطني.

وفقا لهذه الأسباب، يمكن ملاحظة أن القيود المفروضة على مبدأ استقلالية الأطراف ليست جيدة فقط لتطوير التحكيم التجاري الدولي ولكنها مفيدة أيضًا لاستقرار التجارة الدولية وتحسينها وكذلك الاقتصاد الدولي والوطني .من خلال الموازنة بين الجانب الجيد والجانب السيئ للقيود، فإن الجزء الأخير سيقدم بعض

(1) [1999] QB 785

التنبؤ لاتجاه تطوير مبدأ استقلالية الأطراف والتحكيم التجاري الدولي في المستقبل.

التنبؤ باتجاهات التطور في المستقبل :

كما تم بحثه أعلاه، فإن القيود المفروضة على مبدأ استقلالية الأطراف قد يكون لها آثار سيئة وجيدة على حد سواء على تطوير التجارة الدولية وكذلك التحكيم التجاري الدولي. وسواء كان الجانب الجيد يطغى على الجانب السيئ أو العكس، فالأمر يتعلق بوجهات نظر مختلفة. ومع ذلك، هناك حقيقة لا يمكن إنكارها وهي أن الاقتصاد والتجارة العالميين ما زالا في طور التطور وكذلك التحكيم التجاري الدولي. في هذا الجزء سنقترح اتجاه تغير القيود على مبدأ استقلالية الأطراف في العصر الحديث والقادم

الاتجاه الشائع الذي يمكن رؤيته بسهولة هو أن القيود أقل خطورة في العصر الحالى .بمعنى آخر، يحاول قانون التحكيم التجاري الوطني والدولي "تخفيف العلاقات" على مبدأ استقلالية الأطراف .أحد الأمثلة النموذجية هو أن قائمة القضايا غير القابلة للتحكيم يتم تقصيرها .على سبيل المثال، تم الاعتراف بالنهج المتبع في قضية ميتسوبيشي (١) بشكل مثالي وخلق اتجاهًا "مسبقًا [٢] " لتغيير وجهة النظر حول إمكانية التحكيم في قضية ما في السياق الدولي .وكما اقترح مؤلفو كتاب التحكيم الشهير: ريدفيرن وهنتر حول التحكيم الدولي، "بشكل عام، فإن معظم المنازعات التجارية غير قابلة للتحكيم بموجب قوانين معظم البلدان"[٣]

(1) Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler Plymouth Inc, 473 US 614, 105 S Ct 3346 (1985)

(2) Lew D M J, Mistelis A L and Kroll M S, Comparative international arbitration law (Kluwer Law International 2003) para, para 9-36

(3) Blackkaby and others , op cit para 2.144

إلى جانب ذلك، يتم تطوير نظرية عدم لتمركز وقبولها في العديد من الأنظمة القانونية. تؤكد نظرية إلغاء التمركز على أن التحكيم يجب أن يكون منفصلاً تمامًا عن قانون مقر التحكيم (lex arbitri) ومن ثم لا يوجد مكان لتدخل المحكمة الوطنية ومراقبتها. [١]علاوة على ذلك، لا ينبغي أن يخضع التحكيم التجاري الدولي لسيطرة النظام القانوني الوطني للمكان الذي صدر فيه الحكم، وينبغي الرجوع فقط إلى قانون مكان الاعتراف والتنفيذ. [٢]وقد تم الاعتراف بهذا النهج في عدد من القضايا في أنظمة قانونية مختلفة. على سبيل المثال، ذكرت محكمة استئناف إنجلترا في قضية شركة Gotaverken Arendal AB ضد شركة النقل البحري الوطنية العامة الليبية [٣] أن: مكان إجراءات التحكيم، الذي تم اختياره فقط لضمان الحياد، ليس مهمًا؛ ولا يجوز اعتباره تعبيرًا ضمنيًا عن نية الأطراف في إخضاع أنفسهم، ولو بشكل فرعي، لـــ "القانون الإجرائي الفرنسي"

يمكن العثور على نفس الدعم لنظرية إلغاء التمركز في العديد من القضايا الأخرى في ولايات قضائية مختلفة. [٤] وتشير هذه الممارسات إلى أن الدول تحاول تحديث قانون التحكيم التجاري الدولي لديها من خلال تعزيز أهمية مبدأ استقلالية الأطراف وتقليص القيود المفروضة على هذا المبدأ وكذلك تقليل تدخل المحكمة في اختيار الأطراف.

