

Distr.: General
13 January 2014
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة السابعة والأربعون
نيويورك، ٧-٢٥ تموز/يوليه ٢٠١٤

تسوية المنازعات التجارية

دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها
(نيويورك، ١٩٥٨)

مذكرة من الأمانة

إضافة

[المادة الثانية (٢)]

جيم - شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المتضمن في وثائق متبادلة

أ- التبادل

٤٧ - بموجب المادة الثانية (٢)، يستوفي الاتفاق أيضاً اشتراط "الكتابة" إذا كان متضمناً في رسائل أو برقيات متبادلة. وكما لاحظت محكمة ألمانية، فإن العامل الأساسي في اشتراط الوثائق المتبادلة بمقتضى اتفاقية نيويورك هو التبادلية؛ أي إرسال الوثائق المتبادل.^(٨٢)

٤٨ - وأكدت محكمة المقاطعات في الولايات المتحدة عن مقاطعة كولومبيا أن التصرف الأحادي الجانب من أحد الأطراف لا يكفي لتحديد وجود "اتفاق مكتوب" ضمن المعنى

Oberlandesgericht [OLG] Frankfurt, Germany, 26 June 2006, 26 Sch 28/05; Bayerisches Oberstes (82)

.Landesgericht [BayObLG], Germany, 12 December 2002, 4 Z Sch 16/02



الوارد في المادة الثانية (٢) من الاتفاقية.^(٨٣) وفي تلك الحالة، فإن الطرف المقابل لم يردّ مطلقاً، سواء صراحةً أو ضمناً، على الرسائل المتضمنة في اتفاق التحكيم.

٤٩- وفي سياق منازعة حول التحكيم بشأن استثمار، أكدت محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة للدائرة الثانية أن اشتراط تبادل الوثائق في إطار المعنى الوارد في المادة الثانية (٢) من الاتفاقية يُستوفي بعرض اللجوء إلى التحكيم المتضمن في معاهدة استثمار ثنائية وقبولها اللاحق من قبل المستثمر في طلب التحكيم.^(٨٤)

ب- قائمة غير حصرية بالوثائق

٥٠- على الرغم من أن المادة الثانية (٢) لا تشير صراحةً سوى إلى "رسائل أو بريقيات متبادلة"، فإن من المقبول على نطاق واسع أن المادة الثانية (٢) تشمل أي وثائق متبادلة ولا تقتصر على الرسائل والبرقيات. وتعترف معظم المحاكم بأن اتفاق التحكيم المتضمن في وثائق متبادلة أو أي مراسلات كتابية أخرى، سواء مادية أو إلكترونية، تستوفي اشتراط المادة الثانية (٢).^(٨٥)

٥١- وعلى سبيل المثال، أكدت محكمة كندية تبث في صحة اتفاق تحكيم بموجب المادة الخامسة (١) (أ) أن "الاتفاق المكتوب" بموجب المادة الثانية (٢) يمكن أن يأخذ أشكالاً متباينة وينبغي أن يفسر تفسيراً وظيفياً وعملياً.^(٨٦)

٥٢- وبالفعل، أوصت الأونسيترال صراحة، في دورتها التاسعة والثلاثين، في تموز/يوليه ٢٠٠٦، أن تُطبق المادة الثانية (٢) "مع إدراك أن الحالات المذكورة فيها ليست

(83) *Moscow Dynamo v. Alexander M. Ovechkin*, District Court, District of Columbia, United States of America, 18 January 2006, 05-2245 (EGS).

(84) *Republic of Ecuador v. Chevron Corp. (US)*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 17 March 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con) *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit, United States of America, 23 October 1989, 88-5879/88-5881 for the Iran-US Claims Tribunal Statutes qualifying as an "agreement in writing"

(85) *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995; *C.S.A. v E. Corporation*, Court of Justice of Geneva, Switzerland, 14 April 1983, 187 على رسائل متبادلة بالبريد الإلكتروني مع تأكيد بالفاكس، انظر: *Great Offshore Ltd v Iranian Offshore Engineering & Construction Co*, Supreme Court, Civil Appellate Jurisdiction, India, 25 August 2008, Arbitration Petition No. 10 of 2006.

(86) *Sheldon Proctor v. Leon Schellenberg*, Court of Appeal of Manitoba, Canada, 11 December 2002

حصريّة".^(٨٧) وعلى سبيل التأكيد الإضافي، عدّلت الأونسيترال، خلال الدورة ذاتها، القانون النموذجي للتحكيم لتوضيح أنّه "يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني (...)"^(٨٨) ووفقاً لتوصية الأونسيترال، نصّ قرار إسباني صدر مؤخراً على أنّ قائمة الوثائق المبينة في المادة الثانية ليست حصريّة ومن ثمّ فإنّ اتفاق التحكيم المبرم بوسائل التخاطب الإلكترونيّة يستوفي اشتراط "الكتابة".^(٨٩)

٥٣- واستناداً إلى كلمة "يشمل" في المادة الثانية (٢)، اعتبر بعض المعلقين أيضاً أنّ الظروف الموصوفة في المادة الثانية (٢) ليست حصريّة.^(٩٠)

ج- فيما إذا كان اشتراط التوقيع يُطبّق على الوثائق المتبادلة

٥٤- في الحالات التي يكون فيها اتفاق التحكيم متضمناً في وثائق متبادلة، فإنّ نصّ المادة الثانية (٢) لا يتطلّب، في ظاهره، توقيع الأطراف على اتفاق التوجّه إلى التحكيم.

(87) توصية متعلقة بتفسير الفقرة ٢ من المادة الثانية والفقرة ١ من المادة السابعة من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، المبرمة في نيويورك، في ١٠ حزيران/يونيه ١٩٥٨ (٢٠٠٦)، الفقرة ١. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والستون، الملحق رقم ١٧ (A/61/17)، الفقرات ١٧٧-١٨١ والمرفق الثاني، متاحة في العنوان الشبكي: www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/A2E.pdf. وفي مرحلة مبكرة، وتحديدًا في عام ٢٠٠٥، نصّت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، التي أعدتها الأونسيترال، على أنّها تنطبق، عملاً بمادتها رقم ٢٠، على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ اتفاق تسري عليه اتفاقية نيويورك. انظر القرار ٢١/٦٠ الذي اعتمدته الجمعية العامة في ٢٣ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٥ بشأن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، وهو متاح في الرابط: www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

(88) المادة ٧ (٤) (الخيار الأول) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (مع التعديلات التي اعتُمدت في عام ٢٠٠٦).

(89) High Court of Justice of Cataluña, Spain, 15 March 2012, RJ 2012/6120.

(90) انظر على سبيل المثال Toby Landau, Salim Moollan, *Article II and the Requirement of the Form*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 189, at 244-247 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitration Agreements in Online Business to Business Transactions*, in LIBER AMICORUM K.-H. BOCKSTIEGEL 355 (2001), at 358-362 ولإلّا، لا يُعدّ هذا الرأي، لدى تناوله على نحو منفصل، حاسماً إذ لا تدعمه اللغات الرسمية الأخرى للاتفاقية. فعلى سبيل المثال، يُستخدم في اللغة الفرنسية تعبير "On entend par 'convention écrite'" الذي لا يوحي بقائمة غير حصريّة وإنّما بتعريف "الاتفاق المكتوب".

٥٥ - وأكدت المحكمة الاتحادية السويسرية أنه عندما يكون اتفاق التحكيم متضمناً في وثائق متبادلة، لا ينطبق شرط التوقيع.^(٩١) وبصورة مماثلة، أيدت المحكمة العليا في الهند، استناداً إلى المادة ٧ من قانون التحكيم الهندي لسنة ١٩٩٦ (الذي يوازي المادة الثانية (٢) من الاتفاقية)، اتفاق تحكيم متضمناً في عقد غير موقع تم تبادل بين طرفين.^(٩٢) وقد أتبع هذا النهج في الكثير من الولايات القضائية.^(٩٣)

٥٦ - وفي المقابل، هناك عدد محدود من القرارات التي رفضت إنفاذ اتفاق التحكيم غير الموقع الذي تم تبادل بواسطة رسائل التلكس.^(٩٤)

٥٧ - وتؤيد الأعمال التحضيرية وصيغة المادة الثانية (٢) النهج الذي مفاده أن اشتراط التوقيع لا ينطبق على الوثائق المتبادلة. وقد حرص فريق صياغة اتفاقية نيويورك على اعتماد اشتراط "كتابة" مرن ليتبدى فيه واقع الأعمال.^(٩٥) ولهذا السبب، جرى التمييز بين "شرط تحكيم [...]" أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين "أو" "وارد في رسائل أو بريقات متبادلة".

(91) *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995; *Tradax Export SA v Amoco Iran Oil Company*, Federal Tribunal, Switzerland, 7 February 1984.

(92) *M/S Unissi (India) Pvt Ltd v Post Graduate Institute of Medical Education and Research*, Supreme Court, India, 1 October 2008, Civil Appeal No. 6039 of 2008.

(93) *Not Indicated v. Not Indicated*, Supreme Court, Austria, 21 February 1978, X Y.B. COM. ARB. 418 Third Circuit, (1985), at 418-419; *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY*, Court of Appeals, United States of America, 20 June 2003, 02-2169. انظر أيضاً، في مرحلة إنفاذ قرار التحكيم: *Landgericht [LG] Zweibrücken, Germany*, 11 January 1978, 6.0 H 1/77; *Oberlandesgericht [OLG] Schleswig, Germany*, 30 March 2000, 16 SchH 05/99.

