

**القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع**

**في التحكيم التجاري الدولي**

**"دراسة في ضوء نظام التحكيم السعودي**

**وأنظمة التحكيم الدولية"**

**د/ ذكري عبد الرازق محمد خليفة**

**أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد**

**كلية الشريعة والقانون بالقاهرة**

**جامعة الأزهر**

كتاب القليبي عند الامويين

د/ محمد محمد بيومي فرح

وايضا وهو هو كملنا كينها لقا عاهقا

كتاب القليبي عند الامويين

د/ محمد محمد بيومي فرح

د/ محمد محمد بيومي فرح

كتاب القليبي عند الامويين

كتاب القليبي عند الامويين

كتاب القليبي عند الامويين

كتاب القليبي عند الامويين

كتاب القليبي عند الامويين

بسم الله الرحمن الرحيم  
الحمد لله الذي هدانا لهذا  
ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

١- تكريس التحكيم أداة لتسوية المنازعات المتطورة والمتغيرة  
الدوليين:

تتطلب التطورات الاقتصادية الحديثة وتنامي رقابتك العلاقات التجارية  
العالمية والدولية ضرورة التحكيم  
بسم الله الرحمن الرحيم

"فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"

حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"

(سورة النساء آية ٦٥).

الحكم في اللغة مصدر جعل الحكم بكسر الهمزة وتشديد الحاء  
الحكمه بفتح الحاء اي الحكم بفتح الحاء  
الحكمه بضم الحاء اي الحكم بضم الحاء  
الحكمه بكسر الحاء اي الحكم بكسر الحاء

وفي الاصطلاح الشرعي هو "قرينة العاقدان بحكم بينهما أي تطوّر دور الشان  
الحكمه بفتح الحاء اي الحكم بفتح الحاء  
الحكمه بضم الحاء اي الحكم بضم الحاء  
الحكمه بكسر الحاء اي الحكم بكسر الحاء

الحكمه بفتح الحاء اي الحكم بفتح الحاء  
الحكمه بضم الحاء اي الحكم بضم الحاء  
الحكمه بكسر الحاء اي الحكم بكسر الحاء

## مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد الهادي الأمين  
وعلى آله وصحبه أجمعين .... وبعد،

### ١- تكريس التحكيم أداة لتسوية منازعات الاستثمار و التجارة الدوليين<sup>(١)</sup>:

أملت التطورات الاقتصادية الحديثة وتنامي وتشابك العلاقات التجارية  
الوطنية والدولية ضرورة اللجوء، فيما يتعلق بتسوية المنازعات التي  
تثيرها تلك الروابط والعلاقات التجارية، إلى التحكيم كأسلوب لتسوية هذه  
المنازعات، ضرورة أدركها القائمون على معاملات التجارة والاستثمار عبر  
الحدود بالنظر إلى ما تتميز به من خصوصية ومن خضوعها لعوامل  
التطور المستمر<sup>(٢)</sup>، وهو ما دفعهم إلى تبني أداة فنية متخصصة تقوم على

<sup>١</sup> التحكيم في اللغة: مصدر الفعل (حكّم) بتشديد الكاف مع فتحها، ومعناه التفويض في الحكم، وحكموه بينهم: أمره أن يحكم بينهم، ويقال حكمتنا فلانا بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وأصلها "حكم" المعنى قضى وفصل: يقال حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك. (انظر: لسان العرب لابن منظور، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، جزء ١٥، ص ٣١/٣٢، مختار الصحاح (١٤٨)، محمد بن أبي بكر الرازي، دار الجيل، لبنان ١٩٨٧م.

وفي الاصطلاح الشرعي هو: "تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للحكم ولاية القضاء بينهما".  
(حاشية رد المحتار على الدر المختار، طبعة البابي الحلبي، ج٥، ص ٤٢٨.

وفي القرآن الكريم قوله تعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما" (سورة النساء آية ٦٥).

<sup>٢</sup> يحظى التحكيم L'Arbitrage الآن باهتمام واسع النطاق في الدراسات القانونية والاقتصادية ليس في مصر والسعودية وسائر الدول العربية فقط وإنما على المستوى الدولي، وقد تجلّى ذلك بالتوقيع على اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم

الفصل في منازعات التجارة الدولية بعيداً عن قضاء الدولة المتختم بالقضايا والمكبل بالقيود الإجرائية والمبالغة في النفقات، و إسناد سلطة الفصل في النزاع التجاري إلى محكمة أو جهة تحكيم تتمتع بالخبرة والتخصص، ولا تنقيد بقواعد القانون الجامدة و إجراءاته المطولة، وإنما ترمي إلى تحقيق الهدف الذي يصبو إليه المتعاملون في التجارة الدولية وهو السعي إلى تحقيق العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام المحاكم أو قضاء الدولة، ومن هنا تبدو الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم في المجال التجاري، لأنه نظام لتسوية المنازعات لا يصدر عن السلطة القضائية ولا تتبع بصده

الأجنبية وتنفيذها وذلك في ١٠ يونيو ١٩٥٨، وتعتبر هذه الاتفاقية بمثابة الميثاق العالمي للتحكيم التجاري الدولي، وقد انضمت مصر لهذه الاتفاقية في ٢ فبراير ١٩٥٩ بالقرار الجمهوري رقم (١٧١) لتدخل قيد التنفيذ اعتباراً من ٨ يونيو ١٩٥٩، (الجريدة الرسمية، العدد ٢٧ في ١٤ فبراير ١٩٥٩م).

كما انضمت المملكة العربية السعودية لهذه الاتفاقية في ١٩/٤/١٩٩٤م بالمرسوم الملكي رقم (م / ١١) بتاريخ ١٤/٧/١٤١٤هـ.

وقد صدر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانون التحكيم النموذجي المعروف بالأونسيترال (The United Nations Commission on International Trade Law) في ٢١ يونيو ١٩٨٥، وأوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء باستخدام قواعد الأونسيترال للتحكيم ووضعها موضع الاعتبار عند صياغة التشريعات (الوطنية) للتحكيم، وذلك بالإضافة إلى العديد من الاتفاقيات والمؤتمرات التي نظمتها هيئات الأمم المتحدة في هذا الشأن :

راجع للمزيد من التفصيل: د/ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢م، ص ١٥ وما بعدها، د/ أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية، القانون التجاري الدولي، دراسة لفكرة Lex Mercatoria، مجلة التحكيم العربي، مايو ١٩٩٩م، العدد الأول، ص ٢٤ وما بعدها، د/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، ٢٠١٠م، ص ٢٩ وما بعدها.

Mathieu de Boisson، Le droit Français de L'arbitrage ، Paris 1985 ، P.220 et Suiv.

الإجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم، ولأنه من ناحية أخرى قد لا تطبق بشأنه قواعد القانون التقليدية المقننة، وإنما قد يرجع إلى العرف والعدالة وبطريقة أكثر سرعة، وعلى نحو يتلاءم مع ضرورات الحياة التجارية ومقتضياتها، وبما يحفظ أسرار رجال الأعمال والمنشآت التجارية التي يصيبها أيما ضرر من العلانية والبيروقراطية الإجرائية التي هي من سمات القضاء العام للدولة<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> انظر: د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، ص ٣٠ وما بعدها، د/ محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، ص ٨ وما بعدها.

إن رجوع الفرقاء في علاقات التجارة الدولية إلى التحكيم لفض منازعاتهم قد لا يكون مصدره انعدام الثقة في القضاء والقضاة بقدر شعورهم باتساع المساحة التي تشغلها العادات والأعراف الدولية والتي تفوق في معظم الحالات تلك التي يشغلها القانون المكتوب، ما يدفع هؤلاء إلى الالتجاء إلى أشخاص ملمين وعلى علم ومعرفة بهذه العادات وتلك الأعراف، في مقابل عجز قضاة الدولة وقصورهم في القدرة على الفصل في عقود التجارة الدولية المعقدة والمركبة والتي ليس لهم "عادة" لف بها، وقد ساعد على ترسخ هذا الفهم شيوع مراكز التحكيم الدولية التي تمتلك في أنظمتها الداخلية قواعد خاصة يمكن تطبيقها عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فضلاً عن بروز العقود النموذجية الدولية التي تتولى تقنين العادات والأعراف الدولية ما يجعلها قادرة على معالجة موضوع النزاع، مع صيرورتها مصدراً هاماً ورئيسياً للقواعد الحاكمة للنشاط التجاري على الصعيدين الوطني والدولي، الأمر الذي حدا بالبعض إلى القول باصطباغ القانون بالصبغة العقدية Contractualisation du Droit. في هذا الشأن انظر:

د/ محمد فريد العريني، التحكيم في المنازعات البحرية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ٢٠٠٧م، ع ٢٤، ١٥٣-١٧٤، د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، بدون دار نشر، ١٩٨٦م، ص ٩، د/ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ١٩٩٠م، بند (١) وما بعدها.

E ،loquin ،La Volonté des Operateurs Vecteur d'un Droit Mondialise ، in La Mondialisation du Droit ،p.91 et s.

ومن هنا يأتي كمال نظام التحكيم ومناسبته للمنازعات الناشئة عن علاقات التجارة، في أنه يفلت في معظم الأحوال من سطوة القوانين الوطنية وسلطانها على القاضي في أن يفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون ونصوصه وإن اتسمت بعدم الملائمة أو الكفاية، وذلك بحكم كونه يمثل قضاءً خاصاً يقوم عليه أشخاص مارسوا الأنشطة التجارية وأحاطوا بظروفها وعاداتها، يحدوهم دائماً الوصول إلى حل النزاعات وعلاج المشكلات على نحو يحفظ للأطراف استمرارية العلاقة والتعامل ولا يوجب نار القطيعة بينهم<sup>(١)</sup>، والمساهمة من ثم في بلورة وإرساء القانون

<sup>١</sup> لهذا نلاحظ مثلاً أن أنظمة وقواعد التحكيم الخاصة ببعض المؤسسات التحكيمية الرائدة قامت بوضع أحكام معينة لحماية الأسرار التجارية خاصة والمعلومات السرية عامة . وهذه الأحكام الجديدة الهامة نجدها تحديداً في قانون التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، والجمعية الأمريكية للتحكيم (A.A.A) في نيويورك، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (L.C.A.A) في لندن، وقانون التحكيم لمنظمة الملكية الفكرية (WIPO) في جنيف... إذ نلاحظ وجود أحكام خاصة تنص على أن تقوم محاكم التحكيم التابعة لهذه المؤسسات بمنح الحماية لكل الأمور المتعلقة بالأسرار التجارية والمعلومات السرية المتعلقة بالنزاع المنظور أمامها وعدم البوح بها. وهذه الأحكام وبما تتضمنه من نصوص واضحة صريحة من دون شك ستلغ الأسرار التجارية والمعلومات السرية بسياج أمتن وأقوي حتى لا يخرج منها أي سراب. وهذه النصوص الصريحة فيها قوة إلزامية يجب على هيئات التحكيم التقيد التام بها، وإلا فهي مخالفة وعليها تحمل ردود فعل هذه المخالفة. ووجود هذه النصوص المانحة للسرية يعطي المزيد من الطمأنينة للأطراف المتنازعة نظراً لوجود المزيد من سياج السرية الحمائية التي يرغبون فيها عند اللجوء للتحكيم، وهذا الأمر تحديداً مطلوب نظراً لأن السير في ردهات التحكيم قد يتطلب تقديم بعض الأسرار التجارية أو المعلومات السرية لهيئة التحكيم والأطراف الأخرى، وهذه الأمور المكشوفة بسبب الضرورة لا بد من حمايتها حفاظاً على الحقوق وما يتبعها من مكتسبات مادية ومعنوية.

هناك بعض الحالات التي تفرض على الطرف تقديم معلومات كاملة عن أعماله والتعامل بشفافية مطلقة بعيداً عن السرية، وهذا يحدث مثلاً عند التعامل مع المساهمين، البنوك، شركات التأمين، الجهات الإشرافية والرقابية، الشركاء... وغيرهم من أصحاب العلاقات

## الموضوعي الخاص بالتجارة الدولية<sup>(١)</sup>.

الخاصة . ووجود النصوص الصريحة في أنظمة هذه المؤسسات تلزم هيئات التحكيم بمنع الأطراف من الإفصاح عن المعلومات التي حصلوا عليها أثناء سير التحكيم لأن هناك سرية إضافية تفرضها النصوص ويجب الالتزام التام بمحتواها ومضمونها، وإلا انكسر طوق السرية. وهذه السرية يجب أن تظل ما لم يسمح أطراف التحكيم بتجاوزها والتنازل عنها.

المعلومات السرية المطلوب حمايتها والمشار إليها في الأنظمة المذكورة تم تفسيرها بصورة واسعة عريضة لتتضمن كافة المستندات والوثائق المعروضة أمام هيئة التحكيم وما يدلي به الشهود من بيانات وما تمت مداولته أثناء التحكيم والوقائع المرتبطة بالتحكيم وما يصدر من الهيئة وكذلك قرارات هيئة التحكيم النهائية... كل هذا وغيره من المعلومات السرية التي يجب أن تكون سرية وتظل في طي الكتمان. ومن أجل ممارسة حق الحفاظ على الأسرار التجارية والمعلومات السرية والمنصوص عليها صراحة في أنظمة المؤسسات أعلاه، على هيئة التحكيم استنفاد كل الخطوات الضرورية لتحقيق المنشود كإيقاف نشر المعلومات للإعلام والصحافة مثلاً، كما يجوز للهيئة الرجوع للمحاكم المختصة والاستعانة بها لتحقيق تنفيذ كافة أوامرها، وكل هذه الإجراءات الاحترازية من صميم السلطات المقترضة في هيئات التحكيم ولا بد من ممارستها للوصول بالتحكيم إلى أعلى المراتب خاصة فيما يتعلق بالأسرار التجارية والمعلومات السرية. وقد أكد القضاء الفرنسي ضرورة ضمان سرية تسوية المنازعات بطريق التحكيم ومن ذلك: ١٨ fév. ١٩٨٦، revue de L'arbitrage، Cour d'appel de Paris، ١٩٨٦، p.٥٨٣ Note Flacheux.

في هذا الشأن راجع: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم والتنمية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مج ٤٨، ع ٢٤، ٢٠٠٦م، ص ٥ وما بعدها، د/ محمد أبو العينين، الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات الغاز والبتروك ووسائل حسم منازعاتها الناتجة عنها، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة، ٩-١٠ مارس ٢٠٠٢، شرم الشيخ ص ١١ وما بعدها .

<sup>١</sup> يكتب ما يسمى بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية ذاتية خاصة لا تختلط بالفكرة التقليدية للقانون الوضعي لأنه نتاج تطور تاريخي وسياسي واقتصادي عالمي، فكثير من قواعده استبعت منها الخصوصيات الوطنية وأوجدت قواعد جديدة للقانون المادي للتجارة الدولية قوامها الحرية التبادلية وانسياب حركة البضائع والسلع والأشخاص دون مخاطر أو عوائق، وتبني ما انتهت إليه الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية بما تتضمنه من أعراف دولية في مجال التجارة، والمبادئ التي استقرت عليها منصات التحكيم الدولية، في صورة وجدت الدول الوطنية نفسها، وخاصة الدول النامية، أمام ضرورات تتعلق بحتمية

وهكذا فإن سطوة وانتشار نظام التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية يجد سنده وأساسه النظري والعملي في واقع ممارسة عمليات التجارة الدولية وطبيعتها الخاصة من ناحية<sup>(١)</sup>، وفي تهافت الدول قاطبة إلى جذب الاستثمارات واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من ناحية أخرى، وذلك للمساهمة في تنفيذ خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وسد العجز في ميزانيات الدول التي باتت تعاني منه الدول الغنية والفقيرة على حد سواء، ذلك أن تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى دولة ما يعتمد على ملائمة مناخ الاستثمار من وجهة نظر المستثمرين، والتي تأتي على قائمة أولوياته إزالة الصعوبات المتعلقة بتسوية المنازعات بين المستثمر والدول المضيفة للاستثمار، حيث يخشى المستثمر من إهدار حقوقه نتيجة طول وبطء

الاعتراف الفعلي بتلك القواعد فيما يمكن تسميته بـ "الاتحاق القانوني والتشريعي" بهذه القواعد كنتيجة للتبعية التجارية والاقتصادية بين دول المركز المنتجة للسلع الصناعية والغلاف القانوني الموصل إليها وبين دول الأطراف المستقبلة والمستهلكة للسلع والمستعملة لنفس الغلاف القانوني.