(1) Lew, Mistelis and Kroll op cit para 4-49

(2) Masood Ahmed, 'The Influence of The Delocalisation and Seat Theories upon Judicial Attitudes to ards International Commercial Arbitration' (2011) Arbitration 77(4) 406, 408. For more information on the Delocalisation theory, see also Jan Paulsson, 'Arbitration nbound: A ard Detached from the La of Its Country of Origin' (19 1) 0 I.C.L.Q 5 .

(3) Lew D M J, Mistelis A L and Kroll M op cit para 4-49

(4) Gotaverken Arendal AB v Libyan General National Maritime Transport Co cour d'Appel de Paris (19 0) XXII Ybk Comm

ومع ذلك، فإن تطبيق القواعد الإلزامية لا يزال يمثل مشكلة مثيرة للجدل . وبما أنه يقف بين حماية المصلحة العامة وتشجيع التنمية التجارية، فلا يزال من الصعب التغلب على هذا القيد .إن تجاهل القواعد الإلزامية من قبل المحكمين قد يؤثر على قابلية التحكيم في هذا النوع من النزاع في المستقبل .وبعبارة أخرى، فإن تطور التحكيم التجاري الدولي سوف يتأثر أيضًا بموقف المحكمين تجاه القواعد الإلزامية .إنه قرار صعب بالنسبة للمحكمين .ولذلك، في الآونة الأخيرة، لا تزال هيئة التحكيم حريصة للغاية في النظر في تطبيق أو عدم تطبيق هذه القواعد.

بشكل عام، في المستقبل، سيظل مبدأ استقلالية الأطراف بمثابة العمود الفقري للتحكيم التجاري الدولي. سيتحرك قانون التحكيم الحديث نحو إزالة القيود المفروضة على حقوق الأطراف المستقلة في إدارة التحكيم. ومع ذلك، فإن القيود التي تفرضها القواعد الإلزامية والنظان العام ستبقى كوسيلة للدول للحفاظ على التحكيم الفعال والتجارة القانونية في بلدانها. بالإضافة إلى ذلك، فإن دور المحكمة الوطنية في إجراءات التحكيم، على الرغم من تقليصه في ظل نظرية إلغاء التمركز، لا يزال من غير الممكن إلغاؤه بالكامل، خاصة عند الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه[١]. بهدف ضمان الحد الأدنى من مستويات الإنصاف والعدالة ونهائية النزاع [٢]، لا يزال هذا التدخل للمحكمة الوطنية يعتبر بمثابة إجراءات

(1) See Cour de cassation, Pabalk Ticaret Limited Sirketi v Norsolor SA (1984) 112 Clunet 679 (1985); Cour de cassation, Polish Ocean Line v Jolasry (1993), Rev Arb 258 (1993), Cour de cassation, Hilmarton Ltd v Omnium de traitement et de Valorisation – OTV, Rev Arb 327 (1994), XX YBCA 663 (1995); The Arab Republic of Egypt v Chormalloy Aeroservices Inc (1997), 939 F. Supp. 907 (D.D.C 1996); CA Paris, Société PT Putrabali Adyamulla v SA Rena Holding (2007), C.cass, 1 ère civ

(2) Nygh P, Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer 1997) 27

مشجعة للتحكيم. وأخيرا، في المستقبل، سيصل التحكيم التجاري الدولي إلى مستوى أعلى من التوحيد وإمكانية التنبؤ في كل مرحلة من مراحل إجراءات التحكيم.