(94) انظر على سبيل المثال *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anonima Comercial Industrial Financeira Imobiliaria y Agropecuaria v. Moinho Paulista Ltd*, Superior Court of Justice, Brazil, 17 May 2006, SEC 866, upheld by *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Imobiliaria y Agropecuaria v Moinho Paulista Ltda.*, Superior Court of Justice, Brazil, 7 March 2007, Motion for Clarification on SEC 866.

(95) الأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، تعليقات الحكومات والمنظمات على مشروع اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، الوثيقة E/2822/Add.4 (المملكة المتحدة)؛ والأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، المحاضر الموجزة للجلسة الثالثة عشرة، الوثيقة E/CONF.26/SR.13 (ممثّل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص)؛ والأعمال التحضيرية، تقرير اللجنة المعنية بتنفيذ قرارات التحكيم الدولية، الوثيقة E/AC.42/SR.7 (السويد والهند)؛ والأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، المحاضر الموجزة للجلسة التاسعة، الوثيقة E/CONF.26/SR.9 (ممثّل ألمانيا)، الصفحة ٣.

المادة الثانية (٣)

٥٨- في الحالات التي يكون هناك فيها اتفاق مكتوب كما هو معرّف في المادة الثانية (١) و(٢)، تشترط المادة الثانية (٣) أن تحيل المحاكم الوطنية الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب طرف واحد على الأقل منها ذلك، ما لم يتبيّن لها أن هذا الاتفاق لاغٍ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ.

ألف - مبادئ عامة

أ- الالتزام بإحالة الطرفين إلى التحكيم

٥٩- تنص المادة الثانية (٣) على أن "على المحكمة في أية دولة متعاقدة، عندما يُعرض عليها نزاع في مسألة أبرم الطرفان بشأنها اتفاقاً بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم [...]". وكما لاحظت المحكمة العليا في كندا، فإن موضوع المادة الثانية (٣) والغرض منها هما تعزيز الالتزام بإنفاذ اتفاقات التحكيم.^(٩٦)

٦٠- ولا تتناول الأعمال التحضيرية نطاق التزام المحاكم بإحالة الطرفين إلى التحكيم. ويعود أصل تعبير "تحيل الطرفين إلى التحكيم" إلى بروتوكول جنيف الذي ينص، في الجزء ذي الصلة، على أن "على محاكم الأطراف المتعاقدة أن تحيل الطرفين إلى قرار المحكّمين بناءً على طلب أيٍّ منهما".^(٩٧) وقد اقترح الوفد السويدي التعبير في مؤتمر نيويورك واعتمد بعد أن أدخلت لجنة الصياغة المزيد من التعديلات عليه.^(٩٨)

(96) *GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc. and Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc.*, Supreme Court, (96) Canada, 22 July 2005, 30217.

(97) بروتوكول جنيف حول شروط التحكيم، المادة ٤.

(98) الأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، المحاضر الموجزة للجلسة الحادية والعشرين، الوثيقة E/CONF.26/SR.21، الصفحات ١٧-٢٣؛ والأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، مداولات حول مشروع اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، الوثيقة E/CONF.26/L.59.

٦١- وتفسر المحاكم الوجوب (المعبر عنه بالمضارع في النص العربي) في كلمة "تعترف" في المادة الثانية (٣) باعتباره يشير إلى أن الإحالة إلى التحكيم إلزامية ولا يمكن أن تُترك لتقدير المحاكم.^(٩٩) وفي الممارسة العملية، تستوفي المحاكم التزامها بإحالة الأطراف إلى التحكيم بطريقتين مختلفتين.

٦٢- يقوم التهج الأول، الذي تؤيده الولايات القضائية العاملة في إطار القانون المدني، على رفض الولاية القضائية في حال وجود اتفاق تحكيم. فعلى سبيل المثال، في عدد من القرارات، رأت المحاكم الفرنسية والسويسرية أنه، عملاً بالمادة الثانية من الاتفاقية، أدى وجود اتفاق التحكيم إلى انتفاء اختصاص المحاكم الوطنية، ومن ثمّ أحالت الأطراف إلى التحكيم.^(١٠٠)

٦٣- أمّا التهج الثاني، الذي تؤيده معظم الولايات القضائية العاملة في إطار القانون العام، فيقوم على وقف الإجراءات القضائية، ومن ثمّ تفعيل التزام المحاكم بإنفاذ اتفاقات التحكيم. وعلى سبيل المثال، رأت المحكمة الاتحادية الأسترالية، لدى تفسير المادة ٧ (٢) من قانون التحكيم الدولي الأسترالي في ضوء المادة الثانية (٣) من الاتفاقية، أن تعبير "أن تحيل الطرفين إلى التحكيم [...] لا ينبغي أن يُؤخذ بمعنى إجبار الطرفين على التوجّه إلى التحكيم."^(١٠١)

(99) انظر على سبيل المثال *Renusagar Power Co Ltd v General Electric Company and anor*, Supreme Court, India, 16 August 1984; *Shin-Etsu Chemical Co Ltd v Aksh Optifibre Ltd and anor*, Supreme Court, India, 12 August 2005; *Ishwar D. Jain v. Henri Courier de Mere*, Court of Appeals, Seventh Circuit, United States of America, 3 April 1995, 94-3314; *Aasma et al. v. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association Inc. (USA)*, Court of Appeals, Sixth Circuit, United States of America, 29 August 1996, 94-3881, 94-3883; *InterGen N.V. (Netherlands) v. Grina (Switzerland)*, Court of Appeals, First Circuit, United States of America, 22 September 2003, 03-1056; *Ingosstrakh v. Aabis Rederi Sovfrakht*, City Court of Moscow, Former USSR, 6 May 1968, I Y.B. COM. ARB. 206 (1976); *Louis Dreyfus Corporation of New York v. Oriana Soc. di Navigazione S.p.a.*, Court of Cassation, Italy, 27 February 1970, 470, I Y.B. COM. ARB. 189 (1976); *Nile Cotton Ginning Company v. Cargill Limited*, Court of Appeal of Cairo, Egypt, 29 June 2003, 92-7876.

Société Sysmode S.A.R.L. et Société Sysmode France v Société Metra HOS et Société SEMA, Court of Appeal of Paris, 8 December 1988; *Les Trefileries & Ateliers de Commerce v. Société Philipp Brothers*, *France et Société Derby & Co Limited*, Court of Appeal of Nancy, 5 December 1980. انظر أيضاً: *Fondation M v Banque X*, Federal Tribunal, Switzerland, 29 April 1996.

Hi-Fert Pty Ltd v. Kuikiang Maritime Carriers Inc., Federal Court, Australia, 26 May 1998, (101) NG 1100 & 1101 of 1997. انظر أيضاً: *Westco Airconditioning Ltd v Sui Chong Construction and Engineering Ltd*, Court of First Instance, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Hong Kong, 3 February 1998, No. A12848.

وبالأحرى، أوضحت المحكمة أنَّ على المحاكم أن توقف الإجراءات القضائية، لكن لا يمكنها أن تجبر الأطراف على التوجُّه إلى التحكيم إذا لم تكن لدى هذه الأطراف الرغبة في ذلك.

٦٤- والنَّهْجَانِ كِلَاهُمَا يَتَسَقَّانِ مَعَ التَّزَامِ الْمَحَاكِمِ فِي الْأَطْرَافِ الْمُتَعَاقِدَةِ عَلَى الْاتِّفَاقِيَّةِ بِإِحَالَةِ الطَّرَفَيْنِ إِلَى التَّحْكِيمِ.

٦٥- وتذهب محاكم في بعض الولايات القضائية إلى حدِّ إصدار أوامر زجرية ضد التقاضي ولصالح التحكيم. وعلى وجه الخصوص، رأت محكمة الاستئناف الإنكليزية أنَّ مثل تلك الأوامر الزجرية ضد التقاضي الرامية إلى إرغام الأطراف على الامتثال إلى اتفاق التحكيم لا تُعدُّ انتهاكاً لاتفاقية نيويورك.^(١٠٢)

ب- ضرورة طلب الطرفين

٦٦- عملاً بالمادة الثانية (٣)، فإنَّ التزام المحاكم بإحالة الطرفين إلى التحكيم يستحثُّ "طلب أيُّهما".

٦٧- ولا تحدّد المادة الثانية (٣) صراحةً ما إذا كان بإمكان المحكمة، بحكم وظيفتها، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم. بيد أنَّه بما أنَّ التحكيم قائم بطبيعته على التوافق، فإنَّ للطرفين دائماً الحقَّ في التخلّي عن اتفاقهما السابق باللجوء إلى التحكيم. وإذا لم يزعم أيُّ الطرفين بوجود اتفاق تحكيم، لا تحيلهما المحكمة، بحكم وظيفتها، إلى التحكيم، وإنَّما تتمسَّك، نتيجةً لذلك، بولايتها القضائية.^(١٠٣) وفي تلك الحالات، كثيراً ما تعتبر المحاكم أنَّ الطرفين تخلياً عن حقِّهما في اللجوء إلى التحكيم.