د/ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م، ص ٢٥٩، د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ص ١٩٣ وما بعدها. وانظر:

<sup>١</sup> حول التحكيم في منازعات عقود الاستغلال التجاري بصفة عامة انظر:

Mireille COUSTON: L'émergence des Activités Spatiales a Vocation économique e L'évolution Droit de L'espace. Thèse paris, 1991.

S.COURTRIX; Les Systèmes Commerciaux de Télécommunication Par Satellites, 'Droit de L'espace', 'Aspects Récents', Paris, '1988.

Ph. KAHN (éd.): Exploitation Commerciale de L'espace, 'Droit Positif', 'Droit Prospectif', 'Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marches et des Investissements Internationaux', Paris, 'lite, 1992.

الإجراءات القضائية، أو عدم وجود الضمانات الكافية لحماية استثماراته في حالة تطبيق القوانين الوطنية على المنازعات المحتملة بينه وبين الأطراف المختلفة في الدول المضيفة<sup>(١)</sup>.

وقد دفع ذلك باتجاه تسليم كافة الدول بنظام التحكيم واعتماده كآلية لفض المنازعات التجارية، تفاعلاً مع التحول الدولي ومتطلبات الاتفاقيات الدولية النازعة نحو تدويل التحكيم<sup>(٢)</sup>، بحيث يندر أن نجد عقداً دولياً لا يتضمن

<sup>١</sup> في مزايا التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار انظر: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم والتنمية، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٨٨م، ص ٦ وما بعدها.

Boughs (1.j) the Prospects for International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises, 'Journal of International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises', 'Journal of International Arbitration Vol.8, 1991, p82.

<sup>٢</sup> يحذر الفقه في هذا الصدد من أن هذه الرغبة المحمومة من جانب الدول النامية نحو اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار فيها إنما يقابلها استغلال من جانب المستثمرين الأجانب لفرض شروطهم على هذه الدول لإحكام السيطرة عليها بوصفها الطرف الضعيف في علاقات التجارة الدولية من خلال إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار لقضاء التحكيم بدلاً من القضاء الوطني الذي يكون مختصاً عادة إعمالاً للقواعد العامة في الاختصاص القضائي الدولي، وذلك بناء على أن كافة الأحكام التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية أو التي تكرسها هيئات ومراكز التحكيم الدائمة هي من صنع الدول المتقدمة والشركات متعددة القوميات التي تمسك بزمام أمور التجارة الدولية والتي تسهم في تكوين أدبيات وفقه التحكيم وترسي ما يطلق عليه أعراف وعادات التجارة الدولية، ولا يحكمها في ذلك سوى تحقيق مصالحها دون اعتداد بمصالح الدول النامية.

ويضيف هذا الفقه في هذا الصدد أن التحكيم من هذا المنطلق يمثل آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي ووسيلة استعمارية حلت محل الجيوش لضمان استمرار سيطرة دول الشمال المتقدمة وبقاء تخلف وتبعية دول الجنوب، وذلك باستبعاد تطبيق القوانين الوطنية التي يمكن أن تميل إلى مراعاة مصالح بلادها الاقتصادية، باستبعاد تطبيق قواعد وأعراف وأصول تراعي تحقيق مصلحة المستثمر الأجنبي وشركاته العملاقة.

ويظهر ذلك بجلاء في حالة التحكيم الطليق الذي يطبق فيه المحكم القواعد والأعراف التي يراها محققة للعدل والإنصاف من وجهة نظره بمعزل عن تطبيق قانون وطني معين على

شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد، وتهميش سلطان القانون والقضاء المحلي - الذي استقر بشأنهما في الأذهان ميلهما تجاه محاباة الطرف الوطني - في المنازعات التجارية الدولية.

وقد أظهر التطور الدولي في هذا الشأن، وبشكل واضح، قصور القوانين الوطنية عن تلبية متطلبات الفصل في منازعات التجارة الدولية، وبروز دور المعاهدات الدولية والعقود النموذجية والعادات والأعراف الدولية في توفير آلية ناجعة للفصل في هذه المنازعات، الأمر الذي حدا بالدول بالاتجاه نحو سن التشريعات المنظمة للتحكيم أو تضمين تشريعاتها نصوصاً محددة تجعل للتحكيم الأولوية في فض المنازعات المتعلقة بروابط التجارة الدولية، فضلاً عن تأسيس مراكز التحكيم والحث على اللجوء إليه من خلال النص عليه في العقود التجارية أو من خلال مشارطات التحكيم المستقلة<sup>(١)</sup>.

موضوع النزاع، وهو ما يعد نكوصاً وعودة إلى نظام الامتيازات الأجنبية الذي كان يشل يد المشرع الوطني في الدول النامية إبان عصور الاحتلال.  
انظر: د/ محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم والتنمية، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، محاضرات وتوجيهات، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، س ١٦، ١٤، ٢٠٠٨، ص ١٣.  
امتد الاهتمام الدولي بالتحكيم إلى إنشاء العديد من المنظمات والهيئات التحكيمية على المستوى الدولي والإقليمي، ومن أهم المراكز الرئيسية للتحكيم على المستوى الدولي، المحكمة الدولية لغرفة التجارة الدولية بباريس، محكمة التحكيم الأمريكية، محكمة لندن للتحكيم الدولي، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كذلك مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، Wipo.

ومن المراكز الإقليمية: المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة الذي أنشأته اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا لسنة ١٩٧٨ كمنظمة دولية عاملة في مصر. انظر: د/ محمود سمير الشرفاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار

٢- مشكلة تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع التحكيمي في ضوء الطابع الدولي لمنازعات التجارة الدولية:

الأصل العام في التشريعات الوطنية هو التزام قضاة المحاكم في الدولة بالفصل في المنازعات التي تعرض عليهم وفقاً للقواعد القانونية الموضوعية والإجرائية المتضمنة في التشريعات الوطنية، والتزام قضاة الدولة بتطبيق القانون النافذ فيها مقرر في كافة الأحوال، ولا يملك القاضي بحال أن يستبعد تطبيق القانون وإن كان النص مكملاً لإرادة الأطراف، بحجة أنه مثلاً غير مناسب أو أنه ينافي العدالة، وإلا اعتبر منكراً للعدالة، فقضاء الدولة هو سلطة من السلطات العامة يصدر أحكاماً قضائية وفقاً لقانون معين يلتزم بتطبيقه<sup>(١)</sup>.

ومن ثم فلا تتور، لدى عرض النزاع على قضاء الدولة، مشكلة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على هذا النحو، غير أن النقاش يثور في حالة التعرض لمسألة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم، وتزداد الصعوبة في حالة كان هذا التحكيم تحكيمياً دولياً، وكانت العلاقات القانونية التي ينشأ عنها النزاع تتصل بروابط متعددة لأكثر من نظام قانوني لعدة دول، حيث تبرز في هذه الحالة إشكالية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع

النهضة العربية، ١٩٩٦-١٩٩٧م، ص ١٢-٤٩، د/ سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١٤، وانظر: د/ إبراهيم الربيش، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.  
المادة ٤٩٤/٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.

التحكيمي، لاسيما بشأن عقود التجارة الدولية التي يترتب عليها عادة انتقال وتبادل القيم الاقتصادية عبر الحدود<sup>(١)</sup>، خاصة إذا وضعنا في الاعتبار رأي المحكم الذي يكون، وبخلاف القاضي، ليس له قانون خاص يسهر على تطبيقه باسم دولة معينة ينتمي إليها<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم مما قد يبدو من أن هذا التحديد سهل ميسور إلا أنه عند دراسته - بعمق - تتضح دقته وصعوبته، ذلك أن التحكيم وإن أمكن تصوره من الناحية النظرية نظاماً خاصاً للفصل في النزاعات ينبع من إرادة الأشخاص في خلق نظام قضائي خاص وتحديد إجراءاته، وأنهم أحرار في اللجوء إلى

<sup>١</sup> راجع في ذلك تفصيلاً: د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول ١٩٩٨م، الطبعة الأولى، ص ٢٣٨ وما بعدها، د/ جمال الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ٢٠٠٥م، دار الجامعة الجديدة، ص ١٦٢ وما يليها.

هذا وترجع صعوبة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في مجال عقود التجارة الدولية - وبخلاف التحكيم الداخلي- إلى أن الأطراف قد يضعوا تنظيمياً خاصاً وقواعد منتقاة تواجهه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها، وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا نجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة، كما قد يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر فينشون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد، أو بالإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثائق أو عقود نموذجية مماثلة لعقد، بل من الأعراف التجارية والاتفاقيات الدولية أو المبادئ العامة في القانون أو الإحالة ربما لقانون دولة معينة، انظر: د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٤٢٢، بند ٢٢٤، د/ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ١٩٩٥م، منشأة المعارف، ص ٧٩٣ وما بعدها.

W.W. Park. Arbitration of International Contract Disputes the Business lawyer, Vol, 39, August 1984, P.1787.

<sup>٢</sup> د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مرجع سابق، ص ١٥.

التحكيم ابتداءً أو عدم اللجوء إليه وفي الاتفاق على نوعه، وما إذا كان تحكيمياً مطلقاً (أي بالصلح) أو تحكيمياً مقيداً بتطبيق قانون معين على النزاع يتفق عليه الأطراف، فالأطراف هم الذين يختارون المحكمين ويحددون لهم موضوع النزاع وميعاد التحكيم، ولهؤلاء أيضاً الحق في إلزام المحكم بقواعد القانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>(١)</sup>.

إلا أنه من جهة أخرى، وكما يرى بعض الفقه، فإن هذه الإرادة الحرة للفرقاء في التحكيم في تحديد القواعد القانونية التي تطبق على العملية التحكيمية برمتها، إنما يتم في الحدود التي يسمح بها بالتنظيم الإنصافي لحسم المنازعات وبشروط محددة في القانون، باعتبار أن التحكيم وإن بدأ في صورة عقد فهو ينتهي بحكم، ويخضع لقواعد القانون الموضوعية والإجرائية من حيث انعقاده وتنظيم آثاره ونفاذه وإجراءاته، وإذا كان يبطل

<sup>١</sup> وهذا هو جوهر النظرية العقدية في طبيعة التحكيم التي تتأسس على أن التحكيم هو من عمل الأطراف بموجب اتفاق أو عقد ينشأ عنه نظام التحكيم بغرض تحقيق مصالح خاصة، بخلاف النظام القضائي الذي يهدف إلى تحقيق مصالح عامة، وإرادة الخصوم ورضائهم بالتحكيم وما يصدر عنه من أحكام تستغرق عملية التحكيم برمتها، وبناء على هذا الاتفاق وتلك الإرادة يتم إخراج النزاع من ولاية القضاء وإسناده إلى المحكم، وهكذا فإن الاتفاق يشمل تحديد الإجراءات الواجبة الإلتباع والقانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويشمل كذلك تعيين المحكم وتحديد ولايته، وذلك باعتبار أن مصدر سلطة هيئة التحكيم وما يصدر عنه من أحكام هو إرادة المحتكمين ورضائهم بالتحكيم، بخلاف مصدر سلطة القاضي التابع للدولة فهو الدستور أو السلطة العامة، كما أن أحكام التحكيم لا تنفذ إلا بعد صدور أمر التنفيذ من قضاء الدولة، كما يجوز الطعن فيها بدعوى بطلان أصلية كالعقود، ولا شيء من ذلك في نظام الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة.

راجع في غلبة الصفة التعاقدية على الطبيعة القانونية للتحكيم: د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها، د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٣٨، ونقض مدني مصري، الطعن رقم ٥٧٣/٥١ قضائية، جلسة ١٩٨٦/١٢/٣م، ص ٣٦، ص ٩٢٦.



بما تبطل به العقود فإن حكمه، يطعن فيه - في كثير من التشريعات - كما يطعن في الأحكام وينفذ كما تنفذ الأحكام<sup>(١)</sup>.

وهكذا فإن تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع يرتبط بتحديد طبيعة التحكيم، وتحديد ما إذا كانت الصفة التعاقدية هي التي تغلب على التحكيم أو الصفة الإلزامية، أم أن له طبيعته الخاصة التي تستقل به عن العقد أو عن الحكم القضائي، وارتباط ذلك كله بالاعتراف بالصفة الإرادية لأطرافه في تحديد القواعد القانونية التي يلتزم المحكم بتطبيقها على الموضوع، وما يترتب على ذلك من خضوع حكمه للبطان إن هو خالف

هذا الالتزام واستبعد تطبيق القانون المحدد من قبل الأطراف، وذلك في مقابل سلطة المحكم في تحديد القانون الذي سيطبقه للفصل في النزاع<sup>(١)</sup>.

ذلك أن إشكالية تحديد القواعد القانونية التي يجب تطبيقها على موضوع النزاع تعد من أكثر مباحث التحكيم التجاري الدولي التي تثير لبساً وعموضاً، ويرتبط بها تحقيق الغرض النهائي الذي يدفع الأطراف في

<sup>١</sup> وبالأخذ بالاعتبار الصفة التعاقدية وأثر إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم من جانب، والدور المعاون والرقابي للقضاء تجاه التحكيم من جانب آخر، يذهب اتجاه إلى أن التحكيم يتمتع بطبيعة خاصة وذاتية مستقلة لأنه يهدف إلى الفصل في المنازعات على أسس وقواعد تختلف في حقيقتها عما يجري عليه العمل أمام القضاء، وبناء على ذلك فاتفاق التحكيم وقضاء التحكيم هما عنصران لا يفترقان في كل مراحل التحكيم، والمحكم عليه تطبيق شروط الاتفاق على التحكيم مثل القاضي عندما يطبق شروط العقد محل النزاع المطروح عليه.

انظر في هذا الشأن: د/ وجدي راغب، النظرية العامة في العمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م، ص ٣٨٢.

وقد عبر الأستاذ الراحل محسن شفيق عن هذا الطابع المركب والخاص للتحكيم بالقول: "إن التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم، وينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق" التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٢٤، ص ٣٢.

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه على استقلالية وذاتية التحكيم بأن التطور الحالي الكبير للتحكيم التجاري على المستوى الدولي قد مكّنه من اعتباره قضاء أصيلاً للتجارة الدولية (د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٤) وأن إرادة الخصوم وإن كانت أساس التحكيم إلا أنها لا تفسر شموله وتطوراته، وأن هذه التطورات وإن كانت تدخل التحكيم في القضاء، إلا أنها لا تؤدي إلى فقدان ذاتيته واستقلاله. (د/ محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، ٢٠٠٣م، ص ٣٤).

ويدعم ذلك أن واقع التجارة الدولية تؤكد على استقلال التحكيم كقضاء لهذه التجارة وذلك من حيث إذعان أطرافه للتحكيم، واستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التي تثار بشأنها المنازعات التي تطرح على التحكيم، وتمتعه بقانون مستقل للإجراءات، وصيرورة قراراته مصدراً لقضاء المحكمين. (د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، ط ٢، ص ٣٩).

<sup>١</sup> ويعد ذلك انعكاساً لاتجاه فقهي يرى أن اتفاق التحكيم المستمد من إرادة الأطراف وإن كان يمثل الأداة المثبته لهذا النظام، فإن ذلك لا يؤثر على أصل وظيفة المحكم وكونها وظيفة قضائية، وأن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم، وأن الإرادة يمكن لها أن تلعب أدواراً متعددة أمام القضاء العام في الدولة دون أن يؤدي ذلك إلى نفي الطابع القضائي لهذا الأخير، وقد قيل تدعيماً لهذه النظرية أن الدولة تحتفظ وحدها بسلطة إقامة العدل بين الناس، ولها تفويض هذه السلطة إلى المحكم الذي يختاره المتنازعان، واتفاق الأطراف على التحكيم يكون بمثابة شرط لقيام هذا التفويض، كما أن التحكيم يستجمع كل عناصر العمل القضائي وهي الادعاء والمنازعة والعضو الذي له ولاية القضاء ويخوله سلطة حسم المنازعات، كما أن الكثير من التشريعات تجيز الطعن في حكم التحكيم بالطرق الجائزة الاستعمال بالنسبة للأحكام الصادرة من قضاء الدولة.

انظر في عرض هذا الاتجاه: د/ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ١٩٧٨م، ص ١٨، د/ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ص ٦٢، د/ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، ٢٠١١م، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٣٩.

عقود التجارة الدولية، خاصة الطرف أو المستثمر الأجنبي، إلى التخلص من سطوة القوانين الوطنية عبر اللجوء إلى التحكيم، وإخضاعها إلى قواعد قانونية غير وطنية أو لا تنتمي لدولة ما، وربما إسنادها إلى أعراف وعادات التجارة الدولية وما استقرت عليه أحكام وقواعد المعاهدات والمنظمات والهيئات التحكيمية الدولية، واتخاذ ذلك من جانب المستثمر الأجنبي سبيلاً لفرض شروطه على الدول النامية المستقبلية للاستثمار الأجنبي غالباً<sup>(١)</sup>.

