

Distr.: Limited
14 December 2005*
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الثاني (المعني بالتحكيم)
الدورة الرابعة والأربعون
نيويورك، ٢٣-٢٧ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٦

تسوية النزاعات التجارية

إعداد أحكام موحدة بشأن الشكل الكتابي لاتفاقات التحكيم

المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات
التحكيم الأجنبية وتنفيذها

مذكّرة من الأمانة

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	١٠-١ مقدمة
٧	٢٣-١١ أولاً- تفسير محاكم الدول للمادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك
٧	١٥-١١ ألف- تفسير مصطلحي "توقيع" و "وثائق متبادلة"
٧	١١ ملاحظة عامة
٨	١٢ اشتراط التوقيع أو تبادل الوثائق على نحو صارم
١٠	١٣ مزيج من اشتراطات الشكل البديلة

* يعود التأخير في تقديم هذه الوثيقة إلى الحاجة إلى إفصاح المجال لاتمام المشاورات.



الصفحة	الفقرات
١١	١٤ تباين التفسيرات بشأن اشتراط التوقيع
١٣	١٥ تباين التفسيرات بشأن اشتراط تبادل الوثائق
١٣	٢١-١٦ باء- تطبيق مبادئ أخرى حيث لا يجري الوفاء باشتراطات الشكل بصورة أو بأخرى
١٣	١٧-١٦ الاعتماد على تصرف الطرفين ("الإغلاق الحكمي" ("estoppel")
١٤	٢١-١٨ إدراج شرط أو اتفاق التحكيم. مجرد الإشارة أو العلاقات التجارية المعتادة
١٧	٢٣-٢٢ جيم- وسائل الاتصال الجديدة
١٩	٣٤-٢٤ ثانيا- التداخل بين المادة الثانية (٢) والمادة السابعة (١) من اتفاقية نيويورك
٢٠	٣٠-٢٦ ألف- اشتراطات الشكل الموحدة أو القصوى
٢٥	٣٣-٣١ باء- النظام القائم بذاته
٢٥	٣٤ جيم- المادة السابعة (١) والإشارة إلى اتفاقات التحكيم
٢٦	٣٧-٣٥ ثالثا- ملاحظات ختامية
٢٦	٣٦-٣٥ ألف- ملاحظات عامة
٢٦	٣٧ باء- مشروع إعلان بشأن تفسير المادة السابعة (١) من الاتفاقية

مقدمة

١- كان معروضا على اللجنة في دورتها الثانية والثلاثين (فيينا، ١٧ أيار/مايو - ٤ حزيران/يونيه ١٩٩٩)، مذكرة بعنوان "الأعمال التي يمكن القيام بها مستقبلا في مجال التحكيم التجاري الدولي" (A/CN.9/460)؛ وهذه الوثيقة متاحة، مع جميع وثائق الأونسيترال المذكورة فيما بعد، في موقع الأونسيترال الشبكي (www.uncitral.org). وكان أحد المواضيع المعروضة للنظر فيها هو مدى الحاجة إلى تحديث اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨) فيما يتعلق بتكوين اتفاق التحكيم.^(١) وقررت اللجنة أن يكون العمل المقبل بشأن الفقرة ٢ من المادة الثانية^(٢) (المشار إليها فيما يلي باسم "المادة الثانية (٢)") من اتفاقية نيويورك التي تقتضي بأن يكون اتفاق التحكيم في شكل مكتوب "يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة" يتناول حاجة المادة إلى التحديث.^(٣) ورأت اللجنة أنه قد تكون هناك حاجة إلى العمل بشأن مسألتين عامتين جرى تناولهما في مذكرة الأمانة (A/CN.9/460)، الفقرات ٢٢-٣١، ألا وهما مسألة اشتراط الشكل المكتوب ومسألة موافقة الطرفين على اتفاق التحكيم حيثما لا يتجسد ذلك الاتفاق في رسائل أو برقيات متبادلة.^(٤) وذكرت اللجنة أنه قد يكون من الضروري إيلاء اهتمام خاص لحالات وقائية محدّدة تطرح مشاكل خطيرة في إطار اتفاقية نيويورك، بما في ذلك القبول الضمني أو الشفهي بطلب شراء مكتوب أو بتأكيد مبيعات مكتوب، أو العقد المبرم شفهيًا الذي يحيل إلى شروط عامة مكتوبة أو بعض وثائق

(1) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والخمسون، الملحق رقم ١٧، A/57/17، الفقرة ٣٤٤.

(2) تنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك على ما يلي:

"١- تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محدّدة، تعاقدية أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم.

"٢- يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة.

"٣- على المحكمة في أية دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها اتفاقا بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب أيهما، ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ."

(3) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الرابعة والخمسون، الملحق رقم ١٧، A/54/17، الفقرة ٣٤٤.

(4) المرجع نفسه، الفقرة ٣٤٥.

السماسة، أو غير ذلك من الصكوك أو العقود التي تحوّل الحقوق أو الالتزامات إلى أطراف
ثالثة غير موقّعة.^(٥)

٢- وقد أعرب عن آراء مختلفة بشأن الوسائل التي يمكن بواسطتها السعي إلى تحديث
اتفاقية نيويورك،^(٦) بما في ذلك: عن طريق بروتوكول إضافي؛^(٧) أو التنقيح غير المباشر للمادة
الثانية (٢) عن طريق اعتماد تشريع نموذجي يحل محل تلك المادة بالتعويل على الحكم
القانوني الأنسب للفقرة ١ من المادة السابعة^(٨) (المشار إليها فيما يلي باسم "المادة السابعة
(١)" من اتفاقية نيويورك)^(٩) أو إدخال إضافة إلى ذلك التشريع النموذجي عن طريق وضع
مبادئ توجيهية أو غير ذلك من المواد غير الملزمة لكي تسترشد بها محاكم الدول في تطبيق
اتفاقية نيويورك؛^(١٠) أو عن طريق صوغ اتفاقية جديدة منفصلة عن اتفاقية نيويورك لمعالجة
الحالات التي تنشأ خارج نطاق انطباق اتفاقية نيويورك، بما في ذلك (ولكن دون الاقتصار

(5) المرجع نفسه، الفقرة ٣٤٦.

(6) المرجع نفسه، الفقرات ٣٤٧-٣٤٩.

(7) المرجع نفسه، الفقرة ٣٤٧؛ أبدي بعض القلق إزاء وضعية البروتوكول ومن أن أي محاولة لتنقيح اتفاقية
نيويورك يمكن أن تعرّض للخطر النتائج الممتازة التي تم التوصل إليها حتى الآن بواسطة اتفاقية نيويورك. وردا
على ذلك القلق، استرعى النظر إلى أن نجاح اتفاقية نيويورك ذاته (...) ينبغي أن يتيح للأونسيترال إمكانية
إجراء تحسينات محدودة على نصها إذا ما دعت الحاجة إلى عمل من هذا القبيل بغية مواءمة أحكامها مع
متغيرات حقائق الأعمال التجارية.

(8) تنص المادة السابعة من اتفاقية نيويورك على ما يلي:

"١- لا تؤثر أحكام هذه الاتفاقية على صحة ما تعقده الأطراف المتعاقدة من اتفاقات متعددة الأطراف أو
اتفاقات ثنائية تتعلق بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها ولا تحرم أيًا من الأطراف المهتمة من أي حق
يكون له في الاستفادة من أي قرار تحكيمي على نحو وإلى الحد اللذين يسمح بهما قانون أو معاهدات
البلد الذي يسعى فيه إلى الاحتجاج بهذا القرار.

"٢- ينتهي العمل بروتوكول جنيف المتعلق بالشروط التحكيمية لعام ١٩٢٣ وباتفاقية جنيف المتعلقة
بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لعام ١٩٢٧ فيما بين الدول المتعاقدة بمجرد أن تصبح هذه الدول ملتزمة
بهذه الاتفاقية ويقدر التزامها بها."

(9) المرجع نفسه، الفقرة ٣٤٨؛ ذكر أن حلا كهذا لا يمكن الأخذ به إلا إذا توقّف تفسير المادة الثانية (٢) على
أما قاعدة موحّدة تُرسي الحد الأدنى في اشتراط الكتابة، ولكن فهم بدلا من ذلك أنها تقرّر الحد الأقصى في
اشتراط الشكل. وارثي أيضا أن أي تشريع نموذجي قد يُعدّ بخصوص تكوين اتفاق التحكيم يمكن أن يتضمن
حكما على نسق المادة ٧ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا، ١٩٨٠) بغية تيسير
التفسير بالإحالة إلى المبادئ المقبولة دوليا (انظر أيضا الفقرات ٢٦ إلى ٣٠ والحاشية ٥٩ من هذه الوثيقة).

(10) المرجع نفسه.

عليها بالضرورة) الحالات التي يعجز فيها اتفاق التحكيم عن الوفاء باشتراط الشكل المقرر في المادة الثانية (٢).^(١١)

٣- وأحالت اللجنة تلك المسائل إلى الفريق العامل المعني بالتحكيم^(١٢) الذي درسها في دورته الثانية والثلاثين (فيينا، ٢٠-٣١ آذار/مارس ٢٠٠٠).

٤- وناقش الفريق العامل في دورته الثانية والثلاثين السبل البديلة لتحقيق تفسير أوسع للمادة الثانية (٢)، حسبما ذكرت اللجنة، وذلك إما عن طريق (أ) اعتماد إعلان أو قرار أو بيان يتضمن تفسير اتفاقية نيويورك وينص على أنه، بغية منع الشك، يقصد بالمادة الثانية (٢) أن تغطي بعض الحالات أو أن يكون لها أثر معين؛ أو (ب) تشجيع التفسير الأوسع لاتفاقية نيويورك باتباع النهج الذي اتبعته بعض محاكم الدول في تفسير المادة الثانية (٢) في ضوء قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي^(١٣) (المشار إليه فيما يلي باسم "قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم")؛ أو (ج) وضع مبادئ توجيهية أو مذكرات حول الممارسة يمكن أن تنص على استخدام المادة ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم كأداة تفسيرية بغية توضيح تطبيق المادة الثانية (٢) على نحو ما جرت مناقشته في الفقرتين ٣٣ و ٣٤ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1.

٥- وساد في الدورة الثانية والثلاثين للفريق العامل رأي مؤداه أنه إذا كان إدخال تعديل رسمي على اتفاقية نيويورك أو وضع بروتوكول ملحق بها يحتمل أن يفاقما عدم الاتساق القائم في التفسير وأن اعتماد مثل ذلك البروتوكول أو التعديل من جانب عدد من الدول سيحتاج إلى عدد كبير من السنوات ويخلق، في غضون ذلك، المزيد من عدم اليقين، فإن ذلك النهج غير عملي أساسا. وإذا ارتأى الفريق العامل أن الإرشاد بشأن تفسير المادة الثانية (٢) سيكون مفيدا في تحقيق الهدف المتمثل في ضمان تفسير موحد يلي احتياجات التجارة

(11) المرجع نفسه، الفقرة ٣٤٩؛ بينما أعرب عن بعض التأييد لذلك الاقتراح، ارتئي من جهة أخرى أن التجربة تشير إلى أن عملية اعتماد اتفاقية جديدة والتصديق عليها على نطاق واسع قد تستغرق سنوات طويلة وأنه سيسود في تلك الأثناء افتقار إلى التوحيد غير مستصوب. وقيل إن النهج المقترح قد يكون ملائما بصفة خاصة لمعالجة عدد من الحالات الوقائية المحددة التي تطرح مشاكل خطيرة في إطار اتفاقية نيويورك (انظر الفقرة ١ من هذه الوثيقة). غير أنه بخصوص عدد من تلك الحالات (مثل تحويل الحقوق أو الالتزامات إلى أطراف ثالثة غير موقعة)، ارتئي على نطاق واسع أن المسائل التي تنطوي عليها تعود إلى مسائل عامة تتعلق بجوهر المعاملة الأساسية وصحتها. وبناء على ذلك، أعرب عن شكوك فيما إذا كان من المستحسن والمجدي محاولة تناول تلك المسائل في سياق مجموعة من الأحكام موجهة في المقام الأول إلى تكوين اتفاق التحكيم.

(12) المرجع نفسه، الفقرات ٣٤٤-٣٥٠ والفقرة ٣٨٠.

(13) A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1، الفقرة ٣٦ وحاشيتها رقم ٩.

