

Distr.: General
13 January 2014
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



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"

"١- تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن [يحيل] إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ 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 موقّع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة.

"٣- 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 بناءً على طلب أيهما، ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغٍ وباطلٍ أو غير منفذٍ أو غير قابل للتنفيذ."



الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة الثانية

ترد الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة الثانية، بصيغتها المعتمدة في عام ١٩٥٨، في الوثائق التالية: مشروع اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وتعليقات مقدّمة من الحكومات والمنظمات:

- تقرير اللجنة المعنية بتنفيذ قرارات التحكيم الدولية: الوثيقة E/2704 والمرفق.
- تعليقات مقدّمة من الحكومات والمنظمات على مشروع اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها: الوثيقة E/2822، المرفقان الأول والثاني؛ الوثيقة E/2822/Add.1، المرفق الأول؛ الوثيقة E/2822/Add.2، المرفق الأول؛ الوثيقة E/2822/Add.4، المرفق الأول؛ الوثيقة E/2822/Add.5، المرفق الأول؛ الوثيقة E/CONF.26/3/Add.1.
- مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي:
- التعديلات المقدّمة من وفود حكومية على مشروع الاتفاقية: الوثائق E/CONF.26/7 و E/CONF.26/L.8 و E/CONF.26/L.17 و E/CONF.26/L.18 و E/CONF.26/L.20 و E/CONF.26/L.22 و E/CONF.26/L.31 و E/CONF.26/C.3/L.1 و E/CONF.26/L.34.
- مقارنة بين المشاريع المتعلقة بالمواد الثالثة والرابعة والخامسة من مشروع الاتفاقية: الوثيقة E/CONF.26/L.33.
- بيان مقدّم من المراقب عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص: الوثيقة E/CONF.26/L.36.
- تعديلات إضافية مقدّمة من وفود حكومية على مشروع الاتفاقية: الوثيقة E/CONF.26/L.40.
- نص البروتوكول الإضافي بشأن صلاحية اتفاقات التحكيم المقدّم من الفريق العامل ٢: الوثيقة E/CONF.26/L.52.
- التعديلات المقدّمة من وفود حكومية على المشاريع المقدّمة من الأفرقة العاملة ومشاريع أخرى مقترحة: الوثائق E/CONF.26/L.45 و E/CONF.26/C.3/L.3 و E/CONF.26/L.53 و E/CONF.26/L.54.
- نص المواد الجديدة المزمع إدراجها في الاتفاقية التي اعتمدها المؤتمر: الوثيقة E/CONF.26/L.59.
- نص اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، كما وافقت عليه مؤقتاً لجنة الصياغة: الوثيقتان E/CONF.26/L.61 و E/CONF.26/8.

المحاضر الموجزة:

- المحاضر الموجزة للجلسات السابعة والتاسعة والحادية عشرة والثانية عشرة والثالثة عشرة والرابعة عشرة والسابعة عشرة والحادية والعشرين والثالثة والعشرين والرابعة والعشرين لمؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي: الوثائق E/CONF.26/SR.7 و E/CONF.26/SR.9 و E/CONF.26/SR.11 و E/CONF.26/SR.12 و E/CONF.26/SR.13 و E/CONF.26/SR.14 و E/CONF.26/SR.17 و E/CONF.26/SR.21 و E/CONF.26/SR.23 و E/CONF.26/SR.24.
- المحاضر الموجز للجلسة الرابعة للجنة المعنية بتنفيذ قرارات التحكيم الدولية: الوثيقة E/AC.42/SR.4.

(متاحة على شبكة الإنترنت في الموقع: www.uncitral.org).

مقدمة

١ - تنظّم المادةُ الثانية الاعترافَ باتفاقات التحكيم وتنفيذها. وشريطة استيفاء شروط معينة، تقضي المادة الثانية بأن تعترف الدول المتعاقدة بأيّ اتفاق مكتوب لإحالة المنازعات إلى التحكيم وبأن تنفّذ ذلك الاتفاق بإحالة الطرفين إلى التحكيم.

٢ - وقد كان القصد من نطاق اتفاقية نيويورك في البداية أن يقتصر على الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها مع استثناء اتفاقات التحكيم.^(١) وبينما أثّرت مسائل تتعلق بصلاحيّة اتفاقات التحكيم في سياق المناقشات بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها فيما يتعلق بالمادة الرابعة (١) (ب) والمادة الخامسة (١) (أ) من الاتفاقية،^(٢) لم يقرر واضعو الصياغة إدراج حكم محدد بشأن الاعتراف باتفاقات التحكيم وتنفيذها سوى أثناء انعقاد المؤتمر، قبل أقل من ثلاثة أسابيع على اعتماد الاتفاقية.^(٣) وحتى ذلك الوقت، كان معظم الأحكام الأخرى قد اعتمدت من قبل ولم تُعدّل لتضمّن هذه الإضافة الأخيرة.^(٤) وهذا يفسّر لم يُذكر الاعتراف باتفاقات التحكيم وتنفيذها في عنوان الاتفاقية أو في أيّ أحكام أخرى، بما فيها المادتان الأولى والسابعة.

٣ - وعلى سبيل المثال، لا تتناول المادة الأولى (١)، التي تحدّد نطاق تطبيق الاتفاقية، اتفاقات التحكيم. بيد أن التحفّظ التجاري في المادة الأولى (٣) الذي ينطبق على "الخلافات الناشئة عن علاقات قانونية" يشمل، ضمن صيغة أحكامه، اتفاقات التحكيم المبيّنة في المادة الثانية. وفي المقابل، لا تبتّ الاتفاقية صراحةً في مسألة ما إذا كان تحفّظ المعاملة بالمثل في المادة الأولى (٣)، الذي يتناول الاعتراف "بالقرارات الصادرة في أراضي دولة متعاقدة أخرى" ينطبق، بعد تعديله حسب مقتضى الحال، على اتفاقات التحكيم.

(1) الأعمال التحضيرية، تقرير اللجنة المعنية بتنفيذ قرارات التحكيم الدولية، الوثيقة E/2704، E/AC.42/4/Rev.1، الصفحة ٦، الفقرتان ١٨ و ١٩. وقد نوقش المقترحان البولندي (E/CONF.26/7) والسويدي (E/CONF.26/L.8) بإضافة حكم بشأن صلاحية شروط التحكيم، خلال الاجتماعين السابع والتاسع للمؤتمر، لكنهما رُفّضا في نهاية المطاف.

(2) الأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، المحضر الموجز للجلسة الحادية عشرة (E/CONF.26/SR.11)، الصفحات ٧-٢١، والثانية عشرة (E/CONF.26/SR.12)، الصفحات ٣-٦، والثالثة عشرة (E/CONF.26/SR.13)، الصفحات ٤-٧ و ٩-١١، والرابعة عشرة (E/CONF.26/SR.14)، الصفحات ٤-٥ و ٧-٩، والسابعة عشرة (E/CONF.26/SR.17)، الصفحات ٤-٦.

(3) الأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، المحضر الموجز للجلسة الحادية والعشرين، E/CONF.26/SR.21، الصفحة ١٧. انظر المرفقين الأول والثاني للوثيقة E/2822.

(4) المرجع نفسه.