ولذا فإن مشكلة الدراسة<sup>(٢)</sup> وأهميتها تبدو أني في سياق الدراسات التي تهدف إلى البحث في الحلول القائمة والمفترضة المتعلقة بمدى وحدود مبدأ سلطان الإرادة - الذي يسود الإطار التحكيمي - في تحديد القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع، ودراسة مدى كفاية شروط هذا العقد لتلبية متطلبات حل هذه النزاعات، خاصة مع الوضع في الاعتبار حالة عدم قدرة المحكم على الوصول إلى تحديد القواعد الملزمة والأكثر اتصالاً بالنزاع في ظل تشعب قواعد وضوابط الاختيار، وإذا تم الاتفاق

<sup>١</sup> وإذا كان التحكيم سواء أكان داخلياً أم دولياً يقوم على حرية الأطراف في المقام الأول، فإن الثابت أن التحكيم الداخلي يطبق فيه قانون البلد الذي يجرى فيه التحكيم، في حين أن التحكيم الدولي هو الذي تثار بشأنه مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، انظر: المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م والمادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ.

<sup>٢</sup> والجدير بالذكر هنا أن نطاق البحث يتحدد بدراسة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي دون الحديث عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق في التحكيم الداخلي، كما أن الدراسة ستقتصر على البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الاختياري دون التحكيم الإلزامي، والذي لن يتم التعرض إليه إلا لغايات استيفاء عناصر هذا البحث والإحاطة بما يتعلق به بصورة مناسبة.

على تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق فما هي الضوابط التي يجب مراعاتها لدى الاختيار لضمان نوع من التناسب والملائمة بين هذه القواعد ومعطيات القضية محل التحكيم، كما يجب تحديد مضمون القواعد التي يقع عليها اختيار الخصوم، هل هي قواعد متحيزة لدولة معينة أو قواعد مستوحاة من التعامل التجاري، والإشكاليات التي يثيرها هذا الاختيار، أيضاً ما هو الحل المتبع إن لم يتفق الأطراف على اختيار قانون معين أو في حالة عجز المحكمين عن استنباط الإرادة الضمنية للأطراف، هل هنالك من حلول فقهية أو تحكيمية في هذا الشأن، كذلك يجب التعرض لبحث الأثر المترتب على عدم تطبيق المحكم للقانون الذي اختاره أطراف التحكيم، خاصة في ظل عدم توافق القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة الهيئات التحكيمية في تحديد هذا الأثر، وما صاحب ذلك كله من تغير أو تراجع فكرة سيادة الدولة والنظام العام الداخلي، في مقابل ما بات يعرف بالنظام العام الدولي وفي ظل تنامي دور الاتفاقيات الدولية في إطار منازعات التجارة الدولية، بحيث أصبح القضاء العام للدولة لا يستطيع إبطال أحكام التحكيم بالمخالفة لما تقرضه أحكام هذه الاتفاقيات وما يفرضه مفهوم النظام العام الدولي، أيضاً هناك أهمية للوقوف عند شيوع ظاهرة ما يسمى بالعقد الدولي الطليق في ظل عجز القوانين الوطنية عن حل مشكلات التجارة الدولية، وما مدى إمكانية اللجوء إلى تطبيق القواعد الموضوعية أو الذاتية لما يسمى بقانون التجارة الدولية أو قانون التجار الدولي

"Lex Mercatoria"، وهل استقرت مثل هذه القواعد بصورة تجعلها قابلة للتطبيق على موضوع النزاع في أحكام التحكيم دون اتفاق الأطراف.

وتزداد أهمية الدراسة في ظل التنظيم القانوني للتحكيم في المملكة العربية السعودية بصور نظام التحكيم الجديد بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ٣٤) وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ، الذي حل محل نظام التحكيم السابق الذي صدر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ<sup>(١)</sup> وقد اتسم النظام الجديد للتحكيم - سيراً على خطى القوانين المستمدة من قواعد الأونسيترال للتحكيم الصادرة عن لجنة التجارة الدولية بالأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥م<sup>(٢)</sup> وتعديلاتها المتعاقبة - بالحد من سلطة القضاء الوطني في التدخل

<sup>١</sup> حرصت المملكة العربية السعودية على تنظيم التحكيم انطلاقاً من أن الإسلام هو الدستور الحاكم للمملكة، ممثلاً بالكتاب والسنة كما نصت على ذلك المادة (٧) من النظام الأساسي للحكم، فجاء أول تنظيم للتحكيم على شكل مواد في نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٢) في ١٣٥٠/١/١٥هـ، تجيز التحكيم في المنازعات التجارية والصناعية، كما أجاز نظام الغرفة التجارية الصادر عام ١٣٦٥هـ التحكيم، وذلك بإعطاء الغرفة التجارية صلاحية أن تكون حكماً في حسم الدعاوى والمنازعات التي تثار بين التجار بناء على اتفاق أطراف المنازعة، وبذلك وضع هذا النظام أول تنظيم للتحكيم النظامي أو المؤسسي في المملكة، وأدى التطور الاقتصادي الكبير الذي شهدته المملكة إلى ازدهار المعاملات التجارية وتعاضم حجم التبادل التجاري الداخلي والدولي الأمر الذي قاد إلى إصدار نظام التحكيم القديم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ وكذلك اللائحة التنفيذية لهذا النظام الصادرة بموجب قرار رئيس الوزراء رقم ٢١٢١/٧ وتاريخ ١٤٠٥/٩/٨هـ.

انظر: محمد بن ناصر بن محمد الجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، الرياض، معهد الإدارة العامة (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م) ص ٢٩ وما بعدها، إبراهيم سليمان صالح الربيش، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مكتبة الرشد، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٩م، ص ٣٢.

<sup>٢</sup> راجع في هذا الشأن: قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، قانون التحكيم التونسي الصادر سنة ١٩٩٣، قانون التحكيم العماني الصادر سنة ١٩٩٧م.

في تنظيم عملية التحكيم، وتنظيمه لمسائل التجارة الدولية، كتعريفه للحالات التي يكون التحكيم فيها دولياً (المادة ٢٥ من النظام)، والانتصار لمبدأ سلطان الإرادة، بمنح الخصوم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (م/٣٨ ج)<sup>(١)</sup>، كذلك منح المحكمين سلطة تقديرية واسعة في تطبيق العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية الجارية في نوع المعاملة (م/٥)، فضلاً عن ضرورة مراعاة "وفي كل الأحوال" شروط العقد محل النزاع وما جرى عليه التعامل بين الطرفين (م ٣٨ من النظام)، ورتب النظام البطلان على الحكم التحكيمي إذا استبعد تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع (م ٥٠ د).

غير أن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي، سواء تم باتفاق طرفي التحكيم أو بمعرفة هيئة التحكيم عند عدم وجود اتفاق الفرقاء وفقاً للمادة (٣٨ ب) من النظام، يحده في المملكة ضرورة مراعاة عدم مخالفة أحكام النظام العام في المملكة والمستمد بدوره من أحكام الشريعة

<sup>١</sup> المقابلة للمادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٣٥) من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠م، مع اختلاف في طبيعة القواعد التي تطبقها هيئة التحكيم عند عدم تعيينها من قبل الأطراف وفقاً لما ورد في نص قواعد الأونسيترال (على ما سيلي إن شاء الله).

الإسلامية الغراء، وهو ما يكسب فكرة النظام العام في المملكة طبيعة خاصة<sup>(١)</sup>.

ويمثل ذلك تطوراً كبيراً في تنظيم التحكيم في المملكة يساير بمقتضاه المشرع السعودي الاتجاهات الحديثة في التحكيم وفقاً للاتفاقيات الدولية التي وقعتها المملكة، وذلك بالمقارنة بنظام التحكيم القديم الذي لم ينظم مسائل التجارة الدولية ولم يحدد الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً، كما أنه قيد أطراف التحكيم باختيار القانون السعودي باعتباره القانون الواجب التطبيق<sup>(٢)</sup>، وأن يكون مكان التحكيم المملكة العربية السعودية..، وأن تكون اللغة العربية هي لغة التحكيم، كما أنه لم يعترف بالأعراف التجارية الدولية والاتفاقيات الدولية كقواعد يجب مراعاتها من قبل المحكم وهو يتصدى للفصل في النزاع التحكيمي<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> المادة (٣٨) من نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ.

و يراعى في هذا الشأن القيد الوارد في المادة الثانية (في فقرتها الثانية) التي تقضي بعدم سريان أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح، (كما سيأتي تفصيلاً).

راجع: د/ نايف بن سلطان الشريف، التحكيم في منازعات شركات المساهمة العامة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية لنظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد الثالث والخمسون، ٢٠١٣م، ص ٢٢٥ وما بعدها.

<sup>٢</sup> كانت المادة (٣٩) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الملغى، والصادرة عام ١٩٨٩م، تنص على أنه: " ... وتكون قراراتهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة الشرعية".

راجع: د/ نايف بن سلطان الشريف، المرجع السابق، ص ٢٢٥ وما بعدها.

خطة الدراسة :

وعلى ما تقدم، فإن الإجابة على هذه التساؤلات العملية والقانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي واستجلاء موضوع البحث يفترض من وجهة نظري تقسيمه إلى فصلين، وذلك على النحو الآتي:

- ١- الفصل الأول: تعيين القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع بواسطة الإرادة المشتركة لطرفي التحكيم التجاري الدولي.
- ٢- الفصل الثاني: دور المحكم في تعيين القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي.

## الفصل الأول

تعيين القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع بواسطة الإرادة

المشاركة لطرفي التحكيم التجاري الدولي

### تمهيد وتقسيم :

سيادة مبدأ حرية الطرفين في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق في التحكيم التجاري الدولي :

تستند فلسفة نظام التحكيم - بحسب الأصل - على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في اختيار طريقة تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم، سواء فيما يتعلق باللجوء للتحكيم عدلاً عن الالتجاء إلى القضاء<sup>(١)</sup>، واختيار إجراءات الخصومة التحكيمية<sup>(٢)</sup>، أو ما يتعلق بتحديد القواعد القانونية

<sup>١</sup> تنص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ على أن: "اتفاق التحكيم هو: اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة"، كما تنص المادة الخامسة عشرة من ذات النظام على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين"، فيما تنص المادة (١٥) من قانون التحكيم المصري على أن "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة"

<sup>٢</sup> تنص المادة الخامسة والعشرون (فقرة أولى) من نظام التحكيم السعودي على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة، أو هيئة، أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية"، ويتطابق هذا النص مع نص المادة (١/٢٥) من قانون التحكيم المصري مع إضافة شرط عدم مخالفة الإجراءات المتبعة لأحكام الشريعة الإسلامية.

الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع<sup>(١)</sup>، وقد استقرت هذه القاعدة عرفاً وقضاءً وتشريعاً في مختلف النظم القانونية الوطنية والاتفاقيات والتشريعات الدولية، وذلك بإخضاع العقود الدولية من حيث الموضوع لقانون الإرادة *Lex Volontaire ou loi d'autonomie*، سواء تم الاختيار من قبل الأطراف صراحة، أو وفقاً لما اتجهت إليه إرادتهم الضمنية، وذلك انتصاراً لمبدأ سلطان الإرادة، وضرورة احترام حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ومع تسليم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كقاعدة، والنظم الأساسية لمراكز التحكيم بهذه القاعدة<sup>(٢)</sup>، إلا أن الأمر لا يبدو دائماً بهذه البساطة،

<sup>١</sup> انظر المادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي، المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري، والمادة (١/٧٣) من قانون التحكيم التونسي لعام ١٩٩٣م، والمادة (٨١٣) من قانون التحكيم اللبناني لسنة ١٩٨٥م، والمادة (١٤٩٦) من قانون التحكيم (الإجراءات المدنية) الفرنسي لسنة ١٩٨١م، والمادة (١/٤٦) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م، والمادة (١/١٨٧) من قانون التحكيم السويسري لسنة ١٩٨٧م.

<sup>٢</sup> هذا ومبدأ حرية أطراف التحكيم في تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ما لم ينطو على إهدار للقواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام أو يكون مشوباً بالغش نحو القانون، أقرته اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة (١/٣)، والمادة (١/٣٥) من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠م، بنصها على أن "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة.."، وتتص المادة (٧) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦٦م على أن: "يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع"، كذلك ذات الحكم نجد في المادة (١/٤٢) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م بشأن تسوية منازعات الاستثمار، والمادة (١/٧) من اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١م، والمادة (١/٢١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧م التي تنص على أن: "تفصل الهيئة في النزاع وفقاً .. لأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً..". والمادة (١/٧) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٨٨م، والمادة (١/٣٣) من نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة (٢/٢٨) من لائحة إجراءات التحكيم أمام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية المعتمدة في نوفمبر ١٩٩٤م.

فقد أظهرت التطبيقات العديد من الإشكاليات والتساؤلات العملية والقانونية التي تثار في هذا الصدد، حول مضمون ومدى هذا الاختيار، وفهم طبيعة دور المحكم في تطبيق القواعد القانونية على موضوع النزاع، وأثر مخالفة هذا الأخير تطبيق القواعد محل الاختيار، وفقاً لما انتهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية للطرفين، وعلى نحو يكفل احترام هذه الإرادة في تحديدها للقانون واجب التطبيق.

وعلى هذا فما المقصود بالقانون المتفق عليه بين الفرقاء (موضوع الاختيار)، وما هو مدى وحدود حرية الإرادة المشتركة للطرفين في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على العلاقة القانونية، أخيراً مدى التزام الهيئة التحكيمية بتطبيق القانون الإرادي لأطراف التحكيم وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، والأثر المترتب على استبعادها تطبيق هذا القانون على موضوع النزاع.

وسوف نعرض لكافة هذه النقاط العامة وما يرتبط بها من مسائل تفصيلية في محاولة للإجابة على هذه التساؤلات، وذلك وفقاً لما تبناه نظام التحكيم السعودي "المقارن" في هذا الشأن، والحلول المتبعة في الاتفاقيات والأنظمة الدولية المعنية بالتحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي :

## المبحث الأول

### خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة المشتركة لطرفي التحكيم

توطئة: يقر الفقه المعاصر، بصفة عامة، بمبدأ السيادة القاعدية للأطراف المتعاقدة في صياغة أو اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع التحكيم<sup>(1)</sup>، أي مقدرتها على إيجاد قواعد ذاتية لتنظيم حقوقهم وواجباتهم، وتتبنى غالبية النظم القانونية المقارنة في هذا الشأن قاعدة التنظيم الذاتي للعقود Self Régulatory Contractes، أي أن العقد، من هذه الوجهة، هو نظام قانوني ذاتي يكتسب القدرة على صياغة قواعد قانونية تحدد حقوق وواجبات طرفيه، وبالتالي تصبح هذه القواعد ملزمة لهما، سواء فيما يتعلق بتفسير العقد المبرم أو تنفيذه بين طرفيه، ويسري ذلك على عقد التحكيم فيما يتعلق بتحديد القانون "الإرادي" واجب التطبيق على موضوع العقد، ومن ثم يخضع موضوع التحكيم للقانون المختار من قبل أطرافه، سواء تم التعبير عن هذا الاختيار صراحةً ومقديماً في صلب

<sup>1</sup> يعني مبدأ السيادة القاعدية La Souveraineté Normative للمتعاقدين، مقدرتهم على خلق قواعد اتفاقية خاصة تضبط وتحكم علاقاتهم التعاقدية، بحسبان أن العقد خلاق لقواعد قانونية ذاتية ومصدر مستقل للحقوق والواجبات، بما يعطيه الأولوية المطلقة في التطبيق أمام هيئة التحكيم في حدود ما لا يصطدم باعتبارات النظام العام والآداب العامة في دولة مقر التحكيم أو الدولة المتوقع تنفيذ الحكم فيها. انظر:

D.BLANCO. Négociier et Rédiger un Contracte International. Paris. Ed. 1995. PP. 37. 38.

مشار إليه في: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٢.

المبحث الأول: خضوع النزاع التحكيمي لقانون الإرادة المشتركة وفقاً لمبدأ حرية الطرفين في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي.

المبحث الثاني: حدود مبدأ حرية الطرفين في اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع.

المبحث الثالث: التزام المحكم بتطبيق القانون الإرادي والأثر المترتب على مخالفة هذا الالتزام.

اتفاق التحكيم، أو لاحقاً وبمقتضى مشاركة تبرم بعد نشأة النزاع التحكيمي، كما يسري ذات الحكم في حالة إمكانية استخلاص هذا الاختيار بمقتضى الإرادة الضمنية لطرفي التحكيم.