الدولية، قرّر أن إصدار إعلان أو قرار أو بيان يتضمن تفسير اتفاقية نيويورك ويجسّد فهمها أوسع لاشتراط الشكل ينبغي أن يكون موضع مزيد من الدراسة بغية تقرير النهج الأمثل.^(١٤)

٦- وقام الفريق العامل في دورته الثالثة والثلاثين (فينا، ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر - ١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠) وفي دورته الرابعة والثلاثين (نيويورك، ٢١ أيار/مايو - ١ حزيران/يونيه ٢٠٠١). مناقشة مشاريع أولية لإعلان تفسيري بشأن المادة الثانية (٢).^(١٥)

٧- وكان معروضا على الفريق العامل في دورته السادسة والثلاثين (نيويورك، ٤-٨ آذار/مارس ٢٠٠٢) نص مشروع الاعلان على النحو الذي اعتمد في الدورة الرابعة والثلاثين^(١٦) وأعاد تقييم الخيارات المختلفة المتاحة لمواجهة الصعوبات التي نشأت في التطبيق العملي للمادة الثانية (٢) قبل النظر في المشروع المنقح للإعلان التفسيري.

٨- وبحث الفريق العامل مطوّلاً الحجج المختلفة التي سيقّت دعماً لاقتراحين لتعديل اتفاقية نيويورك واعتماد إعلان تفسيري.^(١٧) وأقر الفريق العامل بأنه لا يستطيع في تلك المرحلة التوصل إلى توافق في الآراء بشأن ما إذا كان ينبغي اعداد بروتوكول تعديلي أم صك تفسيري لاتفاقية نيويورك، وبأنه ينبغي الابقاء على كلا الخيارين مفتوحين لينظر فيهما الفريق العامل أو اللجنة في مرحلة تالية. واتفق الفريق العامل، في نفس الوقت، على أنه سيكون من المفيد تقديم الارشاد بشأن تفسير وتطبيق اشتراطات الكتابة في اتفاقية نيويورك بهدف تحقيق درجة أعلى من التوحيد. ويمكن تقديم اسهام قيم لهذا الغرض في دليل اشتراع مشروع النص المنقح للمادة ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، الذي طلب إلى الأمانة اعداده لينظر فيه الفريق العامل مستقبلاً، باقامة "ارتباط تيسيري" بين الأحكام الجديدة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم واتفاقية نيويورك، ريثما يتخذ الفريق العامل قراراً نهائياً بشأن كيفية معالجة تطبيق المادة الثانية (٢) من الاتفاقية على الوجه الأفضل.^(١٨)

(14) A/CN.9/468، الفقرات ٨٨-٩٩.

(15) A/CN.9/485، الفقرات ٦٠-٧٧ و A/CN.9/487، الفقرات ٤٢-٦٣، على التوالي؛ ويرد آخر مشروع إعلان نظر فيه الفريق العامل في الوثيقة A/CN.9/508، الفقرة ٤١.

(16) المرجع نفسه، الفقرة ٤١.

(17) المرجع نفسه، الفقرات ٤٢-٤٨.

(18) المرجع نفسه، الفقرة ٤٩.

٩- وبينما لم تثر اعتراضات على سير العمل ذلك، أعرب عن الرأي القائل بأن مجرد محاولة تناول الأمر في دليل لاشتراع مشروع المادة ٧ الجديدة من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، يمكن أن يمس بمبدأ النظر في بروتوكول تعديلي ممكن لاتفاقية نيويورك. وقيل ان طرح مسائل تتعلق باتفاقية نيويورك في دليل اشتراع، أي نص فرعي يمكن الشك في قيمته القانونية ويلحق بحكم جديد في قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، الذي هو ذاته ليس صكا ملزما، عمل ذو أثر عكسي. وذكر أن من الأفضل عدم القيام، بأي شكل من الأشكال، بمحاولة تناول المسائل التي يثيرها تفسير اشتراط الكتابة في اتفاقية نيويورك. وأحاط الفريق العامل علما بتلك التعليقات.^(١٩)

١٠- ويمكن لاستقصاء الكيفية التي تحدّد بها المحاكم ما يشكّل اتفاقا مكتوبا في اتفاقية نيويورك أن يساعد على استبانة تفسيرات المحاكم المتباينة بشأن شكل اتفاق التحكيم. وتبحث هذه المذكرة الكيفية التي فسّرت بها المحاكم اشتراطات الكتابة الواردة في المادة الثانية (٢) وتستقصي إلى أي مدى يمكن للمادة السابعة (١) من اتفاقية نيويورك أن تساعد على تحديث اشتراط الشكل فيما يتعلق باتفاقات التحكيم.

أولا- تفسير محاكم الدول للمادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك

ألف- تفسير مصطلحي "توقيع" و "وثائق متبادلة"

ملاحظة عامة

١١- تتضمن المادة الثانية (٢) تعريفا لمصطلح يرد في المادة الثانية (١) من اتفاقية نيويورك ويقضي أن تعترف الدول المتعاقدة "بأي اتفاق مكتوب". وتنص المادة الثانية (٢) على طريقتين محتملتين للوفاء باشتراط "الكتابة" المعروف أيضا باسم "اشتراط الشكل". والطريقة الأولى هي عندما يكون أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقّعا عليه من الطرفين. والطريقة الثانية هي عندما يكون أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم واردا في رسائل أو برقيات متبادلة. وباشتراط أي من التوقيع أو تبادل الوثائق، فإن اشتراط الشكل يكفل أن يكون اتفاق الطرفين على التحكيم مسجّلا صراحة.

(19) المرجع نفسه، الفقرة ٥٠.

اشتراط التوقيع أو تبادل الوثائق على نحو صارم

١٢- طبقت محاكم الدول، في عدد من القضايا، تطبيقاً صارماً للاشتراطات المحددة بمقتضى المادة الثانية (٢) ولم توافق على إنفاذ قرارات التحكيم إلا عندما يكون العقد يتضمن شرط تحكيم أو عندما يكون اتفاق التحكيم موقعاً عليه من الطرفين^(٢٠) أو وارداً في رسائل أو بريقيات متبادلة^(٢١) وفي سلسلة من القضايا، اشترطت محاكم الدول بصراحة القبول الصريح إما عن طريق توقيع الطرفين أو تبادل الوثائق بينهما^(٢٢) بيد أنه لا يبدو أن

(20) النرويج، محكمة استئناف هالوغالاند - ١٦ آب/أغسطس ١٩٩٩ (تقرير ستوكهولم للتحكيم (١٩٩٩)، المجلد ٢ رقم ٢١): اعتبرت المحكمة أن العقد المبرم عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية بالإشارة إلى مشاركة استئجار السفن "جنكون" (*"GENCON" charter party*) لا يشكل اتفاق تحكيم مكتوباً وفقاً للمادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك، وخلصت المحكمة إلى أن الرسائل الإلكترونية المتبادلة مع نسخة من مشاركة "جنكون"، التي لم تكن موقعة، لم تكن تفي بالاشتراطات الأساسية للحماية القانونية التي تنص عليها الاتفاقية؛ هولندا، المحكمة الابتدائية في دوردرخت - قضية شركة North American Soccer League Marketing, Inc. (الولايات المتحدة الأمريكية) ضد شركة Admiral International Marketing and Trading BV (هولندا) وشركة Frisol Eurosport BV (هولندا)، ١٨ آب/أغسطس ١٩٨٢ (حولية التحكيم الجاري العاشرة (١٩٨٥)، الصفحة ٤٩٠)؛ ألمانيا، محكمة استئناف براندنبرغ - ١٣ حزيران/يونيه ٢٠٠٢ (No. 8, Sch 2/01)؛ إسبانيا، المحكمة العليا - قضية Delta Cereales España (إسبانيا) ضد شركة Barredo Hermanos SA، ٦ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٨ (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ٨٥٤): لم يوافق على إنفاذ قرار التحكيم لأن الوثيقة التي قدمها الطرفان، والتي تتضمن شرط التحكيم، لم تكن موقعة عليها.

(21) هولندا، محكمة الاستئناف في هيرتوغنبوش - قضية شركة Hardhout Import BV (هولندا) ضد شركة Karl Schlueter KG (GmbH & Co) (ألمانيا)، ١٤ تموز/يوليه ١٩٩٥، (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرين (١٩٩٦) الصفحة ٦٤٣): اتفاق التحكيم الوارد في شروط العقد العامة والذي وقع عليه أحد الطرفين وأرسله بواسطة الفاكس إلى الطرف الآخر الذي وقع الوثيقة وأعادها بواسطة الفاكس، اعتبر ساري المفعول؛ النمسا، محكمة الاستئناف - ٢٢ أيار/مايو ١٩٩٩، القضية (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): فيما يتعلق بالمادة الخامسة (١)، رأت إحدى المحاكم أنه يمكن رفض الإنفاذ (بناءً على طلب الطرف المعارض للإنفاذ) إذا لم يجر الوفاء باشتراطات الشكل "الواردة بصورة محدّدة وشاملة في المادة الثانية (٢)؛ الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية من ولاية نيويورك - قضية شركة "Sen Mar, Inc." ضد شركة "Tiger Petroleum Corporation" (١٩٩١) (رقم 774 F Supp. 879): قرّرت المحكمة أن شرط التحكيم لا يكون قابلاً للإنفاذ بمقتضى اتفاقية نيويورك إلا إذا ورد في وثيقة مكتوبة موقعة أو في رسائل متبادلة؛ ولم يكن هناك اتفاق قابل للإنفاذ في تلك القضية لأن اتفاق التحكيم لم يرد إلا في توكس اعترض عليه بكيّته الطرف الأخر.

(22) الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الغربية من ولاية واشنطن - قضية Justin و Richard Bothell و d/b/a Atlas Technologies، و Atlas Bimetals Labs Inc. ضد شركة Hitachi Zosen Corp وآخرين؛ ١٩ أيار/مايو ٢٠٠٠ (رقم 97 F Supp 2d 1048): رأت المحكمة عدم وجود أي إشارة على ظاهر أوامر الشراء أو أي وثيقة أخرى متبادلة بين طرفي اتفاق التحكيم.

المبدأ يقتضي أن يكون شرط التحكيم قد ووفق عليه كتابة^(٢٣) بصورة منفصلة أو أن الطرفين ناقشاه بصورة محدّدة.^(٢٤) وقد خلصت محكمة واحدة على الأقل إلى أنه يجب عدم الخروج على اشتراط الشكل، حتى في الحالات التي يتبيّن فيها أن اتفاق التحكيم الذي لم يف باشتراط الشكل المنصوص عليه في المادة الثانية (٢) سيكون مخالفا لمبادئ حسن النية.^(٢٥) وقد كانت لهذه الاشتراطات الغلبة على اشتراطات القوانين الوطنية المتشدّدة بشكل أو بآخر (انظر الفقرة ٣٢ أدناه).^(٢٦)

(23) إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة "Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH" (ألمانيا) ضد شركة "Bristol Myers Squibb" (إيطاليا)، ١٠ آذار/مارس ٢٠٠٠ (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ٨١٦): أعلنت المحكمة أنه لم يكن من الضروري الموافقة على شرط التحكيم خطيا بصورة منفصلة، غير أن ذلك الشرط يكون ساري المفعول عندما يرد في وثيقة موقعًا عليها من جانب الطرفين المتعاقدين: "حالما يتضح أن الطرفين يجب أن يوقعًا على شرط التحكيم وأن نيتهما المطلقة هي إحالة النزاع إلى محكمين يجب أن تظهر بشكل لا لبس فيه، فإن شرط التحكيم لا يكون، نتيجة لذلك، ساري المفعول عندما يكون واردا (...) في الوثائق (...) التي وقع عليها البائع الأجنبي ولا يظهر في الوثيقة (...) التي قبل فيها المشتري عرض البائع".

(24) كوريا، المحكمة العليا - قضية شركة Kukje Sangsa Co Ltd (كوريا) ضد شركة International Trading (London) Ltd (المملكة المتحدة)، ١٠ نيسان/أبريل ١٩٩٠ (حولية التحكيم التجاري السابعة عشرة (١٩٩٢)، الصفحة ٥٦٨): ارتأت المحكمة أنه تم الوفاء باشتراط الشكل المنصوص عليه في المادة الثانية (٢) عندما أبرم عقد البيع عن طريق قبول طلبات الشراء وفقا للشروط الواردة فيه، بما فيها شرط التحكيم؛ ورفضت المحكمة حجة المدعي عليه التي مفادها أن شرط التحكيم لم يُقبل لأنه طبع بأحرف أصغر من أحرف الأحكام والشروط الأخرى ولأن الطرفين لم يناقشاه.

(25) إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة Robobar Limited (المملكة المتحدة) ضد شركة Finncold sas (إيطاليا)، ٢٨ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٣ (حولية التحكيم التجاري العشرون (١٩٩٥)، الصفحة ٧٣٩): رُدّت الحجة التي مفادها أن الطعن في سريان مفعول شرط التحكيم مخالف لحسن النية وذلك على أساس أنه من غير المستطاع الخروج على اشتراطات الشكل.