٦٨- وعلى سبيل المثال، تعتبر محاكم الولايات المتحدة عموماً أنَّ الطرفين يتنازلان عن حقِّهما في اللجوء إلى التحكيم عندما يشاركان "جوهرياً" في التقاضي، أو عندما يسعيان إلى إبطال صحة اتفاق التحكيم أمام محاكم بلد آخر.^(١٠٤) واعتبرت محكمة برازيلية، لدى

Aggeliki Charis Compania Maritima SA v. Pagnan SpA, Court of Appeal, England and Wales, 17 May (102)

1994; *Midgulf International Ltd v. Groupe Chimiche Tunisien*, Court of Appeal, England and Wales, 10

.February 2010, A3/2009/1664; A3/2009/1664(A); A3/2009/1664(B); A3/2009/1664(C)

British Telecommunications Plc v SAE Group Inc, High Court of Justice, England (103) انظر على سبيل المثال

.and Wales, 18 February 2009, HT-08-336, [2009] EWHC 252 (TCC)

Anna Dockeray v. Carnival Corporation, District Court, Southern District of Florida, Miami Division, (104)

United States of America, 11 May 2010, 10-20799; *Apple & Eve LLC v. Yantai North Andre Juice Co.*

Ltd, District Court, Eastern District of New York, United States of America,

.27 April 2009, 07-CV-745 (JFB)(WDW)

تقييمها لما إذا كان سلوك الطرفين يُعدُّ تنازلاً عن حقهما في اللجوء إلى التحكيم، أن ذلك التنازل يجب أن يُرسى على أساس واضح، أي أن على جميع الأطراف أن تتصرّف على نحوٍ يظهر بما لا يدع مجالاً للشك رغبتهما في إسقاط اتفاق التحكيم.^(١٠٥)

٦٩- وتُجسّد الأعمال التحضيرية ما فُكّر فيه فريق صياغة اتفاقية نيويورك من احتمال ألاّ يثير الطرفان مسألة وجود اتفاق تحكيم في الإجراءات أمام المحاكم الوطنية. وبالفعل، فقد حذف فريق الصياغة تعبير "من تلقاء نفسها" من مشروع سابق للمادة الثانية (٣) وذلك من أجل إتاحة قدر أكبر من الحرية للطرفين والحفاظ على إمكانية تنازل الطرفين عن حقهما في أن يسوّى نزاع معيّن عن طريق التحكيم.^(١٠٦)

ج- الأمور التي يوجد اتفاق بشأنها

٧٠- تقصر المادة الثانية (٣) الالتزام بإحالة الطرفين إلى التحكيم على المسألة [أو المسائل] التي يوجد بشأنها اتفاق مكتوب، على النحو المعرّف في الفقرتين (١) و(٢) من المادة الثانية.

٧١- وقد أشارت محكمة الاستئناف الإنكليزية إلى أن المحاكم ملزمة، بموجب قانون التحكيم الإنكليزي لعام ١٩٧٥ واتفاقية نيويورك، "بإرسال المنازعة إلى التحكيم إذا كانت المنازعة تخصّ أيّ أمر يستحقّ الإحالة".^(١٠٧) ولتفسير كلمة "مسألة"، استندت المحكمة الاتحادية الأسترالية إلى سياسة الاتفاقية المؤيدة للتحكيم واعتبرت أن المصطلح "واسع الدلالة" ولا يقتصر، لأغراض المادة ٧ (٢) (ب) من قانون التحكيم الأسترالي (المشابهة للمادة الثانية (٣) من الاتفاقية)، على المسائل الناشئة عن التماسات الطرفين.^(١٠٨)

(105) *Companhia Nacional de Cimento Portland – CNCP v CP Cimento e Participações S/A*, Court of Justice of Rio de Janeiro, Brazil, 18 September 2007, Civil Appeal 24.798/2007

Compare with *L'Aiglon S/A v Têxtil União S/A*, Superior Court of Justice, Brazil, 18 May 2005, SEC 856

(الفقرة ٢٢) من الوثيقة السابقة [A/CN.9/814/Add.1] حيث اعتبرت محكمة العدل العليا أن المشاركة في إجراءات التحكيم بمثابة الموافقة على التحكيم.

(106) الأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، المحاضر الموجزة للجلسة الرابعة والعشرين، الوثيقة E/CONF.26/SR.24.

(107) *Kammgarn Spinnerei GmbH v. Nova (Jersey) Knit Ltd*, Court of Appeal, England, 2 April 1976

(108) *Casaceli v. Natuzzi S.p.A. (formerly known as Industrie Natuzzi S.p.A.)*, Federal Court, Australia, 29 June 2012, NSD 396 of 2012

CTA International Pty Ltd v. Sichuan Changhong Electric Co., انظر أيضاً: 2012, NSD 396 of 2012. Supreme Court of Victoria, Australia, 6 September 2002, 4278 of 2001

٧٢- وتقيّم المحاكم الوطنية، لدى تحديد ما إذا كانت منازعة أو مطالبة معينة تدرج ضمن نطاق الالتزام بإحالة الطرفين إلى التحكيم، نطاق الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم.^(١٠٩) فعلى سبيل المثال، أوقفت محكمة أسترالية الإجراءات عملاً بالمادة ٧ (٢) من قانون التحكيم (المنفذة للمادة الثانية (٣) من اتفاقية نيويورك) من خلال تفسير الصيغة الواسعة لاتفاق التحكيم التي تشمل "جميع المنازعات الناشئة فيما يخص هذا الاتفاق أو تنفيذه (...)" . وخلصت المحكمة إلى أن المطالبات ذات الصلة بتنفيذ الاتفاق تدرج ضمن نطاق اتفاق التحكيم.^(١١٠) وفي المقابل، عندما يستبعد الطرفان طوعاً مسائل معينة من نطاق اتفاق التحكيم المبرم بينهما، تحيلهما المحكمة إلى التحكيم ما دامت المنازعة لا تقع داخل نطاق الاستبعاد.^(١١١)

٧٣- وبصورة مماثلة، قُيِّمت محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة للدائرة الحادية عشرة، لدى تحديدها ما إذا كانت ستحيل المنازعة إلى التحكيم بموجب قانون التحكيم الاتحادي والاتفاقية على حدٍّ سواء، ما إذا كانت المنازعة مرتبطة باتفاقات الاستخدام المعنية أو ناشئة عنها أو متصلة بها. وقرَّرت المحكمة أن الادعاءات بالحبس الكاذب، والتسبب المتعمد في ضائقة انفعالية، وإتلاف الأدلة، والتعدي على الخصوصية، والتمويه الاحتيالي، لا تعتمد على علاقة الاستخدام القائمة بين الطرفين ومن ثم فإنها لا تدرج ضمن نطاق شرط التحكيم.^(١١٢)

د- تدابير مؤقتة وتحفظية

٧٤- لا يمتد واجب إحالة الطرفين إلى التحكيم بحيث يشمل التدابير المؤقتة والتحفظية، إلا إذا كان اتفاق التحكيم نفسه يشير إلى تلك التدابير. وتمارس معظم المحاكم الولاية

Nicola v. Ideal Image Development Corporation Inc., Federal Court, Australia, 16 October, (109) NSD 1738 of 2008; *Commonwealth Development, Corp v. Montague*, Supreme Court of Queensland, Australia, 27 June 2000, Appeal No 8159 of 1999, DC No 29 of 1999

CTA International Pty Ltd v. Sichuan Changhong Electric Co., Supreme Court of Victoria, Australia, 6 (110) September 2002, 4278 of 2001

Société Générale Assurance Méditerranéenne - G.A.M. v Société FSA-RE et S.A. Garantie Assistance, (111) Court of Appeal of Paris, France, 14 March 2008, 07/16773

Jane Doe v. Princess Cruise Lines, LTD., a foreign corporation, d.b.a. Princess Cruises, Court of (112) Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 23 September 2011, 10-10809

القضائية لإصدار قرارات انتصافية انتقالية أو مؤقتة دعماً للتحكيم بناءً على طلب أحد الأطراف على الرغم من وجود اتفاق تحكيم.^(١١٣)

٧٥- وعلى سبيل المثال، أكدت محكمة فرنسية أن وجود اتفاق تحكيم لا يمنع أحد الطرفين من الحصول على تدابير مؤقتة عاجلة لا تتطلب حكماً على أساس حيثيات المنازعة.^(١١٤) وبصورة مماثلة، اعتبرت المحكمة الاتحادية الأسترالية أن وجود شرط تحكيم منطبق خلافاً لذلك لا يمنع أن يلتمس أحد الطرفين قراراً انتصافياً زجرياً أو تفسيرياً.^(١١٥)

٧٦- وأكد معلقون أن اختصاص المحاكم الوطنية بإصدار تدابير مؤقتة لا يشكل انتهاكاً لاتفاقية نيويورك على اعتبار أنه لا يخلُ بحيثيات المنازعة.^(١١٦)

باء- إنفاذ اتفاقات التحكيم بموجب المادة الثانية (٣)

٧٧- تقضي المادة الثانية (٣) بأن تحيل المحاكم الوطنية الطرفين إلى التحكيم ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق "لاغٍ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".