وقد أقرت معظم التشريعات المقارنة والنظم والاتفاقيات المنشئة لمراكز التحكيم الوطنية والدولية مبدأ سلطان الإرادة<sup>(١)</sup>، كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبأوضاع ومحددات مختلفة ومقاربة، وأرست، في العموم، قاعدة السيادة التعاقدية لأطراف التحكيم وقدرتها في إطار اتفاق التحكيم على خلق وإرساء عدالة خاصة، هي عدالة التحكيم<sup>(٢)</sup>، وذلك

<sup>١</sup> تكمن فكرة قانون الإرادة، في هذا الصدد، في أن القانون الذي أعطى الأفراد حرية صياغة وصناعة العقد باعتباره قانوناً لهم وكذلك تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية وتعديل هذه الآثار بعد ترتيبها وفي إنهاء العقد بعد إبرامه، يكون حرياً به من باب أولى أن يعطى هؤلاء الأفراد حق اختيار القواعد القانونية عند نشوء نزاع بينهم، لأن العقد هو أداة تبادل الثروات وأطرافه هم الأولى بتحديد القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية، كما أن إشارة الأطراف إلى قانون معين يرتضون تطبيق أحكامه يعني عن تضمينها في العقد.

انظر: د/ محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٢م، ص ٤٨، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ٢٠٠٦م، دار النهضة العربية، ص ١٠٦٤-١٠٦٥.

، Paris ، P.AMSELEK ، «Phénoménologie et Théorie du Droit» ، L.G.D.J.1964 ، p.297.

<sup>٢</sup> جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر أن مفهوم التحكيم ينصرف إلى "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بقرار، ناتياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية". (حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق جلسة ٢٠٠٣/٥/١١م).

وهو: "الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا في النزاع دون المحكمة المختصة به، فيمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم". (حكم تحكيم رقم ٢٠٠٠/١٧٣ و تاريخ ٢٠٠٠/١٢/١٤م).

بمقتضى قواعد قانونية يختارها الأطراف، ويلتزم المحكم بتطبيقها، وتختلف هذه الأنظمة القانونية فيما بينهما في أفضلية وأسبقية التطبيق بين القانون الوطني أو المنتمي لدولة معينة، أو قانون لا ينتمي لدولة معينة وإنما يستوحي من التعامل التجاري وطنياً ودولياً، وبين تطبيق القانون الإتفاقي "العقد وما تضمنه من شروط اتفاقية".

غير أن هذا الاعتراف الواسع لحق الإرادة المشتركة لطرفي التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق لا يعني أن هذا الحق مطلق من كل قيد، فالثابت أن هناك العديد من الضوابط التي تحد من إطلاق هذه الحرية في الاختيار، والتي تتعلق بضرورة وجود صلة أو رابطة بين هذا القانون وموضوع العلاقة القانونية محل التحكيم، وألا تتطوي القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع التحكيم على مخالفة للقواعد الأمرة الهادفة إلى حماية مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية في بلد مقر التحكيم أو التي يتوقع تنفيذ الحكم على إقليمها، (فكرة النظام العام)، كذلك ما يتعلق بضرورة توافي فكرة الغش نحو القانون، فضلاً عن المحددات المتعلقة بالنطاق الزمني والموضوعي للقانون المختار.

وعلى ذلك، وبمراعاة كافة هذه الاعتبارات، نرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول منهما: تطبيق القواعد الاتفاقية "العقدية" التي حددها أطراف العقد على موضوع النزاع التحكيمي، وفي الثاني لاتفاق الأطراف على اختيار قواعد قانونية وطنية أو غير وطنية للفصل في موضوع النزاع.



## المطلب الأول

تطبيق القواعد الاتفاقية (العقدية) التي حددها أطراف العلاقة القانونية

### محل التحكيم

النص القانوني :

تنص المادة (٣٨) من نظام التحكيم السعودي على أنه:

١- مع مراعاة عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، على هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع الآتي:

أ- تطبيق القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع، وإذا اتفقا على تطبيق نظام دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك.

ب- إذا لم يتفق طرفا التحكيم على القواعد النظامية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع.

ت- يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

٢- إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويض هيئة التحكيم بالصلاح جاز

لها أن تحكم به وفق مقتضى قواعد العدالة والإنصاف<sup>(١)</sup>.

حق أطراف العقد في تكريس قواعد اتفاقية "عقدية" للفصل في موضوع النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي<sup>(٢)</sup>:

تشكل قاعدة حرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي الأساس الذي تنطلق منه هيئات التحكيم عند نظر أي نزاع تحكيمي، حيث تقدم قاعدة "قانون الإرادة" الحل الموضوعي للمشكلة المثارة أمام هيئة التحكيم، وقد استقرت الدراسات الحديثة ذات الصبغة الواقعية، في إطار عقود التجارة الدولية وما قد يثار بشأنها من نزاعات تعرض على التحكيم كأداة لتسوية هذه المنازعات، على

<sup>١</sup> وهي المادة المقابلة للمادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه:

١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

٢- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

٣- يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

٤- يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلاح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

<sup>٢</sup> تنص المادة الخامسة من نظام التحكيم السعودي الجديد على أنه: "إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة بينهما لأحكام أو وثيقة [عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية أو غيرها]، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم، وذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية".

حق أطراف هذه العقود في صياغة قواعد اتفاقية تتضمنها العقود المبرمة بينهم، حيث تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق أحكامها قبل أية نظم قانونية واردة في قوانين وطنية أم غير وطنية، ويستند هذا الاتجاه على اعتبار أن العقد هو نظام قانوني ذاتي يتمتع بالقدرة على خلق قواعد قانونية هي بمثابة قواعد سلوكية اتفاقية تضبط علاقات أطرافها وتحدد حقوقهم والتزاماتهم، وهي قواعد قانونية خاصة تشبه القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية في الدولة<sup>(١)</sup>.

فمن أجل حل المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية<sup>(٢)</sup> في إطار التحكيم، من المتصور أن يضع الأطراف تنظيمياً خاصاً، ويصيغون قواعد منتقاة

<sup>١</sup> في هذا المعنى راجع، د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ص ٧، بند ٦، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مرجع سابق، ص ١٨، ١٧. حيث يرى سيادته أن هذه القواعد الاتفاقية يتحقق فيها الهدفان اللذان يطمح إليهما أي تشريع وضعي رسمي: العدالة والأمان، فمن ناحية العدالة La Justice فقد قيل بأن كل ما هو تعاقدى يكون عادلاً، ذلك أن الشخص لا يرتضي إلا ما يكون في صالحه، أي ما يكون عادلاً، فإذا كان العقد يخلق قواعد سلوكية قانونية، فإن تلك القواعد هي الأكثر عدالة، لأنها القواعد المتأنية من الإرادة والتراضي.

ومن ناحية الأمان La Sécurité فإن القواعد المنظمة للعلاقة التعاقدية لا تتأتى من مصدر خارجي، بل المتعاقدون هم صناعتها، ليست غريبة عنهم، وتتوافق مع تطلعاتهم، وتطبيقها أو الدعوة إلى الالتزام بها لا يشكل إخلالاً بتوقعات من تخاطبه، فكما أن القاعدة القانونية العادية هي نتاج إرادة المجتمع المجسدة في السلطة التشريعية، فهي تتأتى من داخل المجتمع، فإن القاعدة الاتفاقية هي نتاج إرادة المتعاقدين، فهي تتأتى من داخل هؤلاء، وبالتالي فهي لا تخل بتوقعاتهم، بل تعمل على احترام حقوقهم المتولدة من العقد، وتحقق التعاون المنشود بينهم.

<sup>٢</sup> لوصف عقد ما بأنه عقد دولي تعددت أقوال الفقهاء بشأن معايير صفة الدولية في العقود، ما بين معايير اقتصادية تتصل بمساس العقد بأمور التجارة الدولية وتضمنه عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي، وبين ضرورة أن يضاف لهذه المعايير

تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها، وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا نجد مصدرها في قانون معين وإنما في إرادة الأطراف مباشرة، وبحلول تتفق مع واقع معاملاتهم الجارية وما تنسم به من معطيات فنية وقانونية، وبناءً على دراية كاملة بالعبادات والأعراف المتصلة بها، ومقومات متميزة ومتجددة لا تتوافر للأنظمة القانونية الوطنية لدولة ما، ولا يعرف كنهها ودقائقها سوى أطرافها، مما يقتضي التحرر من ربطة القواعد القانونية الداخلية<sup>(١)</sup>.

وقد تتجه إرادة الأطراف إلى تكوين القواعد الاتفاقية التي تحكم العقد من خلاله مجموعة من القواعد المستخلصة من عدة نظم قانونية، وطنية أو دولية، أو من أحكام القضاء الدولي و المقارن، أو بالإحالة إلى القواعد والشروط الواردة في وثائق أو عقود نموذجية للتعامل في عقود مماثلة للعقد محل النزاع التحكيمي، كعقود توريد السلع والخدمات والوكالات التجارية

الاقتصادية معايير قانونية يجمعها ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال عدة اعتبارات، كمرکز الأعمال الرئيسي لكل طرف من أطراف العقد، أو مكان تنفيذ العقد أو تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات المفروضة على الطرفين أو محل إبرام العقد.

للمزيد من التفصيل انظر: د/ ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، ص ١٩، د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، ص ٥٩-٦٠، د/ أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠م، ص ١٥٧ وما بعدها.

<sup>١</sup> انظر: د/ محمد فريد العريني، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ١٥٣-١٥٤، د/ علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق عليه، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤م، ص ٣٣.

P. Sandres, Aspects de l'arbitrage International, Rev. dr. Inter. et dr. comp. 1976, P. 129.

وعقود التشييد ومنح التراخيص الصناعية وعقود البترول ونقل التكنولوجيا واستخراج الثروات الطبيعية والاستثمار والنقل البحري وعمليات البنوك... ويمكن استخلاص قواعد قانونية عقدية من الأعراف التجارية والاتفاقيات الدولية أو المبادئ العامة للقانون، بحيث يصاغ من هذه المصادر أو بعضها قواعد منطقية تحكم النزاع، بحيث يعد ما اتفقت عليه إرادة الأطراف هو قانون العقد الإرادي وشريعته التي تحكم العقد وتلتزم هيئة التحكيم بتطبيقها<sup>(١)</sup>.

والركون إلى إرادة المتعاقدين، فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية، في تحديد الشروط التعاقدية التي تشكل في مجموعها قانوناً خاصاً يحكم العلاقة العقدية، إنما يهدف بطبيعته إلى البعد عن القوانين الوطنية التي عادة ما تضع نصوصاً لتنظيم التعامل التجاري، خاصة ما يتعلق بحماية المستهلك أو الطرف الأضعف في العلاقة العقدية تتصف بالطبيعة الأمرة، لا يسهل تدويلها أو توحيدها على المستوى الدولي، بخلاف طبيعة العقد الدولي التي تهدف دائماً إلى تحقيق مبدأ الحرية التعاقدية للاتفاقيات التجارية الدولية<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> راجع: د/ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق...، مرجع سابق، بند ٦٩١، ص ٧٩٣، د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، منشأة المعارف، ص ٤١٨ وما بعدها، د/ محمود مختار بريري، المرجع السابق، بند ١٣٠، ص ٨٤.

<sup>٢</sup> إن قواعد قانون التجارة الدولية بالرغم من عدم صدورها من المشرع الوطني لدولة ما، فقد لوحظ وجود عدة عوامل تشارك في إعطائها ذات الخصائص العامة للقاعدة القانونية، وهذا ما دفع البعض إلى تسمية هذا القانون بقانون التجارة الدولي، أي اعتبار الدولية سمة يتصف بها القانون لا التجارة، ولكن مع ذلك يصعب التسليم بهذا الفهم، فبالرغم من الجهود المبذولة لتوحيد الأحكام والشروط التي تطبق على المبادلات التجارية الدولية، إلا أنها لا

ولأهمية دور الشروط العقدية والتنظيم التفصيلي لعلاقات الأطراف في عقود التجارة الدولية، بوصفها القواعد القانونية الواجبة التطبيق من قبل الهيئة التحكيمية، تهتم الجماعات المهنية التي تضم أعداداً من المتعاملين في نوع معين من أنواع التجارة الدولية بوضع تنظيم تفصيلي موحد للعقود الدولية ذات الطابع الخاص، بما يحقق مبدأ الكفاية والتنظيم الذاتي لهذه النوعية من العقود المستخدمة على المستويات الدولية، بما يتلافى أوجه القصور في تنظيم هذه المعاملات على المستويات الوطنية، التي تخلو غالباً من تنظيم قانوني ملائم لتلك الروابط العقدية، فعقود مثل عقود تراخيص الصناعة، كأحد عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التمويل الدولية طويلة الأجل التي تفرض رقابة من جانب المؤسسات المالية الممولة على المشروع محل التمويل وبضمانات معينة، كذلك عقود المعلوماتية *Contractes d'Information* أو عقود البيوع المستندية *Ventes documentaires*، أو العقد بشرط تسليم المفتاح *Contracte clés en main*، أو عقد السوق باليد *Contracte marches en main*، وعقد ترست المشروعات البترولية

ترقى إلى مرتبة "القانون: الدولي، كما يصعب التسليم بوجود مشرع دولي على نمط المشرع الوطني، فالأصح هو تسمية هذا القانون بقانون التجارة الدولية، أي اعتبار "الدولية" صفة تميز التجارة لا القانون.

انظر: د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة...، مرجع سابق، بند ٧، ص ٨، د/ يعقوب يوسف صرخوه، النظرية العامة لقانون التجارة الدولية، ط ١، الكويت ١٩٩٩م، ص ٢٩ وما بعدها، د/ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠١٠م، ص ٥٤.

وفي استقلال القواعد الاتفاقية للعقد الدولي عن القوانين الوطنية والقانون الدولي، انظر: J.M.LACQUET، *Principe de Autonomie et Contractes Internationaux*، Thèse Paris. éd Économica 1983، pp. 23 et s.

وعقد ترست السندات الأوروبية<sup>(١)</sup>، كافة هذه العقود ونحوها من العقود الدولية ذات الطبيعة الخاصة التي تبرمها الشركات الاستثمارية والمشروعات المتعددة الجنسيات، تحتاج إلى أن يتولى أطرافها بأنفسهم تحديد الاشتراطات العقدية التي تنظم وبشكل واضح حقوق والتزامات أطرافها، من خلال قواعد موضوعية تراعي طبيعة هذه الاتفاقات التي يستغرق تنفيذها عادة مدداً طويلة، الأمر الذي يزيد من احتمالات حدوث وقائع غير متوقعة أو حدوث ثغرات في تحقيق الالتزامات المتبادلة أثناء التنفيذ، حيث يعتبر الأطراف بما لديهم من معلومات كافية بشأنها هم أقدر من يحدد للمحكم القواعد الاتفاقية الواجب تطبيقها عند حدوث الإخلال بالتنفيذ من أي طرف في العقد<sup>(٢)</sup>.

التزام هيئة التحكيم بتطبيق الاتفاقات العقدية في نظم التحكيم الوطنية والدولية:

<sup>١</sup> للتفصيل بشأن هذه العقود انظر:

د/ حسني المصري، دراسة حول نظم الترس في قانون الشركات الأنجلو أمريكي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص ٧٩-٨٠، د/ محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٢١٩.

<sup>٢</sup> غير أن سعة الفارق بين طبيعة القواعد الاتفاقية المنظمة لعلاقات أطراف عقود التجارة الدولية وبين التنظيم الوطني في القوانين الداخلية لأحد موضوعات هذه العقود لا يجب أن يعني انقطاع الصلة بينهما، فلا جدال أن الأخذ بعين الاعتبار لمختلف الأنظمة القانونية الوطنية الخاصة بمسألة معينة مما يعين علي الوصول إلى التوحيد الدولي بشأنها، ومن ثم الوصول إلى قواعد تسعى للتقريب بين التنظيمات الوطنية، والوصول إلى حلول وسطى تأخذ بعين الاعتبار المصالح المتعارضة لأطراف هذه العقود، ولا تتطلب من الأطراف الدولية التضحية الشاملة بتشريعاتها الوطنية.

د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة..، مرجع سابق، ص ٨٧.