(26) النمسا، المحكمة العليا - ٢٢ أيار/مايو ١٩٩١ (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): فيما يتعلق بالمادة الخامسة (١)، رأت المحكمة أنه يمكن رفض الإنفاذ (بناء على طلب الطرف المعارض للإنفاذ) إذا لم يجر الوفاء باشتراطات الكتابة الواردة بصورة محدّدة وشاملة في المادة الثانية (٢)؛ "ألمانيا، محكمة OLG Schleswig - ٣٠ آذار/مارس ٢٠٠٠، 16 SchH 05/99): قرّرت المحكمة أن المادة الثانية (٢) تبطل أي قانون وطني يتعلق بالتحكيم؛ سويسرا، المحكمة العليا - قضية شركة تأمين (السويد) ضد شركة إعادة تأمين (سويسرا)، ٢١ آذار/مارس ١٩٩٥ (حولية التحكيم التجاري الثانية والعشرين (١٩٩٧)، الصفحة ٨٠٠): قرّرت المحكمة أن اشتراطات الشكل تنقّر حصرًا. بمقتضى المادة الثانية (٢) التي ينبغي أن تفسر بصورة منفصلة بدون مساعدة القانون الوطني؛ (ألمانيا)، محكمة OLG Koeln - ٢٢ حزيران/يونيه ١٩٩٩ (9 Sch 08/98): قرّرت المحكمة أنه تم الوفاء باشتراط الشكل المنصوص عليه في المادة الثانية (٢) عندما وقع الطرفان على عقد يتضمن شرط تحكيم.

مزيج من اشتراطات الشكل البديلة

١٣ - إلى جانب الحالات التي يكون فيها الطرفان قد وقَّعا على نفس الوثيقة،^(٢٧) خلصت محاكم الدول إلى ضرورة وجود التوقيع حيثما يوجد مزيج من اشتراطات الشكل البديلة، فاعترفت بأن يسري مفعول اتفاق التحكيم عندما يكون الطرفان قد قاما بالوفاء إما باشتراط التوقيع أو باشتراط تبادل الوثائق، ولكن بأن لا يسري مفعوله حيثما لا يطبق إلا طرف واحد اشتراط الكتابة.^(٢٨) واستنادا إلى المفهوم الذي يقضي بوجود وجود اتفاق متبادل على إجراء التحكيم، إما عن طريق التوقيع أو تبادل الوثائق، استبعدت المحاكم بصورة عامة اتفاقات التحكيم الشفهية،^(٢٩) حتى إن أكدها الطرف الآخر كتابة أو حتى إن مثل الطرفان في وقت لاحق أمام المحكم^(٣٠) أو كان هناك قبول ضمني^(٣١) أو تنفيذ للعقد.^(٣٢) ولم تسمح

(27) النمسا، المحكمة العليا (OGH) - ٢١ شباط/فبراير ١٩٧٨، 3 Ob 120/77, SZ 51/18، (حولية التحكيم التجاري العاشرة (١٩٨٥)، الصفحة ٤١٨).

(28) النمسا، المحكمة العليا - ٧ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٧٩، (OGH 7.11.1979, 3 Ob 144/79, SZ 52/160)؛ إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة Universal Peace Shipping Enterprises SA (بنما) ضد شركة Montedipe SpA (إيطاليا)، ٢٨ آذار/مارس ١٩٩١ (حولية التحكيم التجاري السابعة عشرة (١٩٩٢)، الصفحة ٥٦٢): رأيت المحكمة أن عقد البيع الشفهي وسند الشحن الذي تضمن شرط التحكيم والذي أرسله أحد الطرفين بدون توقيع لا يفيان باشتراط الشكل الذي تنص عليه المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك.

(29) إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة "Marc Rich & Co AG" ضد شركة Societa Italiana Impianti SpA، ٢٨ آذار/مارس ١٩٩١ (حولية التحكيم التجاري السابعة عشرة (١٩٩٢)، الصفحة ٥٥٤): أُبرم العقد عن طريق تبادل التلكسات، وبما ان شركة Marc Rich أرسلت تلكسا في وقت لاحق يتضمن مزيدا من الشروط في العقد، بما في ذلك شرط تحكيم ولم ترد عليه شركة Impianti ولم تقبله، تبين للمحكمة أنه لا يوجد ما يثبت وجود اتفاق مكتوب متبادل بشأن التحكيم ومن ثم فإن لدى المحاكم الإيطالية اختصاص بالنظر في القضية؛ وقررت المحكمة أنه "فيما يتعلق بشروط التحكيم المتصلة بالتحكيم الأجنبي يكون الشكل الكتابي مطلوباً دائماً بمقتضى اتفاقية نيويورك."

(30) ألمانيا، محكمة OLG دوسلدورف (١٩٧١) (حولية التحكيم التجاري الدولي الثانية (١٩٧٧)، الصفحة ٢٣٧).

(31) ألمانيا، محكمة OLG روستوك - ٢٢ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠١، (I Sch 03/2000)؛ إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة Marc Rich & Co AG ضد شركة Societa Italiana Impianti SpA، ٢٥ كانون الثاني/يناير ١٩٩١، (حولية التحكيم التجاري السابعة عشرة (١٩٩٢)، الصفحة ٥٥٤).

(32) إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة Robobar Limited (المملكة المتحدة) ضد شركة FinnCold sas (إيطاليا)، ٢٨ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٣ (حولية التحكيم التجاري العشرون (١٩٩٥)، الصفحة ٧٣٩).

كذلك بالاعتراف باتفاق التحكيم عن طريق الاستخدام المسبق المنتظم للشروط العامة للتجارة.^(٣٣)

تباين التفسيرات بشأن اشتراط التوقيع

١٤ - لم تقم محاكم الدول بتفسير اشتراط التوقيع المنصوص عليه في المادة الثانية (٢) تفسيراً متسقاً. ويمكن العثور على تفسيرات متباينة في ذلك الشأن في قرارات محاكم الولايات في الولايات المتحدة التي رأت، في بعض الحالات، أن اشتراط التوقيع أو تبادل الوثائق الوارد في المادة الثانية (٢) لا ينطبق إلا على اتفاق التحكيم، بخلاف العقد، وليس على شرط تحكيم يرد في عقد.^(٣٤) ووفقاً لذلك التفسير، تتألف المادة الثانية (٢) من نظامين

(33) هولندا، محكمة الاستئناف في لاهاي - قضية شركة James Allen (Ireland) Ltd ضد شركة Marea Producten B.V. (هولندا)، ١٧ شباط/فبراير ١٩٨٤ (حولية التحكيم التجاري العاشرة (١٩٨٥) الصفحة ٤٨٥): كان الطرفان قد أبرما ما لا يقل عن ٢٥ معاملة سابقة وفقاً لشروط معتادة تضمنت شرط تحكيم؛ أما المعاملة الأخيرة، موضع النزاع، فلم تشر إلى تلك الشروط المعتادة وقررت المحكمة أن الاستخدام السابق المنتظم لشروط عامة في التجارة (تتضمن شرط تحكيم) لا يمكن أن يشكل اتفاق تحكيم قابلاً للإنفاذ في الحالة التي لم يُشر فيها بالتحديد إلى تلك الشروط العامة؛ وذكرت المحكمة أن اشتراط "الاتفاق المكتوب" المشار إليه في اتفاقية نيويورك يحول دون اللجوء إلى مثل ذلك الاستخدام المستمر.

(34) الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف الدورية الخامسة - قضية شركة Sphere Drake Insurance plc ضد شركة Marine Towing, Inc، ٢٣ آذار/مارس ١٩٩٤ (16 F 3d (666)) (حولية التحكيم التجاري العشرون (١٩٩٥)، الصفحة ٩٣٧): كانت القضية تتعلق بعقد تأمين لم يوقع عليه الطرف المؤمن عليه. وذكر الطرف المؤمن عليه أنه بسبب عدم توقيعه على العقد، لم يكن هناك "اتفاق مكتوب" بالمعنى المقصود في اتفاقية نيويورك؛ وأنه لكي يكون العقد قابلاً للإنفاذ بمقتضى اتفاقية نيويورك، لا بد من أن يكون العقد الذي يتضمن شرط التحكيم موقعاً عليه من الطرفين أو أن يكون الطرفان قد دلّلا على موافقتهم عليه عن طريق رسائل متبادلة. وقد رفضت المحكمة ذلك التفسير وقررت أن تعريف اتفاقية نيويورك بشأن "الاتفاق المكتوب" يتضمن إما (١) شرط تحكيم يرد في عقد أو (٢) اتفاق تحكيم (أ) موقعاً عليه من الطرفين أو (ب) وارداً في رسائل أو بريقات متبادلة. وأشارت المحكمة في قرارها إلى القرار الصادر عن المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية من ولاية نيويورك في قضية شركة Sen Mar, Inc ضد شركة Tiger Petroleum Corporation (١٩٩١) رقم 774 F Supp. 879 التي كان لها رأي مخالف بشأن تفسير المادة الثانية (٢)، ولكنها امتنعت عن اتباعه.

ومن ثم فإن التفسير المتعلق بقضية شركة Sphere Drake (١٩٩٤) اتبع في قضية شركة Stony Brook Marine Transportation Corporation ضد Leslie Wilton و Compagnie d'Assurances Maritimes Aeriennes et Lev A. Osman و Terrestres (١٩٩٦) رقم 94 CV 5880 (JS)، التي تتعلق بشرط تحكيم يرد في شهادة تأمين سددت بعد حدوث الهلاك ولم يوقع عليها المؤمن عليه، ولكنها تشير إلى قسيمة طلب مكتوبة أعدها كدليل المؤمن عليه، ووقعت عليها شركة التأمين. ويبدو أن التفسير المتعلق بقضية شركة Sphere Drake (١٩٩٤) أثر أيضاً على المحكمة المحلية الأمريكية في مينيسوتا في قضية شركة Polytek Engineering ضد Jacobson و Companies Inc. (١٩٩٧) رقم 984 F Supp 1238 (مع أنها لم تذكر القضية صراحة، خلصت

منفصلين أحدهما "شرط تحكيم يرد في عقد" والآخر "اتفاق تحكيم (أ) موقعاً عليه من الطرفين أو (ب) وارداً في رسائل أو برقيات متبادلة". وقد اتبع ذلك التعليل فيما بعد في قرار صادر عن محكمة ابتدائية رأت أن طلبات الشراء غير الموقعة تمثل "شرط تحكيم يرد في عقد" وبذلك لا يغطيها اشتراطا التوقيع أو تبادل الوثائق.^(٣٥) بيد أنه تجدر الملاحظة بأن ذلك التفسير نُقض في الاستئناف،^(٣٦) ولم يُتبع على نطاق واسع في الولايات المتحدة أو من جانب محاكم دول أخرى. وفي قضايا أخرى، أكدت محاكم الدول أن تعريف "اتفاق مكتوب" يقتضي أن يكون ذلك الاتفاق، سواء كان شرط تحكيم أم اتفاقاً يرد في عقد، موقعاً عليه من الطرفين أو وارداً في سلسلة من الرسائل أو البرقيات المتبادلة بين الطرفين.^(٣٧)

إلى أن طلب الشراء غير الموقع عليه الذي أشار مرتين إلى عقد مرفق يرد فيه شرط التحكيم والذي جرى تنفيذه جزئياً من جانب الطرف الذي يحاول تجنب التحكيم، يفني باشتراط الكتابة).

(35) الولايات المتحدة، المحكمة المحلية - قضية شركة Kahn Lucas Lancaster, Inc. ضد شركة Lark International Ltd (١١ آب/أغسطس ١٩٩٧) (رقم 95 CIV 10506): اتبعت المحكمة قضية شركة Sphere Drake Insurance plc ضد شركة Marine Towing Inc، وامتنعت عن اتباع قضية شركة Sen Mar Inc ضد شركة Tiger Petroleum Corporation: كانت القضية تتعلق بطلبات شراء نفذها المدعي عليه ولكنه لم يوقع عليها؛ ورأت المحكمة أن "شرط التحكيم الذي يرد في العقد يكفي لتغطيته باتفاقية نيويورك؛ وأن "الاتفاق المكتوب" ليس من الضروري أن يكون إما موقعاً عليه من الطرفين أو يرد في رسائل أو برقيات متبادلة، ما دامت المحكمة قادرة، خلافاً لذلك على أن تجد شرط تحكيم في العقد". ولدى الاستئناف (انظر الحاشية ٣٦ أدناه) رُفض ذلك التفسير للمادة الثانية (٢).