- ٤ - ورأت بعض المحاكم، قياساً على المادة الأولى (١)، أن الاتفاقية لا تنطبق سوى على اتفاقات التحكيم التي تنص على وجود مقر في دولة أخرى غير دولة المحكمة التي تنظر في المنازعة.^(٥) وقد أيد بعض المعلقين هذا التفسير.^(٦)
- ٥ - ورأى معلقون آخرون أن المقصود هو أن تطبق المادة الثانية على الاعتراف بجميع اتفاقات التحكيم وتنفيذها بصرف النظر عن المقر. فعلى سبيل المثال، يبين البروفيسور مينولي أن مقترح إسرائيل (الذي عدلته إيطاليا لاحقاً) بإدراج بند تحفظ عام يمكن الدول من عدم تطبيق المادة الثانية في بعض الحالات قوبل بالرفض أثناء المؤتمر. ولا يدع ذلك، في رأي البروفيسور مينولي، مجالاً للشك بشأن نية فريق صياغة اتفاقية نيويورك بأن المادة الثانية يجب أن تشمل الحالات الداخلية والدولية على حد سواء من دون أي قيود.^(٧) وكان معلق آخر على الاتفاقية قد اعتبر أيضاً في وقت سابق أن المادة الثانية، على عكس بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣، لا تشترط أن تخضع الأطراف إلى الولاية القضائية لدول متعاقدة مختلفة مما يمنح الحكم صفة التطبيق العام.^(٨)

Kaverit Steel and Crane v. Kone Corp., Alberta Court of Queen's Bench, Canada, 14 May 1991; (5) *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995; Federal Tribunal, Switzerland, 21 March 1995, 5C.215/1994/lit; Federal Tribunal, Switzerland, 25 October 2010, 4 A 279 / 2010; *X v Y*, Federal Tribunal, Switzerland, 9 January 2008, 4A_436/2007.

Reinmar Wolff, *Commentary on Article II, in NEW YORK CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS – COMMENTARY 85*, at 99-104 (R. Wolff ed., 2012); ICCA'S GUIDE TO THE INTERPRETATION OF THE 1958 NEW YORK CONVENTION: A HANDBOOK FOR JUDGES (P. Sanders ed., 2011), at 19; Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'Article II de la Convention de New York*, 1995 ASA BULL. 383, at 384.

Eugenio Minoli, *L'Italie et la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, in INTERNATIONAL ARBITRATION LIBER AMICORUM FOR MARTIN DOMKE 199, at 203 (P. Sanders ed., 1967). وانظر أيضاً: الأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، المحضر الموجز للجلسة الحادية والعشرين، E/CONF.26/SR.21، الصفحة ١٤، والتعليقات التي أبدأها ممثل النرويج بأن "التحفظ الذي مؤداه أن الاتفاقية تنطبق على النزاعات ذات الطبيعة الدولية أساسي"، وممثل إيطاليا بأن "مقترحه يرمي إلى ضمان ألا تنطبق الاتفاقية على النزاعات غير الدولية".

Frédéric-Edouard Klein, *Autonomie de la volonté et arbitrage (suite et fin)*, 1958 R.C.D.I.P. 479, at 491 (8)

ورأى معلقون آخرون أن اتفاقية نيويورك لم تقصد إدخال أي قيود إقليمية على نطاق التطبيق على اتفاقات التحكيم التي تندرج ضمن نطاق المادة الثانية.^(٩)

٦- ومن هذا المنطلق، رأت المحكمة العليا في دلهي أن المادة الثانية لا تتضمن، في ظاهرها، "قيداً أو مانعاً صريحاً أو ضمناً يستدعي أن يقتصر الاعتراف باتفاقات التحكيم وتنفيذها على تلك الاتفاقات التي من شأنها أن تؤدي إلى قرارات تحكيم أجنبية. وذلك تأويل لا يمكن إقامته على المادة المذكورة لأن ذلك سيتناقض مع روح الاتفاقية". وخلصت المحكمة إلى أن "اتفاقية نيويورك تنطبق على اتفاق التحكيم إذا احتوى على عناصر أو خصائص أجنبية تتعلق بالتبادلات والتجارة الدولية حتى وإن لم يفض ذلك الاتفاق إلى قرار تحكيم أجنبي (...)"^(١٠) والنهج نفسه اتبعته المحاكم في الولايات المتحدة عملاً بقانون التحكيم الاتحادي واتفاقية نيويورك.^(١١) وعلى نحو مماثل، اعتمدت المحاكم الفرنسية وجهة النظر القائلة بأن الاتفاقية يجب أن تنطبق على الاعتراض على وجود اتفاق التحكيم أو صحته، وبأن ذلك لا يتقيد على أي نحو كان بصيغة المادة الأولى.^(١٢)

٧- كما تنظم المادة الثانية شكل اتفاقات التحكيم والآثار المترتبة عليها. وتشترط المادة الثانية (١) أن تعترف كل دولة متعاقدة بأي "اتفاق مكتوب" يتعهد بموجبه الطرفان بأن يحيلًا منازعهما إلى التحكيم. وقد فسّر هذا الحكم باعتباره يُرسي افتراضاً بأن اتفاقات التحكيم صحيحة.^(١٣) وتشمل المادة الثانية (٢)، التي تنظم شكل "الاتفاقات المكتوبة"، الاتفاقات الموقع عليها من الطرفين أو الواردة في رسائل أو برقيات متبادلة.

(9) انظر، على سبيل المثال، Philippe Fouchard, *La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York*, 1990 REV. ARB. 571 الذي يرى أنه بالنظر إلى سحب فرنسا التحفظ التجاري، فإن المادة الثانية تنطبق على جميع اتفاقات التحكيم.

(10) *Gas Authority of India Ltd v SPIE-CAPAG SA and ors*, High Court of Delhi, India, 15 October 1993, (10) Suit No. 1440; IA No. 5206.

(11) *Fred Freudensprung v. Offshore Technical Services, Inc., et al.*, Court of Appeals, Fifth Circuit, United States of America, 9 August 2004, 03-20226.

(12) *Société Bomar Oil N.V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Court of Appeal of Versailles, France, 23 January 1991, upheld by *Société Bomar Oil N.V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Court of Cassation, France, 9 November 1993, 91-15.194.

(13) ALBERT JAN VAN DEN BERG, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958: TOWARDS A UNIFORM JUDICIAL INTERPRETATION (1981), at 156; ICCA'S GUIDE, supra note 6, at 37.

٨- ولضمان الامتثال إلى اتفاقات التحكيم، تشترط المادة الثانية (٣) أن تحيل المحاكم الوطنية التي تنظر في مسألة مشمولة باتفاق تحكيم الطرفين إلى التحكيم "ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ". والمبدأ الرئيسي الكامن في أن الطرفين في اتفاق تحكيم مطالبان باحترام تعهدهما بإحالة أي نزاع مشمول باتفاق التحكيم المبرم بينهما إلى التحكيم إنما يأخذ مفعوله من خلال الاشتراط الإلزامي على المحاكم الوطنية بأن تحيل الطرفين إلى التحكيم عندما يُقدّم إليها اتفاق تحكيم صحيح. ويستتبع ذلك أن المحاكم الوطنية يُحظر عليها النظر في حيثيات تلك المنازعات. ووفقاً لمبدأ "اختصاص الاختصاص"، الذي يمنح المحكّمين الصلاحية للبتّ فيما يخص ولايتهم القضائية، فإن نشوء اعتراض على وجود اتفاق تحكيم أو على صحته لا يمنع هيئة التحكيم من مباشرة التحكيم.^(١٤)

٩- والمحاكم الوطنية لا تتخلّى، من خلال القبول بمبدأ "اختصاص الاختصاص"، عن صلاحيتها في النظر في وجود اتفاق التحكيم وصحته إذ إنها تستعيد صلاحيتها في الفحص الكامل لاتفاق التحكيم عند نهاية عملية التحكيم، وحالما تصدر هيئة التحكيم قرارها. والسؤال يكمن فيما إذا كان بإمكان المحاكم الوطنية، في المرحلة السابقة لقرار هيئة التحكيم، في إطار امتثال هذه المحاكم لالتزامها بإحالة الطرفين إلى التحكيم عملاً بالمادة الثانية (٣)، أن تُجري استعراضاً كاملاً أو محدوداً في اتفاق التحكيم للبتّ فيما إذا كان ثمة اتفاق تحكيم صحيح. وفي بعض الولايات القضائية، حددت المحاكم فحصها باستعراض ظاهري، مفسحةً بذلك المجال للمحكّمين كي يكونوا أول من يبتّ على نحو كامل في مسألة ولايتهم القضائية. وهذا المبدأ، الذي يُطلق عليه أحياناً "التأثير السلبي لاختصاص الاختصاص"، يعطي الأولوية للمحكّمين في تحديد ولايتهم القضائية، بينما تحتفظ المحاكم بصلاحية إجراء استعراض كامل لوجود اتفاق التحكيم وصلاحيته ونطاقه في نهاية عملية التحكيم.^(١٥) وفي ولايات قضائية أخرى، تجري المحاكم استعراضاً شاملاً لوجود اتفاق التحكيم وصلاحيته ونطاقه لتحديد ما إذا كان عليها إحالة الطرفين إلى التحكيم.