٧٨- ولا تتضمن الأعمال التحضيرية أو نص الاتفاقية أي إشارة إلى معيار المراجعة الذي يجب على المحاكم الوطنية أن تُطبِّقه في هذا الإجراء، كما لا توجد إيضاحات إضافية للمصطلحات "لاغٍ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".

(113) *Hi-Fert Pty Ltd v. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Federal Court, Australia, 26 May 1998, NG 1100 & 1101 of 1997; *Société Fieldworks-INC v Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, Court of Appeal of Versailles, France, 4 July 1996, 3603/96, 3703/96, 3998/96; *Toyota Services Afrique (TSA) v Société Promotion de Représentation Automobiles (PREMOTO)*, Supreme Court, Côte d'Ivoire, OHADA, 4 December 1997, Arrêt n°317/97

(114) *Société Fieldworks-INC v Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, Court of Appeal of Versailles, France, 4 July 1996
الفرنسي لعام ٢٠١١ الجديد الولاية القضائية للمحاكم الفرنسية من حيث إصدار قرارات انتصافية انتقالية بالفترة السابقة على تشكيل هيئة التحكيم. انظر المادة ١٤٤٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

(115) *Electra Air Conditioning BV v. Seeley International Pty Ltd*, Federal Court, Australia, 8 October 2008, (115) SAD 16 of 2008

(116) Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle، المادة الثانية، الوثيقة السابقة [A/CN.9/814/Add.1]، الهامش ١٥، الصفحات ١٣٩-١٤٤.

أ- معيار المراجعة

٧٩- لا تتناول اتفاقية نيويورك مسألة معيار مراجعة اتفاقات التحكيم عملاً بالمادة الثانية (٣).^(١١٧)

٨٠- وهناك اتجاهان يمكن ملاحظتهما في السوابق القضائية. فثمة بعض المحاكم التي تجري مراجعةً كاملةً لاتفاق التحكيم لتقييم ما إذا كان لاغياً أو باطلاً "أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ"، بينما تكتفي أخرى بإجراء تحرٍّ محدود أو ظاهر لأول وهلة، يمكن أن يتسم هو نفسه بعدة أشكال وخصائص.

٨١- وبما أن الاتفاقية لا تحظر على المحاكم إجراء مراجعة ظاهرية لاتفاق التحكيم^(١١٨) أو مراجعة كاملة لوجوده وصحته، فإنَّ أيًّا من التهجين لا يمكن اعتباره خرقاً لاتفاقية نيويورك.

٨٢- وهناك ولايات قضائية معينة أيدت معيار المراجعة الكاملة، وخصوصاً ألمانيا وإيطاليا.

٨٣- ورأت محكمة النقض الإيطالية أنَّ المادة الثانية (٣) تتيح للمحاكم الوطنية أن تقيّم صحة اتفاق التحكيم وفعالته، ولاحظت أنَّ مراجعة صحة اتفاق التحكيم جزء أصيل من صلاحيات المحكمة المحلية.^(١١٩)

٨٤- وتجري المحاكم الألمانية أيضاً، مع عدم إشارتها صراحةً إلى الاتفاقية، مراجعةً شاملةً لاتفاق التحكيم في تقييم ما إذا كانت ستحيل الأطراف إلى التحكيم. وتستند المحاكم، في قيامها بذلك، إلى قانون الإجراءات المدنية الألماني الذي ينصُّ صراحةً على أنه يجوز لأحد الأطراف، قبل تشكُّل هيئة التحكيم، أن يتقدَّم إلى إحدى المحاكم لتحديد قبول إجراءات التحكيم من

(117) قد تُستخلص النتيجة ذاتها من السوابق القضائية المتعلقة بالمادة ٨ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، انظر لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ٢٠١٢ (2012 DIGEST OF CASE) (LAW ON THE MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION)، المادة ١٦ (٢٠١٢)، الصفحتان ٧٥ و٧٦، الفقرة ٣، متاحة في الرابط: www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf.

(118) يتطابق هذا الرأي مع قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حيث تتطابق المادة ٨ (١) في المحصّلة مع نصِّ المادة الثانية (٣) من الاتفاقية: Frédéric Bachand, *Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?*, 22 ARB. INT'L 463 (2006).

(119) *Heraeus Kulzer GmbH v. Dellatorre Vera SpA*, Court of Cassation, Italy, 5 January 2007, 35 (119).

عدمه.^(١٢٠) وعلى سبيل المثال، أقرت المحكمة العليا الاتحادية الألمانية، استناداً إلى المادة ١٠٣٢ من قانون الإجراءات المدنية، استعراضاً شاملاً لاتفاق التحكيم المتضمن في عقد استهلاكي نموذجي الشكل. ورأت أن المحكمة الأدنى، على الرغم من مبدأ "الاختصاص في الاختصاص" ["Kompetenz-Kompetenz"]، أخطأت في الحد من فحصها لاتفاق التحكيم على اعتبار أن اتفاق الأطراف لا يمكن أن يحد من اختصاص المحكمة. وبعد التأكد من امتثال اتفاق التحكيم للشروط الشكلية والموضوعية للقانون الألماني، أحالت المحكمة الطرفين إلى التحكيم.^(١٢١) ويؤكد المعلقون الألمان أن المحاكم الألمانية تتبع النهج نفسه بموجب اتفاقية نيويورك.^(١٢٢)

٨٥- وهناك ولايات قضائية أخرى قيّدت استعراض اتفاق التحكيم بتحليل محدود للتأكد مبدئياً لأول وهلة من أنه ليس "لاغٍ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".^(١٢٣)

٨٦- وعلى سبيل المثال، في فرنسا، تطبّق المحاكم قاعدة المراجعة المبدئية لأول وهلة لاتفاق التحكيم. ولذا، تُمنع المحاكم الوطنية من إجراء تحليل معمّق لاتفاق التحكيم ويجب عليها أن تحيل الطرفين إلى التحكيم ما لم يظهر بوضوح أن الاتفاق لاغٍ وباطل.^(١٢٤)

(120) انظر المادة ١٠٣٢ من قانون الإجراءات المدنية (ZPO)، وهو متاح في العنوان الشبكي www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3471.

(121) Bundesgerichtshof [BGH], Germany, 13 January 2005, III ZR 265/03.

(122) Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II*, in RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION 37, at 99-100 (H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port eds., 2010); Peter Huber, *Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court*, in ARBITRATION IN GERMANY: THE MODEL LAW IN PRACTICE 139, at 143-144, para. 15 (K.-H. Böckstiegel, S. Kröll and P. Nacimiento eds., 2007).

(123) للاطلاع على رأي مؤيد للمعيار الظاهري، انظر R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 275, at 280-286 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Yas Banifatemi, Emmanuel Gaillard, *Negative Effect of Competence-Competence – The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 257 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (E. Gaillard, J. Savage eds., 1996), at 407-408 وللاطلاع على رأي معارض، انظر Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'article II de la Convention de New York (Arrêt du Tribunal Fédéral du 16 janvier 1995)*, 13 ASA BULL. 383 (1995), at 388-389.

٨٧- وبصورة مماثلة، في الهند، استندت المحكمة العليا إلى روح اتفاقية نيويورك وانحيازها الداعم للإنفاذ من أجل تحديد معيار مراجعة اتفاقات التحكيم. وفي قضية *Sin-Etsu*، رأت المحكمة العليا أنه على الرغم من خلو صيغة المادة الثانية (٣) من أي إشارة إلى "ما إذا كانت أي نتيجة تتعلق بطبيعة اتفاق التحكيم يجب أن تكون ظاهرة أو مبدئية لأول وهلة، فإن الاشتراط بأن يكون القرار قائماً على الجانب الظاهر لأول وهلة وحده يُسهم إسهاماً أفضل في تحقيق أغراض اتفاقية نيويورك المتمثلة في تمكين إجراء عملية تحكيم سريعة من دون تدخل يمكن تجنبه من قبل السلطات القضائية".^(١٢٥) وأكدت المحكمة أن الاستعراض الظاهر لأول وهلة لاتفاق التحكيم في مرحلة ما قبل القرار التحكيمي يسمح بتعجيل عملية التحكيم مع ضمان توافر فرصة عادلة للاعتراض على قرار التحكيم بعد المحاكمة الكاملة.

٨٨- وفي فنزويلا، استندت محكمة العدل العليا إلى مبدأ الاختصاص في الاختصاص والمادة الثانية (٣) من الاتفاقية للخلوص إلى عدم إمكانية أن تجري تحليلاً وافياً لاتفاق التحكيم، لكن ينبغي لها بدلاً من ذلك أن تقتصر على تحليل مبدئي لأول وهلة للتحقق مما إذا كان اتفاق التحكيم لاغياً وباطلاً "أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ". كما رأت محكمة العدل العليا أن على المحاكم الفنزويلية، لدى تطبيق معيار أول وهلة، أن تتقيد بتقييم ما إذا كان ثمة اتفاق تحكيم مكتوب على أن لا تخوض فيما إذا كان أحد الطرفين قد قبل باللجوء إلى التحكيم.^(١٢٦)

Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak v Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Société Finmeccanica et Société Armamenti E Aerospazio, Court of Appeal of Paris, France, 15 June 2006; *SA Groupama transports v Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Court of Cassation, France, 21 November 2006, 05-21.818; *Ste A.B.S. American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, Court of Appeal of Paris, France, 4 December 2002; *Société Generali France Assurances et al. v Société Universal Legend et al.*, Court of Cassation, France, 11 July 2006, 05-18.681. ويؤكد قانون التحكيم الفرنسي لعام ٢٠١١ الجديد أنه حتى الاستعراض المبدئي لأول وهلة الذي تجريه المحاكم لاتفاق التحكيم محدد زمنياً حتى بدء هيئة التحكيم في ممارسة عملها (انظر الفقرة ١٤٤٨ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي).