(36) الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف الدورية الثانية - قضية شركة Kahn Lucas Lancaster, Inc. ضد شركة Lark International Ltd، ٢٩ تموز/يوليه ١٩٩٩ (186 F 3d 210): قالت المحكمة إن تعريف "اتفاق مكتوب" يقتضي أن يكون ذلك الاتفاق، سواء كان اتفاق تحكيم أم شرط تحكيم يرد في عقد موقعاً عليه من الطرفين أو وارداً في سلسلة من الرسائل أو البرقيات المتبادلة بين الطرفين.

(37) اتبع التعليل المقدم في الاستئناف المتعلق بقضية شركة Kahn Lucas في قضايا لاحقة من جانب المحكمة المحلية في كونتكت كما في قضية شركة Coutinho Caro & Co USA Inc ضد شركة Marcus Trading Inc، ١٤ آذار/مارس ٢٠٠٠، وقضية Judy Tien Lo ضد شركة Aetna International (٢٠٠٠) رقم WL 565465؛ ومن جانب المحكمة المحلية الأمريكية للمنطقة الجنوبية من ولاية كاليفورنيا في قضية شركة Chloe Z Fishing Co., Inc ضد شركة Odyssey Re (London) Ltd، ٢٩ نيسان/أبريل ٢٠٠٠، رقم 109 F Supp 2d 1236، حيث لاحظت المحكمة التفسيرات المختلفة وأعربت عن تفضيلها للتفسير المتعلق بقضية شركة Kahn Lucas (١٩٩٩) (بدلاً من قضية شركة Sphere Drake، (١٩٩٤))، ملاحظة مع ذلك أنه لا يمكن تطبيق وقائع قضية شركة Kahn Lucas على القضية الحالية. وقد اتبعت المحاكم التفسير المتعلق بقضية شركة Kahn Lucas صراحة في عدد من القضايا الأخرى: المحكمة المحلية الأمريكية لمنطقة واشنطن الغربية - قضية شركة Bothell and Bothell ضد شركة Hitachi Rosen Corporation، ١٩ أيار/مايو ٢٠٠٠ (رقم 97 F Supp 2d 1048) حيث رفضت المحكمة اقتراحاً بوقف الإجراءات القانونية على أساس تفسير حصري جداً لتبادل الوثائق؛ وقد ذُكر التعليل الوارد في الاستئناف المتعلق بقضية شركة Kahn Lucas أيضاً في قضية في المملكة المتحدة حيث نظرت المحكمة التجارية التابعة لشعبة مجلس الملكة الخاص، في قضية شركة XL Insurance Ltd ضد

تباين التفسيرات بشأن اشتراط تبادل الوثائق

١٥- لم تقم محاكم الدول بتفسير اشتراط تبادل الوثائق بين الطرفين تفسيراً متسقاً. وقد قامت بعض محاكم الدول بتفسير كلمة "تبادل" تفسيراً ضيقاً بحيث يعني أن الوثيقة التي يرد فيها شرط أو اتفاق تحكيم ينبغي أن يعيدها الطرف الذي أرسلت إليه إلى الطرف الذي أرسلها في البدء.^(٣٨) ووفقاً لذلك الاتجاه في السوابق القضائية، فإن الاشتراط بأن يكون هناك "تبادل" وأن يكون هناك لذلك عرض مكتوب بشأن عقد يرد فيه شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم وقبول مكتوب يستثني مجموعة كبيرة من الحالات الوقائية.^(٣٩) وفي قضايا أخرى، كانت الإشارة إلى شرط أو اتفاق تحكيم في رسائل لاحقة صادرة عن الطرف الذي أرسل إليه شرط أو اتفاق التحكيم قد اعتبرت كافية للوفاء باشتراط الشكل المنصوص عليه في المادة الثانية (٢).^(٤٠)

باء- تطبيق مبادئ أخرى حيث لا يجري الوفاء باشتراطات الشكل بصورة أو بأخرى

الاعتماد على تصرف الطرفين ("الإغلاق الحكمي" ("estoppel"))

١٦- نشأت المسألة بشأن ما إذا كان الطرف الذي تصرف فيما يتعلق باتفاق التحكيم بصورة محددة، دون اعتراض، يُمنع في وقت لاحق، لأسباب حسن النية، من التذرع بعدم الامتثال لاتفاق التحكيم ذي الشكل المكتوب، حسبما تقتضي ذلك المادة الثانية (٢). ولا يوجد في السوابق القضائية أي دليل على نهج يؤخذ به.

١٧- وقد اعترفت محاكم الدول، في عدد من القرارات، باتفاق التحكيم بدون وجود كتابة، استناداً إلى تصرف الطرفين، إما بالرجوع إلى مبادئ قانون العقود الداخلي^(٤١) أو

Owens Corning، ٢٨ تموز/يوليه ٢٠٠٠، رقم 2 Lloyd's Rep 500 (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ٨٦٩).

(38) إيطاليا، محكمة استئناف نابولي (١٩٧٤)، (حولية التحكيم التجاري الأولى (١٩٧٦)، القضية رقم ١١، الصفحة ١٩٣).

(39) الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1، الفقرة ١٢.

(40) إيطاليا، محكمة استئناف فلورنسا (١٩٧٧)، (حولية التحكيم التجاري الرابعة (١٩٧٩)، القضية رقم ٢٩، الصفحة ٢٨٩).

(41) الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف الدورية السابعة - قضية Mary D. Slaney (الولايات المتحدة) ضد International Amateur Athletic Federation (موناكو)، ٢٧ آذار/مارس ٢٠٠١ (حولية التحكيم التجاري

باعتبار أن الصيغة الجوازية الواردة في المادة الخامسة (١)؛ أي "يجوز رفض الاعتراف"، تتيح للمحاكم بعض المرونة في تقرير ما إذا كان اتفاق التحكيم قد أبرم بصورة صحيحة.^(٤٢) وإضافة إلى ذلك، رأت إحدى المحاكم أن عدم وجود شكل مكتوب قد جرى الوفاء به عن طريق المشاركة في التحكيم بدون اعتراض.^(٤٣) بيد أن الحدود المفروضة على تطبيق هذا المبدأ كانت أقل وضوحاً، إذ جاء في بعض قرارات المحاكم أن التصرفات الخاصة بالتنفيذ يجب أن تشير مباشرة إلى اتفاق التحكيم أو تسمح للمحكمة بأن تستنتج بأن الطرف يرغب في قبول اتفاق التحكيم.^(٤٤)

إدراج شرط أو اتفاق التحكيم بمجرد الإشارة أو العلاقات التجارية المعتادة

١٨ - لم تعالج اتفاقية نيويورك مسألة الاعتراف بشرط أو اتفاق تحكيم يتبين، رغم عدم وفائه باشتراط الشكل، أنه مدرج في عقد أو رسائل أو برقيات متبادلة بالإشارة فحسب.

السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ١٠٩١): قررت المحكمة أنه يجوز للأطراف التي لم توقع على اتفاق التحكيم أن يكونوا، مع ذلك، ملزمين بمبادئ العقد والوكالة المعتادة، بما في ذلك الإغلاق الحكمي.

(42) هونغ كونغ، المحكمة العليا - قضية China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch (الصين الشعبية) ضد شركة Gee Tai Holdings Co Ltd، ١٣ تموز/يوليه ١٩٩٤ (حولية التحكيم التجاري العشرون (١٩٩٥)، الصفحة ٦٧١): حللت المحكمة المبدأ القانوني للإغلاق الحكمي وارتأت أن المبدأ موجود في صلب اتفاقية نيويورك.

(43) اليونان، محكمة استئناف أثينا - قضية شركة يونانية ضد شركة ألمانية، القرار رقم ٤٤٥٨ (١٩٨٤) (حولية التحكيم التجاري الرابعة عشرة (١٩٨٩)، الصفحة ٦٣٨): عولج عدم وجود الشكل المكتوب عن طريق المشاركة في التحكيم بدون اعتراض؛ ولبلوغ ذلك الاستنتاج، طبقت المحكمة القانون الداخلي الذي يحكم إجراءات التحكيم (بدون الإشارة إلى المادة السابعة (١) من اتفاقية نيويورك).

(44) اسبانيا، المحكمة العليا - قضية شركة Delta Cereales Espana SL (اسبانيا) ضد شركة Barredo Hermanos SA (اسبانيا)، ٦ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٨ (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ٨٥٤): "يهدف تفسير المحكمة إلى التأكد، من الاتصالات ومستندات الطرفين، ما إذا كانا يرغبان في إدراج شرط التحكيم في عقدهما أو القيام، بصورة عامة، بعرض نزاعهما على التحكيم؛" غير أنه في هذه القضية، لم تتضمن الوثائق التي قدمتها شركة Delta أو شركة Barredo شرط تحكيم يفني بمقتضى المادة الثانية (٢) لأنها لم تكن موقعة من الطرف الآخر؛ سويسرا، محكمة استئناف جنيف - قضية شركة C Import and Export Company (الصين الشعبية) ضد شركة G SA (سويسرا)، ١١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٧، (حولية التحكيم التجاري الثالثة والعشرون (١٩٩٨)، الصفحة ٧٦٤): ذكرت المحكمة أن اتفاقية نيويورك تسمح، إلى جانب المستندات المكتوبة والموقعة، بالمستندات الأقل دقة من حيث الشكل ولكنها مقبولة في العرف التجاري للطرفين.

١٩ - وفيما يتعلق بالإدراج بالإشارة، رأت محاكم الدول أن المادة الثانية (٢) تقتضي بأن اتفاق التحكيم يجب أن يشار إليه في العقد الرئيسي،^(٤٥) ما لم تكن هناك علاقة عمل متواصلة بين الطرفين.^(٤٦) وفي حالة العلاقات المستمرة، يعتبر شرط التحكيم مدرجا بالإشارة حتى إن لم يتلق الطرف الآخر النص الفعلي على أساس الافتراض بأن لدى ذلك الطرف علم بشرط التحكيم.^(٤٧)

٢٠ - وقد اتبع في عدد من القضايا نهج أوسع من ذلك يبين أن الإدراج بالإشارة يمكن تبيّنه حتى إذا لم يكن شرط التحكيم واردا في العقد الرئيسي، شريطة أن يكون هناك نوع من الإشارة الكتابية إلى الوثيقة التي تتضمن ذلك الشرط وإن يكون الطرف الذي جرى التدرع بالشرط ضده على علم بمحتويات الوثيقة عندما أبرم العقد وقبل إدراج الوثيقة في

(45) إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة Molini Lo Presti SpA (إيطاليا) ضد Continentale Italiana SpA (إيطاليا)، ٢ آذار/مارس ١٩٩٦ (حولية التحكيم التجاري الثانية والعشرون (١٩٩٧)، صفة ٧٣٤): اعتبر أن الإشارة في العقد إلى شرط تحكيم يرد في اتفاق معتاد كافية لإدراج شرط التحكيم بالإشارة.

(46) فرنسا، المحكمة العليا - قضية شركة Bomar Oil N.V. (جزر الأنتيل الهولندية) ضد المؤسسة التونسية للأنشطة البترولية (تونس)، ٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٣ (حولية التحكيم التجاري العشرون (١٩٩٥)، الصفحة ٦٦٠): التلكسات المتبادلة التي أشارت إلى "الممارسات الصناعية القياسية" و "العقد القياسي" و "الممارسة في التجارة الدولية" قُدمت إثباتا على الموافقة على التحكيم؛ ألمانيا، محكمة The BayObLG، ١٧ أيلول/سبتمبر ١٩٩٨ (رقم 4 Z Sch 01/98): عقد البيع الموقع عليه من الطرفين والذي أدرج صراحة "الأحكام والشروط مطبوعة على الجانب الخلفي"، بما في ذلك شرط التحكيم، وباشتراط الشكل المنصوص عليه في المادة الثانية (٢) لأنه لم يشر إلى وثيقة منفصلة.

(47) ألمانيا، شليسفيغ - ٣٠ آذار/مارس ٢٠٠٠، رقم 16 SchH 05/99: رئي أن العقد الذي يشير إلى شروط وأحكام على الجانب الخلفي من استمارة العقد القياسية ويستخدمه الطرفان منذ عدة سنوات يفرض باشتراط الشكل الكتابي بالرغم من أن الجانب الخلفي من العقد لم يصل إطلاقا إلى الطرف الآخر؛ سويسرا، المحكمة العليا الاتحادية - قضية شركة Tradax Export S.A. (بنما) ضد شركة Amoco Iran Oil Company (الولايات المتحدة)، ٧ شباط/فبراير ١٩٨٤، (حولية التحكيم التجاري الحادية عشرة (١٩٨٦)، الصفحة ٥٣٢): رأت المحكمة أن المادة الثانية (٢) لا تتضمن نصا بشأن مسألة الإدراج بالإشارة وأنه لا توجد حلول متسقة لتلك المسألة؛ وقد تضمنت مشاركة الاستئجار شرط تحكيم ساري المفعول، وكان السؤال يتعلق بما إذا كان شرط التحكيم مدرجا أيضا بالإشارة إلى مشاركة الاستئجار في سند الشحن؛ وفي القضية الراهنة، تتعلق القضية بشركتين تجاريتين راسختي الأساس وتلتمان باستخدام الشروط القياسية في مشارطات الاستئجار؛ ومن ثم توصلت المحكمة إلى الاستنتاج بأنه لما كان سند الشحن يشير إلى جميع الشروط والأحكام الواردة في مشاركة الاستئجار التي تشمل أيضا شرط التحكيم، ونظرا إلى خبرة الطرفين المعينين، فإنه يمكن الافتراض بأن المدعى عليه (التابع لمجموعة Amoco) كان يعلم أو كان عليه أن يعلم الجوانب ذات الصلة من عقد النقل؛ وارتأت المحكمة أن شرط التحكيم يكون، لذلك، ساري المفعول.