(14) PHILIPPE FOUCHARD, *L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL* (1965), at para. 203; Antonias Dimolitsa, *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, in ICCA CONGRESS SERIES NO. 9, IMPROVING THE EFFICIENCY OF ARBITRATION AND AWARDS: 40 YEARS OF APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION 217 (A.J. van den Berg ed., 1999).

(15) Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J. (December 2005), at 3; 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 95-96 (H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port eds., 2010).

١٠ - ولذا، فإنَّ المعيار الذي ينبغي للمحاكم تطبيقه لتحديد ما إذا كان الاتفاق لاغياً أو باطلاً "أو غير منقذ أو غير قابل للتنفيذ" عند البت فيما إذا كانت ستحيل الطرفين إلى التحكيم يظل محل نقاش.^(١٦)

تحليل

المادة الثانية (١)

ألف - الالتزام بالاعتراف بالاتفاق المكتوب

١١ - تنص المادة الثانية (١) على أنه، عند استيفاء شروط معيَّنة، "تُعترف" الدول المتعاقدة بالاتفاق المكتوب باللجوء إلى التحكيم.

١٢ - والالتزام بالاعتراف "بالاتفاق المكتوب" تقبله المحاكم الوطنية على نطاق واسع. فقد قرَّرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة أنَّ صيغة الوجود (المعبَّر عنها بالمضارع في النص العربي) "تُعترف" الواردة في المادة الثانية (١) لا تدع مجالاً للصلاحيَّة التقديرية للمحاكم إذ يجب عليها أن تعترف باتفاق التحكيم وفقاً للأحكام الواضحة في قانون التحكيم الاتحادي واتفاقية نيويورك.^(١٧) وبصورة مماثلة، فسَّرت المحكمة الاتحادية السويسرية المادة الثانية باعتبارها تلزم الدول المتعاقدة على الاعتراف بصحة اتفاق التحكيم ونفاذه.^(١٨) والطبيعة الإلزامية في شرط الاعتراف باتفاقات التحكيم وإنفاذها أكَّدتها قرارات معظم الولايات القضائية.^(١٩)

(16) للاطلاع على مناقشة شاملة، انظر الفقرات ٧٩-٩٩ من الوثيقة التالية رقم A/CN.9/814/Add.2.

(17) *Scherk v Alberto-Culver Company*, Supreme Court, United States of America, 17 June 1974, 73-781 وانظر أيضاً: *Lindo (Nicaragua) v. NCL (Bahamas), Ltd.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 29 August 2011, 10-10367; *Ernesto Francisco v. Stolt Achievement MT*, Court of Appeals, Fifth Circuit, United States of America, 4 June 2002, 01-30694.

(18) *Tradax Export SA v Amoco Iran Oil Company*, Federal Tribunal, Switzerland, 7 February 1984.

(19) Australia: *Seeley International Pty Ltd v. Electra Air*, Federal Court, Australia, 29 January 2008, SAD 157 of 2007; Colombia: *Sunward Overseas SA v Servicios Maritimos Limitada Semar*, Supreme Court of Justice, Colombia, 20 November 1992, 472; France: *SA C.F.T.E. v Jacques Dechavanne*, Court of Appeal of Grenoble, France, 13 September 1993; Hong Kong: *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; India: *Remusagar Power Co Ltd v General Electric Company and anor.*, Supreme Court, India, 16 August 1984; Italy: *Louis Dreyfus*

باء- معنى "الاتفاق"

١٣- تتناول المادة الثانية (١) الاتفاق على التحكيم. وتعتمد المحاكم، لدى اتخاذ القرار بشأن إنفاذ اتفاق التحكيم من عدمه، على موافقة الطرفين لتحديد ما إذا كانا قد اتفقا على إحالة المنازعة المعنية إلى التحكيم.

١٤- وقد حدّدت المحكمة العليا في الولايات المتحدة مهمة المحكمة لدى البتّ في اتفاق التحكيم بموجب قانون التحكيم الاتحادي واتفاقية نيويورك على حد سواء كما يلي: "تكمّن أولى مهام المحكمة التي يُطلب إليها فرض التحكيم بشأن منازعة ما في تحديد ما إذا كان الطرفان يقبلان اللجوء إلى التحكيم" لتسوية المنازعة.^(٢٠) وكما أكّدت محكمة أسترالية، يتم تقييم الموافقة على أساس كل حالة على حدة.^(٢١)

١٥- وتشير السوابق القضائية المبلّغ عنها في مختلف الولايات القضائية التي تطبّق الاتفاقية^(٢٢) إلى أنّ الأطراف أحييت إلى التحكيم عملاً بالمادة الثانية (٣) عندما وجدت المحاكم أنّ الأطراف وافقت على التحكيم. وقد وُجدت الموافقة على التحكيم في مواقف شتى، بما فيها عندما تبين أنّ الأطراف '١' شاركت في التفاوض على العقد، أو '٢' شاركت في تنفيذ العقد، أو '٣' شاركت في التفاوض على العقد وتنفيذه على حد سواء، أو '٤' كان لديها علم باتفاق التحكيم، أو '٥' شاركت في إجراءات التحكيم من دون إثارة أيّ اعتراض على الولاية القضائية لهيئة التحكيم.

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)

Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Supreme Court, United States of America, (20) 2 July 1985, 3-1569

ACD Tridon v. Tridon Australia, Supreme Court of New South Wales, Australia, 4 October 2002, 5738 (21)

2001 of. انظر أيضا: *Moscow Dynamo v. Alexander M. Ovechkin*, District Court, District of Columbia, 18 January 2006, 05-2245 (EGS) United States of America, حيث رفضت محكمة مقاطعة كولومبيا في الولايات المتحدة إنفاذ شرط التحكيم المزعوم لأنها لم تتمكن من العثور على "أساس وقائي أو تخويل قانوني يدعم الحجة القائلة بأن الاتفاق المكتوب على التحكيم يمكن أن يوجد من دون رسائل خطية متبادلة تبرهن على اتفاق الطرفين على التوجّه إلى التحكيم فيما بينهما".

(22) تستند هذه الدراسة إلى أكثر من ٣٥٠ قراراً من الاتحاد الروسي وإسبانيا وأستراليا وألمانيا وإيطاليا والبرازيل وبلجيكا وسويسرا والصين وفرنسا وفنزويلا وكندا وكولومبيا ومصر والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية والهند وهونغ كونغ والولايات المتحدة الأمريكية. ويمكن الاطلاع على تلك القرارات عبر الإنترنت في الموقع الشبكي: www.newyorkconvention1958.org/

١٦ - أولاً، قرّرت محكمة في الولايات المتحدة أنّ المشاركة في التفاوض على عقد يحتوي على شرط تحكيم من خلال تبادل الوثائق دليل على موافقة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم فيما يخص أيّ منازعة تنشأ عن ذلك العقد، وهو ما يستوفي بالتالي متطلبات المادة الثانية.^(٢٣) ولاحظت المحكمة، في قرارها هذا، أنّ الطرف قد وضع ختمه على بيان وسيط التأمين كدليل إضافي على الموافقة.