الخاتمة و التوصيات

في سياق التحكيم التجاري الدولي، من الماضي إلى الحاضر، كان مبدأ استقلالية الأطراف دائمًا يعتبر حجر الزاوية وأساس التحكيم .يلعب هذا المبدأ دورًا مهمًا للغاية في كل مرحلة من مراحل عملية التحكيم .فهو يسمح للأطراف بتحديد جميع المكونات الأساسية لاتفاق التحكيم مثل مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق وعدد المحكمين وما إلى ذلك.

مع ذلك، فإن هذا المبدأ ليس مطلقا .في الواقع، فهو مقيد بالعديد من العوامل .أولا، تتأثر الحقوق المستقلة للأطراف باتفاق التحكيم، ولا سيما القدرة على إبرام اتفاق التحكيم وقابلية النزاع للتحكيم .إن عدم أهلية أحد الأطراف سيمنعهم من حل نزاعهم عن طريق التحكيم .وبالمثل، لا يمكن للأطراف أيضًا تقديم النزاع إلى التحكيم إذا كان غير قابل للتحكيم .ثانيا، في التحكيم المؤسسي، لا يمكن للأطراف تغيير قواعد المؤسسة من جانب واحد .ثالثا، حقوق تحديد إجراءات التحكيم للأطراف مقيدة بقانون التحكيم وتدخل المحكمة الوطنية في مقر التحكيم .وأخيرًا وليس آخرًا، فإن موافقة الأطراف على التحكيم محدودة بقرار هيئة التحكيم فيما يتعلق بتطبيق القانون، وخاصة القواعد الإلزامية .ومن بين كل هذه القيود، تعتبر القواعد الإلزامية أكبر عائق أمام ممارسة استقلالية الأطراف . وقد تكون هذه القواعد الإلزامية للمكان الذي يتم فيه التحكيم أو للقانون الموضوعي المطبق على النزاع أو حتى القواعد الإلزامية الدولية لمكان ثالث له صلة بالدعوى .بغض النظر عن نوع القواعد الإلزامية، فإن تطبيق هذه القواعد سيؤدي إلى تجاهل اختيار قانون الأطراف من قبل هيئة التحكيم أو إذا كان المحكمون لا يزالون يطبقون القانون الذي اختاره الأطراف والذي يتعارض مع القواعد الإلزامية، فإن قرار التحكيم سيكون عرضة للطعن وغير قابل للتنفيذ أو لا يمكن الاعتراف به.

نحو المستقبل، يميل القانون الوطني والدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي إلى تعظيم تأثير مبدأ استقلالية الأطراف عن طريق إزالة هذه القيود .لقد

تم اتخاذ العديد من الإجراءات، اثنان منها هما تعزيز قائمة القضايا القابلة للتحكيم وتطبيق نظرية إلغاء التمركز .ورغم أن هذه الممارسات لم تكن ناجحة في جميع أنحاء العالم، إلا أنها تعتبر بوادر جيدة لتطور التحكيم التجاري الدولي بشكل عام ومبدأ استقلالية الأطراف بشكل خاص، ومع ذلك، في الآونة الأخيرة، لا توجد حتى الآن طريقة فعالة للقضاء على تطبيق التحكيم التجاري الدولي بشكل عام ومبدأ استقلالية الأطراف بشكل خاص .القواعد الإلزامية وكذلك دور المحكمة الوطنية في تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به .ونرى أنه من الأفضل الحفاظ على هذه القيود وموازنتها مع الحقوق المستقلة للأطراف بدلاً من إزالتها بالكامل . ويجب أن تظل هذه الأنظمة ضماناً للمصلحة العامة وأسلوباً للإشراف على التحكيم وإبقائه في ظل العدالة والرقابة القانونية .فى المستقبل، سيظل التحكيم هو الطريقة الأكثر تفضيلاً للطرق البديلة لتسوية المنازعات. بل إنه يذهب إلى أبعد من ذلك ويجذب المزيد من رجال الأعمال والتجار إذا قام قانون التحكيم التجاري الدولي بعمل جيد في تنسيق استقلالية الطرف مع إشراف الدول من خلال المحاكم الوطنية دون التدخل وفرض الكثير من القيود على حقوق الأطراف المستقلة في إجراء معاملات. التحكيم الخاصة بهم.