العقد.^(٤٨) وفي قضية أخرى، إذ لاحظت المحكمة أن اتفاقية نيويورك تعزز سياسة قوية تفضل التحكيم على التقاضي وأن هذه السياسة تطبق بقوة خاصة في مجال التجارة الدولية، رأت أن إدراج شرط التحكيم بالإشارة في الرسائل المتبادلة بين الطرفين كاف،^(٤٩) رغم أن الطرفين لم يوقعوا على أي اتفاق تحكيم.

٢١- وفي قضايا أخرى، ارتأت محاكم الدول أنه لا حاجة إلى أن تتعلق الإشارة بالتحديد بشرط التحكيم بل بالعقد ككل، شريطة أن توفر للطرفين إمكانية التدقيق في الأحكام

(48) فرنسا، المحكمة العليا - قضية شركة Bomar Oil N.V. (جزر الأنتيل الهولندية) ضد المؤسسة التونسية للأنشطة البترولية (تونس)، ١١ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٨٩ (حولية التحكيم التجاري الخامسة عشرة (١٩٩٠)، الصفحة ٤٤٧): ذكرت المحكمة أنه على الرغم من أن اتفاقية نيويورك لم تستبعد الاعتراف باتفاق التحكيم المدرج بالإشارة، تقتضي المادة الثانية (٢) "أن يشار إلى وجود الشرط في العقد الرئيسي، ما لم تكن هناك بين الطرفين علاقة عمل طويلة الأمد تكفل كونهما يلمان بدقة بالشروط المكتوبة التي تحكم علاقتهما التجارية عادة". فرنسا، المحكمة العليا - قضية شركة Bomar Oil N.V. (جزر الأنتيل الهولندية) ضد المؤسسة التونسية للأنشطة البترولية (تونس)، ٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٣ (حولية التحكيم التجاري العشرون (١٩٩٥)، الصفحة ٦٦٠): رأت المحكمة دون الإشارة إلى اتفاقية نيويورك، أنه: "في مجال التحكيم الدولي، يجوز لشرط التحكيم، إن لم يذكر في العقد الرئيسي، أن يُذكر على الوجه الصحيح عن طريق الإشارة كتابة إلى وثيقة يرد فيها، كأحكام عامة أو عقد قياسي مثلا، عندما يكون الطرف الذي جرى التذرع بالشرط ضده مدركا محتويات تلك الوثيقة وقت إبرام العقد وعندما يكون، مع ذلك، قد قبل إدراج الوثيقة في العقد؛ أستراليا، المحكمة العليا في كوينزلند، شعبة محاكم الاستئناف - ٢٧ حزيران/يونيه ٢٠٠٠، قضية Austin John Montague ضد شركة Commonwealth Development Corporation (المملكة المتحدة)، الاستئناف رقم ٨١٥٩، (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ٧٤٤): رأت المحكمة العليا في كوينزلند أن التوقيع على الإطار المرجعي كجزء من إجراء التحكيم لغرفة التجارة الدولية يعادل اتفاقا مكتوبا؛ الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الشرقية من ولاية نيويورك - قضية شركة Stony Brook Marine Transportation Corp. ضد Leslie Wilton وآخرين: قسيمة الطلب التي يعدها وكيل أحد الطرفين ويوقع عليها وكيل الطرف الآخر، والتي تشير إلى اتفاق تحكيم، تعتبر، في سياق عرف وممارسات شركات التأمين البحري، إدراجا لشرط التحكيم بالإشارة؛ اسبانيا، المحكمة العليا - قضية Consmaremma (إيطاليا) ضد شركة Hermanos Madrid SA (اسبانيا)، ٢٠ شباط/فبراير ٢٠٠١، (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ٨٥٨): وثيقة تأكيد البيع التي تشمل على شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية وإشارة إلى استمارة، تتضمن أيضا شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية، لم يوقع عليها إلا طرف واحد. ورأت المحكمة العليا أن اتفاقية نيويورك تنطبق وأنه جرى الوفاء باشتراطات المادة الثانية (٢) لأنه ذكر أن العقد الأصلي الذي يتضمن شرط تحكيم، مع العقد اللاحق، يدل على أن الطرفين اعترفا أن يعرضا للتحكيم النزاعات التي تنشأ عن عقدهما. سويسرا، المحكمة العليا - قضية G S.A. (سويسرا) ضد T Ltd (المملكة المتحدة)، ١٢ كانون الثاني/يناير ١٩٨٩ (حولية التحكيم التجاري الخامسة عشرة (١٩٩٠)، الصفحة ٥٠٩): الاتفاق الناتج عن تبادل وثائق مكتوبة لا يحتاج إلى ذكر شرط التحكيم، والإشارة العامة إلى عقد يتضمن شرط تحكيم يعتبر كافيا للوفاء باشتراط الشكل بمقتضى المادة الثانية (٢).

(49) الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف الدورية الثالثة - ٢٠ حزيران/يونيه ٢٠٠٣، القضية رقم 02-2169، (حولية التحكيم التجاري التاسعة والعشرون (٢٠٠٤)، الصفحة ٩٧٨).

العامّة، أي عندما تُطبع على الجانب الخلفي أو يكون معروفاً أنّها ناتجة عن اتصال تجاري منتظم بين الطرفين أو حيثما يتعين أن يكون الطرفان على علم بالوثيقة بسبب الأعراف التجارية.^(٥٠) وفي بعض القضايا، لم يُقبل الإدراج بالإشارة لأن الإشارة لم تكن جلية أو كانت غامضة بحسب الممارسة المعتادة في التجارة. ووفقاً لقضايا أخرى، إذا كان شرط التحكيم مدرجاً في وثيقة وإذا ثبت أن الطرفين ملزمان بعقد، يتضمن شروط تلك الوثيقة، فإنه لا يطلب أي إثبات إضافي على اتفاق التحكيم.^(٥١)

جيم - وسائل الاتصال الجديدة

٢٢ - أدى وجود إشارة صريحة إلى عبارة "رسالة أو برقية" في المادة الثانية (٢) إلى إثارة التساؤل عما إذا كانت الوسائل الجديدة لإنشاء الاتصالات وتسجيلها (بالإضافة إلى الرسائل والبرقيات) ستعتبر مستوفية لاشتراطات الشكل الواردة في المادة الثانية (٢). ولقد لقي هذا التساؤل رداً إيجابياً من معظم محاكم الدول فيما يتعلق بالتلكسات^(٥٢) والتلفاكسات

(50) سويسرا، محكمة الاستئناف، مقاطعة بازل - قضية شركة DIETF Ltd ضد شركة RF AG، ٥ تموز/يوليه ١٩٩٤، (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرون (١٩٩٦)، الصفحة ٦٨٥): أرسل بائع طلب تأكيد إلى مشتر يتضمن على جانبه الخلفي إشارة إلى لوائح الأعمال التجارية العامة التي تشتمل على شرط تحكيم؛ وردّ المشتري بواسطة الفاكس مشيراً إلى تأكيد الطلب مع طلبات معينة بشأن تعبئة وتغليف البضائع، الخ؛ ورأت المحكمة أن اشتراطات الشكل بمقتضى المادة الثانية (٢) قد استوفيت بالقول إن القبول الكتابي لم يكن بحاجة إلى أن يشار خصيصاً إلى شرط التحكيم ولكنه يجوز أن يكون متعلقاً بالعقد بكامله.

(51) المملكة المتحدة، محكمة الاستئناف - قضية شركة Zambia Steel & Building Supplies Ltd ضد شركة James Clark & Eaton Ltd، ١٦ أيار/مايو ١٩٨٦، (رقم 2 Lloyd's Rep. 225 (1٩٨٦)): رأت المحكمة، مشيرة إلى قانون التحكيم الانكليزي لعام ١٩٧٥، أنه "حالما يكون من الواضح أنه ليس المطلوب أن تكون الموافقة على الشروط المكتوبة مشمولة في الاتفاق المكتوب، بل يجوز إثبات تلك الموافقة على الشروط المكتوبة بدليل آخر، بحيث يكون (...) عندئذ أي دليل يثبت أن الطرف قد وافق على أن يلتزم باتفاق [تحكيم] (...) يرد في وثيقة أو وثائق، كافياً لجعل الوثيقة أو الوثائق اتفاق [تحكيم] مكتوباً (...). وقد اتبع التعليل الخاص بقضية Zambia Steel (١٩٨٦) في قرار صادر عن المحكمة التجارية التابعة لشعبة مجلس الملكة الخاص في قضية عبد الله م. فهيم وشركاه (اليمن) ضد شركة مارب اليمنية للتأمين وتومن Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (المملكة المتحدة) (١٩٧٧)، (حولية التحكيم التجاري الثالثة والعشرون (١٩٩٨)، الصفحة ٧٨٩) حيث طُلب وقف إجراءات المحكمة بالتذرع باتفاق تحكيم؛ وقد استشهدت المحكمة بقانون التحكيم الانكليزي ورأت أن القانون ينص على معنى واسع جداً لعبارة "مكتوب"، حتى أنّها أوسع من نص المادة ٧ (٢) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ولكنه ذكر أنه ما زال متوافقاً مع المادة الثانية (٢)؛ ورأت المحكمة أنه إذا كان اتفاق التحكيم مدرجاً في وثيقة وإذا ثبت أن الطرفين يلتزمان بعقد يتضمن شروط تلك الوثيقة، لا يعود تقديم إثبات إضافي مطلوباً.

(52) الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية من ولاية نيويورك - قضية الشركة الشرقية للتجارة والنقل البحري المحدودة (Oriental Commercial and Shipping Co Ltd) (المملكة العربية السعودية) و Oriental

والنسخ البرقي.^(٥٣) وذكرت احدى المحاكم أن المادة الثانية (٢) لا يمكن أن تكون قد قصدت استبعاد جميع الأشكال الأخرى للخطابات المكتوبة التي تستخدم بانتظام في القيام بالأعمال التجارية.^(٥٤) وفي بعض القضايا، ارتأت محاكم الدول أنه على الرغم من أن اشتراط الشكل يعني وجوب أن يكون اتفاق التحكيم في شكل مكتوب، فإنه يكفي أن يكون الاتفاق واردا في وثيقة تتيح إثباتا وتأكيدا كتابيين للنية المشتركة للطرفين.^(٥٥)

٢٣- وفي قضية أخرى، ارتأت محكمة إحدى الدول أن المادة الثانية (٢) ينبغي أن تفسر وتطبق في ضوء الاشتراطات الأقل تقييدا للفقرة (٢) من المادة ٧ من قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة ١٧٨ من التشريع السويسري للقانون الدولي الخاص.^(٥٦) وذكرت تلك المحكمة أنه في ضوء وسائل الاتصال الحديثة، تظطلع الكتابات

Commercial and Shipping Co (UK) Ltd (المملكة المتحدة) ضد شركة Rosseel N.V. (بلجيكا)، ٤ آذار/مارس ١٩٨٥، (609 F Supp)؛ فرنسا، محكمة استئناف باريس - قضية شركة Bomar Oil NV ضد المؤسسة التونسية للأنشطة البترولية، ٢٠ كانون الثاني/يناير ١٩٨٧ (مجلة التحكيم لسنة ١٩٨٧، الصفحة ٤٨٢)؛ سويسرا، المحكمة الاتحادية، قضية شركة G.S.A. ضد شركة T Ltd، ١٢ كانون الثاني/يناير ١٩٨٩، (حولية التحكيم التجاري الخامسة عشرة ١٩٩٠)؛ إيطاليا، محكمة سافونا - قضية Dimitros Varverakis ضد شركة Companis de Navigacion Artico SA، ٢٦ آذار/مارس ١٩٨١، (حولية التحكيم التجاري العاشرة ١٩٨٥)؛ النمسا، المحكمة العليا - ٢ أيار/مايو ١٩٧٢، (حولية التحكيم التجاري العاشرة ١٩٨٥)؛ سويسرا، المحكمة العليا الاتحادية - قضية شركة Tracom SA ضد شركة Sudan Oil Seeds Co (١٩٨٧)، (حولية التحكيم التجاري الثانية عشرة ١٩٨٧).