١٧ - ثانياً، وُجد دليل الموافقة في سلوك الأطراف لدى تنفيذ العقد. ففي الحالات التي لا يوقع فيها أحد الأطراف على العقد أو يعيد تأكيداً مكتوباً، ولكنه مع ذلك يؤدي التزاماته، ارتأت محاكم كثيرة أنّ ذلك السلوك يعني وجود موافقة ضمنية على شروط العقد، بما فيها اتفاق التحكيم.^(٢٤) فعلى سبيل المثال، نفّذت المحكمة العليا في الهند قراراً من هيئة تحكيم على الرغم من أنّ اتفاق التحكيم لم يكن موقعاً ولا يشتمل على تبادل وثائق. ورأت المحكمة أنّ في سلوك الطرف، وخصوصاً فتحه خطاب الاعتماد استناداً إلى العقد واستحضاره شرط القوة القاهرة، دليل على القبول بشروط العقد المكتوب، بما في ذلك شرط التحكيم.^(٢٥) وتبعاً للمنطق نفسه، لكن مع تطبيق القانون الفرنسي على أساس حكم "الحق الأنسب"،^(٢٦) أيدت

Chloe Z Fishing Co. Inc., et al v. Odyssey Re (London) Ltd, formerly known as Sphere Drake Insurance, P.L.C., et al., District Court, Southern District of California, United States of America, 26 April 2000, 109 F.Supp.2d 1236 (2000)

Metropolitan Steel Corporation Ltd. v. Macsteel International U.K. Ltd., High Court of Karachi, Pakistan, 7 March 2006, XXXII Y.B. COM. ARB. 449 (2007), at 451-452; *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY [Fin.]*, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 20 June 2003, 02-2169; *Compagnie de Navigation et Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995; *Smita Conductors Ltd. v. Euro Alloys Ltd.*, Supreme Court, India, 31 August 2001, Civil Appeal No. 12930 of 1996. *Contra: Concordia Trading B.V. v. Nantong Gangde Oil Co., Ltd.*, Supreme People's Court, China, 3 August 2009, [2009] MinSiTaZi No. 22

Smita Conductors Ltd. v. Euro Alloys Ltd., Supreme Court, India, 31 August 2001, Civil Appeal No. 12930 of 1996

ALBERT JAN VAN DEN BERG, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958: TOWARDS A UNIFORM JUDICIAL INTERPRETATION (1981), at 81; Emmanuel Gaillard, *The Relationship of the New York Convention with other Treaties and with Domestic Law*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS: THE NEW YORK CONVENTION IN PRACTICE 69, at 70 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008)

محكمة فرنسية اتفاق تحكيم متضمناً في مذكرة حجز على أساس أن الطرفين نفذاً مذكرة الحجز. ورأت المحكمة أنه بما أن الطرفين كانا على علم بمذكرة الحجز، التي مثلت "تلاقياً الأفكار" الوحيد بين الطرفين، فإنهما يصبحان ملزمين باتفاق التحكيم المتضمّن فيها.^(٢٧)

١٨- ثالثاً، في الحالات التي يقوم فيها طرف لم يوقع على العقد المتضمّن لاتفاق التحكيم بالمشاركة مع ذلك في التفاوض على ذلك العقد وتنفيذ التزامات بمقتضاه، هناك بعض المحاكم التي تحيل ذلك الطرف غير الموقع إلى التحكيم. وفي حالة تخص قضية لنقض قرار هيئة تحكيم، لكن في سياق معالجة مسألة الطابع الملزم في اتفاق تحكيم على طرف غير موقع، أكدت محكمة استئناف باريس أن الشركة الأم التي شاركت في التفاوض واضطلعت بالتزامات بموجب العقد الرئيسي ملزمة باتفاق التحكيم على الرغم من عدم كونها طرفاً في العقد الرئيسي.^(٢٨) بيد أن هذا التوجه غير مقبول عالمياً. فعلى سبيل المثال، في قضية مجموعة شركات دلّه *Dallah*، رفضت المحكمة العليا في إنكلترا، استناداً إلى اتفاقية نيويورك، منح الإذن إلى طرف يسعى إلى إنفاذ قرار تحكيم صدر ضد جمهورية باكستان الإسلامية على أساس عدم وجود دليل على النية المشتركة لدى الطرفين بإضافة حكومة باكستان كطرف في العقد الرئيسي، وذلك على الرغم من مشاركتها في المفاوضات وفي أداء بعض الالتزامات بموجب ذلك العقد.^(٢٩)

١٩- رابعاً، تبين أيضاً وجود موافقة في الحالات التي يكون فيه طرف على علم باتفاق التحكيم. فعلى سبيل المثال، عندما يكون اتفاق التحكيم مطبوعاً على ظهر العقد (أو يكون متضمناً في الشروط والأحكام العامة المطبوعة على ظهر العقد)، اعتُبر الطرفان على علم

SA Groupama transports v Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG, Court of Appeal of Basse (27) Terre, France, 18 April 2005

Société Kis France et autres v. Société Générale et autres, Court of Appeal of Paris, France, 31 October 1989, 1992 REV. ARB. 90. وللإطلاع على حجة مشاهمة، حيث وُجد أن حكومة تركمانستان "تصرفت بوصفها الشخصية الأخرى المسؤولة [لكيان مملوك للدولة] فيما يتعلق بهذا المشروع المشترك [مع المدعي في التحكيم]"، انظر: *Bridas S.A.P.I.C., Bridas Energy International, Ltd., Intercontinental Oil and Gas Ventures, Ltd., and Bridas Corp v. Government of Turkmenistan*, Court of Appeals, Fifth Circuit, United States of America, 21 April 2006, 04-20842

Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, Supreme Court, England and Wales, 3 November 2010, UKSC 2009/0165. انظر أيضاً القرار المعاكس الذي أصدرته محكمة باريس للاستئناف في فرنسا حول الموضوع نفسه: *Gouvernement du Pakistan v. Ministère des affaires religieuses v. société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, Court of Appeal of Paris, France, 17 February 2011, 09/28533, 09/28535 and 09/28541, 2011 REV. ARB. 286

بالاتفاق على التحكيم لأنَّ الفرصة كانت لديهم لاستعراض اتفاق التحكيم.^(٣٠) وفي هذا السياق، لاحظت محكمة النقض الإيطالية في نزاع كان فيه اتفاق التحكيم متضمناً في وثيقة أخرى عدا العقد الرئيسي، أنه من أجل تحديد موافقة الطرفين على اتفاق تحكيم، ينبغي للطرفين أن يكونا على علم باتفاق التحكيم من خلال إشارة محددة إليه في العقد الرئيسي (من خلال علاقته التامة به).^(٣١)

٢٠- وفي بعض الولايات القضائية، تُعتبر الأطراف على علم باتفاق التحكيم عندما يُفترض منطقياً أن تكون قد علمت به، بغض النظر عما إذا كانت على علم فعلي باتفاق التحكيم. وفي تلك الحالات، تنفذ المحاكم اتفاق التحكيم عندما تكون الأطراف على علم به أو كان يُفترض أن تكون على علم به. فعلى سبيل المثال، تعترف محكمة النقض الإيطالية الآن بأنه، عندما يكون الأطراف من رجال الأعمال المحترفين الذين يُفترض أن يكونوا على اطلاع بمحتوى الشروط والأحكام العامة في مجال عملهم، فإنَّ الإشارة العامة (العلاقة الضمنية) إلى تلك الشروط والأحكام تستوفي الشرط المذكور في المادة الثانية من الاتفاقية.^(٣٢) كما تقرُّ المحاكم الألمانية بأنَّ الموافقة يمكن أن تكون ضمنية استناداً إلى استخدامات التجارة الدولية ذات الصلة عندما يكون العقد نمطياً بالنسبة إلى الصناعة المعنية وتكون الأطراف نشطة في مجال الأعمال ذي الصلة.^(٣٣)

٢١- وهناك بعض المحاكم التي قضت أيضاً بأنَّ الأطراف مُلزَمة باتفاق التحكيم المدمج بالإشارة على اعتبار أنها يُفترض أن تكون على علم بشروطه. وبالفعل، من الشائع جداً في التجارة الدولية أن لا تبين الأطراف شروط عقدها بالتفصيل، وإنما تشير بدلاً من ذلك إلى وثائق منفصلة، مثل الشروط العامة والاتفاقات النموذجية التي تحررها جهات مهنية والتي قد تحتوي على اتفاقات تحكيم.^(٣٤) وهناك بعض المحاكم التي تقبل أنَّ الأطراف، من خلال

Court of Appeal of the Canton of Basel-Landschaft, Switzerland, 5 July 1994, 30-94/261; *Bobbie* (30)
Brooks Inc. v. Lanificio Walter Banci s.a.s., Court of Appeal of Firenze, Italy, 8 October 1977, IV Y.B.
 .COM. ARB. 289 (1979), at 291

.*Louis Dreyfus S.p.A. v. Cereal Mangimi S.r.l.*, Court of Cassation, Italy, 19 May 2009, 11529 (31)