Shin-Etsu Chemical Co. Ltd (Japan) v Aksh Optifibre Ltd. & Anr. (Ind), Supreme Court, India, 12 August 2005, Appeal (civil) 5048 of 2005; Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *Prima Facie Review of JS Ocean Liner Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J. (December 2005), at 3. انظر أيضاً *LLC v MV Golden Progress, Abhoul Marine LLC*, High Court of Bombay, India, 25 January 2007.

Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore A.S., Supreme Court of Justice, (126) Venezuela, 10 November 2011, Exp. No. 09-0573, XXXVI Y.B. COM. ARB. 496 (2011).

٨٩- كما اعتمدت قاعدة أول وهلة في الفلبين من خلال اعتماد القواعد الخاصة للمحاكمة بشأن السبل البديلة لحسم الخصومات (القواعد الخاصة البديلة لتسوية المنازعات) التي تشكل مبادئ توجيهية للمحكمة العليا تكون ملزمة للمحاكم الأدنى. وتنص القاعدة ٢-٤ من القواعد الخاصة البديلة لتسوية المنازعات صراحةً على إجراء اختبار مبدئي لأول وهلة للتحقق مما إذا كان الاتفاق لاغياً وباطلاً "أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".^(١٢٧)

٩٠- وفي عدد من الولايات القضائية، اعتمدت المحاكم مستوى مراجعة الوهلة الأولى لكن قصرت نطاقه على مواقف أو مسائل محددة.

٩١- فعلى سبيل المثال، تطبق المحاكم السويسرية معيار المراجعة المبدئية لأول وهلة بقدر ما ينص اتفاق التحكيم على أن سويسرا هي مقر التحكيم.^(١٢٨) وفي إطار ذلك السيناريو، اعتبرت المحكمة الاتحادية السويسرية أن المراجعة التي تقوم بها المحكمة مقصورة على التحقق مبدئياً لأول وهلة من وجود اتفاق التحكيم وصحته.^(١٢٩) ومن ناحية أخرى، في الحالات التي ينص فيها اتفاق التحكيم على مقر خارج سويسرا، اعتبرت المحكمة الاتحادية السويسرية أن لها الحق في إجراء مراجعة كاملة لوجود اتفاق التحكيم وصحته.^(١٣٠)

٩٢- وفي كندا، اعتمدت المحاكم معيار مراجعة الوهلة الأولى المبدئية لاتفاق التحكيم، لكنها حددت نطاقه بمسائل الوقائع. ونتيجة لذلك، فإن للمحاكم الكندية الحق في إجراء مراجعة كاملة لاتفاق التحكيم بقدر ارتباط الاعتراض على اختصاص المحكمين بـ"المسائل القانونية". وهذا المبدأ كرّسه المحكمة العليا في كندا في قضية *Dell*. فبعد أن بينت المحكمة المدرستين الفكريتين بشأن معيار المراجعة، رأت أن المادة الثانية (٣) من الاتفاقية لا تنص على

(127) القاعدة ٢-٤ من القواعد الخاصة البديلة لتسوية المنازعات. انظر: ARBITRATION IN THE PHILIPPINES UNDER THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT OF 2004 R.A. 9285 155 (E. Lizares ed., 2011), at 200-212, paras. 11.01-11.02.

(128) فيما يخص ما إذا كان ينبغي توسيع نطاق هذا الحل بحيث يشمل جميع اتفاقات التحكيم، انظر ضمن الآراء المؤيدة: Emmanuel Gaillard, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, in GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION – LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *وضمن الآراء المعارضة*: BRINER 311 (G. Aksen et al eds., 2005). *Remarques sur l'application de l'Article II de la Convention de New York*, 13 ASA BULL. 383 (1995).

(129) *Fondation M v Banque X*, Federal Tribunal, Switzerland, 29 April 1996.

(130) *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995; Federal Tribunal, Switzerland, 25 October 2010, 4 A 279 / 2010.

أن المحكمة مطالبة بالبث فيما إذا كان اتفاق التحكيم لاغياً وباطلاً أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ قبل أن يقوم المحكمون بذلك. وواصلت نظرها المحكمة وقررت أنه، كقاعدة عامة، "ينبغي أن يحسم المحكم أولاً أيّ اعتراض على اختصاصه" وفقاً لمبدأ الاختصاص في الاختصاص.^(١٣١) وبينما اعتمدت المحكمة العليا الكندية بوضوح معيار المراجعة المبدئية لأول وهلة كقاعدة عامة، فإنها حددت من بعد ذلك صلاحية المحكمين للبث في اختصاصهم بوقائع القضية فحسب، وبذلك أيدت اختصاص المحاكم للبث في اختصاص المحكمين فيما يخص المسائل القانونية ولتقييم ما إذا كان الاعتراض على اختصاص المحكمين يشكل تكتيكاً تأخيراً.

٩٣- وفي إنكلترا، أيدت المحاكم المبدأ القاضي بأن يكون المحكمون أول هيئة تبث في اختصاصهم، لكنها حددت هذا المبدأ بعدد من الطرق. ففي القرار الأساسي الخاص بقضية *Fiona Trust*،^(١٣٢) رأت محكمة الاستئناف الإنكليزية أنه "سوف يكون من الصواب عموماً أن يكون المحكمون أول هيئة تنظر فيما إذا كان البث في المنازعة من اختصاصهم". بيد أن المحكمة رأت أيضاً أن المحاكم يظل ضمن اختصاصها حق البث فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد وُجد من الأصل. واستناداً إلى قضية *Fiona Trust*، أوضحت المحكمة العليا في قضية *Albon* أنه على الرغم من أن هيئة التحكيم لديها الولاية القضائية للبث فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد أُرِم على الإطلاق وفقاً لمبدأ الاختصاص في الاختصاص، فإن ذلك المبدأ "لا يمنع المحكمة نفسها من حسم تلك المسألة".^(١٣٣) ورأت أنه قبل وقف الإجراءات القضائية وإحالة الطرفين إلى التحكيم بموجب المادة ٩ (١) من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٦،^(١٣٤) يجب أن تظمن إلى أنه '١' يوجد اتفاق تحكيم صحيح، و'٢' تقع المنازعة ضمن نطاقه. ولدى استعراض هذه العملية المكوّنة من خطوتين في قضية *Berezovsky*، رأت محكمة

Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin, Supreme Court, (131)
Canada, 13 July 2007

Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov, Court of Appeal, England and Wales, 24 January 2007, 2006 (132)
2353 A3 QBCMF, upheld by *Fili Shipping Co Ltd and others v Premium Nafta Products Ltd and others*,
House of Lords, England and Wales, 17 October 2007

Albon (t/a NA Carriage Co) v. Naza Motor Trading Sdn Bhd, High Court of Justice, England and Wales, (133)
29 March 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch)

(134) تنفذ المادة ٩ (١) من قانون التحكيم الإنكليزي لعام ١٩٩٦ المادة الثانية. وهي تنص على أن "يجوز للطرف في اتفاق التحكيم الذي يُقام بحقه الإجراءات القانونية (سواء على سبيل الادعاء أو الادعاء المضاد) فيما يخص أمراً يحال بموجب الاتفاق إلى التحكيم (مقتضى إشعار إلى الأطراف الأخرى في الإجراءات) أن يتقدم إلى المحكمة التي تُرفع الإجراءات أمامها من أجل وقف الإجراءات بقدر تعلقها بذلك الأمر."

رأت محكمة الاستئناف أن الوقف سوف يُمنَح عندما يثبت المدَّعي، لدى الموازنة بين محصَّلة الاحتمالات، أن اتفاق التحكيم موجود ويشمل ظاهرياً المسائل محل النزاع.^(١٣٥)

٩٤- وعلى صعيد الممارسة العملية، حالما تطمئن المحكمة إلى وجود اتفاق تحكيم وإلى أن المنازعة تقع ضمن نطاق شروطه عملاً بالمادة ٩ (١) من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٦، تقرّر وقف الإجراءات عملاً بالمادة ٩ (٤) من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٦ (المنفذة للمادة الثانية (٣) من الاتفاقية) ما لم يتبيّن لها أن اتفاق التحكيم لاغٍ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ.^(١٣٦) وكما رأت محكمة العدل العليا في قضية ألف ضد باء (A. v. B.)، ينبغي للمحاكم أن تجري تحليلاً للتكاليف للبتّ فيما إذا كانت ثمة مسألة، إذا كان اتفاق التحكيم لاغياً وباطلاً "أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ"، يتعيّن أن تعالجها هيئة التحكيم أو المحاكم.^(١٣٧) ورأت المحكمة أنها سوف "تعتمد اعتماداً قوياً على مدى ما ستتطلبه تسوية هذه المسألة من تقارير وقائع تؤثر على ما للطرفين من حقوق وما عليهما من التزامات موضوعية قيد النظر أصلاً وما إذا كان بالإمكان عموماً أن تبقى المحاكمة محصورة في مجال تحقيقات محدّد نسبياً أو يُحتمل أن يمتدّ ليشمل المسائل الموضوعية المتنازع عليها بين الطرفين. وإذا كان هذا الوضع الأخير هو المنطبق، يُرجّح أن تكون الهيئة المناسبة لحسم مسائل الاختصاص هي هيئة التحكيم شريطة أن يكون لديها "اختصاص في الاختصاص". وقد أُتبع هذا النهج على نحو متّسق.^(١٣٨)

٩٥- وفي الولايات المتحدة الأمريكية، تناولت المحاكم مسألة معيار المراجعة من حيث ما إذا كان لدى المحكمة أو هيئة التحكيم "الصلاحيّة الرئيسية" للبتّ في صحة اتفاق التحكيم.

Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' v. Berezovsky & Ors, Court of Appeal, England and Wales, 2 July 2013, [2013] EWCA Civ 784 (135)

Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr, High Court of Justice, England and Wales, 16 May 2013, [2013] EWHC 1240; *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' v. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal, England and Wales, 2 July 2013, [2013] EWCA Civ 784 (136)

A v. B., High Court of Justice, England and Wales, 28 July 2006, 2005 FOLIO 683, [2006] EWHC 2006 (137) (Comm)

Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' v. Berezovsky & Ors, Court of Appeal, England and Wales, 2 July 2013, [2013] EWCA Civ 784; *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, England and Wales, 16 May 2013, [2013] EWHC 1240 (138)

والقضية الرئيسية في هذا الصدد، أرستها المحكمة العليا في قضية *First Options*،^(١٣٩) وإن لم تشر إلى اتفاقية نيويورك.

٩٦- وفي قضية *First Options*، رأت المحكمة العليا أن ثمة قرينة لصالح أن تقرر المحاكم ما إذا كانت هيئة التحكيم لديها الولاية القضائية، ما لم يتفق الطرفان صراحةً على عرض هذه المسألة على هيئة التحكيم في اتفاق التحكيم المبرم بينهما. بيد أنه حالما اطمأنت المحكمة إلى وجود اتفاق تحكيم صحيح، وأنه يمثل إلى متطلبات قانون التحكيم الاتحادي والاتفاقية على حد سواء، ارتأت المحكمة العليا أن الافتراض ينقلب لصالح هيئة التحكيم.^(١٤٠)

٩٧- وقد وجدت محاكم الولايات المتحدة أن الأطراف اتفقت على تمكين المحكمين من تعيين وجود اتفاق التحكيم وصحته عندما تتيح لهم قواعد التحكيم ذلك صراحةً. فعلى سبيل المثال، رأت محكمة الاستئناف للدائرة الثانية أن الإشارة إلى قواعد الأونسيترال للتحكيم تمثل "دليلاً واضحاً وجلياً على نية الطرفين" بأن يبت المحكمون في شأن ولايتهم القضائية.^(١٤١) وقد استنبط ذلك الدليل الواضح والجلي أيضاً من اتفاقات التحكيم التي ورد فيها أن تكون تسوية جميع المنازعات عن طريق التحكيم.^(١٤٢)

٩٨- وفي غياب الدليل الواضح والجلي بشأن نية الطرفين، رأت المحكمة العليا في قضية *Prima Paint* أنه إذا كان الادعاء يتعلق بـ "صنع" اتفاق التحكيم، عندئذ تكون لدى المحاكم

First Options of Chicago Inc. v. Kaplan, Supreme Court, United States of America, 22 May 1995, 514 (139) U.S. 938 (1995). انظر أيضاً *William Park, The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?*, 12 ARB. INT'L 137 (1996), reprinted 11 INT'L ARB. REP. 28 (1996).

First Options of Chicago Inc. v. Kaplan, Supreme Court, United States of America, 22 May 1995, 514 (140) U.S. 938 (1995).

Republic of Ecuador v. Chevron Corp. (US), Court of Appeals, Second Circuit, United States of (141) America, 17 March 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con) وللاطلاع على رأي مماثل بشأن قواعد التحكيم لرابطة التحكيم الأمريكية، انظر أيضاً: *JSC Surgutneftegaz v. President and fellows of Harvard College*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 3 August 2005, 04 Civ. 6069 (RCC).

Oriental Republic of Uruguay, et al. v. Chemical Overseas Holdings, Inc., Chemical Overseas Holdings, Inc. and others v. Republica Oriental del Uruguay, et al., District Court, Southern District of New York, United States of America, 24 January 2006, XXXI Y.B. COM. ARB. 1406 (2006).

الولاية القضائية.^(١٤٣) واستندت القرارات اللاحقة التي تطبّق اتفاقية نيويورك إلى المنطق نفسه.^(١٤٤) وحددت المحاكم، لدى قيامها بذلك، أنّ الاعتراضات على وجود العقد المتضمن اتفاق التحكيم وعلى صحة اتفاق التحكيم على حدّ سواء ترتبط بـ "صنع" اتفاق التحكيم، ومن ثمّ يجب أن تتولّى المحاكم البتّ فيها.^(١٤٥) فعلى سبيل المثال، في قضية *Sphere Drake*، رأت محكمة الاستئناف للدائرة الثانية أنّه إذا "ادّعى طرف أنّ عقداً باطل وقدم بعض الأدلة لدعم ادّعائه، عندئذ لا يلزم أن يدّعي الطرف تحديداً أنّ شرط التحكيم في ذلك العقد باطل، ويحقّ للطرف أن يطلب البتّ القضائي [في هذه المسألة أمام المحكمة]." ^(١٤٦) وبصورة مماثلة، في قضية *Nanosolutions*، رأت محكمة مقاطعة كولومبيا، استناداً إلى قرار المحكمة العليا في قضية *Buckeye*، أنّ "الاعتراضات فيما يخصّ صحة الاتفاق على التوجّه إلى التحكيم يمكن أن يُبتّ فيها من قبل هذه المحكمة." ^(١٤٧) بيد أنّه لدى تقييم اتفاق التحكيم، قامت المحاكم "بقدر محدود جدّاً من التحرّي". بما يتّسق مع "السياسة الاتحادية القوية المؤيّدة للتحكيم" النابعة من قانون التحكيم الاتحادي المنفّذ لاتفاقية نيويورك.^(١٤٨)

Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin MFG, Supreme Court, United States of America, 12 June (143)
1967, 388 U.S. 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270)

(144) انظر على سبيل المثال *Phoenix Bulk Carriers Ltd. V. Oldendorff Carriers GmbH & Co., KG*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 6 November 2002, XXVIII Y.B. COM. ARB. 1088 (2003), at 1091

(145) *The Canada Life Assurance Company v. The Guardian Life Insurance Company of America*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 22 January 2003; *Guang Dong Light Headgear Factory v. ACI International, Inc.*, District Court, District of Kansas, United States of America, 10 May 2005, 03-4165-JAR; *Dedon GMBH and Dedon Inc. v. Janus et CIE*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 6 January 2011, 10-4331

(146) *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon America Insurance Company*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 28 August 2001, 00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 700 (2002), at 707

(147) *Nanosolutions, LLC et al. v. Rudy Prajza, et al.*, District Court, District of Columbia, United States of America, 2 June 2011, 10-1741

(148) *Bautista v. Star Cruises and Norwegian Cruise Line, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida, United States of America, 14 October 2003, 03-21642-CIV Agnelo Cardoso v. Carnival Corporation, District Court, Southern District of Florida, United States of America, 15 March 2010, 09-23442-CIV-GOLD/MCALILEY; *Boston Telecommunications Group, Inc. et al. v. Deloitte Touche Tohmatsu, et al.*, District Court, Northern District of California, United States of America, 7 August 2003, C 02-5971 JSW

٩٩- ومن ناحية أخرى، عندما واجهت محاكم الولايات المتحدة اعتراضاً يتعلق بصحة العقد بأجمعه، فإنها أحالت الأطراف إلى التحكيم عملاً باتفاقية نيويورك وقانون التحكيم الاتحادي على حدٍ سواء.^(١٤٩)

ب- مراجعة المحاكم لوجود "الاتفاق المكتوب" وصحته

١٠٠- تشترط المادة الثانية (٣) أن تحيل المحاكم الوطنية الطرفين إلى التحكيم "ما لم يتبين لها أن الاتفاق لاغٍ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".