النتائج

١-يمكن أن يكون تطبيق مبدأ استقلالية الأطراف لتحديد حرية الأطراف في الاتفاق على الإجراء الذي سيتم اعتماده في التحكيم مسألة معقدة.

٢-عندما يتم الاتفاق على القاعدة الإجرائية المطبقة قبل تشكيل هيئة التحكيم، في اتفاق التحكيم نفسه، فمن المشكوك فيه أنه يمكن تغييرها من قبل الأطراف دون موافقة هيئة التحكيم نفسها.

٣- عندما يلتزم اتفاق التحكيم الصمت بشأن القاعدة الإجرائية، فإن حرية الأطراف في اعتماد قاعدة إجرائية أثناء سير التحكيم تعتمد على قانون التحكيم و القواعد المؤسسية التي اختارها الأطراف لحكم التحكيم (إن وجدت) .

٤- يجوز لقانون التحكيم أن يمنح الأطراف الحرية في إنشاء القاعدة الإجرائية ذات الصلة (كما تفعل المادة ١٩(١) من القانون النموذجي على سبيل المثال) . ولكن هذا قد يكون مقيدًا بالقواعد المؤسسية التي قد يكون الأطراف قد أدرجوها في اتفاق التحكيم الخاص بهم..

٥- في الحالات التي لا يكون فيها للأطراف حق مطلق في إنشاء القاعدة الإجرائية المنطبقة ولكنهم يحتاجون إلى موافقة هيئة التحكيم، ينبغي لهيئة التحكيم أن تكون حذرة قبل أن تسعى إلى فرض قاعدة تتعارض مع تلك التي اتفقت عليها هيئة التحكيم .حفلات .عند اتخاذ قرار بشأن إصدار أمر بموجب اتفاق الأطراف، ينبغي لهيئة التحكيم أن تنظر بعناية في الأسباب الكامنة وراء اتفاق الأطراف، بقدر ما تكون على علم بها، وموقف هيئة التحكيم نفسها

التوصيات :

١-نظرالان مبدأ استقلالية الأطراف هو الجانب المميز للتحكيم عن الآليات البديلة الأخرى لتسوية المنازعات؛ وإنه يلعب الدور الأكثر أهمية خلال عملية التحكيم بأكملها. وهو مبدأ يقوم على حرية التعاقد. ويمكن للأطراف ممارسة هذه الحرية في كل مرحلة من مراحل التحكيم التجاري الدولي. ومع ذلك، فإن هذا المبدأ ليس غير محدود، وكما تمت مناقشته في هذه الدراسة، فإنه يخضع لقيود في بعض الظروف. على سبيل المثال، من أجل التغلب على تجاوزات الأطراف في التحكيم التجاري، مُنحت المحاكم سلطة التدخل عندما تكون الإجراءات المعتمدة من قبل الأطراف أو القرار الناتج عنها مخالفًا للنظام العام. ومن حيث المبدأ، تتدخل المحكمة دائما للتأكد من صحة اتفاق التحكيم وتوافقه مع القانون الذي يحكمه، وأن اتفاق الأطراف لا يتعارض مع النظام العام. مرة أخرى، يعد انتهاك مبدأ العدالة الطبيعية وعدم التحكيم في اتفاقية التحكيم من بين أمور أخرى من العوامل التي تم تطويرها لتكون بمثابة ضوابط وتوازنات على مبدأ استقلالية الأطراف، مما يقيدهم من تنفيذ الاتفاق الذي قد يؤثر على المصلحة العامة فى ضوء ما تقدم نرى أن هناك مفارقة كبيرة تتعلق بمبدأ الاستقلالية و لعل ذلك هو

مصدر المشكلة فلا بد من الأحتفاظ ببعض القيود على مبدأ الاستقلالية تلك القيود التى نراها داعمة و مؤكدة للمبدأ فهى بمثابة الضمير القانونى للأطراف و الذى يتعين عليه التدخل لمنع شطط الأطراف و إساءة استعمال مبدأ الاستقلالية ضمانا لتحقيق الهدف منه و هو الوصول إلى أنسب صيغة و كيفية لحكم إجرات التحكيم وصولا إلى تحقيق العدالة التى هى غاية و هدف التحكيم التجاري الدولى لذلك نوصى المشرع الوطنى و الدولى بتبنى القيود على مبدأ الاستقلالية بما يحقق مصلحة عملية التحكيم ويحمى مصالح ز النظام العام لدولة المقر.