.*Del Medico & C. SAS v. Iberprotein SI*, Court of Cassation, Italy, 16 June 2011, 13231 (32)

.Bundesgerichtshof [BGH], Germany, 3 December 1992, III ZR 30/91 (33)

Domenico Di Pietro, *Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION .1958 IN PRACTICE at 355 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008) (34)

الإشارة إلى أحكام وشروط عامة في عقدها، تكون قد قبلت باتفاق التحكيم المتضمن فيه لأن من المنطقي أن تكون على علم باتفاق التحكيم.^(٣٥) وبالفعل، كما لاحظت محكمة هندية، لا تحدد المادة الثانية أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون متضمناً في وثيقة وحيدة.^(٣٦) ولذا، في إحدى الحالات التي كانت فيها الاتفاقية منطبقة، أيدت محكمة في الولايات المتحدة اتفاق تحكيم متضمناً في الأحكام والشروط العامة على أساس أن الأطراف وافقت ضمناً على الأحكام والشروط العامة المشار إليها في العقد، وذلك على الرغم من أن المدعي لم توجد قط في حيازته تلك الأحكام والشروط العامة. ورأت المحكمة أن عدم طلب الأحكام والشروط المشار إليها في عقد ما يعني ضمناً الموافقة على أحكامه، بما فيها اتفاق التحكيم.^(٣٧) وفي السياق نفسه، في قضية شركة بومار *Bomar*، قرّرت محكمة فرنسية، استناداً إلى الاتفاقية والقانون الفرنسي على حد سواء، أن اتفاق التحكيم المتضمن في وثيقة مشار إليها في العقد الرئيسي يجب أن يكون نافذاً ما دام يمكن إثبات أن الأطراف كانت، أو كان يُفترض أن تكون، على علم به.^(٣٨) ومن ثمّ، أيد عدد من المحاكم اتفاقات التحكيم المتضمنة في الشروط العامة المشار إليها في العقد الرئيسي.^(٣٩) وفي السياق نفسه، في نزاع

Owners & Parties Interested in the Vessel M.V. Baltic Confidence, et al. v. State Trading Corp. of India, (35) *et al. (India)*, Supreme Court, India, 20 August 2001, Special Leave Petition (civil) 17183 of 2001; *Tradax Export SA v Amoco Iran Oil Company*, Federal Tribunal, Switzerland, 7 February 1984; *X.S.A. v .Y Ltd.*, Federal Tribunal, Switzerland, 12 January 1989, 5P.249/1988

Gas Authority of India Ltd v SPIE-CAPAG SA and ors, High Court of Delhi, India, 15 October 1993, (36) .Suit No. 1440; IA No. 5206

Copape Produtos de Pétroleo LTDA. v. Glencore LTD., District Court, Southern District of New York, (37) .United States of America, 8 February 2012, 11 Civ. 5744 LAK

Société Bomar Oil N.V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP), Court of Appeal of (38) Versailles, France, 23 January 1991, upheld by *Société Bomar Oil N.V. v Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, Court of Cassation, France, 9 November 1993, 91-15.194 *SA Groupama transports v Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Court of Appeal of .Basse Terre, France, 18 April 2005

Del Medico & C. SAS v Iberprotein Sl, Court of Cassation, Italy, 16 June 2011, 13231; *Copape* (39) *Produtos de Pétroleo LTDA. v. Glencore LTD.*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 8 February 2012, 11 Civ. 5744 LAK; *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY [Fin.]*, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 20 June 2003, 02-2169; *SA Groupama transports v Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Court of Cassation, France, 21 November 2006, 05-21.818; Court of Appeal of the Canton of Basel-Landschaft, Switzerland, 5 July 1994, 30-94/261; Oberlandesgericht [OLG] Cologne, Germany, 16 December .1992, XXI Y.B. COM. ARB. 535 (1996)

ناشئ عن سند شحن يشير صراحة إلى اتفاق استئجار سفينة، أيدت المحكمة العليا الهندية اتفاق تحكيم متضمناً في اتفاق استئجار السفينة.^(٤٠) وتأكيداً لهذا النهج، تنص المادة ٧ (٦) (الخيار الأول) من قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم صراحة على أن الإشارة في العقد إلى أيّ مستند يتضمن شرطاً تحكيمياً تشكل اتفاق تحكيم مكتوباً.^(٤١)

٢٢ - خامساً، تعتمد المحاكم على السلوك الإجرائي للأطراف لاستنباط موافقتها على إحالة منازعاتهما إلى التحكيم. ومن ثمّ، فقد اعتُبرت المشاركة في إجراءات التحكيم من دون أيّ اعتراضات على الولاية القضائية لهيئة التحكيم تكريساً لاتفاق الأطراف على التوجه إلى التحكيم.^(٤٢) فعلى سبيل المثال، وجدت محكمة العدل العليا في البرازيل أن اتفاق تحكيم غير موقع لا يمثل إلى متطلبات المادة الثانية (٢)، ومع ذلك قرّرت إنفاذ قرار التحكيم الصادر بموجب اتفاق التحكيم المذكور على اعتبار أن الأطراف وافقت على الولاية القضائية لهيئة التحكيم من خلال المشاركة في إجراءات التحكيم من دون إبداء أيّ اعتراض على الولاية القضائية لهيئة التحكيم.^(٤٣) وبصورة مماثلة، قرّرت محكمة أسترالية إنفاذ قرار تحكيم بشأن تكاليف برعاية غرفة التجارة الدولية في باريس حيث وجدت هيئة التحكيم أنها لا تملك الولاية القضائية على اعتبار أن اتفاق التحكيم غير صحيح. وقرّرت المحكمة الأسترالية أن الأطراف، بتوقيعها على النظام الداخلي، تكون قد وافقت على إحالة المنازعة إلى التحكيم.^(٤٤)

Owners & Parties Interested in the Vessel M.V. Baltic Confidence, et al. v. State Trading Corp. of India, et al. (India), Supreme Court, India, 20 August 2001, Special Leave Petition (civil) 17183 of 2001. انظر أيضاً *Tradax Export SA v Amoco Iran Oil Company*, Federal Tribunal, Switzerland, 7 February 1984; *Welex A.G. v. Rosa Maritime Ltd*, Court of Appeal, England and Wales, 3 July 2003, A3/02/2230 A3/02/2231

(41) المادة ٧ (٦) (الخيار الأول) من قانون الأونسيتال النموذجي للتحكيم (مع التعديلات كما اعتمدت في عام ٢٠٠٦).

CTA Lind & Co Scandinavia AB in Liquidation's bankruptcy Estate v. Erik Lind, District Court, Middle District of Florida, Tampa Division, United States of America, 7 April 2009, 8:08-cv-1380-T-30TGW; *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v Gee Tai Holdings Co Ltd*, High Court, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 13 July 1994, 1992 No. MP 2411; *Oberlandesgericht [OLG] Schleswig, Germany*, 30 March 2000, 16 SchH 05/99

L'Aiglou S/A v Têxtil União S/A, Superior Court of Justice, Brazil, 18 May 2005, SEC 856 (43)

Commonwealth Development Corp v. Montague, Supreme Court of Queensland, Australia, 27 June 2000, Appeal No 8159 of 1999; DC No 29 of 1999 (44)

٢٣- ويتسق اعتماد المحاكم على موافقة الأطراف على التحكيم مع فلسفة الاتفاقية القائمة على توفير "دليل مُرضٍ على الاتفاق".^(٤٥) وقد أكد المعلقون على أهمية نية الأطراف وما إذا كان هناك "تلاقٍ في الأفكار".^(٤٦)

جيم- نطاق "الاتفاق المكتوب"

٢٤- تشترط المادة الثانية (١) أن تعترف المحاكم الوطنية بأيّ اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحملا إلى التحكيم جميع "الخلافات" بالنسبة لعلاقة قانونية يمكن تسويتها عن طريق التحكيم.

أ- معنى "الخلافات"

٢٥- تشير المادة الثانية (١) إلى تعهد الطرفين بأن يحملا إلى التحكيم "جميع الخلافات أو أية خلافات" نشأت أو قد تنشأ بينهما وتكون مشمولة باتفاقهما.