(53) الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف الدائرة الثانية - قضية شركة Titan Inc ضد شركة Guangzhou Zhen Hua Shopping Co Ltd، ١٥ شباط/فبراير ٢٠٠١ (241 F 3d 135)؛ ألمانيا، محكمة OLG، هامبورغ، ٣٠ تموز/يوليه ١٩٩٨ (حولية التحكيم التجاري الخامسة والعشرون ٢٠٠٠)، (الصفحة ٧١٤): ارتأت المحكمة أنه في ضوء التطورات التكنولوجية، يجب أن تعامل التلكسات والفاكسات - شأنها شأن البرقيات - كرسائل في إطار المعنى المقصود في المادة الثانية (٢)؛ سويسرا، المحكمة العليا الاتحادية - قضية شركة Tracom S.A. (سويسرا) ضد شركة Sudan Oil Seeds Co Ltd (المملكة المتحدة)، ٥ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٥ (حولية التحكيم التجاري الثانية عشرة ١٩٨٧)، (الصفحة ٥١١): ارتأت المحكمة العليا أن التلكسات والرسائل المتعلقة بتسوية النزاعات بالتحكيم وتعيين محكم بالتلكس أمور تستوفي اشتراطات الشكل التي تقصدها المادة الثانية (٢).

(54) الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية من ولاية كاليفورنيا - قضية شركة Chloe Z Fishing Co Inc. وآخرين ضد شركة Odyssey Re (London) Ltd (٢٠٠٠) (109 F Supp 2d 1236).

(55) سويسرا، محكمة الاستئناف في بازل - قضية شركة DIETF Ltd ضد شركة RF AG (١٩٩٤).

(56) سويسرا، المحكمة الاتحادية - قضية شركة Compagnie de Navigation de Transports SA ضد شركة MSC Mediterranean Shipping Company SA (١٩٩٥) رقم BGE 121 III 38، نشرة الرابطة السويسرية للتحكيم، العدد ١٩٩٥/٣، الصفحة ٥٠٣: تنص المادة ١٧٨ من التشريع الاتحادي للقانون الدولي الخاص

غير الموقع عليها بدور متزايد الأهمية بينما تصبح اشتراطات التوقيع أقل أهمية، وقد يتسنى لتصرف محدد، في حالات معينة، أن يحل محل اشتراط الشكل بموجب قواعد حسن النية. إلا أن هذا التفسير لا يلقي قبولا عالميا، كما رأيت محكمة واحدة على الأقل أن تبادل الرسائل بالبريد الإلكتروني لا تفي باشتراط الشكل الذي تقتضيه المادة الثانية (٢).^(٥٧)

ثانيا- التداخل بين المادة الثانية (٢) والمادة السابعة (١) من اتفاقية نيويورك

٢٤- وُصفت اتفاقية نيويورك بأنها "مؤيدة للإنفاذ" من حيث أنها تسعى إلى تشجيع إنفاذ قرارات التحكيم في أكبر عدد ممكن من القضايا. وقد تحقق ذلك المقصد من خلال المادة السابعة (١) بإلغاء الشروط المتعلقة بالاعتراف والإنفاذ في القوانين الوطنية الأكثر صرامة من الشروط الواردة في اتفاقية نيويورك، مع السماح في نفس الوقت باستمرار تطبيق أي أحكام وطنية تمنح حقوقا خاصة أو أكثر مؤاتاة للطرف الذي يسعى إلى إنفاذ قرار تحكيم (الفقرة ٢١ من الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1).

٢٥- وطالما كانت هناك قوانين وطنية كثيرة تنظم أيضا الصحة الشكلية لاتفاقيات التحكيم كان على محاكم الدول أن تحدد كيف تقيم علاقة بين تلك القواعد الوطنية واشتراطات الشكل التي تنص عليها المادة الثانية (٢). أما مسألة ما إذا كان يمكن لمحاكم الدول أن تطبق قوانينها الخاصة الأكثر تسامحا بموجب المادة السابعة (١) بدلا من الاشتراطات الأكثر صرامة التي تتضمنها اتفاقية نيويورك فتثير عدة أسئلة.

ألف- اشتراطات الشكل الموحدة أو القصوى

٢٦- السؤال الأول الذي يطرح هنا هو ما إذا كان ينبغي تفسير اتفاقية نيويورك على أنها تنص على اشتراط شكل موحد يجب أن تمثل له اتفاقيات التحكيم التي تتم في إطار اتفاقية

على ما يلي: "فيما يتعلق بالشكل، يكون اتفاق التحكيم صحيحا إذا تم كتابة بواسطة البرق أو التلكس أو الفاكس أو أي وسيلة اتصال أخرى تتيح البرهنة عليه بنص (...)."

(57) النرويج، محكمة استئناف هالوغالاند - ١٦ آب/أغسطس ١٩٩٩ (تقرير استكهولم للتحكيم (١٩٩٩) المجلد الثاني، الصفحة ١٢١): رأيت المحكمة أن العقد المبرم بموجب رسائل إلكترونية متبادلة بالإشارة إلى مشاركة GENCON لا يشكل اتفاق تحكيم مكتوبا وفقا للمادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك. وخلصت المحكمة إلى أن الرسائل الإلكترونية المتبادلة إلى جانب نسخة من مشاركة GENCON لم يكن موقعا عليها، لا تستوفي "الاشتراطات الأساسية للحماية القانونية التي تتيحها الاتفاقية".

نيويورك،^(٥٨) أو ما إذا كانت المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك ترسي اشتراطاً أقصى للشكل (وبذلك تتيح للدول حرية اعتماد اشتراطات أقل صرامة).^(٥٩) (الفقرتان ٢١ و ٢٢ من الوثيقة (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1).

٢٧- وثمة قوانين داخلية عديدة تتخذ هجاءاً أوسع فيما يخص الاشتراطات المنصوص عليها في المادة الثانية (٢). كما توجد في الواقع حالات فضّلت فيها محاكم الدول تطبيق القانون المحلي على اتفاقية نيويورك من أجل دعم أحد شروط التحكيم،^(٦٠) كما استند عدد من

(58) سويسرا، المحكمة العليا الاتحادية - قضية شركة Tradax Export S.A. (بنما) ضد شركة Amoco Iran Oil Company (الولايات المتحدة)، ٧ شباط/فبراير ١٩٨٤ (حولية التحكيم التجاري الحادية عشرة (١٩٨٦)، الصفحة ٥٣٢)، وسويسرا، المحكمة العليا الاتحادية - قضية شركة Tracom S.A. (سويسرا) ضد شركة Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (المملكة المتحدة)، ٥ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٥. (حولية التحكيم التجاري الثانية عشرة (١٩٨٧)، الصفحة ٥١١): شددت المحكمة في القضيتين على صفة القاعدة الموحدة للمادة الثانية، فذكرت "أن المادة الثانية تتضمن قواعد انطباق موحدة تحل، في الحالات التي تنطبق عليها الاتفاقية محل القانون الوطني"؛ محكمة OLG في شليسفيغ - ٣٠ آذار/مارس ٢٠٠٠، رقم 16 SchH 05/99: تبطل المادة الثانية (٢) أي قانون وطني فيما يتعلق باشتراطات الشكل، كما أن مبدأ التفسير المستقل يعني أن القانون الوطني لا يمكن تطبيقه من أجل تفسير وانطباق اتفاق التحكيم سواء كانت أكثر أو أقل صرامة من المادة الثانية (٢) بشأن اشتراطات الشكل.

(59) ألمانيا، محكمة استئناف كولونيا - قضية بائع دافركي ضد مشتر ألماني، ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٢ (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرون (١٩٩٦)، الصفحة ٥٣٥): ذكرت المحكمة "أن المادة الثانية (٢) من الاتفاقية لا تنص على قاعدة موحدة، على نحو ما يمكن استخلاصه من المادة السابعة (١) من الاتفاقية (...). (انظر كذلك الحاشية ٨ من هذه الوثيقة).

(60) هولندا، المحكمة الابتدائية، روتردام - ٢٨ أيلول/سبتمبر ١٩٩٥، قضية شركة Petrasol BV (هولندا) ضد شركة Stolt Spur Inc. (ليبيريا) (حولية التحكيم التجاري الثانية والعشرون، الصفحات ٧٦٢-٧٦٥): أكدت المحكمة "أن أحكام اتفاقية نيويورك (خصوصاً المادة الثانية) لا تحول دون تطبيق المادة ١٠٧٤ من قانون الإجراءات المدنية، بسبب وجود حكم قانوني أكثر مؤاتاة في المادة السابعة من الاتفاقية بتعين تطبيقه عن طريق القياس"؛ الهند، محكمة دلهي العليا - ١٥ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٣ (القضية رقم ١٤٤٠ لسنة ١٩٩٠ و I.A No. 5206 لسنة ١٩٩٠، ١٥ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٣)، قضية Gas Authority of India, Ltd ضد شركة SPIE-CAPAG, SA (فرنسا) وشركة Nippon Kokan Corporation (اليابان)، وشركة Toyo Engineering Corporation (اليابان)، وغرفة التجارة الدولية (حولية التحكيم التجاري الثالثة والعشرون، الصفحات ٦٨٨-٧١٢): أكدت المحكمة "أن الأطراف في اتفاق تحكيم تجاري دولي يمكنهم أن يطلبوا إنفاذ قرار تحكيم استناداً إلى القانون الداخلي بدلاً من الاتفاقية، على الرغم من أنهم ربما يكونون قد اتفقوا على إنفاذ اتفاق للتحكيم بموجب المادة الثانية من الاتفاقية. وعندما لا ينتج عن اتفاق التحكيم قرار تحكيمي يمكن إنفاذه بمقتضى الاتفاقية، فإنه ما زال من الممكن إنفاذه بمقتضى قانون داخلي هندي مواز، أي قانون التحكيم الهندي"؛ فرنسا، المحكمة العليا - قضية شركة Bomar Oil NV (جزر الأنتيل الهولندية) ضد المؤسسة التونسية للأنشطة البترولية، ٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٣ (حولية التحكيم التجاري العشرين (١٩٩٥) الصفحة ٦٦٠)؛ فرنسا، محكمة استئناف فرساي - قضية شركة Bomar Oil NV (جزر الأنتيل الهولندية) ضد المؤسسة التونسية للأنشطة البترولية، ٢٣ كانون الثاني/يناير ١٩٩١ (حولية التحكيم التجاري السابعة عشرة

قرارات المحاكم إلى المادة السابعة (١) في تأييد صحة اتفاق التحكيم الذي يتم بموجب القانون الداخلي والذي لم يكن يعتبر صحيحاً بمقتضى اتفاقية نيويورك.^(٦١) وفي إحدى القضايا، ارتأت المحكمة "أن مبادئ التعاقد العامة تُفرض في حالة غياب توقيع الأطراف الملتزمة بنص تحكيم مكتوب".^(٦٢) وفي قضية أخرى، نفذت المحكمة قرار تحكيم استند إلى المادة السابعة (١) من اتفاقية نيويورك بسبب عدم الوفاء باشتراطات الشكل بمقتضى المادة الثانية (٢).^(٦٣)

٢٨- وفي عدد من القضايا المتصلة بالتحكيم الدولي، استشهدت محاكم الدول باتفاقية نيويورك، ولكنها طبقت فيما بعد المبادئ القانونية الداخلية للبت فيما إذا كان اتفاق التحكيم صحيحاً وقابلًا للنفذ.^(٦٤)

(١٩٩٢)، الصفحات ٤٨٨-٤٩٠): عولجت هذه المسألة في القرار الذي أصدرته محكمة استئناف باريس عام ١٩٨٧ في قضية شركة *Bomar Oil NV*، والذي ارتأت فيه أن المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك تشكل "قاعدة موضوعية يجب تطبيقها في جميع الحالات". وألغت محكمة النقض هذا القرار بعد ذلك، وإن كانت هذه المسألة لم يتم تناولها بشكل مباشر.

(61) المحكمة العليا (ألمانيا) - ٢٥ أيار/مايو ١٩٧٠ (حولية التحكيم التجاري لسنة ١٩٧٧، الصفحة ٢٣٧)؛ هولندا، محكمة الاستئناف في لاهاي - قضية شركة *Owerri commercial Inc.* ضد شركة *Dielle Srl.* (إيطاليا)، ٤ آب/أغسطس ١٩٩٣، (حولية التحكيم التجاري التاسعة عشرة، الصفحة ٧٠٣).