٢- من أجل تبسيط مبدأ استقلالية الأطراف فيما يتعلق بتدخل المحكمة في القضايا المستحقة، فإن التوصيات التالية ضرورية .أولاً، بقدر ما يكون ذلك ممكناً عملياً، ينبغي لاتفاق الأطراف أن يحل محله ويجب أن يحظى بالأولوية في جميع الأوقات؛ ومن ثم، ينبغي أن يقتصر تدخل المحكمة على الحالات التي يكون فيها اتفاق الأطراف غير قابل للتنفيذ بأي معيار أو عندما يكون المقصود استخدامه كأداة للاحتيال .ثانياً، في الحالات التي لا يتمكن فيها الطرفان من وضع القاعدة الإجرائية المطبقة ولكنهما يتطلبان موافقة هيئة التحكيم، ينبغي لهيئة التحكيم أن تكون حذرة قبل أن تسعى إلى فرض قاعدة تتعارض مع تلك التي اتفق عليها الطرفان .إلى هذا الحد، في تقرير ما إذا كان لإصدار أمر يتعلق باتفاق الأطراف، ينبغي لهيئة التحكيم أن تنظر بعناية في الأسباب الكامنة وراء اتفاق الأطراف بقدر ما تكون على علم بها .وأخيرا، بما أن الشكوى الخاصة هي التي عادة ما تؤدي إلى تدخل المحكمة، فيجب على المحاكم أن تكون حذرة في التدخل في المسألة ما لم يقنع مقدم الطلب المحكمة بالظلم الذي تعرض له أو قد يتعرض له بموجب اتفاق التحكيم المبرم من قبل الأطراف.

٣-يمكن لنا التساءل لماذا يشعر المحكم بالقلق إزاء التأخير أو النفقات غير الضرورية، وهي مسألة ستؤثر بشكل رئيسي على الأطراف، إذا توصلوا إلى اتفاق بالإجماع. في النهاية، الحقيقة هي أن القواعد التي تنص على أنه يجب على المحكمين إجراء التحكيم بكفاءة تهدف الإجراءات فقط إلى حماية مصالح

الأطراف (من المفترض حل النزاع بكفاءة). ولذلك، إذا اتفق الطرفان على إجراء ما، فمن الصعب أن نتصور كيف يمكن للقاعدة، التي تهدف إلى حمايتهم، أن تعمل كقيد لاتفاقهم. وبهذا المعنى، نوصى ، إلى أقصى حد ممكن، أن يقوم المحكمون بتحليل الأسباب الكامنة وراء قرار الأطراف اتخاذ الإجراءات بهذه الطريقة (على سبيل المثال مدى تعقيد النزاع، والتطورات الجديدة المتعلقة بالنزاع، وتوقف الإجراءات مفاوضات التسوية، قرار محكمة أو محكمة أخرى، تغيير وشيك للحكومة في تحكيم يشمل دولة طرف). وبهذه الطريقة، يمكن لهيئة التحكيم تحديد ما إذا كان اتفاق الأطراف يقوض بالفعل هدفهم النهائي. ومن ثم نوصى المشرع الوطنى و الدولى بتقنين تلك التوصية.