٢٦- وهناك قضايا قليلة جداً مُبلّغ عنها تناولت هذه المسألة وجميعها اعتمد تفسيراً موسّعاً "للخلافات". بما يتسق مع الانحياز نحو التحكيم في الاتفاقية.

٢٧- ولدى تفسير كلمة "خلافات"، رأت المحكمة العليا في هونغ كونغ أن الطرفين يجب أن يحملا إلى التحكيم حتى عندما تكون هناك منازعة بشأن وجود منازعة.^(٤٧) وخلصت المحكمة إلى أن وجود المنازعة من عدمه مسألة تحدها هيئة التحكيم. واستندت المحكمة العليا الأسترالية إلى كلمات "جميع أو أية" في المادة الثانية (١) للتأكيد على أن المادة الثانية (١) يجب أن تُفسّر بمعناها الواسع.^(٤٨) وبصورة مماثلة، رأت محكمة الاستئناف الإنكليزية في [قضية] فيونا تراست *Fiona Trust* أنه، في غياب صيغة واضحة تشير إلى العكس، تُفسّر بنود التحكيم على أوسع

(45) الأعمال التحضيرية، مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي، تعليقات مقدّمة من الحكومات والمنظمات على مشروع اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، تعليقات مقدّمة من المملكة المتحدة، الوثيقة E/2822/Add.4، المرفق الأول، الصفحة ٥.

REINMAR WOLFF, THE NEW YORK CONVENTION, supra note 6, at 128-132; ICCA'S GUIDE, (46) supra note 6, at 45.

Guangdong Agriculture Ltd v. Conagra International Far East Company Ltd, High Court, Supreme (47) Court of Hong Kong, Hong Kong, 24 September 1992, HCA003032/1992.

Seeley International Pty Ltd v. Electra Air, Federal Court, Australia, 29 January 2008, SAD 157 of 2007 (48)

نطاق ممكن على اعتبار أن الأطراف، كرجال أعمال عقلانيين، يُحتمل أن تكون قصدت أن تبتّ هيئة التحكيم نفسها في أيّ منازعة تنشأ عن العلاقة التي أقاموها.^(٤٩)

ب- "العلاقة القانونية المحددة"

٢٨- إن الشرط الوارد في المادة الثانية (١) بأن تخص المنازعة "علاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية"، واسع جدا ويندر أن يكون محل نزاع في السوابق القضائية.

٢٩- وقد رأت المحكمة العليا الكندية، استنادا إلى نص المادة الثانية، أن المطالب خارج نطاق العقد تندرج ضمن نطاق اتفاق التحكيم عندما ترتبط المطالب بالالتزامات التعاقدية.^(٥٠)

ج- "موضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم"

٣٠- يشير الاشتراط بأن يكون النزاع متصلا "بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم" إلى إمكانية إخضاع النزاع للتحكيم.^(٥١) وبالنظر إلى غياب توجيهات اتفاقية نيويورك حول هذا الموضوع، تحدد المحاكم الوطنية ما إذا كان موضوع محدد يمكن تسويته عن طريق التحكيم إمّا بالإحالة إلى القانون المنطبق على اتفاق التحكيم وإمّا بالإحالة إلى قوانينها الخاصة.

٣١- وترى بعض المحاكم أن هذه المسألة ينبغي حلها وفقا للقانون المنطبق على اتفاق التحكيم. ولدى إصدار هذا القرار، أشارت إلى قاعدة تنازع القوانين في المادة الخامسة (١) (أ) من الاتفاقية، أي "القانون الذي أخضع له الطرفان [اتفاق التحكيم] أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار."^(٥٢) وقياسا على ذلك، تفسّر

(49) *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, Court of Appeal, England and Wales, 24 January 2007, 2006 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.

(50) *Kaverit Steel and Crane v. Kone Corp.*, Alberta Court of Queen's Bench, Canada, 14 May 1991, AJN^o 450 and *Kaverit Steel v. Kone Corp.*, Court of Appeal of Alberta, Canada, 16 January 1992, ABCA 7.

(51) Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, Article II, supra note 15, at 96-73; Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS — THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 39, at 53 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Jan Paulsson, *Arbitrability, Still Through a Glass Darkly*, in ARBITRATION IN THE NEXT DECADE — 1999 SPECIAL SUPPLEMENT 95, at 96 (ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, 1999).

(52) *Misr Insurance Company v. Alexandria Shipping Agencies Company*, Court of Cassation, Egypt, 23 December 1991, 547/51 (ترجمة غير رسمية).

المحاكم تعبير "الذي صدر فيه القرار" بحيث يعني "الذي سوف يصدر فيه القرار"، أي بالإشارة إلى مقر التحكيم. وقد اتبعت المحاكم السويسرية والنمساوية هذا النهج.^(٥٣)

٣٢- وهناك محاكم أخرى قيّمت ما إذا كانت المنازعة قابلة للتسوية عن طريق التحكيم عملاً بنظامها القانوني. وقد أتت المحاكم، من خلال قيامها بذلك، بثلاثة نُهج مختلفة للخلوص إلى ضرورة تطبيق قانون المحكمة لتحديد ما إذا كانت منازعة ما قابلة للتسوية عن طريق التحكيم.

٣٣- أولاً، استند عدد من المحاكم إلى المادة الخامسة (٢) (أ) من الاتفاقية التي تنص على أن قابلية موضوع النزاع للتسوية بالتحكيم من عدمها يجري تقييمه عملاً بقانون البلد الذي يُطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه. وقياساً على ذلك، قرّرت محكمة النقض الإيطالية أن قانون المحكمة، أي قانون الدولة التي توجد فيها المحكمة المعنية، يجب أن ينطبق لتحديد ما إذا كانت منازعة ما قابلة للتسوية عن طريق التحكيم.^(٥٤) وقد اتبعت المحاكم النرويجية النهج نفسه.^(٥٥)

٣٤- ثانياً، لدى تقييم ما إذا كانت منازعة ما قابلة للتسوية عن طريق التحكيم، ومن ثمّ تحديد ما إذا كان الطرفان سيحالان إلى التحكيم عملاً بالمادة الثانية (٣)، طبقت المحاكم في الولايات المتحدة قانون التحكيم الاتحادي، أي قانون المحكمة، لكن من دون أيّ إشارة إلى المادة الخامسة (٢) (أ).^(٥٦) ومن ثمّ، اعترفت محاكم الولايات المتحدة بأن النزاعات الناشئة عن القوانين التشريعية يمكن تسويتها عن طريق التحكيم بموجب الاتفاقية. وعلى سبيل المثال، اعتُبر أن النزاعات الناشئة عن قانون شيرمان بشأن مكافحة الاحتكار،^(٥٧) وقانون الأوراق المالية،^(٥٨) وقانون جونز بشأن الاستخدام،^(٥٩) والتشريع بشأن الإفلاس^(٦٠) قابلة للتسوية عن

Federal Tribunal, Switzerland, 21 March 1995, 5C.215/1994/lit; Supreme Court, Austria, 17 (53)

.November 1971, I Y.B. COM. ARB. 183 (1976)

Compagnia Generale Construzioni 'COGECO' S.p.A. v. Piersanti, Court of Cassation, Italy, 27 April (54)

.1979, XVI Y.B. COM. ARB. 229 (1996)

.*Colvi N.V. v. Interdica*, Supreme Court, Belgium, 15 October 2004, C.02.0216.N (55)

Scherk v. Alberto-Culver Company, Supreme Court, United States of America, 17 June 1974, 73-781; (56)

Rhone Mediterranee Compagnia Francese v. Lauro, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 6 July 1983, 82-3523

Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Supreme Court, United States of America, 2 July (57)

.1985, 3-1569

.*Scherk v. Alberto-Culver Company*, Supreme Court, United States of America, 17 June 1974, 73-781 (58)

Lindo v. NCL, Ltd., Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 29 August 2011, (59)

.10-10367

طريق التحكيم. كما قبلت المحاكم في الولايات المتحدة بأن النزاعات الناشئة عن عقود الاستخدام^(٦١) والتوزيع^(٦٢) قابلة للتسوية عن طريق التحكيم.^(٦٣)