(62) الولايات المتحدة، المحكمة المحلية لمنطقة نيويورك - قضية شركة *Beromun Aktiengesellschaft* ضد *Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro*، ٣ نيسان/أبريل ١٩٧٩، (41 F Supp 1163).

(63) ألمانيا، محكمة *OLG Koeln*، (١٩٩٢) (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرون (١٩٨٦)، الصفحة ٥٣٥).

(64) الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية من ولاية نيويورك - قضية شركة *Beromun Aktiengesellschaft* ضد شركة *Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro*، ٣ نيسان/أبريل ١٩٧٩، (41 F Supp 1163)؛ الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف للدائرة الثانية - قضية شركة *Genesco Inc.* ضد شركة *Kakiuchi & Co*، ١ نيسان/أبريل ١٩٨٧ (815 F 2d 840)؛ اعتمدت المحاكم هوجا مماثلة تطبق القانون الداخلي: في قضية *Jamaica Commodity Trading Company Limited* ضد *Connell Rice & Sugar Co, Inc.*، ١٤ أيار/مايو ١٩٨٥ (85 Civ 1210)، الولايات المتحدة، قررت المحكمة الأمريكية المحلية للمنطقة الجنوبية من ولاية نيويورك، أنه ولئن كان اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً ليتسنى إنفاذه، فإنه لا يوجد أي اشتراط للتوقيع عليه؛ وفي قضية شركة *Astor Chocolate Corporation* ضد شركة *Mikroverk Ltd*، ٢٠ كانون الثاني/يناير ١٩٨٩، (704 F Supp 30 (EDNY))، الولايات المتحدة، ارتأت المحكمة المحلية للمنطقة الشرقية من ولاية نيويورك أنه في حين أن القانون الاتحادي يحكم مسألة نطاق شرط التحكيم، فإنه قانون الولاية هو الذي يتّبع فيما إذا كان ذلك الشرط يشكل جزءاً من العقد أم لا. وفي قضية شركة *Reaseguradora Progressive Casualty Insurance Co.* المرفوعة ضد شركة *Nacional de Venezuela* (١٩٩٣) (991 F Supp 2d 42): تجاهلت محكمة الاستئناف للدائرة الثانية اتفاقية

٢٩- لم تكن محاكم الدول تنظر إلى اتفاقية نيويورك بشكل دائم على أنها تحل محل القانون الداخلي، إذ إن بعض المحاكم طبقت القانون الداخلي دون أن ترجع إلى المادة السابعة (١) من اتفاقية نيويورك،^(٦٥) مرتأية أنه في حين أن أي اتفاق للتحكيم يجب أن يكون مكتوباً، فإنه لا يوجد أي اشتراط بوجود توقيع عليه وأنه، في حالة عدم وجود توقيع، تكون مبادئ التعاقد العامة هي التي تحكم ما إذا كان الطرفان ملتزمين باتفاق التحكيم أم لا.^(٦٦) وعلى

نيويورك وارتأت، مستشهدة بقضايا داخلية فقط، أنه طبقاً لقانون نيويورك، يعتبر اتفاق التحكيم ملزماً بمجرد ادراج اشارة إليه؛ وفي قضية شركة Overseas Cosmos Inc ضد شركة NR Vessel Corp (١٩٩٧) (97 Civ 5898)، الولايات المتحدة، استشهدت المحكمة المحلية الأمريكية للمنطقة الجنوبية من ولاية كاليفورنيا بقضية شركة Genesco (١٩٨٧) وارتأت أن الأمر الراسخ الأساس هو أنه يجوز اعتبار الطرف ملتزماً باتفاق التحكيم حتى وإن كان لم يوقع على ذلك الاتفاق. وفي حالة عدم وجود توقيعات، نفرض مبادئ التعاقد العامة، سواء كانت الأطراف المعنية ملتزمة بالاتفاق أم غير ملتزمة به؛ المملكة المتحدة، المحكمة التجارية التابعة لشعبة مجلس الملكة الخاص - قضية شركة XL Insurance Ltd ضد شركة Owens Corning، ٢٨ تموز/يوليه ٢٠٠٠ (2 Lloyd's Rep 500)، (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ٨٦٩)؛ المملكة المتحدة، محكمة الاستئناف - قضية شركة Zambia Steel & Building supplies Ltd ضد شركة James Clark & Eaton Ltd، ١٦ أيار/مايو ١٩٨٦ (2 Lloyd's Rep. 225): أشارت المحكمة إلى قانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٧٥ ثم قضت بأنه "بمجرد أن يتضح أن قبول الشروط المكتوبة لا يكون مطلوباً تضمينه في اتفاق مكتوب، وأن قبول الشروط المكتوبة يجوز اثباته بأدلة أخرى، عندئذ (...) يصبح وجود أي دليل يثبت أن الطرف المعني قد وافق على الالتزام باتفاق [تحكيم] (...) يرد في وثيقة أو وثائق، كافياً لجعل تلك الوثيقة أو الوثائق بمثابة اتفاق [تحكيم] مكتوب (...)". واتبع التعليل المتعلق بقضية شركة Zambia Steel (١٩٨٦) من جانب المحكمة التجارية التابعة لشعبة مجلس الملكة الخاص في قضية عبد الله م فهيم وشركاه (اليمن) ضد شركة مأرب اليمينية للتأمين وشركة Tomen Ltd (المملكة المتحدة) (١٩٩٧) (حولية التحكيم التجاري الثالثة والعشرون (١٩٩٨)، الصفحة ٧٨٩) التمس وقف إجراءات المحكمة على أساس التذرع باتفاق تحكيم؛ وقد استشهدت المحكمة بقانون التحكيم الانكليزي وارتأت أن ذلك القانون ينص على معنى واسع جداً لعبارة "مكتوب"، أوسع حتى من الفقرة (٢) من المادة ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، ولكنه ما زال متوافقاً مع المادة الثانية (٢)؛ وقضت المحكمة بأنه إذا كان هناك شرط تحكيم مدرجاً في شروط تلك الوثيقة، وإذا ما ثبت أن الطرف المعني كان ملتزماً باتفاق يتضمن شروط تلك الوثيقة، لا تعود هناك حاجة إلى أي دليل آخر على صحة اتفاق التحكيم.

(65) فرنسا، المحكمة العليا - قضية شركة Societe Britannia ضد شركة Societe Jezequel et Maury، ١٥ تموز/يوليه ١٩٨٧ (مجلة التحكيم لسنة ١٩٩٠، الصفحة ٦٢٧)؛ فرنسا، محكمة استئناف باريس - قضية شركة Societe Abilio Rodriguez ضد شركة Societe Vigelor (١٩٩٠) (مجلة التحكيم لسنة ١٩٩٠، الصفحة ٦٩١): طبقت المحكمة القانون الداخلي لكي تقر بصحة شرط التحكيم المدرج بالإشارة في رسالة تأكيد مبيعات أصدرها أحد السماسرة.

(66) الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الشرقية من ولاية نيويورك، قضية شركة Astor Chocolate Corporation ضد شركة Mikroverk Ltd (١٩٨٩) (704 F Supp 30 (EDNY))؛ الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية من ولاية كاليفورنيا - قضية شركة Overseas Cosmos Inc ضد شركة NR Vessel Corp (١٩٩٧)، رقم 97 Civ 5898، وقد تم الاستشهاد فيها بقضية شركة Genesco (١٩٨٧)؛ فرنسا،

ذلك الأساس، كان رأي عدد من محاكم الدول أن إدراج إشارة إلى شرط التحكيم بشكل محدد يفى باشتراط الشكل، اعتمادا على المبادئ التي أرستها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا، ١٩٨٠)،^(٦٧) أو المبادئ القانونية الداخلية،^(٦٨) أو قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.^(٦٩) وقد ارتأت محكمة واحدة على الأقل أنه يمكن اعتبار اتفاق التحكيم قائما، على الرغم من عدم توقيع أي من الطرفين المعنيين على عقد مكتوب. وهذه "ممارسة شائعة في التجارة المعنية".^(٧٠)

٣٠- وفي الحالات التي تطبق فيها محاكم الدول القوانين الداخلية بدلا من اتفاقية نيويورك لتقرير صحة اتفاق التحكيم، يوجد مجال آخر لعدم اليقين يتصل بتقرير القانون المنطبق على تلك المسألة. وتتباين الحلول التي تتيحها المحاكم بشأن تلك المسألة. فيُحكم على مدى صحة شكل اتفاق التحكيم بتطبيق القاعدة الموحدة من المادة الثانية (٢)، بينما صحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية بمقتضى الفقرة ١ (أ) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك، قد تتقرر وفقا للقوانين الوطنية. وفي بعض القضايا، لم تفرّق محاكم الدول بين اشتراطات

المحكمة العليا - قضية شركة Bomar Oil N.V. (جزر الأنتيل الهولندية) ضد المؤسسة التونسية للأنشطة البترولية (ETAP) (تونس)، ٩ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٣، (حولية التحكيم التجاري العشرون (١٩٩٥)، الصفحة ٦٦٠).

(67) الولايات المتحدة، المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية من ولاية نيويورك - قضية شركة Filanto SpA ضد شركة Chilewich International Corp.، ١٤ نيسان/أبريل ١٩٩٢، (789 F Supp 1229)، حولية التحكيم التجاري الثامنة عشرة (١٩٩٣)، الصفحة ٥٣٠): قضت المحكمة بأن أي نزاع يندرج ضمن نطاق اتفاقية نيويورك - سواء كان معروضا أمام محكمة إحدى الولايات أو أمام محكمة اتحادية - يجب أن يحسم بالإشارة إلى ذلك الصلح؛ غير أنها قالت بعد ذلك إن المحاكم، لدى تفسير الاشتراط الكتابي، تبدأ عموما بنص اتفاقية نيويورك المبسط ثم تطبق النص المناسب في ضوء القانون الاتحادي، الذي يتضمن مبادئ قانون العقود المقبولة بشكل عام؛ وهي ترفض مع ذلك تطبيق القانون التجاري الموحد، ولكنها تطبق اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا، ١٩٨٠).

(68) الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف للدائرة السابعة - قضية Mary D. Slaney (الولايات المتحدة) ضد International Amateur Athletic Federation (موناكو)، ٢٧ آذار/مارس ٢٠٠١ (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١)، الصفحة ١٠٩١)؛ الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف للدائرة الثانية، قضية Square ضد Bombay، ٢٣ آب/أغسطس ١٩٩٩.

(69) هونغ كونغ، المحكمة العليا - قضية شركة Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp ضد شركة Sulanser Company Ltd، ٦ نيسان/أبريل ١٩٩٥، (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرون (١٩٩٦)، الصفحة ٥٤٦): ارتأت المحكمة أن تعريف الكتابة في المادة الثانية (٢) ليس حصريا ولا يمنع تطبيق الفقرة (٢) من المادة ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

(70) فرنسا، محكمة الاستئناف، باريس - قضية SARL Centro Stocaggio Grani ضد SA Granit، ٨ حزيران/يونيه ١٩٩٥ (مجلة التحكيم، العدد ٨٩).

الشكل (الشكل المكتوب) لتقرير صحة اتفاق التحكيم الذي تحكمه اتفاقية نيويورك والاشتراطات الموضوعية التي يحكمها القانون الوطني، فطبقت القانون الوطني على نوعي الاشتراطات.^(٧١) وارتأت محاكم دول أخرى أن صحة اتفاقات التحكيم ينبغي أن تتقرر بمقتضى قانون البلد الذي يصدر فيه قرار التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين المعنيين.^(٧٢)

باء- النظام القائم بذاته

٣١- أثّرت مسألة ما إذا كان يمكن مزج أحكام اتفاقية نيويورك بأحكام القوانين الداخلية فيما يتصل أساساً بتطبيق المادة الثانية (٢) من اتفاقية نيويورك.