٤- تتطلب العناية الواجبة أن يثير المحكمون دائمًا مخاوفهم ويحاولوا السعي إلى تنفيذ حل بديل. وتحقيقًا لهذه الغاية، نوصى المحكمين بضرورة استخدام خبراتهم وإقناع الأطراف بأن تشكيل الإجراء بطريقة مختلفة سيكون أكثر كفاءة (نحو أهدافهم الخاصة. ، ومن الناحية العملية، سيكون الأطراف عمومًا على استعداد لإظهار بعض التعاطف تجاه المحكمين، لأنهم هم من يقررون في النهاية موضوع الدعوى. وبهذا المعنى، مع مراعاة المحكمين للمصلحة الحقيقية للأطراف والأطراف المتعاونة مع هيئة التحكيم (إما لتعزيز الإجراءات أو لكسب التعاطف)، فقد يتمكن كلاهما من الاجتماع في منتصف الطريق.ونرى أيضا ضرورة تقنين تلك التوصية على المستويين الوطنى و الدولى.

قائمة المراجع

أولا: مراجع باللغة العربية :

– أحمد أبو الوفا " التحكيم الاختياري و الإجباري في المنازعات المدنية والتجارية " ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، طبعة ١٩٨٣

–أحمد مخلوف " اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية " دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠ ،٢٠١٤

– بولحية سعاد،استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية،رسالة ماجستير،جامعة الجزائر يوسف بن خدة كلية الحقوق، ٢٠١٨

حفيظة السيد الحداد " العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية التابعة لدول – .أخرى" ، بيروت مطبوعات الحلبي طبعة٢٠٠٣

–حفيظة السيد الحداد "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤

– فوزي محمد سامي " شرح القانون التجاري ، التحكيم التجاري الدولي " ، كتبة الثقافة للنشر و التوزيع ،١٩٩٩

– محمود السيد عمر التحيوي " أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته " ، دار المطبوعات الجامعية ، ط ٢٠٠١

– هشام صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، منشأة المعارف الطبعة الثانية ١٩٩٩

ثانيا :كتب باللغة الإنجليزية

A M Steingruber (n 5) 18 see also, Jullian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, Comparative international commercial arbitration (Kluwer Law International 2003)

- A. REDFERN / J. M. HUNTER / N. BLACKABY / C. PARTASIDES, REDFERN AND HUNTER ON

INTERNATIONAL ARBITRATION, (Oxford University Press, 5th Edition, 2009),

- K. H. Böckstiegel, Major Criteria for International Arbitrators in Shaping an Efficient Procedure, SPECIAL SUPPLEMENT 1999: ARBITRATION IN THE NEXT DECADE: PROCEEDINGS OF THE INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION'S 75TH ANNIVERSARY CONFERENCE (1999),

- ,German Bundesgerichtshof, 23 April 1998, XXIVb YBCA 928 (1999)

- A. R. Parra, The Limits of Party Autonomy in Arbitration Proceedings under the ICSID Convention, ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, vol. 10-1١٩٩٩

- Adam Samuel, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law (Schulthess 1989)

- Adeline Chong & Jonatha Hill, International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Court (4th edn, Hart Publishing 2010)

- Andrea Marco Steingruber, Consent in international arbitration (Oxford University Express 2012)

- Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, Arbitration of Commercial Disputes (Oxford University Press (2007)

- Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, Arbitration of commercial disputes: International and English Law and Practice (Oxford University Press 2005)

- B. Hanotiau, Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings, in A. J. VAN DEN BERG (ED.), INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: IMPORTANT CONTEMPORARY QUESTIONS, Kluwer Law International (2003)

- C. Malinvaud, Non-pecuniary Remedies in Investment Treaty and Commercial Arbitration, in A. J. VAN DEN BERG (ED), 50 YEARS OF THE NEW YORK CONVENTION: ICCA INTERNATIONAL ARBITRATION CONFERENCE, ICCA Congress Series, vol. 14, (Kluwer Law International, 2009).