٣٥- ثالثاً، رفضت المحاكم الفرنسية تطبيق قانون وطني معين لتقييم ما إذا كانت منازعة ما قابلة للتسوية عن طريق التحكيم. وقررت محكمة استئناف باريس، استناداً إلى المادة السابعة من الاتفاقية، أن المبادئ الفرنسية تنطبق باعتبارها أنسب من المادة الثانية. كما رأت أن مبدأ صحة اتفاقات التحكيم الدولية، وهو "قاعدة جوهرية من قواعد قانون التحكيم الدولي الفرنسي"، يكرس صحة أي شرط تحكيمي "بغض النظر عن أي إشارة إلى القانون الوطني".^(٦٤) وميزت محكمة استئناف باريس بوضوح بين هذا المبدأ والمادتين الثانية والخامسة من الاتفاقية "اللتين تدعوان، على وجه الخصوص، إلى تطبيق القوانين الوطنية كي يصبح الشرط صحيحاً".^(٦٥) وعلى سبيل المثال، أحالت محكمة فرنسية الطرفين إلى التحكيم على أساس اتفاق تحكيم متضمن في عقد استخدام على الرغم من حجة المستدعي بأن منازعات الاستخدام غير قابلة للتسوية عن طريق التحكيم. ولاحظت المحكمة أن الاتفاقية تنطبق نظراً إلى أن عقد الاستخدام دولي وأن فرنسا كانت قد سحبت تحفظها التجاري.^(٦٦)

Société Nationale Algérienne Pour La Recherche, La Production and others v. Distrigas Corp., District (60)
Court, District of Massachusetts, United States of America, 17 March 1987, 86-2014-Y

Lindo v. NCL, Ltd., Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 29 August 2011, 10-10367; *Jane Doe v. Princess Cruise Lines, LTD, a foreign corporation, d.b.a. Princess Cruises*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 23 September 2011, 10-10809

Becker Autoradio U.S.A., Inc. v. Becker Autoradiowerk GmbH, Court of Appeals, Third Circuit, (62)
United States of America, 17 July 1978, 77-2566, 77-2567; *Travelport Global Distribution Systems B.V. v. Bellview Airlines Limited*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 10 September 2012, 12 Civ. 3483(DLC)

(63) قِيمَت المحاكم، لدى قيامها بذلك، ما إذا كانت نية الكونغرس، بالنسبة إلى كل قانون تشريعي، أن تكون هناك فئة محددة من النزاعات قابلة للتسوية عن طريق التحكيم: *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth*, Supreme Court, United States of America, 2 July 1985, 437 U.S. 614. More generally, انظر GARY B. BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (2009), at 769 and 778

Ste A.B.S. American Bureau of Shipping v. Copropriété Maritime Jules Verne et autres, Court of Appeal of Paris, France, 4 December 2002, 2001/17293, upheld by *Copropriété Maritime Jules Verne et autres v. Société A.B.S. American bureau of shipping*, Court of Cassation, France, 7 June 2006, 03-12.034

Ste A.B.S. American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne et autres, Court of Appeal (65)
.of Paris, France, 4 December 2002, 2001/17293

.SA C.F.T.E. v. Jacques Dechavanne, Court of Appeal of Grenoble, France, 13 September 1993 (66)

المادة الثانية (٢)

٣٦- تعرّف المادة الثانية (٢) شرط "المكتوب". ويتضمن^(٦٧) "الاتفاق المكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أيّ اتفاق تحكيم موقّع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو بقرقيات متبادلة".

٣٧- وقبل أن تتناول لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هذه المسألة، اختلفت المحاكم الوطنية فيما إذا كان مبدأ القاعدة الأنسب المضمّنة في المادة السابعة (١) من الاتفاقية ينطبق على شرط أن يكون اتفاق التحكيم "مكتوباً" ضمن المعنى الوارد في المادة الثانية. وفي عام ٢٠٠٦، أكّدت اللجنة أنّ المادة السابعة (١) يجب أن تُطبّق "كيما يتسنى لأيّ طرف ذي مصلحة أن يستفيد مما قد يتمتع به، بمقتضى قانون أو معاهدات البلد الذي يُلمس فيه الاعتماد على اتفاق التحكيم، من حقوق في التماس الاعتراف بصحة ذلك الاتفاق."^(٦٨) ومنذ ذلك الحين، تنفّذ المحاكم الوطنية اتفاقات التحكيم بمزيد من الاتساق عملاً بالشروط الرسمية الأقل صرامة المتاحة بمقتضى قوانينها الوطنية أو معاهداتها كما تنص عليه المادة السابعة فيما يتعلق بقرارات التحكيم.^(٦٩)

ألف- "شرط التحكيم في عقد" مقابل "اتفاق التحكيم"

٣٨- تنص الاتفاقية على أنّ "الاتفاق المكتوب" يمكن أن يكون إما "شرط تحكيم يرد في عقد" وإما "اتفاق تحكيم".

(67) حول صلة كلمة "يتضمن"، انظر: الوثيقة التالية [A/CN.9/814, Add.2]، الفقرة ٥٣، والحاشية ٩١.

(68) توصية بشأن تفسير 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)، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الحادية والستون، الملحق رقم ١٧ (A/61/17)، الفقرات ١٧٧-١٨١ والمرفق الثاني، متاحة في الموقع الشبكي www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/A2E.pdf. الأعمال التحضيرية للتوصية المتضمّنة في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/56/17)، الفقرة ٣١٣؛ المرجع نفسه، الدورة السابعة والخمسون، الملحق رقم ١٧ (A/57/17)، الفقرة ١٨٣؛ في وثائق الأمم المتحدة A/CN.9/468، الفقرات ٨٨-١٠٦؛ وA/CN.9/485، الفقرات ٦٠-٧٧، وA/CN.9/487، الفقرات ٤٢-٦٣؛ وA/CN.9/508، الفقرات ٤٠-٥٠؛ وA/CN.9/592، الفقرات ٨٢-٨٨؛ وA/CN.9/WG.II/WP.118، الفقرات ٢٥-٣٣؛ وA/CN.9/607؛ وA/CN.9/609 والإضافات إليها من ١ إلى ٦.

(69) للاطلاع على تحليل أكثر تفصيلاً بشأن التفاعل بين المادتين الثانية والسابعة، انظر التعليق على المادة السابعة، الفقرات ٣١-٣٥.

٣٩- وقد وُجدت أمثلة على "شروط التحكيم التي ترد في عقد" ضمن إطار المعنى الوارد في المادة الثانية (٢) عندما يكون اتفاق التحكيم مطبوعاً على ظهر العقد.^(٧٠)

٤٠- وفيما يخص "اتفاق التحكيم"، أكدت محكمة أستراليا أن الاختصاصات الموقَّع عليها في إجراءات التحكيم برعاية الهيئة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في فرنسا تُعدّ "اتفاق تحكيم" و"اتفاقاً مكتوباً" ضمن المعنى الوارد في المادة الثانية (٢).^(٧١) وفي تلك الحالة، نجح أحد المدَّعى عليهم في إجراءات التحكيم في الاعتراض على الولاية القضائية لهيئة التحكيم. وعندئذ، أصدرت هيئة التحكيم قراراً بشأن التكاليف لصالح ذلك المدَّعى عليه الذي سعى عندئذ إلى إنفاذ القرار. واعترض المستأنف على الإنفاذ على اعتبار أن هيئة التحكيم وجدت أنه ليس ثمة اتفاق تحكيم صحيح يلزم المدَّعى عليه. ونفذت المحكمة العليا في كوينزلاند القرار حيث وجدت أن الاختصاصات التي وقَّع عليها طرفاً إجراءات التحكيم تشكّل "اتفاقاً مكتوباً" في إطار المعنى الوارد في المادة الثانية.