١٠١- وقد رأت المحاكم في الولايات المتحدة أن أسباب رفض إحالة الطرفين إلى التحكيم المدرجة في المادة الثانية (٣) حصرية.^(١٥٠) وعلى نحو مماثل، رأت محكمة هندية بأن ثمة ثلاثة أسباب فقط بموجب المادة الثانية (٣) لرفض تنفيذ اتفاق التحكيم، وهي: '١' أن يكون الاتفاق لاغياً وباطلاً؛ و'٢' أن يكون الاتفاق غير منفذ؛ و'٣' أن يكون الاتفاق غير قابل للتنفيذ.^(١٥١)

١٠٢- ومن ناحية أخرى، قرّرت محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة للدائرة الثانية أن لديها الولاية القضائية لتحديد ما إذا كان اتفاق التحكيم موجوداً قبل إحالة المنازعة إلى

Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin MFG, Supreme Court, United States of America, 12 June (149)

1967, 388 U.S. 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270); *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon America Insurance Company*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 28 August 2001, 00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 700 (2002); *Nanosolutions, LLC et al. v. Rudy Prajza, et al.*, District Court, District of Columbia, United States of America, 2 June 2011, 10-1741; *Ascension Orthopedics, Inc. v. Curasan AG*, District Court, Western District of Texas, Austin Division, United States of America, 20 September 2006, A-06-CA-424 LY

Lindo (Nicaragua) v. NCL (Bahamas), Ltd. (Bahamas), Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 29 August 2011, 10-10367; *Aggarao (Philippines) v. MOL Ship Management Company Ltd. (Japan)*, Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan), *World Car Careers (Lebanon)*, Court of Appeals, Fourth Circuit, United States of America, 16 March 2012, 10-2211

Gas Authority of India Ltd v SPIE-CAPAG SA and ors, High Court of Delhi, India, 15 October 1993, (151) *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corporation*, وانظر أيضاً، في كندا: Suit No. 1440, IA No. 5206 .Court of Appeal of Ontario, Canada, 17 February 1994

التحكيم.^(١٥٢) ولدى إصدار هذا القرار، لم تشر المحكمة إلى أي استثناءات منصوص عليها بموجب المادة الثانية (٣).

١٤ "لاغ وباطل"

١٠٣ - لا تنطرق المادة الثانية (٣) من الاتفاقية إلى المعيار القانوني بشأن تحديد ما إذا كان اتفاق التحكيم لاغياً وباطلاً. وهناك بعض المحاكم التي تعتبر أن المسألة تُقرّر عملاً بالقانون البلدي المنطبق، سواء قانون المحكمة^(١٥٣) أو القانون المنطبق عملاً بقاعدة تنازع القوانين الواردة في المادة الخامسة (١) (أ) من الاتفاقية.^(١٥٤)

١٠٤ - وقد عرّفت محاكم الولايات المتحدة، وتبعها المحاكم الإنكليزية، تعبير "لاغ وباطل" بمعنى "خال من المفعول القانوني".^(١٥٥) ومن الناحية العملية، فقد طبقت معياراً دولياً لدفع قانون العقود. ووفقاً للفقهاء القائمين منذ أمد طويل، اتخذت محاكم الولايات المتحدة قرارات بشأن سبب الإلغاء والبطالان عملاً بـ "الدفع النموذجية للإخلالات بالعقود التي يمكن أن تُطبق بصورة حيادية على نطاق دولي، مثل الاحتيال والخطأ والإكراه والتنازل".^(١٥٦) ولدى تطبيق تلك المعايير الدولية، اعتمدت محاكم الولايات المتحدة تفسيراً ضيقاً في ضوء "سياسة عامة لقابلية اتفاقات التحكيم للنفاد".^(١٥٧) فعلى سبيل المثال، رفضت المحاكم الحجة بأن

Dedon GMBH and Dedon Inc. v. Janus et CIE, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 6 January 2011, 10-4331 (152)

Piero Bernardini, *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause*, in *IMPROVING THE EFFICIENCY OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS: 40 YEARS OF APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION*, 1998 ICCA CONGRESS SERIES 197 (Albert Jan van den Berg ed., 1998) (153)

.Federal Supreme Court, Switzerland, 21 March 1995, 5C.215/1994/lit (154)

Rhone Mediterranee Compagnia Francese v. Lauro, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 6 July 1983, 82-3523. See also: *Albon (t/a NA Carriage Co) v. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, High Court of Justice, England and Wales, 29 March 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch); *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, England and Wales, 16 May 2013, [2013] EWHC 1240 (155)

St. Hugh Williams v. NCL (Bahamas) LTD., d.b.a. NCL., Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 9 July 2012, 11-12150; *Allen v. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida, United States of America, 29 September 2008, 08-22014 (156)

Rhone Mediterranee Compagnia Francese v. Lauro, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 6 July 1983, 82-3523; *Anna Dockeray v. Carnival Corporation*, District Court, Southern

اتفاق التحكيم باطل وغير قابل للنفاذ باعتبارها مناقضةً للسياسة العامة للولايات المتحدة بدعوى أن هذا الدفاع "لا يمكن تطبيقه حياديًا على نطاق دولي، كما أنه، علاوةً على ذلك، لا يُرجَّح على السياسة المحابية للتحكيم." (١٥٨)

١٠٥ - وعلاوةً على ذلك، سعت أطراف إلى إبطال مفعول اتفاقات التحكيم والتهرب من التزام التحكيم بدعوى أن العقد الرئيسي المحتوي على الاتفاق لاغٍ وباطل. والأغلبية العظمى من المحاكم تميز بين بطلان العقد وبطلان اتفاق التحكيم وفقاً لمبدأ فصل اتفاق التحكيم - وهو ما يُشار إليه أحياناً بمبدأ الاستقلالية.

١٠٦ - وفي قضية *Fiona Trust*، أوقفت محكمة الاستئناف الإنكليزية الإجراءات القضائية المنظورة أمامها عملاً بالمادة ٩ (١) من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٦ (منفذة المادة الثانية (١) من اتفاقية نيويورك) حيث ادعى المدعي بطلان العقد الشامل، لكنه لم يعترض على صحة اتفاق التحكيم نفسه. (١٥٩) ورأت محكمة الاستئناف، مستندةً بقوة إلى مبدأ القابلية للفصل، أن النزاع الذي يخص بطلان العقد الشامل لكنه لا يستهدف اتفاق التحكيم على وجه التحديد يفصل فيه المحكمون. وعلى النمط نفسه، رأت محكمة هولندية أن "صحة اتفاق التحكيم تُقيّم على نحو منفصل، بمعزل عن صحة العقد الرئيسي الذي أُنقذ على اللجوء إلى التحكيم بشأنه، حتى وإن كان الاثنان متضمنين في الوثيقة نفسها." (١٦٠) وعلى نحو مماثل،

District of Florida, Miami Division, United States of America, 11 May 2010, 10-20799; *Oriental Commercial and Shipping (UK) v. Rosseel, N.V. (Belgium)*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 4 March 1985, 84 Civ. 7173 (PKL)

Allen v. Royal Caribbean Cruise, Ltd., District Court, Southern District of Florida, United States of America, 29 September 2008, 08-22014 (158) انظر أيضاً: *Aggarao (Philippines) v. MOL Ship Management Company Ltd. (Japan)*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan)*, *World Car Careers (Lebanon)*, Court of Appeals, Fourth Circuit, United States of America, 16 March 2012, 10-2211; *Ledee (Puerto Rico) v. Ceramiche Ragno (Italy)*, Court of Appeals, First Circuit, United States of America, 4 August 1982, 684 F.2d 184, 82-1057 وفيما يخص دفاع منافاة الضمير، انظر: *Rizalyn Bautista, et al. v. Star Cruises, et al.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 15 July 2005, 03-15884

Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov, Court of Appeal, England and Wales, 24 January 2007, 2006 (159) 2353 A3 QBCMF, upheld by *Fili Shipping Co Ltd and others v Premium Nafta Products Ltd and others*, House of Lords, England and Wales, 17 October 2007

Claimant v. Ocean International Marketing B.V., et al, Court of First Instance of Rotterdam, (160) Netherlands, 29 July 2009, 194816/HA ZA 03-925

أشارت محكمة مدراس العليا صراحةً إلى "مبدأ القابلية للفصل"، وأحالت الطرفين إلى التحكيم على أساس أن "المدعين لا يمكنهم تجاهل شرط التحكيم والاحتكام إلى الولاية القضائية لمحكمة مدنية لمجرد أن الاتفاق الأساسي باطل حتى في نظر المدعى عليهم".^(١٦١)

١٠٧- وقد أيد مبدأ القابلية للفصل معظم البلدان،^(١٦٢) ومؤسسات التحكيم،^(١٦٣) وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي،^(١٦٤) ومعلقون بارزون يعتبرون أن اتفاق التحكيم يشكل اتفاقاً ضمن اتفاق.^(١٦٥)

٢، "غير منفذ"

١٠٨- تقيّم المحاكم عموماً معيار "انعدام التنفيذ" في إطار التعبير الأوسع "لاغ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ" من دون المزيد من التمييز. بيد أن الفقه القانوني ذا الصلة يشير إلى أن تعبير "غير منفذ" [أي معطل أو ليس له مفعول] يشمل الحالات التي يصبح فيها اتفاق التحكيم غير واجب التطبيق على الأطراف أو على نزاعها.^(١٦٦)

Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of (161)
Oberlandesgericht [OLG] و انظر أيضاً: *Commerce, High Court of Madras, India, 29 October 2008*
.Celle, Germany, 8 Sch 3/01, 2 October 2001

(162) انظر على سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري، الفصل ١٢، المادة ١٧٨ (٣)؛ وقانون التحكيم الكولومبي، المادة ٥؛ وقانون التحكيم الفرنسي، المادة ١٤٤٧؛ وقانون التحكيم الإنكليزي، المادة ٧؛ وقانون التحكيم الأسترالي، الفصل السادس، المادة ١٦؛ وقانون التحكيم البرازيلي، المادة ٨؛ وقانون التحكيم الصيني، المادة ١٩.

(163) قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المادة ٢٣ (١)؛ وقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، المادة ٦ (٤)؛ وهيئة لندن للتحكيم الدولي، المادة ٢٣ (١).