إذا ما تضمن العقد الدولي تنظيماً تفصيلياً لحقوق والتزامات الأطراف، تنظيمياً يتسم بالتحديد والوضوح ويبتعد عن الإحالة إلى مضامين أو مصطلحات تفتح المجال لاجتهاد المحكم أو القاضي في التفسير، كأن يحال، في تنظيم علاقة طرفي العقد، إلى الشروط العامة الواردة في العقود النموذجية لموضوع العقد، أو إلى المبادئ العامة للقانون أو قواعد القانون التجاري الدولي، أو الاجتهاد القضائي الدولي، أو إلى أحد القوانين الوطنية لأي من أطراف العلاقة القانونية محل التحكيم، أو غيرها من المصادر التي تفتح الإحالة إليها باباً للتحويل بعيداً عما ارتضاه الطرفان من تنظيم لعلاقتهم التعاقدية، فإن ذلك يكون من شأنه أن يدفع المحكم إلى تطبيق أحكام العقد أولاً وقبل أي مصدر آخر، وفي حدود ما لا يصطدم من هذه الأحكام مع اعتبارات النظام العام والآداب العامة في دولة مقر التحكيم أو الدولة المتوقع طلب تنفيذ الحكم فيها.

ولكن مدى الإلزام الذي تفرضه النظم القانونية المختلفة على المحكم بتطبيق ما يتضمنه العقد من شروط وقواعد اتفاقية للحكم في النزاع التحكيمي هو ما يثير نوعاً من الخلاف، وما نلاحظه في هذا الشأن، وعلى خلاف النظم القانونية التي لم تشر إلى ضرورة مراعاة تطبيق ما اتفق عليه أطراف العقد من شروط تعاقدية وجاءت نصوصها خالية تماماً من هذه الإشارة<sup>(١)</sup>، هو أن

<sup>١</sup> ومن هذه النظم اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥م بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث جاء نص المادة (٤٢) من الاتفاقية على هذا النحو "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة، فإذا لم يتفق الطرفان..."، دون إشارة إلى وجوب تطبيق اتفاق الأطراف بشأن

غالبية التشريعات والنظم واللوائح المنظمة للتحكيم قد أقرت وجوب أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد أو الاتفاق، وهو المنهج الذي أخذ به نظام التحكيم السعودي في الفقرة (ج) من المادة الثامنة والثلاثين، سابقة الإشارة إليها، التي تقضي بوجوب أن: تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع.. ويتفق ذلك مع ما تبناه قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في المادة (٣٩/٣) التي نصت على أنه: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

ويبدو أن المنهج الذي اتبعه كل من النظام السعودي وقانون التحكيم المصري في هذا الشأن يقضي بوجوب تطبيق الأحكام العقدية، ولكن بصفة احتياطية بعد تطبيق القانون الوطني الواجب التطبيق الذي يختاره طرفا التحكيم، بدليل ما نصت عليه كل من المادة (٣٨/١) تحكيم سعودي والمادة (٣٩/١) تحكيم مصري، بأن تطبق هيئة التحكيم على النزاع القواعد التي

منازعات الاستثمار، ومن ذلك أيضاً نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لسنة ١٩٩٤م.

ومن النظم الوطنية التي لم تشر إلى التزام هيئة التحكيم بتطبيق شروط وأحكام العقد قانون التحكيم الفرنسي لسنة ١٩٨١م (المادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية)، وقانون التحكيم السويسري لعام ١٩٨٧م (المادة ١٨٧)، وقانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م (المادة ٤٦)، وقانون التحكيم لدولة سنغافورة لسنة ٢٠٠١م، (المادة ٢٣). انظر تفصيلاً: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، مجلة الأمن والقانون، دبي، مرجع سابق، ص ٢٣، د/ هشام صادق، القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ص ٣٣٣.

يتفق عليها طرفا التحكيم وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك (١).

ويتفق ذلك مع ما قرره قواعد لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي UNCITRAL بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠م حيث نصت المادة (٣٥) في فقرتها الأولى على أن: "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف..". ثم أضافت في فقرتها الثالثة "وفي جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في المنازعة وفقاً لشروط العقد إن وجدت"، وذلك ما قضت به أيضاً المادة (٢٧/٢) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة ١٩٩٨م التي نصت على أنه: "في كل الأحوال، تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد"، وكذلك المادة (٣٣/٣) من نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٧٨م، وقررت ذلك أيضاً المادة

١ يبدو أن تعبير "القواعد" التي يتفق عليها الأطراف الواردة في كل من قانون التحكيم المصري والسعودي يعد أكثر انسجاماً مع مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية، والذي يسمح بأن تكون تلك القواعد اتفاقية أو تشريعية أو قضائية أو عرفية، في مقابل تعبير "القانون" الذي تبنته بعض نظم وتشريعات التحكيم، ومن ذلك الاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١م، التي نصت في المادة (٧) منها على أنه: "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه..". كذلك قواعد التحكيم التي نصت عليها لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٧٦م، حيث جاء في المادة (٢٢) منها "تطبق محكمة التحكيم القانون المختار بواسطة الأطراف" وهو ما قد يوحي بأن هيئة التحكيم مقيدة بأن تكون القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع تشريعية أو عرفية.

( ١٩ / ٣ ) من قواعد التحكيم النافذة في الجمعية الأمريكية للتحكيم لعام ١٩٩٢م<sup>(١)</sup>.

ويدعم بعض الفقه الاتجاه السائد في معظم الأنظمة القانونية الوطنية من الاعتداد بالقواعد الاتفاقية لأطراف العقد الأصلي في حكم المنازعات التي قد تنشأ بصدد التنفيذ، وإلزام المحكم بتطبيقها بصفة احتياطية للقانون محل التطبيق، مبرراً ذلك بأن فكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي تغالي في أهمية دور الإرادة العقدية وسموها على القانون، وتحاول تحقيق استقلال غير مبرر للاتفاقات العقدية عن القانون المعين للتطبيق، وتؤدي للإضرار بمبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن القانون هو الذي يعطي للعقد قوته الملزمة، فالإرادة العقدية تحتاج إلى قانون يقرها ويفرض احترامها، كي لا تصبح مجرد تعبير فقهي وإطار نظري<sup>(٢)</sup>، لاسيما وأن العقد الدولي، مهما كان محكماً، لا يمكن أن يحيط بكل مسائل النزاع، ولذا يجب على هيئة التحكيم

<sup>١</sup> وقد كرست اعتبار الاتفاقات العقدية مصدراً احتياطياً يطبقه المحكم بعد تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف القوانين الوطنية الآتية: قانون التحكيم التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣م، قانون التحكيم الجزائري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٣م، قانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧م، قانون المرافعات القطري لسنة ١٩٩٠م، قانون التحكيم الإيطالي لعام ١٩٩٤، قانون التحكيم الألماني لعام ١٩٩٧م، قانون التحكيم الروسي لعام ١٩٩٣م.

<sup>٢</sup> د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٠.

أن تلتزم احترام القانون ووضعه فوق كل الشروط التعاقدية الواردة في العقد<sup>(١)</sup>.

وبجانب القوانين والتشريعات التي اعتبرت الأحكام والاتفاقات العقدية بمثابة قواعد احتياطية للقانون الوطني المختار من قبل طرفي التحكيم، نجد أن بعض أنظمة ولوائح مراكز التحكيم قد قررت إلزام هيئة التحكيم باعتبار شروط وأحكام العقد بمثابة قواعد اتفاقية يجب تطبيقها على النزاع قبل اللجوء إلى تطبيق القانون المعين من قبل أطراف العقد، ومن ذلك اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، فقد نصت المادة (٢١) منها على أن: "تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون التي اتفق عليها الطرفان صراحةً أو ضمناً وإلا فأحكام القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع على أن تراعى القواعد والأعراف التجارية الدولية المستقرة".

كذلك نصت المادة (٢٨) من لائحة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤م، على أن تفصل الهيئة في النزاع طبقاً لما يلي: "العقد المبرم بين الطرفين وأي اتفاق لاحق بينهما، القانون الذي يختاره الطرفان..."<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> د/ حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ص ٧٩، د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٢٥٤، ص ٤٣٣.

<sup>٢</sup> هذا الاتجاه بإعطاء الأولوية في التطبيق لقواعد العقد على حساب القانون الواجب التطبيق نجده في بعض القوانين الوطنية، ومن ذلك نص المادة ( ١٢ / ج ) من قانون

وتقوم فكرة تقديم الشروط التعاقدية في حكم موضوع العقد على القانون الواجب التطبيق، على مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، وذلك أن صياغة العقد الدولي إذا ما كانت محكمة واتسمت بالدقة والتفصيل في تنظيم حقوق والتزامات الطرفين فإنها تصبح كافية بذاتها للحكم على شروط العقد وأحكامه ودون حاجة إلى قاعدة قانونية تستند إليها<sup>(١)</sup>، بمعنى آخر يصبح العقد بحد ذاته تشريعاً ملزماً للمتعاقدين وقانوناً خاصاً يتضمن أحكاماً وقواعد فردية ومستقلاً عن القانون التجاري الدولي، ويرى الفقه في هذا الصدد أن وجود عقد يتضمن شروطاً تفصيلية وأحكاماً لتنظيم ما قد ينشأ من

التحكيم التركي لعام ٢٠٠١م التي تقرر أنه: "تصدر هيئة التحكيم قرارها وفقاً للقواعد التي ارتضاها الأطراف بعقدهم ووفقاً للقواعد القانونية التي اختاروها لحل النزاع، وتفسير وتكملة ثغرات العقد...". انظر: د/أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، ص ٢٥. ويذهب بعض الفقه في هذا الصدد إلى القول بعدم جواز إخضاع عقود التجارة الدولية لأية أحكام قانونية مصدرها النظم القانونية الداخلية أو القانون الدولي العام، فقد كشفت الممارسات العملية عن وجود جماعات من المتعاملين على النطاق الدولي تقوم بمباشرة التجارة الدولية بل واحتكارها في كثير من الأحيان على أساس قواعد من صنعها، استقرت وصارت ملزمة لأعضاء الجماعة في معاملاتهم الدولية دون تدخل من السلطات في مختلف الدول لسنها أو فرضها وضمان تنفيذها، وعلى ذلك فإن عقداً من العقود قد يخضع في كافة مراحل إبرامه وتنفيذه للقواعد المرعية في المعاملات الجارية بين المقرضين والمقترضين أو في مجال عقود الاستثمار أو النقل البحري أو العاملين في صناعة البترول، دون حاجة إلى أن يكون العقد خاضعاً في الوقت ذاته لنظام قانوني تفرضه إحدى الدول بسلطتها المنفردة أو نتيجة اتفاق دولي، ويطلق على هذه الظاهرة: *The Law Creating - Power International Commercial Practice*، وترجع هذه الظاهرة أساساً إلى عاملين أولهما: انتشار استعمال العقود النموذجية والشروط العامة الموضوعية بواسطة الهيئات التي تضم جمهور المتعاملين على الصعيد العالمي، وثانيهما: اللجوء إلى التحكيم، حيث تلتزم هيئات التحكيم بتطبيق ما تتضمنه العقود التجارية من شروط وأحكام اتفاقية.

انظر: د/ أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص ٣٠٤-٣٠٥، د/ محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، ص ٥.

منازعات يعتبر أطراف العقد هم الأقدر على تصورهما وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة قد لا نجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف أنفسهم، واشتراط الحد الأقصى من الشروط، خاصة بالنسبة للعقود الدولية ذات الطبيعة الخاصة والتي تحتاج تنظيمياً فنياً تعجز القوانين الوطنية عن تصوره أو تنظيمه، كل ذلك يكون من شأنه أن يسهل من مهمة هيئة التحكيم في إصدار حكم ملائم وعادل على النزاع وبما يكرس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فإن لجوء هيئة التحكيم لتطبيق القانون الوطني أو غير الوطني الذي اختاره الأطراف لا يجب أن يتم إلا في حالة تعذر الفصل في النزاع وفقاً لأحكام واشتراطات العقد، وقد طبقت بعض مراكز التحكيم شروط العقد بوصفها القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، ما دامت

<sup>١</sup> انظر في عرض هذا الاتجاه: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، ص ٢٣، د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، بند ٦٩١، ص ٧٩٣، د/ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٣٤٨ وما بعدها، د/ علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، ص ٣٣.

Goldman (B) 'La Volonté de Polies et Le Note de Arbitre dans /arbitrage International' Rev. arb. 1981. P. 483. Ph. KAHN: Lex Mercatoria et Euro- Obligations 'in Mélanges Cl. SCHMITHOFF. Frankfurt, 1973. P. 215. Spec.p. 221.

وفي مجال التحكيم الإلكتروني راجع:

Robert (c). Board one 'Electronic Online Dispute Resolution, A System Approach Potential, Problems and a Proposal. 3 Harvard Negotiation law Review.

## المطلب الثاني

### اتفاق الأطراف على اختيار قواعد قانونية وطنية

#### الفرع الأول

#### حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الوطني الواجب التطبيق

وفقاً للمادة الثامنة والثلاثين من المرسوم الملكي رقم (م/٣٤) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ هـ الصادر بالموافقة على نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية فإن على هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تطبق القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع، وإذا اتفقا على تطبيق نظام دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك.

وينفق هذا الحكم مع القاعدة المنفق عليها في التشريعات المعاصرة (الوطنية والدولية) المتعلقة بالتحكيم، والتي تقضي بخضوع التحكيم التجاري الدولي لقانون الإرادة Lex Volontaire ou loi d'autonomie<sup>(١)</sup>، أي للقانون

<sup>١</sup> د/ محمد الروبي، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، دبي عام ٢٠٠٨م، ص ١٥٣، د/ كامران الصالحي، طلب بطلان حكم المحكمين ومدى دور المحكم في احترام الإرادة المشتركة لأطراف التعاقد في منازعات عقود B.O.T في ضوء القانون الإماراتي وأنظمة التحكيم الدولية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١١م، ص ٥٧.

وانظر: =

غير مخالفة للنظام العام والآداب في البلد المتوقع تنفيذ حكم التحكيم فيها<sup>(١)</sup>، فقد رأت هيئة التحكيم عن ICC في القضية التحكيمية رقم ٢١١٩ لسنة ١٩٧٨ أن الشرط الوارد في العقد والذي بمقتضاه يتم "تنفيذ العقد وتفسيره طبقاً للقانون الفرنسي" إنما يعني إعمال شروط العقد مباشرة في الحدود التي لا تتعارض فيها مع القواعد الأمرة في القانون الفرنسي. في عبارة أخرى حيث يتعين تنفيذ العقد طبقاً "لقانون دولة معينة"، فإنه لا يتصور تنفيذه وفقاً للأحكام المعتمدة مخالفة للنظام العام فيه<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> ففي حكم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية التحكيمية رقم ٩٢/٣٢ بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٩٣م بين إحدى الشركات الأوروبية وشركة قابضة مصرية قرر أنه: "لما كانت القاعدة القانونية الأصلية ... هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، فهو بذلك يكون بمثابة القانون الواجب التطبيق، يلتزم به كلا الطرفين، ويكون لزاماً على المحكم الالتزام به"، وقريب من ذلك حكم ذات المركز في القضية التحكيمية رقم ١٩٩٥/٦٤ الصادر في ٢٤ سبتمبر ١٩٩٦، وحكمه في القضية التحكيمية رقم ٢٠٠٠/١٩٣ في ٢٠٠١/٤/١٢م، وحكمه في القضية التحكيمية رقم ٢٠٠٠/١٨٢ الصادر في ٢٠٠١/٤/١٥م (مشار إليها في د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٢٥) ..

<sup>٢</sup> راجع: د/ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٩٩.



الذي اختاره الأطراف لحكم العقد صراحة، أو وفقاً لما اتجهت إليه إرادتهم الضمنية، وسواء تم هذا الاختيار بمقتضى اتفاق الطرفين الوارد في الاتفاقية الأصلية للعلاقة التعاقدية بين الأطراف، بإخضاع أي نزاع مستقبلي ينشأ بينهم للقانون الواجب التطبيق "شرط تحكيم" أو بمقتضى اتفاقية مستقلة لإخضاع نزاع قائم فعلاً بين الأطراف للتحكيم "مشاركة تحكيم" (١).

ونلاحظ في هذا الشأن التطور الذي تضمنه نظام التحكيم الجديد في المملكة فيما يتعلق بمنحه الفرقاء في التحكيم حرية اختيار القواعد القانونية التي تنظم موضوع التحكيم، انتصاراً لمبدأ الحرية التعاقدية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وسيراً في ذات الاتجاه الذي تبنته سائر التشريعات والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، من إعطاء الأولوية في التطبيق لقانون الإرادة، بناءً على أن التحكيم في مجمله هو نظام يستمد وجوده من اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، على خلاف الوضع في نظام التحكيم القديم (٢) الذي كان يقيد الخصوم باختيار القانون السعودي كقانون واجب التطبيق، فضلاً عن ضرورة أن يكون مكان التحكيم في الأراضي السعودية دون غيرها، وأن تكون اللغة العربية هي لغة التحكيم، كما أنه لم يعترف، من ناحية أخرى،

<sup>١</sup> =H. Trimmer, The Law of Foreign Trade in the Legal Systems of the Countries of Planned Economy in the Sources of the Law of International Trade, by Sehmitt hof London. 1964, p. 41.