٤١- وقد فقد التمييز بين شرط التحكيم الوارد في عقد واتفاق التحكيم، الذي يشار إليه أحياناً باسم "اتفاق التسليم"،^(٧٢) أهميته إلى حد كبير في ممارسات التحكيم المعاصرة. وفي قرار صادر عام ١٩٩٤، ميزت الدائرة الخامسة لمحكمة الاستئناف في الولايات المتحدة بين شرط التحكيم الوارد في عقد واتفاق التحكيم. وقرَّرت أنه، في إطار المعنى الوارد في المادة الثانية (٢)، بينما يلزم أن يوقع الطرفان على الأول، فإن ذلك الشرط لا ينطبق على الثاني.^(٧٣) وقد رفضت الدائرة الثانية بمحكمة الاستئناف بالولايات المتحدة لاحقاً هذا الرأي. فقد رأت أن

(70) انظر الفقرة ١٩ أعلاه. انظر أيضاً: 17 Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG], Germany, September 1998, BayObLG 4 Z Sch 1/98; Bundesgerichtshof [BGH], Germany, 25 May 1970, VII ZR 157/68; Oberlandesgericht [OLG] Schleswig, Germany, 30 March 2000, 16 SchH 05/99; Bundesgerichtshof [BGH], Germany, 12 February 1976, III ZR 42/74.

(71) *Commonwealth Development Corp v. Montague*, Supreme Court of Queensland, Australia, 27 June 2000, Appeal No 8159 of 1999; DC No 29 of 1999.

(72) يُستخدم تعبير "اتفاق التحكيم" أحياناً بمعنى أوسع ليشمل شروط التحكيم واتفاقات التسليم على حد سواء. انظر FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (E. Gaillard, J. Savage eds., 1999), at 193-196.

(73) *Sphere Drake Insurance PLC v. Marine Towing*, Court of Appeals, Fifth Circuit, United States of America, 23 March 1994, 93-3200. انظر أيضاً: *Borsack v. Chalk & Vermilion Fine Arts, Ltd.*, District Court, South District of New York, United States of America, 7 August 1997, 96 CV 6587 (BDP).

شرط التوقيع في المادة الثانية (٢) من الاتفاقية ينطبق على العقد الذي يتضمن شرط تحكيم وعلى اتفاق التحكيم على حد سواء، ما لم يكونا متضمّنين في رسائل أو بقرقيات متبادلة.^(٧٤)

باء- شرط التوقيع

٤٢- عملا بالمادة الثانية (٢)، يُمتثل إلى شرط الاتفاق المكتوب عندما يوقع الطرفان على شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم.

٤٣- وعندما يوقع طرفا العقد أو الصك المتضمّن اتفاق التحكيم ذلك العقد أو الصك، يُعتبر شرط التوقيع الوارد في المادة الثانية (٢) قد استوفي. وهذا ما تتبعه المحاكم عموما.^(٧٥)

٤٤- وفي المقابل، رفضت بعض المحاكم إنفاذ اتفاقات التحكيم على الأطراف التي لم توقع عليها.^(٧٦) فعلى سبيل المثال، رفضت المحكمة العليا الصينية إنفاذ قرار تحكيم على اعتبار أن طرفا واحدا فقط وقع العقد المحتوي على شرط التحكيم.^(٧٧) وعلى نحو مماثل، رفضت محكمة العدل العليا البرازيلية إنفاذ اتفاق تحكيم لأن الطرفين لم يوقعا العقد المحتوي على اتفاق التحكيم.^(٧٨)

(74) *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 9 July 1999, 97-9436. انظر أيضا: *Czarina, L.L.C. v. W.F. Poe Syndicate*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 4 February 2004, 03-10518; *Moscow Dynamo v. Alexander M. Ovechkin*, District Court, District of Columbia, United States of America, 18 January 2006, 05-2245 (EGS).

(75) *Sunward Overseas SA v. Serviocios Maritimos Limitada Semar*, Supreme Court of Justice, Colombia, 20 November 1992, 472; *Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH et al. v. Bristol Myers Squibb S.p.A.*, Court of Cassation, Italy, 10 March 2000, 58; *Steve Didmon v. Frontier Drilling (USA), INC., et al.*, District Court, Southern District of Texas, Houston Division, United States of America, 19 March 2012, H-11-2051; *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 29 July 1999, 97-9436; *Smita Conductors Ltd v. Euro Alloy Ltd*, Supreme Court, India, 31 August 2001, Civil Appeal No. 12930 of 1996; Bundesgerichtshof [BGH], Germany, 8 June 2010, XI ZR 349/08; Bundesgerichtshof [BGH], Germany, 25 January 2011, XI ZR 350/08. *Court of Appeal of the Republic and Canton of Ticino, Second civil Chamber, Switzerland*, 2 April 2003 (76).

(77) *Concordia Trading B.V. v. Nantong Gangde Oil Co., Ltd*, Supreme People's Court, China, 3 August 2009, [2009] MinSiTaZi No. 22.

(78) *Plexus Cotton Limited v. Santana Têxtil S/A*, Superior Court of Justice, Brazil, 15 February 2006, SEC 967; *Indutech SpA v. Algocentro Armazéns Gerais Ltda.*, Superior Court of Justice, Brazil, 17 December 2008, SEC 978; *Kanematsu USA Inc. v. ATS - Advanced Telecommunications Systems do Brasil Ltda.*, Superior Court of Justice, Brazil, 18 April 2012, SEC 885.

٤٥ - وفي السياق نفسه، في قضية *Javor ضد Francoeur*، رفضت المحكمة العليا الكندية في كولومبيا البريطانية إنفاذ قرار تحكيم صادر ضد المدعى عليه لأنه لم يوقع اتفاق التحكيم. وأثناء إجراءات التحكيم، وجدت هيئة التحكيم أن المدعى عليه هو الشخصية الأخرى للشركة التي كانت الطرف الموقع على اتفاق التحكيم، ومن ثم أمرت المدعى عليه بالمشاركة في إجراءات التحكيم. واستندت المحكمة إلى نص المادة الثانية (٢) من قانون قرارات التحكيم الأجنبية في كولومبيا البريطانية (الذي يوازي المادة الثانية (٢) من الاتفاقية)، وقررت أن الغرض من القانون هو قصر إنفاذ قرارات التحكيم على "الطرف الموقع [الأطراف الموقعة] على اتفاق التحكيم". وبما أن المدعى عليه لم يكن طرفاً مسمى في اتفاق التحكيم أو موقعاً عليه، لم يمكن إنفاذ قرار التحكيم ضده.^(٧٩)

٤٦ - وفي المقابل، نفذ عدد من المحاكم اتفاقات التحكيم تجاه أطراف لم توقع اتفاق التحكيم. فعلى سبيل المثال، قررت محاكم الولايات المتحدة أن غير الموقعين يمكن أن يُلزموا باتفاق التحكيم بقدر ما لا يكون ذلك الاتفاق لاغياً وباطلاً بمقتضى الاتفاقية وبقدر انطباق نظرية قانون العقود - مثل الوكالة أو الإغلاق الحكمي أو المبادئ المرتبطة بالشخصيات الأخرى والأطراف الثالثة المستفيدة - على القضية قيد النظر.^(٨٠) وفي فرنسا، أحييت كيانات لم توقع على اتفاق التحكيم في بعض الأحيان إلى التحكيم عملاً بمبدأ مجموعة الشركات.^(٨١)

Javor v. Francoeur, Supreme Court of British Columbia, Canada, 6 March 2003. See also: *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Supreme Court, England and Wales, 3 November 2010, UKSC 2009/0165

Formostar, LLC, et al. v. Henry Florentius, et al., District Court, District of Nevada, United States of America, 13 July 2012, 2:11-cv-01166-GMN-CWH; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. Through Transport Mutual Insurance Association, Ltd., et al.*, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 18 August 2004, 03-3383; *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 14 April 2005; *Milton Escobal v. Celebration Cruise Operator Inc., Celebration Cruise Line LLC*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 20 July 2012, 11-14022. انظر أيضاً، فيما يخص الحالات التي لا تنطبق عليها أي من نظريات قانون العقود: *Bel-Ray Co., Inc. (US) v. Chemrite (Pty) Ltd. (South Africa)*, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 28 June 1999, No. 98-6297; *Sarhank Group v. Oracle Corporation*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 14 April 2005, 02-9383

Société Kis France et autres v. Société Générale et autres, Court of Appeal of Paris, France, 31 October 1989, 1992 REV. ARB. 90