- D. CARON / L. M. CAPLAN, THE UNCITRAL ARBITRATION RULES: A COMMENTARY, (Oxford Commentaries on International Law, 2nd Edition, 2013),

- D. M. Le , 'Achieving the Dream: Autonomous Arbitration' (2006)

- Daniel Girsberger, Talia Einhorn, Symeon Symeonides (eds), Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr (Eleven International Publishing 2010)

- Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws, vol 2 (14th edn, Sweet &Maxwell (2010)

- E. A. SCHWARTZ / Y. DERAINS, GUIDE TO THE ICC RULES OF ARBITRATION, (Kluwer Law International, 2nd Edition, 2005),

- Edwin Peel, Treitel's Law of Contract (13th edn, Sweet & Maxwell 2011)

- FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, (Kluwer Law International, 1999)

- Fouchard, Gaillard and Goldman, Traite de l'arbitrage commercial international (Litec 1996)

- Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration, KLUWER LAW INTERNATIONAL THE HAGUE / BOSTON / LONDON,2000

- Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration, KLUWER LAW INTERNATIONAL THE HAGUE / BOSTON / LONDON,2000

- Fouchard, Gaillard, Goldman, International Commercial Arbitration (Edited by Gaillard and Savage) 1999

- G. B. BORN, INTERNATIONAL ARBITRATION: LAW AND PRACTICE, (Kluwer Law International, 2012)

- Gary Born, International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer Law International 2009)

- Giuditta Cordero Moss, 'International arbitration and the quest for the applicable law' (2008)

- Giuditta Cordero-Moss , Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law (Cambridge University Press 2011).

- Giuditta Cordero-Moss, 'International arbitration is not only international' in Giuditta Cordero-Moss (ed), International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features (Cambridge University Press 2013)

- Giuditta Cordero-Moss, International Commercial Contracts (Cambridge University Press 2014)

- Holtzmann and Neuhaus, "A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary"2014

- Holtzmann and Neuhaus, "A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary"٢٠١٤

- Holzmann and Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (Kluwer Law 1995)

- Jullian D. M. Le , 'Intellectual Property Disputes and Arbitration', inal Report of the Commission on International Arbitration (ICC Publication 1997)

- Jullian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2001

- K. H. Böckstiegel, Party Autonomy and Case Management – Experiences and Suggestions of an Arbitrator, address at the Conference of the German Institution of Arbitration (DIS) "Organising Arbitral Proceedings – Regulations, Options and Recommendations," Berlin 24-25 October 2012

- Lew D M J, Mistelis A L and Kroll M S, Comparative international arbitration law (Kluwer Law International 2003)

- Luca Radicati di Brozolo, 'International arbitration and domestic law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features (Cambridge University Press 2013)

- Mustill and Boyd, "Commercial Arbitration" (2nd ed, 1989)

- Nigel Blackkaby and others, Redfern and Hunter on International Arbitration (5th edn, Oxford University Press (2009)

- Oxford Dictionary of Law (7th edn Oxford University Press 2009)

- Peter Nygh, Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration (The Hague: Kluwer 1997)

-Redfern and Hunter, with Blackaby and Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th Edition, 2004

ثالثا: مقالات باللغة الإنجليزية

- A. N. Zhilso , 'Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration' (1985) 42 Netherlands International Law Review19 81

- Anoosha Boralessa, "The Limitations of Party Autonomy in ICSID Arbitration" 15 Am. Rev. Int'l Arb[2004]

- Claude Reymond, 'The Channel Tunnel Case and the La of International Arbitration' (1999) 109 LQR

- Derek Roebuck, 'Cleopartra Compromised: Arbitration in Egypt in the irst Century BC' (2000)

- Derek Roebuck, 'Sources for the History of Arbitration 14 Arb Int'l (1999)

-D. Hochstrasser, 'Choice of La and ' oreign' Mandatory Rules in International Arbitration' 11(1) J Int. Arb. (1994) Arbitration International (2006)

-Dursun, 'A critical examination of the role of party autonomy in international commercial arbitration and an assessment of its role and extent', 161 available at .yalo a.edu.tr iles ser iles Dursun.pdf>

- F. Mantilla Serrano, Towards a transnational procedural public policy, in 20 ARBITRATION (2004)

- G. Born / K. Beale, Party Autonomy and Default Rules: Reframing the Debate over Summary Disposition in International Arbitration, 21 ICCINTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETINp،(٢٠١٠)

- G. Cordero-Moss, Limitations on party autonomy in international commercial arbitration, 372 RECUEIL DES COURS (2014).