<sup>٢</sup> انظر المادة الأولى (فقرة ١) والمادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي رقم (م/٣٤) لسنة ١٤٣٣هـ.

<sup>٣</sup> الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٢/٧/١٤٣٠هـ.

بالأعراف التجارية الدولية والاتفاقيات الدولية كمصادر قانونية صالحة لرجوع المحكم إليها في حسم النزاع (١).

وعلى هذا فللأطراف، بدلاً من الاتفاق على قواعد قانونية تورد في العقد كشروط اتفاقية لحكم النزاع، أن يتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة حال طرحه على المحكم، وقد يكون ذلك القانون محل الاختيار هو قانون دولة المحكم أو قانون أحد أطراف اتفاق التحكيم أو قانون محل إبرام العقد أو قانون دولة التنفيذ، وبحيث يظل الاختيار دائماً في نطاق القوانين الوطنية، ما يلتزم معه المحكم بتطبيق أحكام القانون المختار للفصل في النزاع وإلا تعرض لإمكانية الطعن على حكمه بالبطلان، (كما سيلي) (٢).

<sup>١</sup> ولعل ما كان ينص عليه نظام التحكيم الملغي من تقييد الخصوم في التحكيم باختيار القانون السعودي بالتطبيق على موضوع النزاع يرجع من وجهة نظرنا إلى أن هذا النظام لم يكن ينظم "بخلاف نظام التحكيم الجديد"، التحكيم التجاري الدولي ولم يحدد الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً ولم يتعرض لتنظيم موضوعات التجارة الدولية عموماً، راجع في هذا الشأن:

د/ إبراهيم سليمان صالح الربيش، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مكتبة الرشد، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٩م، ص ٣٢، د/ نايف بن سلطان الشريف، التحكيم في منازعات شركات المساهمة العامة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية لنظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد ٥٣، ٢٠١٣م، ص ٢٢٤-٢٢٥

<sup>٢</sup> د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية ٢٠٠١م، ص ١٩، د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٤٧٧ وما بعدها، د/ حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٩، وانظر:

SHACKELFORD, Arbitration law in Eastern Europe, Chicago + Kent Journal of International & Comparative law, vol. 7, 2007, p. 172.

وقد تأكدت هذه الحرية في اختيار قواعد القانون الواجب التطبيق في العديد من نصوص التشريعات والأنظمة الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١/٣٥) من القانون النموذجي للتحكيم "أونسيترال" بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠م بقولها "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة...". والتزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف نجده أيضاً في اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥م لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة (١/٤٢) التي تقضي بأن: "تحكم الهيئة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف..". ذات الحكم نجده كذلك في نظام التحكيم والمصالحة لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨م التي تنص على أن: "للأطراف حرية الاتفاق على القانون الذي يجب على محكمة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع"، وكذلك قواعد التحكيم النافذة أمام الجمعية الأمريكية للتحكيم لعام ١٩٩٢م في المادة (١/١٩) التي نصت على أن: "تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية المختارة بواسطة الأطراف لتحكم موضوع النزاع"، وفي اتفاقية عمان العربية لعام ١٩٨٧م نصت المادة (١/٢١) على أنه: "تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد..".<sup>(١)</sup>

<sup>١</sup> ومن الاتفاقيات التي أقرت ذات المبدأ أيضاً الاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١م التي نصت في المادة (٧) على أنه: "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه

ومن القوانين والتشريعات الوطنية التي كرست مبدأ حرية الفرع في اختيار أحد القوانين الوطنية لتطبيق على موضوع التحكيم نذكر قانون التحكيم الفرنسي لسنة ١٩٨١م، الذي ينص في المادة (١٤٩٦) على أنه: "يفصل الحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف"، وكذلك الأمر في قانون التحكيم السويسري لعام ١٩٨٧م والذي جاء في المادة (١/١٨٧) منه: "تفصل محكمة التحكيم وفقاً لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف".

أما قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، فتقضي المادة (١/٣٩) منه بأنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإن اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك" كذلك فإن قانون التحكيم الجزائري لعام ١٩٩٢م، تنص المادة (٣٥٨ مكرر ١٤)

---

على موضوع النزاع"، كذلك أقرته اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية في المادة (١/٣).

أما اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن تنفيذ أحكام المحكمين فقد أقرت أيضاً حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم ولكن بطريقة غير مباشرة، حيث نصت المادة (١/٥) في سياق تحديد أحكام تنفيذ قرار التحكيم والحالات التي يجدر فيها رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه المحكم، إلا إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا وفقاً للقانون الذي ينطبق عليهم غير كامل الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي يصدر فيه الحكم، وبموجب ذلك صدر فيه الحكم، أو في البلد الذي صدر هذا الحكم بموجب قانونه"

راجع: د/ عز الدين عبد الله، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٨.

منه على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي اختارها الأطراف"<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### مدى حرية الطرفين في تعيين القانون الواجب التطبيق

التحكيم كنظام خلقته إرادة الأطراف يتيح لهؤلاء اختيار القانون الذي يحكم النزاع، وهي حرية واسعة ومتنوعة يمكن المزج بين مفرداتها، وقد كفلتها التشريعات الوضعية إلى أبعد مدى، حيث تعطي لأطراف العقد تعيين محكم مطلق أو محكم بالصلح، بما يتيح ذلك من إمكانية العدول عن تطبيق قواعد قانون معين، إلى مجرد الاستناد في الحكم على مبادئ العدل والإنصاف (كما سيلي).

ويدعو الفقه، في هذا الصدد، إلى ضرورة أن يعلن أطراف التحكيم عن إرادتهم الصريحة بتضمين العقد بنداً يحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ولحل ما عسى قد يثور من منازعات بمناسبة إبرام العقد

<sup>١</sup> وتكاد قاعدة حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تكون قاعدة معترفاً بها في سائر القوانين المقارنة. ومن ذلك على سبيل المثال: قانون التحكيم التونسي لعام ١٩٩٣م (م ١/١٧٣) قانون التحكيم اللبناني لعام ١٩٨٥م (م ٨١٣ إجراءات مدنية)، قانون التحكيم العماني (م ١/٣٩)، قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦م (م ١/٤٦)، قانون التحكيم الألماني لعام ١٩٩٧م (م ١٠٥١ إجراءات مدنية)، قانون التحكيم الإيطالي لعام ١٩٩٤م (م ٨٤٣ إجراءات مدنية) قانون التحكيم الياباني لعام ٢٠٠٣م (م ١/٣٦).

أو تنفيذه<sup>(١)</sup>، وذلك لتفادي، في حالة إغفال هذا التحديد الصريح للقانون واجب التطبيق، أن يقوم المحكم باختيار قواعد قانونية تحكم النزاع لا تتسجم مع إرادة الخصوم، أو تطبيق قانون قد يؤدي إلى تغيير في مراكز قانونية اتجهت إرادة الأطراف إلى تحقيقها بمقتضى نصوص العقد، وخاصة في إطار العقود التجارية ذات الطابع الدولي التي تشتمل على شرط التحكيم، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والآثار الهامة التي ترتبها مثل هذه العقود على الأطراف الوطنية، ومن ثم خروجها من دائرة الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> وقد ناشدت الأطراف المجتمعة في مجمع القانون الدولي سواء في دورة انعقاده في مدينة أوصلو عام ١٩٧٧م أو في دورة انعقاده في مدينة أثينا ١٩٧٩م أطراف التعاقد على ضرورة التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، باعتبار أن أي تقاعس عن تحديد القانون الواجب التطبيق يعني المزيد من المعوقات القانونية وبالتالي ضياع الوقت والجهد في اطلاق هيئة التحكيم بالاجتهاد في تحديد هذا القانون. والذي قد يذهب بعيداً عما توقعه الفرقاء في العلاقة التعاقدية بشأن ترتيب آثاره.

راجع: د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والطبيعة، مرجع سابق، ص ١٤٢٣، د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، ١٩٩٧م.

<sup>٢</sup> ولذا يكون من المرغوب فيه دائماً أن يعبر أطراف هذه العقود تعبيراً صريحاً ودقيقاً عن تحديد القانون الواجب التطبيق حتى لا تتعرض مصالحهم للخطر نتيجة اختيار هيئة التحكيم لقانون لم يتوقعه الأطراف، ويعبر بعض الفقهاء عن هذه الحالة بقوله: إنه من الأهمية بمكان أن يضمن المحكّمون عقدهم شرطاً أو بنداً يحدد القانون المختص بحكم النزاع، فإن هم فعلوا ذلك، فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطاً للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة، كل ذلك وعندهم كبير أمل في ألا تتحقق تلك الأخطار. د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٢٨. د/ محمد الروبي، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، مرجع سابق، ص ١٥٥.

Jean Christophe Pommier، "La Résolution du Conflit des Lois en Matière Contractuelle en Présence d'une Election de Droit: le Rôle de L'arbitre Dr.1.1992، p.5 et ss spic، p. 6.

ونعرض لمدى حرية أطراف التحكيم في تعيين القانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي من خلال أمرين:

١- النطاق الموضوعي للقواعد القانونية المختارة.

٢- المدى الزمني ووقت الاختيار.

أولاً: النطاق الموضوعي للقواعد القانونية محل الاختيار:

ترتيباً على قاعدة حرية أطراف التحكيم في تحديد القانون الوطني الذي يحكم موضوع التحكيم، فإنه يكون لهؤلاء أن يختاروا قانون دولة معينة، كالقانون السعودي أو القانون المصري مثلاً، كأن يتفق الأطراف مثلاً على تطبيق قواعد القانون المدني المصري المتعلقة بعقد البيع أو الضمان أو التأمين، وحينئذ يجوز لأطراف العقد أن يتفقوا على اختيار بعض قواعد القانون المختار دون البعض الآخر، ففي هذا المثال يجوز للأطراف أن يستبعدوا من تطبيق هذا القانون القواعد المنظمة للشرط الجزائي من بين القواعد القانونية المنظمة لعقد البيع أو التأمين، أو أن يستبعدوا تلك القواعد المتعلقة بأثر نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ الالتزامات العقدية..<sup>(١)</sup>

<sup>١</sup> د/ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩م، ص ١٨٥. د/ رشا علي الدين، دور المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م، ص ٣١.

A. DIMITRIOS، Law Applicable to Merits of the Arbitration Dispute، an Overview of the English، Swiss and French Arbitration Laws،

وقد أجازت كل هذه الصور المادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي بصياغتها العامة: "على هيئة التحكيم تطبيق القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع.. وسواء تعلق الأمر بالقواعد الآمرة في هذا القانون أو القواعد المكملة"<sup>(١)</sup>.

فقد يكون القانون الذي اختاره الأطراف هو قانون دولة المحكم أو قانون دولة معينة ينتمي إليها أحد أطراف التحكيم أو قانون دولة للتنفيذ، وحينئذ يتقيد المحكم بتطبيق القواعد القانونية التي وقع عليها الاختيار من بين القواعد القانونية في القانون الواجب التطبيق، سواء كانت هذه القواعد هي قواعد القانون المدني أو قواعد القانون التجاري أو غيرها من القواعد القانونية الأخرى، كما قد تكون هذه القواعد عبارة عن المبادئ العامة للقانون المعمول بها في دولة معينة، يستوي في ذلك أن تكون هذه المبادئ متعلقة بصحة الاتفاقات أو بتفسيرها أو بتنفيذها<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا فإن من حق أطراف النزاع التحكيمي تحديد ماهية القواعد القانونية أو القسم القانوني المراد تطبيقه، في نطاق قانون الدولة الواجب

Munich Personal RePEc Archive، Paper No. 10334، 1/9/2008 see at: <http://Mpra.ub.uni.>

<sup>١</sup> د/ فتحي والي، المرجع السابق، بند ٢٣٤، ص ٤٢١، د/ علي أبو عطية، مكي، المرجع السابق، ص ٣٧.

Robert et Moreau، L'arbitrage Droit Interne Droit International، Prive Paris، 1993، Dalloz، N. 181، p.156.

<sup>٢</sup> راجع: د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية حقوق دبي بعنوان "التحكيم التجاري الدولي"، ٢٠٠٨م، ص ٥٧٨.

التطبيق على موضوع النزاع، سواء كان هذا القسم هو القانون التجاري أو القانون المدني أو القانون الإداري أو غيره من القوانين، وذلك تقديراً لمبدأ سلطان الإرادة السائد في مجال التحكيم التجاري الدولي، وفي هذه الحالة تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق هذه القواعد المختارة، فإن هي خالفت وطبقت بدلاً من قواعد القانون الإداري قواعد القانون المدني أو التجاري مثلاً، فإنها تكون قد استبعدت القانون الذي اختاره الأطراف، مما يجعل حكمها حقيقاً للبطلان، وهو ما قضت به المادة (٤٩) من نظام التحكيم السعودي بقولها: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع..."<sup>(١)</sup>. أما في حالة عدم تحديد القسم القانوني المراد تطبيقه على النزاع من قانون الدولة واجب التطبيق ولم

<sup>١</sup> وتطبيقاً لذلك، وفي قضية تحكيم Chromalloy بين وزارة الدفاع المصرية وإحدى الشركات الأمريكية، والذي حكمت فيه هيئة التحكيم على الطرف المصري بدفع تعويض للطرف الأجنبي بما يتجاوز ١٧ مليون دولار، وبطعن الطرف المصري علل الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة استناداً إلى أن حكم التحكيم استبعد تطبيق القانون المتفق على تطبيقه وهو القانون المصري قضت المحكمة في حكمها الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٩٥م بأنه: "لما كان من غير المتنازع فيه من الطرفين أن القانون المصري هو المتفق بينهما على تطبيقه على النزاع المائل .. وكان الثابت لهذه المحكمة أن العقد محل المنازعة هو عقد إداري مبرم مع مرفق عام (مرفق الدفاع الوطني في الدولة) لتوريد مهمات وخدمات متعلقة بتسييره وتنظيمه..، فإذا تضمن العقد على النص على أن القانون الواجب التطبيق بمعرفة هيئة التحكيم هو القانون المصري، فإن مفاد ذلك أن المقصود هو القانون الإداري المصري، فإذا عمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق على أعمال أحكامه بما تتوافر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة (٥٣) في فقرتها الأولى بند (د) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

راجع لمزيد من التفصيل: د/ حفيظة الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الأزواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠م، ص ٥٢ وما بعدها.

يتمسك الأطراف بذلك أثناء نظر النزاع، فإن لهيئة التحكيم في هذه الحالة أن تفصل في النزاع وفقاً للقانون المختار في مجمل قواعده وأحكامه"فكرة مجموع النظام القانوني Systeme Juridique in globe دون استبعاد بعضها وتطبيق البعض الآخر<sup>(١)</sup>.

**فكرة تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من نظام قانوني:**

كذلك يمكن للطرفين أن يتفقا على إخضاع العقد أو موضوع العلاقة القانونية لأكثر من قانون، أي لعدة قواعد مستمدة من أكثر من قانون وطني، أو من قانون وطني وقواعد قانونية أخرى، وهو ما يعرف بفكرة تجزئة العقد، بحيث يخضع كل جزء منهما لقانون معين، وتعتبر طريقة التجزئة عن رغبة الأطراف في اختيار أكثر القوانين مناسبة لحكم نزاعهم، فإذا بدا لهم أن ضرورة تنفيذ العقد، وفقاً للتصور الذي إرضاه الطرفان، توجب تطبيق قانون دولة إبرام العقد أقرروا ذلك، كما قد يرتضون تطبيق قانون دولة التنفيذ ليحكم تنفيذ آثار تصرفهم القانوني، بما يتضمن تحديد التزامات وحقوق الطرفين، كما قد تتفق الأطراف مثلاً على إخضاع أحكام الأهلية أو الرضا لقانون معين، واثار العقد لقانون آخر.

وهناك اتجاه في الفقه يرى أن تطبيق أكثر من قانون وطني على موضوع التحكيم يترتب عليه تقطيع أوصال العلاقة العقدية، وقد يؤدي إلى الإخلال

<sup>١</sup> د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، بند ٣٩٨ وما بعده، ص ٤٣١ وما بعدها، د/ فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٢٤٤، ص ٤٢٣.