(164) تنص المادة ١٦ (١) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه "ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم بطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم". وترد قائمة بالبلدان التي سنت تشريعات تستند إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في العنوان الشبكي www.uncitral.org.

R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The 'Null and Void' Provision of the New York* (165)
Convention, supra note 1234, at 278

(166) انظر على سبيل المثال *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, [High Court of Justice, England and Wales, 16 May 2013, [2013] EWHC 1240]

١٠٩- فعلى سبيل المثال، في ظروف تنازل فيها الطرفان عن حقهما في اللجوء إلى التحكيم من خلال استهلال إجراءات قضائية، رأت محكمة هندية أن اتفاق التحكيم غير منفذ بموجب المادة ٤٥ من قانون التحكيم الهندي لسنة ١٩٩٦ الموازية للمادة الثانية (٣) من الاتفاقية.^(١٦٧) ووفقاً لذلك، رفضت أن تحيل إلى التحكيم الطرفين اللذين كانا قد رفعوا العديد من القضايا المدنية والجنائية أمام المحاكم الهندية.

١١٠- ورأت محكمة فرنسية أنها تتمتع بالولاية القضائية اللازمة لأن الإطار الزمني لتشكيل هيئة التحكيم قد انقضى، ومن ثم رفضت الحجة بعدم وجود دليل بين على عدم جواز تطبيق اتفاق التحكيم عملاً بالمادة الثانية من الاتفاقية. ورأت المحكمة أن اتفاق التحكيم سقط "Caduc" بانقضاء أجله، وخلصت إلى أنها تتمتع بالولاية القضائية على المنازعة من دون أي إشارة إلى الاتفاقية.^(١٦٨)

١١١- ويمكن العثور على حالة أخرى لعدم النفاذ المزعوم بشأن اتفاق تحكيم في قرار *Westco* الذي أصدرته المحكمة العليا في هونغ كونغ. فقد ادّعى أحد الأطراف أن عدم الامتثال إلى الشروط الإجرائية قبل استهلال إجراءات التحكيم يجعل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم غير منفذ. ورفضت المحكمة العليا هذه الحجة وأحالت الطرفين إلى التحكيم.^(١٦٩)

٣، "غير قابل للتنفيذ"

١١٢- عادةً ما يُفهم حكم "غير قابل للتنفيذ" باعتباره يتعلق بحالات لا يمكن فيها استهلال التحكيم بفعالية.^(١٧٠) وكما أوضحت محكمة هندية، استناداً إلى المادة ٤٥ من قانون التحكيم الهندي لعام ١٩٩٦ (الموازية للمادة الثانية (٣) من الاتفاقية)، "تشير عبارة غير قابل

Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of Commerce, High Court of Madras, India, 29 October 2008. انظر أيضاً الاقتباسات في الفقرة ٦٧.

Société Gefu Kuchenboss GmbH & CO.KG et Société Gefu Geschäfts-Und Verwaltungs GmbH v Société Coréma, Court of Appeal of Toulouse, France, 9 April 2008.

Westco Airconditioning Ltd v Sui Chong Construction & Engineering Co Ltd, Court of First Instance, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Hong Kong, 3 February 1998, A12848.

Stefan Kröll, *The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II(3) of the New York Convention*, in *ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE* 323, at 326 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008).

للتنفيذ، فعلياً، إلى المانع المعطل والإبراء من المسؤولية الناتج. فإذا أصبح الوعد، بعد إعداد العقد، غير قابل للاستيفاء أو التنفيذ، لأسباب طارئة غير منظورة، يصبح العقد معطلاً.^(١٧١)

١١٣- ويتضح من السوابق القضائية أن اتفاق التحكيم يُعتبر غير قابل للتنفيذ عندما يكون اتفاق التحكيم عليلاً، أي في حالتين رئيسيتين هما: '١' عندما يكون اتفاق التحكيم غير واضح ولا يقدم إشارة كافية تسمح بمضي التحكيم قدماً، و'٢' عندما يعين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم لا وجود لها.

١١٤- وعلى سبيل المثال، رفضت محكمة هندية، استناداً إلى المادة ٤٤ من قانون التحكيم الهندي لعام ١٩٩٦ (المنفذة للمادتين الأولى والثانية من الاتفاقية)، تنفيذ شرط التحكيم الذي ينص على "انطباق التحكيم في دربن والقانون الإنكليزي".^(١٧٢) ورأت المحكمة أن اتفاق التحكيم المزعوم "مبهم وغامض ومتناقض ذاتياً بصورة مطلقة". وبالمثل، رفضت محكمة اتحادية سويسرية تنفيذ شرط تحكيم ينص على التحكيم "عن طريق رابطة التحكيم الأمريكية أو إلى أي محكمة أمريكية أخرى" على أساس أن اتفاق التحكيم ليس واضحاً بدرجة كافية بحيث يستبعد بما لا يدع مجالاً للشك الولاية القضائية لمحاكم الولايات. بمقتضى المادة الثانية (٣) والقانون السويسري على حد سواء.^(١٧٣)

١١٥- وفي حالة عيّن فيها اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم لا وجود لها، أرغمت محكمة في الولايات المتحدة مع ذلك الطرفين على اللجوء إلى التحكيم عملاً بالمادة الثانية (٣) من الاتفاقية وقانون التحكيم الاتحادي. وعلّلت المحكمة قرارها بأن قواعد الأونسيترال للتحكيم المشار إليها في اتفاق التحكيم تنص على طريقة لتشكيل هيئة تحكيم في حال عدم وجود اتفاق سابق بين الطرفين ورفضت ادعاءات المدعي بأن الاتفاق غير قابل للتنفيذ.^(١٧٤)

Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of (171)
Commerce, High Court of Madras, India, 29 October 2008. انظر أيضاً الإشارات المدرجة في الفقرة ٦٧.

Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd v M/V African Trader, High Court of Gujarat, India, 7 (172)
February 2005, Civil Application No. 23 of 2005

Federal Tribunal, Switzerland, 25 October 2010, 4A279/2010 (173)
كانت المحكمة الاتحادية حلّت اتفاق التحكيم من حيث كونه "غير قابل للتنفيذ" حيث إن القرار خلص إلى أن اتفاق التحكيم غير صحيح في إطار الحكم "لاغٍ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ".

Travelport Global Distribution Systems B.V. v. Bellview Airlines Limited, District Court, Southern (174)
District of New York, United States of America, 10 September 2012, 12 Civ. 3483(DLC)

١١٦- وفي روسيا، رأت محكمة التحكيم العليا في الاتحاد الروسي أنه، من أجل أن يكون اتفاق التحكيم قابلاً للتنفيذ بموجب الاتفاقية، يتعين أن يتضمن الاتفاق صيغة واضحة يُتحقق من خلالها من النوايا الحقيقية للطرفين لجهة إحالة المنازعة إلى هيئة تحكيم.^(١٧٥) واعتبرت محكمة روسية أخرى اتفاق تحكيم "غير قابل للتنفيذ" بالمعنى الوارد في المادة الثانية (٣) من الاتفاقية لأنه ليس شرط تحكيم معيارياً بموجب قواعد الأونسيترال ومن ثم استحال الخلوص إلى أن الطرفين اتفقا على تلك القواعد.^(١٧٦) كما أضافت أن سلطة التعيين، وهي "رئيس غرفة التجارة الدولية"، لا وجود لها.

١١٧- واعتمدت محاكم أخرى مواقف مؤيدة للتحكيم، وفسّرت اتفاقات تحكيم مبهمة أو غير متسقة بما يؤيد تلك الاتفاقات. فعلى سبيل المثال، نفذت محاكم فرنسية قرار تحكيم صدر برعاية محكمة التحكيم التابعة لغرفة تجارة يوغوسلافيا على الرغم من أن صيغة اتفاق التحكيم نصّت على التحكيم برعاية مؤسسة لا وجود لها، وهي "غرفة بلغراد للتجارة". ورأت المحكمة أن الطرفين قصدا الإحالة إلى محكمة التحكيم التابعة لغرفة تجارة يوغوسلافيا التي يوجد مقرها في بلغراد.^(١٧٧) واعتمد تعليل مشابه في سويسرا،^(١٧٨) وألمانيا،^(١٧٩) وهونغ كونغ^(١٨٠) حيث رأت المحاكم ضرورة ترجيح نية الأطراف بتسوية منازعتها عن طريق التحكيم.

Tula Ammunition Factory (Russia) v Sporting Supplies International (USA), Highest Arbitrazh Court, (175)
Russia, 27 July 2011, VAS-7301/11

ZAO UralEnergogaz (Russia) v OOO ABB Electroengineering (Russia), Ninth Arbitrazh Court of (176)
Appeal, Russia, 24 June 2009, No. A40-27854/09-61-247

Epoux Convert v. Société Droga, Court of Appeal of Paris, France, 14 December 1983, 1994 REV. (177)
ARB. 483

Federal Tribunal, Switzerland, 8 July 2003, 129 III 675 (178)

Kammergericht [KT] Berlin, 15 October 1999, XXVI Y.B. COM. ARB. 328 (2001) (179)

Lucky Goldstar International Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited, High Court, Supreme Court (180)
of Hong Kong, Hong Kong, 5 May 1993, XX Y.B. COM. ARB. 280 (1995)