- Hans Bagner, 'Confidentiality - A fundamental Principle in International Arbitration' 1 (2) J. Int'l Arb(2001)

- J. D. M. Lew, The Tribunal's rights and duties: Why they should be more involved in the Arbitral Process, DOSSIER OF THE ICC INSTITUTE OF WORLD BUSINESS LAW: PLAYERS' INTERACTION IN INTERNATIONAL ARBITRATION (2012)

- J. FRY / S. GREENBERG / F. MAZZA, THE SECRETARIAT'S GUIDE TO ICC ARBITRATION, (ICC, Paris, 2012

- John Lurie, 'Court inter ention in arbitration: support or interference?' Arbitration(2010)

- John Lurie, 'Court inter ention in arbitration: support or interference?' Arbitration (2010)

- Jullian D. M. Le , '2005 reshfields Arbitration Lecture, Achie ing the Dream: Autonomous Arbitration' 22

- Laurence Shore, 'Defining 'Arbitrability'', Ne York La Journal (15 June 2009)

- M. Hwang S.C. / K. Lim, Corruption in Arbitration – Law and Reality (expanded version of Herbert Smith-SMU Asian Arbitration Lecture, delivered on 4 August 2011),

- M. L. Moses, Inherent and implied powers of arbitrators, LOYOLA University of Chicgo School of law, PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER NO. 2014

- M. R. Baniassadi, 'Do Mandatory Rules of Public La Limit Choice of La in International Commercial Arbitration' 10(1) Int. Tax & Bus. Lawyer(1992)

- Marful-Sau S, 'Can International Commercial Arbitration Be Effecti e Without National Court? A Perspective of Court Involvement in International Commercial Arbitration 2014

- Michael Hellner, 'Third Country overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in Ne Bottles?' Vol.5 Journal of Pri ate International(2009)

- P. Mayer, 'Mandatory rules of Law in International Arbitration' (1986) 2(4) Arb. Int

- R. H. Christie, 'Arbitration: Party autonomy or curial inter ention: The historical background' 111 S. African L.J(1994)

- R. H. Smit, Mandatory ICC Arbitration Rules, LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER (2005).

- S.K. Agarwal,"Arbitration: An option to resolve under Section 89 of CPC" (2003) AIR

- Samuel Marful-Sau, 'Can International Commercial Arbitration Be Effective without National Courts? A

Perspecti e of Courts In ol ement in International Commercial Arbitration' , [available at t found | University of Dundee

- Thomas Clay, L'arbitre (Paris: Dalloz 2001

- Thomas E. Carbonneau, "The Exercise of Contract Freedom in Making of Arbitration Agreements" vol. 36 Vanderbilt Journal of Transnational Law(2003)

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٩٦٦
المبحث الاول: دور ومدى استقلالية الأطراف فى التحكيم التجارى الدولى.وفيه مطلبان :	٩٧٥
المطلب الاول: القيود المفروضة بشكل عام على مبدأ استقلالية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي	٩٨٠
المطلب الثانى: السلطات الإجرائية للمحكم و الحدود الأخيرة لاستقلالية الأطراف	١٠٠٧
المبحث الثانى: قيود استقلالية الأطرف في إجراءات التحكيم وتقييم الوضع الحالي والتنبؤ باتجاهات التطور في المستقبل ، وفيه مطلبان :	١٠٤٢
المطلب الأول: قيود مبدأ استقلالية الأطراف قبل التحكيم وبعد تكوين هيئة التحكيم	١٠٤٧
المطلب الثانى: نطاق مبدأ الاستقلالية وتقييم الوضع الحالي للقيود على المبدأ والتنبؤ باتجاهات التطور في المستقبل .	١٠٧١
الخاتمة	١٠٩٨
المصادر والمراجع	١١٠٣
فهرس الموضوعات	١١١٣