بالتوازن العقدي والاستقرار اللازم لهذه لعلاقة بتطبيق قواعد ذات طبيعة مختلفة، وقد يؤدي إلى صعوبات عملية، غير أن الفقه الراجح وغالب التشريعات الوطنية<sup>(١)</sup> تقر حق الطرفين، من الوجهة القانونية، في تبني هذا الحل، وأنه لا معقب عليهما لا من المحكم ولا من القضاء من بعده، حيث يلتزم بما اتفق عليه الطرفان وإلا يعتبر المحكم قد خرج عن القانون الذي اتفق على تطبيقه على موضوع النزاع بما يرتبه ذلك من آثار، كل هذا في إطار عدم مخالفة هذه القواعد للنظام العام أو أن يشوب الاختيار غش نحو القانون، كما سيلي.

ويتأيد هذا الاتجاه بأن الواقع العملي قد يفرض على أطراف العقود التجارية الدولية اختيار أكثر من قانون ليحكم علاقتهم التعاقدية، خاصة إذا كان تنفيذ العقد يقتضي ذلك<sup>(٢)</sup>، أو رغبة منهم في تفادي انفراد النظام القانوني الوطني بحسم النزاع بما يفرضه من قواعد أمره واجبة التطبيق، كما أنه يجب تبني هذا الاتجاه في إطار العلاقات التجارية الدولية التي تستوجب قدراً أكبر من المرونة في تحديد شروط العقد، وتحديد القانون أو القوانين

<sup>١</sup> راجع على سبيل المثال في القانون الألماني لعام ١٩٨٦م، المادة (١/٢٧) مدني، وانظر على وجه الخصوص: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٣١.

<sup>٢</sup> فمثلاً حتى يتلافى الأطراف إبطال عقدهم بسبب غبن ألم بأحد الأطراف فإنهم يخضعون لعقد دولي لا يرتب بطلان العقد بسبب الغبن، وإذا ما تم اختيار قانون دولة أخرى لحكم لبقية المسائل المتعلقة بالعقد، فإن هذا العقد لا يمكن إبطاله بسبب الغبن ولو كان قانون الدولة الأخيرة يرتب البطلان بسببه، وإنما يبطل العقد بسبب آخر كالإكراه أو الغلط أو التليس.

د/ نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، دبي، التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨م، ص ٦٥٣.

الواجبة التطبيق عليه، بما يسهم في تحقيق مصالحهم المشروعة، ويلتزم المحكم بتنفيذ هذا الاختيار تبعاً لالتزامه بتطبيق القانون الإرادي لاتفاق التحكيم<sup>(١)</sup>.

سريان الاختيار على القواعد الموضوعية دون القواعد الإسنادية في القانون الواجب التطبيق:

المبدأ المستقر في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أن اختيار الأطراف في التحكيم للقانون الذي يحكم النزاع، ينصب على الأحكام الموضوعية في هذا القانون دون المتعلقة بقواعد الإسناد أو تنازع القوانين، فلا مجال للأخذ بقواعد الإحالة فيما يتعلق بقانون الإرادة الذي يسود التحكيم، وقد أقر هذا المعنى نظام التحكيم السعودي في المادة (١/٣٨) التي ألزمت هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع بتطبيق القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع، وإذا اتفقا على تطبيق نظام دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

ويأتي الحكم الذي اتبعه نظام التحكيم السعودي في هذا الشأن استناداً إلى أن الأطراف عندما يختارون قانوناً معيناً ليفصل في النزاع التحكيمي، فمن

<sup>١</sup> د/ حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر، ص ١٨٥.

LAGARDE (P) 'Le Dépeçage Dans le Droit International Prive des Contractes' in Riv. Dir. Int. Pr. E Proc. 1975، P. 645.

وفد أخذت الاتفاقيات الدولية بهذه القاعدة، فالمادة (١/٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م قررت أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، ويؤخذ اختيار النظام القانوني لدولة ما على أنه اختيار مباشر للقواعد القانونية لهذه الدولة وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك"<sup>(١)</sup>، كذلك فإن قواعد التحكيم النافذة في الجمعية الأمريكية للتحكيم لعام ١٩٩٢م قررت في المادة (١/١٩) أنه: "تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية المختارة بواسطة الأطراف لتحكم موضوع النزاع".

وعلى هذا يلتزم المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، فإذا اتفق الأطراف في التحكيم على تطبيق

<sup>١</sup> غير أن قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠م جاءت خالية من أي تحديد يتعلق بانصراف القواعد القانونية محل الاختيار والواردة في قانون دولة ما إلى القواعد الموضوعية في هذه الدولة دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، وتركت تحديد هذه القواعد لهيئة التحكيم، حيث جرى نص المادة (١/٣٥) من هذه القواعد على النحو التالي:

"تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد، طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً".

ويشير سكوت النص عن تحديد القواعد القانونية المختارة بالقواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق دون قواعد تنازع القوانين في هذا القانون، خلافاً لما قرره ذات القواعد النموذجية في نسخة ١٩٨٥م (المادة ١/٢٨)، إلى كفاية الحرية لهيئة التحكيم في تحديد القواعد القانونية التي تراها هيئة التحكيم هي الأنسب لحكم النزاع دون تقييد في هذا الشأن بين القواعد الموضوعية أو قواعد تنازع القوانين.

المفترض أن اختيارهم يرتكن إلى قدرة هذا القانون، بحسب علمهم له، على الفصل في نزاعهم وتحقيق مصالحهم المشتركة، ولو أرادوا اختيار القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في هذا القانون لاختاروا ذلك القانون مباشرة، استناداً إلى قانون الإرادة<sup>(١)</sup>، فإذا اتفق مثلاً على اختيار القانون السعودي ليحكم النزاع فلن يسع المحكم إلا تطبيق قواعد القانون التجاري أو الإداري أو المدني (أحكام المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية) على النزاع التحكيمي، حسب طبيعة العلاقة العقدية أو غير العقدية محل النزاع، دون قواعد الإسناد في هذا القانون والتي قد تشير إلى تطبيق قانون آخر، فلا يعمل بقانون الإحالة أمام قضاء التحكيم لأن من شأنها تعطيل الفصل في النزاع، على خلاف ما يهدف إليه لجوء الخصمين للتحكيم<sup>(٢)</sup>.

وهو نفس الحكم المقرر في قانون التحكيم المصري (المادة ١/٣٩)، وقانون التحكيم العماني (المادة ١/٣٩)، وقانون التحكيم الجزائري (المادة ٣٥٨ مكرر ١٤)، وقانون التحكيم الأردني (المادة ١/٣٦) مقتفين في هذا الشأن إثر المشرع المصري.

<sup>١</sup> راجع: د/ عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص ٢٧٠-٢٧١.

Demetrios. Law Applicable to Merits of the Arbitration Dispute, an Overview of the English Swiss and French Arbitration laws, Munich Personal RePEc. Archive, Paper No. 10334, 1/9/2008. see at: <http://mpr.ub.uni->

د/ رشا علي الدين، المرجع السابق، ص ٢٨.

<sup>٢</sup> راجع حول نظام الإحالة: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، بند ٣٩٨، ص ٤٣١ وما بعدها.

تتازع القوانين في القانون المختار التزم المحكم باحترام هذا الاتفاق، كأن يتم الاتفاق مثلا على تطبيق قانون الجنسية أو قانون الموطن على أهلية التعاقد، أو قانون محل التنفيذ على آثار العقد، وتظهر الفائدة العملية لهذا الاتفاق في حالات معينة كما هو الشأن في حالة استبعاد المحكم للقانون واجب التطبيق لمخالفته للنظام العام أو للغبن نحو القانون (١).

حرية اختيار القانون الواجب التطبيق ما بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

ولكن ما قرره المادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي، بشأن حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، هل يسري على التحكيم الداخلي والدولي على حد سواء، أم أن هذه الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق قاصرة على التحكيم التجاري الدولي دون التحكيم الداخلي؟ (٢).

يذهب الاتجاه السائد في هذا الشأن إلى أن سلطة الأطراف في هذا الاختيار قاصرة على العلاقات الدولية التي تخضع للتحكيم الدولي (١)، أما التحكيم الداخلي الذي يتم اللجوء إليه للفصل في المنازعات الوطنية الخالصة فإن مقتضيات المحافظة على سيادة وفعالية النظام القانوني الوطني للدولة توجب على هيئة التحكيم عدم تطبيق قانون أجنبي عليه، وإنما يتعين تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني وفقا للمصادر المعترف بها في هذا القانون والالتزام بالترتيب المقرر لها.

وعلى هذا فلا يكون لهيئة التحكيم في إطار العلاقات الوطنية الخالصة، أن تطبق أياً من قواعد قانون التجارة الدولية، كالمبادئ العامة المشتركة للقانون أو الاتفاقات والشروط العامة للجماعات المهنية في إطار عقود

<sup>١</sup> ويكون التحكيم دولياً في مفهوم نظام التحكيم السعودي (وفقاً للمادة الثالثة) إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، وذلك في الأحوال الآتية:

١- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في أكثر من دولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم أو كليهما مركز أعمال محددة فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

٢- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن الآتي بيانها واقعا خارج هذه الدولة:

- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تعيينه.  
- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة من العلاقة التجارية بين الطرفين.

- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.  
٣- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة، أو هيئة تحكيم دائمة، أو مركز للتحكيم يوجد مقره خارج المملكة.

٤- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة".  
وقد جاء هذا النص أسوة بنص المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م التي وضعت معايير وضوابط التحكيم التجاري الدولي.

<sup>١</sup> راجع: د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة، مرجع سابق، ص ٩٤١. د/ نور حمد الجحياي، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، مرجع سابق، ص ٦٦٤.

<sup>٢</sup> تقضي المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي بأنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها، تسري أحكام هذا النظام على كل تحكيم، أياً كانت طبيعة العلاقة النظامية التي يدور حولها النزاع، إذا جرى هذا التحكيم في المملكة، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج، واتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا النظام، ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح". وعلى هذا فإن نظام التحكيم السعودي يسري على نوعي التحكيم الدولي والداخلي على حد سواء.



التجارة الدولية في تجارة معينة، أو الأحكام المتضمنة في عقود نموذجية ذات طابع دولي، أو المبادئ المستقرة في القضاء الدولي..<sup>(١)</sup>.

وتطبيقاً لذلك فإنه إذا ما قام أطراف التحكيم الداخلي بإحالة هيئة التحكيم إلى قانون آخر أو إلى أحكام واردة في عقد نمونجي أو عرف دولي ليفصل في النزاع وفقاً له، فإن هذه الإحالة تظل صحيحة وعلى هيئة التحكيم الالتزام بها، ولكن بوصفها من قبيل الشروط أو التعاقدية التي يتم إعمالها، بشرط عدم تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام الساري في المملكة، وإلا كانت باطلة<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: وقت الاختيار والمدى الزمني للقانون المختار:

وقت الاختيار: تسمح صياغة المادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي بأن يكون اختيار القواعد الاتفاقية أو القانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع النزاع، قد تم وقت إبرام العقد أو في اتفاق لاحق، فقد يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وقت الاتفاق على شرط التحكيم، وذلك بتضمين العقد بنداً يحدد فيه الأطراف القانون الذي يحكم أي نزاع يثور بينهم بمناسبة إبرامه أو تنفيذه، غير أن إغفال هذا التحديد في العقد الأصلي لا يعني

<sup>١</sup> راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، ص ٣٢، وعكس هذا الاتجاه راجع: د/ فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، بند ٢٤٣، ص ٤١٩.  
<sup>٢</sup> فأعطاء الفرقاء في التحكيم الداخلي الحق في اختيار قواعد موضوعية في قانون أجنبي، لا يخرج عن حدود الحق الذي يخوله لهم القانون الوطني ذاته في إعمال تنظيم آخر غير التنظيم الذي تقدمه القواعد المكمل.

د/ عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ص ٥٩٤.

حرمان الأطراف من اختيار القانون الواجب التطبيق بمقتضى اتفاق لاحق وفي وقت آخر، ولو بعد نشوء النزاع *La Naissance du litige* وبمقتضى اتفاق مستقل، ويفترض ذلك أن منح أطراف العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ابتداءً، يجد سنده في مبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم، فينبغي من ثم الاعتراف للإرادة التعاقدية بالحق في الاختيار اللاحق، الذي يكتسب ذات القيمة القانونية للاختيار الذي يتم عند إبرام العقد، بما يرتبه من إلزام هيئة التحكيم بتطبيق هذا القانون، دون الحق في مناقشة تقدير الأساس الذي بمقتضاه تم الاختيار، على ما سيلي<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن للفرقاء في التحكيم، ووفقاً لحقهم في تحديد القانون الذي يحكم موضوع التحكيم، سلطة تعديل اختيار القانون الذي تم اختياره سلفاً، بأن يقوموا بمقتضى اتفاق لاحق باختيار قانون دولة أخرى بدلاً من القانون الذي تم اختياره سلفاً كبند في العقد الأصلي، وذلك إذا تبين لهم مثلاً أن القانون المختار لا يصلح لحكم العلاقة العقدية، أو أنه لا يتضمن قواعد موضوعية تكفي للفصل في النزاع أو في موضوع الاتفاق الذي يتصل بمعاملات دولية مستحدثة، أو أن تطبيقه سيؤدي إلى الإخلال بالتوازن بين المصالح المتعارضة في العقد، أو أنه لن يساهم في استمرار العلاقة

<sup>١</sup> في هذا الشأن:

SALPIUS (E) 'Arbitration in Eastern Europe' International Arbitration Journal, Issue, 2, 2006, pp. 27. 73.

التعاقدية التي يحرص الطرفان على استمرارها، إلى غير ذلك مما قد يراه أو يكتشفه الأطراف من أسباب تبرر لهم هذا العدول، مما لم يحيطوا به عند الاختيار الأول للقانون الواجب التطبيق<sup>(١)</sup>.

غير أن الفقه يقيد صحة الاتفاق اللاحق على اختيار القانون الواجب التطبيق، أو العدول عن تطبيق القانون الأول بمقتضى اتفاق لاحق، بأمرين، الأول: ألا يؤثر الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على صحة وسلامة العقد من حيث الشكل، و يعتبر ذلك أمراً منطقياً، لأنه لا يمكن القبول من الناحية المنطقية والقانونية أن تتجه إرادة الأطراف، بعد إبرام العقد والبدء في تنفيذه، إلى اختيار قانون ما يؤدي تطبيقه إلى إبطال العقد أو التوصل من تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، الثاني: ألا يؤدي ذلك إلى الإضرار أو المساس بالمصالح المشروعة للغير حسن النية الذين بنوا توقعاتهم على الاختيار الأول، أو على اختيار قانون لا يؤثر تطبيقه على هذه المصالح<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> وهذا ما تنص عليه المادة (٢/٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م لدول الاتحاد الأوروبي بشأن القانون الواجب التطبيق، والمادة (٣/١١٦) من قانون التحكيم السويسري لعام ١٩٨٧م التي تنص على أن: "اختيار القانون يمكن إجراؤه في أي وقت"، راجع: د/ سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ١٢ وما بعدها، د/ محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص ١٣٢، بند ١٨٦.

De Lvelve، (P)، Arbitrage et Ordre Public Dansotes Py sen Dévêla Parement، Rev. Arb، 1979، pp. 95 et suiv.

<sup>٢</sup> فالغير مثلا الذي يستفيد من اشتراط لمصلحته وفقا للقانون المختار وقت إبرام العقد، أو وفقا لتوقع اختيار قانون يؤدي تطبيقه إلى إقرار صحة هذا الاشتراط، لا يجوز المساس بحقه بمقتضى تعديل لاحق للقانون المختار بداءة، أو باختيار قانون لا يقر هذه المصلحة.

المدى الزمني للقواعد القانونية واجبة التطبيق (فكرة تثبيت القانون أو تثبيت الاختصاص التشريعي للقانون المختار):

أثار مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة وبناءً على ما هو مسلم به في إطار التحكيم التجاري الدولي من أن القانون الذي ينظم العقد هو القانون الذي يتفق عليه الأطراف، مسألة مدى قدرة الأطراف في عقود التجارة الدولية على الاعتداد في التطبيق بقواعد القانون المختار بالحالة التي يكون عليها وقت التعاقد مثلاً، دون النظر إلى أية تعديلات تشريعية تجرى لاحقاً على هذا القانون، بأن يتضمن العقد شرطاً يجيز للأطراف تحديد الوقت أو الزمن الذي يعتد فيه بالقانون الواجب التطبيق، دون النظر أو الاعتداد بأية تعديلات تجرى عليه من قبل السلطات المصدرة له لاحقاً، فيما يعرف بشرط تثبيت الاختصاص التشريعي<sup>(١)</sup>، سواء كان هذا الوقت هو وقت إبرام العقد أو وقت عرض النزاع على هيئة التحكيم.