(71) سويسرا، المحكمة الاتحادية السويسرية - قضية شركة Compagnie de Navigation de Transports SA ضد شركة MSC Mediterranean Shipping Company SA (١٩٩٥) رقم 38 III BGE، (نشرة الرابطة السويسرية للتحكيم رقم ٣/١٩٩٥-٥٠٣): ارتأت المحكمة أنه ينبغي تفسير المادة الثانية (٢) وتطبيقها في ضوء الاشتراطات الأقل صرامة للفقرة ٢ من المادة ٧ من قانون الأونسفال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة ١٧٨ من التشريع السويسري للقانون الدولي الخاص. وذكر أنه في ضوء وسائل الاتصال الحديثة، تفضل المستندات المكتوبة غير الموقع عليها بدور هام، بينما أصبحت اشتراطات التوقيع أقل أهمية. وفي حالات معينة، يجوز، بمقتضى قواعد حسن النية، أن يحل تصرف محدد محل اشتراط الكتابة؛ إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة Lanificio Walter Banci SaS (إيطاليا) ضد شركة Bobbie Brooks Inc (الولايات المتحدة) (١٩٨٠) (حولية التحكيم التجاري السادسة (١٩٨١)، الصفحة ٢٣٣): ناقشت المحكمة الصلة بين المادة الثانية والمادة الخامسة في اجراءات الانفاذ وخلصت إلى الاستنتاج بأنه في حالة الانفاذ فإن المادة الخامسة هي التي تنطبق وليس المادة الثانية؛ ونتيجة لذلك، ارتأت المحكمة أن الشكل المكتوب لشرط التحكيم يتمشى مع القانون الداخلي المنطبق، قائلة إنه يتعين بمقتضى الفقرة (١) (أ) من المادة الخامسة تحديد صحة اتفاق التحكيم بمقتضى قانون البلد الذي يصدر فيه قرار التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين المعنيين؛ ولم تتأكد المحكمة من مدى تمشي اتفاق التحكيم مع المادة الثانية. وقد أكدت هذا الرأي إلى حد ما المحكمة العليا في إيطاليا في حكم أصدرته في قضية شركة Conceria G De Maio & F snc (إيطاليا) ضد شركة EMAG AG (سويسرا) (١٩٩٥) (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرون (١٩٩٦)، الصفحة ٦٠٢): وقضت المحكمة بأن المادة الخامسة هي التي تنطبق في اجراءات الانفاذ وليس المادة الثانية، وأن صحة شرط التحكيم تأكدت بمقتضى القانون المنطبق.

(72) إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة Lanificio Walter Banci SaS (إيطاليا) ضد شركة Bobbie Brooks Inc (الولايات المتحدة)، ١٥ نيسان/أبريل ١٩٨٠ (حولية التحكيم التجاري السادسة (١٩٨١)، الصفحة ٢٣٣)؛ إيطاليا، المحكمة العليا - قضية شركة Conceria G De Maio & F snc (إيطاليا) ضد شركة EMAG AG (سويسرا)، ٢٠ كانون الثاني/يناير ١٩٩٥، (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرون (١٩٩٦)، الصفحة ٦٠٢)؛ وقضية شركة Universal Peace Shipping Enterprises SA (بنما) ضد شركة Montipe SpA (إيطاليا) (١٩٩١) (حولية التحكيم التجاري السابعة عشرة (١٩٩٢)، الصفحة ٥٦٢).

٣٢- وقد اعتمدت بعض محاكم الدول الرأي القائل بأن اتفاقية نيويورك هي نظام قائم بذاته، وقضت بأنه مما يتنافى مع مقاصد واضعي اتفاقية نيويورك صدور قرارات تحكيم تستند إلى اتفاق لا يمثل لاشتراطات اتفاقية نيويورك ولكنه يستفيد مع ذلك من نظامها. وتطبيقاً لهذا الرأي، فإن الفقرة (١) من المادة السابعة لا تتيح لأي طرف امكانية مزج أحكام اتفاقية نيويورك بأحكام القانون الداخلي المتعلقة بإنفاذ قرار تحكيم أجنبي. وقيل إنه يتعين الاختيار بين الاعتماد على اتفاقية نيويورك والاعتماد على القانون الداخلي.^(٧٣)

٣٣- ومع ذلك، رأت بعض محاكم الدول أن اتفاقية نيويورك لا تتضمن أي شيء يحول دون استخدام بعض أحكامها بالاقتران بأحكام أخرى أكثر تحرراً في القانون الوطني.^(٧٤)

جيم- المادة السابعة (١) والاشارة إلى اتفاقات التحكيم

٣٤- ثمة مسألة أخرى تتعلق بما إذا كانت المادة السابعة (١) التي تنطبق على انفاذ قرارات التحكيم يمكن أن تنطبق أيضاً فيما يتصل باتفاقات التحكيم. وقد طبقت بعض محاكم الدول القانون الداخلي في تقرير مسألة قابلية اتفاق التحكيم للانفاذ. وبالتالي فإنها ترى أن المادة السابعة (١) التي تشير في نصها إلى انفاذ قرارات التحكيم ينبغي أن تفسر على أنها تنطبق أيضاً فيما يتصل باتفاقات التحكيم.^(٧٥)

(73) ألمانيا، محكمة استئناف كولونيا، قضية بائع دائركي ضد مشتر ألماني، ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٢، (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرون (١٩٩٦)، الصفحة ٥٣٥).

(74) ألمانيا - محكمة Oberlandesgericht في هام - ٢ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٣، (حولية التحكيم التجاري الرابعة عشرة (١٩٨٩)، الصفحة ٦٢٩): طبقت المحكمة على نحو متزامن أحكام كل من قانون الاجراءات المدنية الألماني الجديد واتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية؛ هولندا، محكمة روتردام الابتدائية - قضية Isaac Glycer (اسرائيل) ضد Moses Asrael Glycer و Eстера Glycer-Nottman (بلجيكا)، ٢٤ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٩٤ (حولية التحكيم التجاري الحادية والعشرون (١٩٩٦)، الصفحة ٦٣٥): أصدرت المحكمة قرار الانفاذ، مرتأية ضمن جملة أمور أن المادة ١٠٧٦ من قانون الاجراءات المدنية الهولندي تنطبق على الانفاذ بمقتضى المادة السابعة (١) من اتفاقية نيويورك.

(75) الولايات المتحدة، محكمة الاستئناف للدائرة الثانية - قضية شركة Genesco, Inc ضد شركة Kakiuchi & Co. ١ نيسان/أبريل ١٩٨٧، (815 F 2d 840)؛ المملكة المتحدة، المحكمة التجارية التابعة لمجلس الملكة الخاص قضية XL Insurance Ltd ضد Owens Corning، ٢٨ تموز/يوليه ٢٠٠٠، 2 Lloyd's Rep 500 (حولية التحكيم التجاري السادسة والعشرون (٢٠٠١) الصفحة ٨٦٩).

ثالثاً - ملاحظات ختامية

ألف - ملاحظات عامة

٣٥- ما زال هناك تباين واسع في تفسير محاكم الدول لاشتراط الشكل المعرف بمقتضى المادة الثانية (٢). وبشكل خاص، فإن التساؤلات المتعلقة بما الذي تعنيه عبارة "توقيع"، وما إذا كان اشتراط التوقيع ينطبق على كل من شرط التحكيم في كل من العقد واتفاق التحكيم، وما هو المطلوب من "الرسائل أو البرقيات المتبادلة" - هي كلها أمور جرت بشأنها تفسيرات مختلفة وكذلك متضاربة في بعض الأحيان. وقد تؤدي التفسيرات القضائية المختلفة لاشتراط الشكل ووجود اتجاه إلى تفادي الاشتراط الشكلي بالاشارة إلى مبادئ قانونية أخرى إلى تفويض مبادئ اتفاقية نيويورك وموامة القوانين المتعلقة بالاعتراف باتفاقات التحكيم وانفاذها.

٣٦- ولقد أرست المحاكم في دول كثيرة موقفا واضحا بالنسبة للظروف التي يجوز أن تطبق فيها المادة السابعة (١) لدعم اتفاقات التحكيم التي لا يستوفي بدونها اشتراط الشكل المنصوص عليه في المادة الثانية (٢)، ولكن تلك المواقف تختلف من دولة إلى أخرى. وتتمثل ميزة تطبيق المادة السابعة (١) في تجنب تطبيق المادة الثانية (٢)، إذ أن الدول ستشترع أحكاما أكثر مؤاتاة فيما يتعلق باشتراط الشكل المتعلقة باتفاقات التحكيم مما يتيح امكانية وضع قواعد مؤيدة لصحة اتفاقات التحكيم في طائفة أوسع من الحالات. ومن شأن تشجيع الدول على التوسع في اعتماد الفقرة (٢) من المادة ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، التي يقوم الفريق العامل بتنقيحها حاليا، أن يتيح وسيلة مفيدة لتحقيق المزيد من الاتساق بالنسبة لاشتراط الشكل الذي يشكل استجابة أكبر لاحتياجات التحكيم الحديثة.

باء - مشروع إعلان بشأن تفسير المادة السابعة (١) من الاتفاقية

٣٧- كما هو مبين أعلاه (الفقرات ٢٤ إلى ٣٤) توجد حالات عدم يقين في تطبيق المادة السابعة (١). وفي ضوء العمل الحالي الذي يقوم به الفريق العامل بشأن المادة الثانية (٢)، ومشروع الحكم النموذجي المنقح للفقرة (٢) من المادة ٧ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ربما يود الفريق العامل أن ينظر فيما إذا كان إعداد مبادئ توجيهية بشأن المادة السابعة (١) من اتفاقية نيويورك سيفيد أيضا في تحقيق قدر أكبر من التطبيق

الموحد. ويمكن أن يكون نص الإعلان التفسيري للمادة السابعة (١) من القانون النموذجي على النحو التالي:

"إعلان بشأن تفسير المادة السابعة (١) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، المحررة في نيويورك في ١٠ حزيران/يونيه ١٩٥٨.

"إن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

"[١] إذ تستذكر قرار الجمعية العامة ٢٢٠٥ (د-٢١) المؤرخ ١٧ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦، الذي أنشأ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بهدف تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي،

"[٢] وإذا تدرك أن مختلف النظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية في العالم، إلى جانب مختلف مستويات التنمية تتمثل في اللجنة،

"[٣] وإذا تستذكر قرارات الجمعية العامة المتعاقبة التي تؤكد من جديد الولاية المسندة إلى اللجنة بصفتها الهيئة القانونية الأساسية، ضمن منظومة الأمم المتحدة في ميدان القانون التجاري الدولي، التي تتولى تنسيق الأنشطة القانونية في هذا الميدان،

"[٤] وإذا تدرك ولايتها المتمثلة في تعزيز التنسيق والتوحيد التدريجين للقانون التجاري الدولي بوسائل عدة منها ترويج سبل ووسائل كفالة تفسير وتطبيق موحدين للاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة في ميدان القانون التجاري الدولي،

"[٥] واقتناعاً منها بأن الاعتماد الواسع النطاق لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها كان إنجازاً جوهرياً في تعزيز سيادة القانون، ولا سيما في ميدان التجارة الدولية،

"[٦] وإذا تستذكر أن مؤتمر المفوضين الذي أعد الاتفاقية وفتح باب التوقيع عليها اعتمد قراراً ينص، في جملة أمور، على أن المؤتمر "يرى أن من شأن زيادة توحيد القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم أن تعزز ما للتحكيم من فعالية في تسوية منازعات القانون الخاص"،

"[٧] وإذا توضع في اعتبارها التفسيرات المختلفة لاشتراطات الشكل التي تنص عليها الاتفاقية والناجمة جزئياً عن الاختلافات في التعبير بين نصوص الاتفاقية الخمسة المتساوية الحجية،

"[٨] وإذا تأخذ في حسابها المادة السابعة (١) من الاتفاقية، التي من مقاصدها التمكين من إنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية إلى أوسع مدى ممكن، وخصوصا بالاعتراف بحق أي طرف ذي مصلحة في أن يستفيد من قانون أو معاهدات البلد الذي يُلتمس فيه الاعتماد على قرار التحكيم، بما في ذلك البلد الذي يوفر فيه ذلك القانون أو توفر فيه تلك المعاهدات نظاما أكثر مؤاتاة من الاتفاقية،

"[٩] وإذا تأخذ بعين الاعتبار الاستخدام الواسع النطاق للتجارة الإلكترونية،

"[١٠] وإذا تأخذ في حسابها الصكوك القانونية الدولية، مثل قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ بصيغته المنقحة لاحقا، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية،

"[١١] وإذا تأخذ في حسابها أيضا التشريعات الداخلية، بما في ذلك السوابق القضائية، الأكثر مؤاتاة من الاتفاقية فيما يتعلق باشتراط الشكل الذي يحكم اتفاقات التحكيم وإجراءات التحكيم وإنفاذ قرارات التحكيم،

"[١٢] وإذا ترى أنه ينبغي إيلاء الاعتبار في تفسير الاتفاقية إلى ضرورة تشجيع الاعتراف بقرارات التحكيم وإنفاذها،

"[١٣] توصي بأن تطبق المادة السابعة (١) كيما تتاح لأي طرف ذي مصلحة الاستفادة من الحقوق التي قد تكون مستحقة له بمقتضى قانون أو معاهدات البلد الذي يُلتمس فيه الاعتماد على قرار التحكيم، من أجل السعي للحصول على الاعتراف بصحة اتفاق التحكيم ذلك".