وقبل الإجابة على هذا السؤال نشير إلى أنه، وفي إطار عقود التجارة الدولية وخاصة عقود الاستثمار التي تبرم بين الدول والشركات الأجنبية،

انظر للتفصيل: د/ أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٩٨ وما بعدها، د/ علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٦.

<sup>١</sup> J.WETTER، Salient Clauses In International Investment Contracts، The Business Law، 1962، P.973. se 9.

د/ سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، مرجع سابق، ص ١٤ وما بعدها.

وما يرتبط بها من احتمال إصدار قوانين منظمة قد تتضمن النص على خضوع تنظيم العقد الدولي لأحكام القواعد القانونية الواجبة التطبيق، والسارية أو النافذة وقت وقوع الاختيار عليها أو وقت إبرام الاتفاق أو العقد دون النظر إلى أية تعديلات تطرأ عليها مستقبلاً، حيث يكون القصد من تضمين عقود التجارة الدولية هذه الشروط العقدية، هو تجنب إمكانية إصدار تعديلات تشريعية قد يترتب عليها الحد من الغاية التي قصد إليها الأطراف عند إبرام العقد من تحديد للقاعدة القانونية الواجبة للتطبيق عليه، خاصة ما يتصل بضرورة كفالة استقرار الروابط القانونية، وفق ما يتوقعه كل طرف من تطبيق القواعد القانونية المتفق عليها، والتي يؤدي القول بالاعتداد بالتعديلات التشريعية التي قد تطرأ عليها إلى الإخلال بالتوازن العقدي، وتوجيه اقتصاديات العقد لمصلحة أحد الطرفين على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر<sup>(١)</sup>.

وعلى الصعيد العملي فهناك العديد من الشواهد على فكرة تثبيت أو تجميد القانون من خلال نصوص تشريعية أو شروط ترد في العقود، خاصة تلك العقود التي تبرم بين الدول والأشخاص المعنوية الخاصة، فمن النصوص

<sup>١</sup> وقد لجأت الشركات الاستثمارية الأجنبية إلى تلك الشروط لاستبعاد تطبيق النظم القانونية للدول النامية على عقود واتفاقات الاستثمار والتنمية الاقتصادية وضمان هيمنة تلك الشركات وخدمة مصالحها، خلافاً لأصول الفن القانوني الصحيح.  
د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٠٤، د/ محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص ٢٨٣، د/ ماهر محمد حامد، وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة، مج ٩٧، العدد ٤٨٣، ٢٠٠٦م، ص ٥٣٩ وما بعدها.

التشريعية التي كرست فكرة تجميد القانون الواجب التطبيق وبالترام الدولة بألا تعدل أو تلغي طوال مدة الاتفاق أو العقد قانونها الواجب التطبيق، ما ورد في قانون البترول الليبي الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٥٥ (م ٢٤)، وقانون البترول الإيراني الصادر سنة ١٩٥٧<sup>(١)</sup>.

وقد يكون تجميد القانون المطبق بمقتضى شرط أو بند يرد في عقد أو اتفاق، من ذلك المادة (١٣) من العقد المبرم عام ١٩٧٨ بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية، والتي نصت على أن: "يكون واجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي، ويفصل المحكمون في النزاع على أساس العدالة والقانون التونسي الواجب التطبيق في تاريخ الاتفاق الحالي"<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> والذي نص على أن: "أي تغيير تشريعي مخالف للشروط والامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي من مدد تحديده لا تطبق على ذلك العقد، لا في خلال مدته الأولى ولا في خلال مدد تجديده.  
راجع: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٣٤.

<sup>٢</sup> وقد صدرت أحكام تحكيمية تطبق فكرة تثبيت القانون المتفق على تطبيقه بوقت معين، فعلى سبيل المثال ففي حكم التحكيم الصادر عام ١٩٦٣ قرر المحكم الأستاذ السويسري Pierr Cavin في قضية شركة Sapphire International Petroleums ضد شركة البترول الإيرانية National Iranian Oil Company أن المادة (٣٨) من العقد تنص صراحة على أن: "أية إجراءات تشريعية عامة أو خاصة أو أية إجراءات إدارية أو أية إجراءات أخرى أيا كانت طبيعتها، سواء كانت صادرة عن الحكومة أم أية سلطة حكومية في إيران مركزية أو محلية أو صادرة عن الشركة الوطنية الإيرانية أو بنوك، لا يمكنها فسخ العقد أو المساس به أو تعديل نصوصه أو تحول أو تعيق تنفيذه، وإن أي إلغاء للعقد أو تعديله أو إصلاحه لا يمكن أن يتم إلا برضاء الطرفين". وقد جاء في حيثيات الحكم: "أنه ينبغي أن تتوفر بعض الضمانات القانونية للشركة الأجنبية التي قدمت مساعدات فنية ومالية لإيران من خلال حمايتها من أية تعديلات تشريعية يكون من شأنها الإضرار بها، أو الإخلال بحقوق والتزامات الأطراف المقررة بموجب العقد، ولما كان ذلك لا يمكن أن

وعلى هذا فإن بعض الفقهاء يرى فيما يتعلق بمثل هذه الشروط الاتفاقية أو تلك النصوص التشريعية، أن الأصل أنه إذا اختار الفرقاء قانون دولة معينة، فإنه يقصد بذلك القانون النافذ فيها وقت وقوع الاختيار، فإذا أصاب قواعده تعديل أو تغيير لاحق، فلا وجه للأخذ بهذا التعديل أو التغيير لأن إرادتهما لم تتصرف إليه، مما يجعل الأخذ به مخالفاً لتوقعاتهما، إن هذا الاتجاه يؤسس رأيه على أن القواعد القانونية التي اختارها الفرقاء تصبح بمثابة شروط تعاقدية تتصل بالعقد وتندمج في اتفاقهم الذي وقوعه ابتداءً، حيث تفقد هذه القواعد خصائصها الجوهرية، وهي كونها نظاماً قانونياً له ذاتيته وقوته الأمرة أو المكملة التي تضيفها عليه السلطة العامة، ليصير من بعد ذلك قاعدة قانونية تستمد إلزاميتها وقوتها من إرادة أطراف التحكيم، ولذا يجب أن تبقى هذه القواعد مجمدة، بحيث تنطبق بحالتها التي كانت عليها عند الاختيار وتلزم المحكم بتطبيقها بهذه الصفة<sup>(١)</sup>.

يتحقق حال تطبيق القانون الإيراني، نظراً لأنه بإمكان السلطات الإيرانية تعديله فقد استبعد المحكم.

في ذات المعنى راجع أيضاً: الحكم الصادر من المحكم الفرنسي الأستاذ Dupuy في قضية تحكيم Texaco ضد حكومة ليبيا والصادر في ١٩ يناير سنة ١٩٧٧م، وحكم تحكيم "أجيبب" الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٧٩م، بين الكونغو وشركة إيطالية، وحكم التحكيم "أمينويل" بين أمير الكويت وشركة أمريكية.

راجع تفاصيل الحكم في: *Annuaire Suisse de Droit International Vol 19* J- F Lalive. pp: 273- 302.avec Commentaire de-  
وانظر: د/ سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، القاهرة. ص ١٢٦ إلى ١٤٠، د/ محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، مرجع سابق، ص ١٨٦.

<sup>١</sup> د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع، مرجع سابق، ص ٥٩٧.

ويضيف هذا الفقه أن هذا الحل ينبغي أن يتقرر في المنازعات الدولية أمام المحكم دون حاجة لإجراء ما يسمى بشرط "تثبيت الاختصاص التشريعي"، غير أن هذا الاتجاه يرى من ناحية أخرى أنه من البديهي، من وجهة نظره، أنه يمكن للفرقاء أن يتفقوا على خلاف ذلك، بأن يعتدوا بالقانون المختار بالحالة التي يكون عليها بتاريخ النزاع، ومن ثم فإن الاعتداد بالقانون المعين وفقاً لما ورد عليه من تعديلات تشريعية، ينبغي أن يكون بموجب اتفاق خاص<sup>(١)</sup>.

وبجانب وجهة النظر تلك فإن هناك جانباً من الفقه يرى أنه وإن كان تجميد العقد له مبرراته في احترام توقعات أطرافه فيما يتضمنه الاتفاق من ترتيب لعلاقتها، ومن ثم تحقيق استقرار الروابط العقدية وتلافي ما قد يؤدي إليه أي تعديل يطرأ على القانون الواجب التطبيق من إخلال بالتوازن العقدي، والذهاب بالعقد بعيداً عن توقعات الطرفين المعبر عنها في العقد باختيار قانون معين يطبق على موضوع الاتفاق، إلا أن هذه الاعتبارات غير كافية، لدى هذا الاتجاه، في إخضاع النزاع التحكيمي للقانون النافذ وقت إبرام العقد رغم إلغائه أو تعديله، حيث يؤدي شرط تثبيت القانون الواجب التطبيق إلى تغيير صفة قواعد هذا القانون، وتحولها من نصوص وقواعد قانونية إلى شروط تعاقدية تندمج في العقد، بمعنى أن قانون العقد يصبح له سلطته وطابعه الملزم بعيداً عن القانون الواجب التطبيق بحسب الأصل،

<sup>١</sup> د/ سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، مرجع سابق، ص ١٢، د/ حسين الماخي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٧٦.

وبالتالي يصبح هذا القانون بحد ذاته مجرد شرط من شروط التعاقد، ويخالف هذا المنهج الأصول الفنية لقواعد تنازع القوانين من حيث الزمان، ذلك أنه يتجاهل أن الذي يملك تحديد سريان القواعد الجديدة في القانون المختار لحكم النزاع هو مشرعه، وليس أطراف العقد أو الاتفاق، إن إخضاع هذا الأخير للقانون يستلزم، وفقاً لهذا الرأي، سمو القانون عليه، واستحالة تحديد ذلك العقد أو الاتفاق لنطاق سريان أحكام القانون من حيث الزمان، خاصة في حالة تضمن التعديلات التشريعية الواردة على القانون المختار لقواعد أمره، الأمر الذي يصبح معه العقد، في حالة التوقيف الزمني، عقداً طليقاً غير خاضع لحكم قانون ما<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فإذا لم يتضمن العقد شرطاً صريحاً باعتبار التحكيم المتفق عليه تحكيمياً طليقاً، فإن تنفيذ حكم التحكيم في هذه الحالة سيكون مصيره مجهولاً، إذ أن صدوره بناء على قواعد قانونية ملغاة من جانب مشرعه قد يعرضه للبطلان<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> ويضيف الاتجاه المعارض لمبدأ تثبيت القواعد التشريعية المختارة لحكم نزاع التحكيم وفقاً لشرط يرد في العقد، تأييداً لرأيهم، أن إخضاع النزاع المعروف على التحكيم للقانون النافذ وقت إبرام العقد رغم إلغائه أو تعديله يعني تطبيق قانون ميت غير موجود، ومن ثم فإن اشتراط بقاء العقد خاضعاً للقانون الذي تم تحديده، رغم إلغائه، يعني أن العقد لن يكون خاضعاً ابتداءً من تاريخ هذا الإلغاء لقانون دولة موجود، في الوقت الذي يكون فيها القانون الجديد وحده هو الموجود في تلك الدولة مما يوجب تطبيقه على العقود السابقة، وبذلك يضحى العقد طليقاً خارج دائرة القانون.

د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٣٥، د/ سامية راشد، المرجع السابق، ص ١٥.

<sup>٢</sup> وقد تبينه مجمع القانون الدولي إلى هذا الأمر، فبعد أن أجاز فكرة شرط التثبيت الزمني في دورة انعقاده بمدينة أثينا عام ١٩٧٩م بمناسبة مناقشة موضوع القانون الواجب التطبيق

والواقع أن مدى الاعتداد بالتعديلات التشريعية التي تتم على القانون المختار من قبل أطراف التحكيم يرتبط بالأساس الذي يبني عليه حق الأطراف في التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق، وفيما إذا كان هذا الأساس هو حرية الأطراف في هذا الاختيار استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، أم أنه مجرد تعبير عن مفهوم هؤلاء الأطراف بالنسبة لتركيز علاقتهم القانونية في إطار قانون معين لحكم النزاع.

فإذا ما أخذنا بالمفهوم الذي يرى أن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق هو مجرد تعبير عن مفهوم المتعاقدين بالنسبة لتركيز وإسناد علاقتهم العقدية وما ينشأ عنها من منازعات في إطار قانون معين (فكرة توطين العقد)، فإن فكرة التوطين تلك تقوم بغرض تلافي تحايل المتعاقدين على القواعد الأمرة في قانون العقد، والتعامل مع هذا القانون كشرط تعاقدية، وخاصة في مجال العقود الدولية، ورفع التناقض بين التنظيم الموضوعي للعقد وكيفية حل تنازع القوانين<sup>(١)</sup>، وصولاً لتعيين قانون ما تسند إليه مهمة الفصل في النزاع، وعلى هذا يكون الأثر المباشر المترتب على ذلك هو انطباق القانون المختار بحالته النافذة بتاريخ النزاع، مما يعني أنه إذا ما طرأ تعديل

على العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية (م ٣)، عاد إلى الأصول القانونية الصحيحة في دورة انعقاده بمدينة بال بسويسرا عام ١٩٩١م عند مناقشته قانون الإرادة في العقود الدولية، حيث أوضح في المادة (٨) من قراره أنه: "إذا اتفق الأطراف على أن القانون المختار يكون هو المقصود والنافذ لحظة إبرام العقد، فتطبق أحكامه كشرط مادية مندمجة في العقد، ومع ذلك إذا تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون بمقتضى قواعد تحكم بنحو أمر العقود السارية، وجب تطبيق تلك القواعد".

أعمال المجمع في ١٩٩٢م P. 198. Rev. dr. aAff. Int، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٣٥.

<sup>١</sup> راجع للتفصيل: د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٤٠٩ وما بعدها.

أو تغيير على هذا القانون امتد تطبيقه على منازعات العقد بشكل مباشر، دون أن يكون في مكنة الأطراف استبعاد هذه التعديلات<sup>(١)</sup>.

أما إذا اعتبرنا أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يعد تطبيقاً للحرية التعاقدية للطرفين استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، وهو المبدأ السائد في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن الأثر المباشر لذلك هو اندماج هذا الاختيار في العقد كأحد شروطه، ومن ثم يكون بمقدور المتعاقدين الاتفاق على تثبيت العلاقة التعاقدية في إطار القانون المختار وفقاً لقواعده النافذة في وقت الاختيار، ومن ثم استبعاد أية تعديلات قد تطرأ مستقبلاً على هذا القانون.

غير أنه في إطار التحكيم التجاري الدولي، وبالرغم من وجهة الرأي الأول، يعتبر مبدأ سلطان الإرادة هو جوهر فكرة التحكيم بحسب الأصل، فخصوصية التحكيم تنبع من أنه أداة اتفاقية لتحقيق العدالة بواسطة قاض من غير قضاة الدولة يرتضيه الخصوم، ويرتضون له القواعد القانونية التي تنظم موضوع النزاع، في إطار من الحرص على تجاوز خلافاتهم ومواصلة التعاون لتحقيق مصالحهم المشتركة، وتسوية منازعاتهم بطريقة ودية تضمن استمرارية علاقاتهم في المستقبل وتحقيق العدالة الواقعية، والتي يرتبط تحقيقها من وجهة نظر الأطراف في القانون المختار وفقاً لقواعده النافذة وقت الاختيار، دون النظر إلى ما قد يطرأ عليها من

<sup>1</sup> P.SWANSON. Arbitration Clauses. What Law Governs and who decides? See at:

[WWW.bernardpartenrs.com/images2005/pdfs/Harbour&shippingarticleArbitrationClauses.pdf.2-2-2008](http://WWW.bernardpartenrs.com/images2005/pdfs/Harbour&shippingarticleArbitrationClauses.pdf.2-2-2008).

د/ وجدي راغب، نظرية العمل القضائي، منشأة المعارف، ١٩٧١م، ص ٣٨٢-٣٨٣. د/ رشا علي الدين، المرجع سابق، ص ٢٢،

تعديلات لم يتوقعها الخصوم ولم تتصرف إرادتهما إليها لدى اختيار القانون، ومن ثم فعلى المحكم أن يطبق القواعد التي اتفق عليها الأطراف وفقاً لما اتجهت إليه إرادتهما وقت الاختيار وما يتوقعانه من تنظيم لعلاقتهم وفقاً لهذه القواعد، ولذا يميل قضاء التحكيم إلى إدماج القانون المختار كشرط في العقد، وإلى أن هذا الحل يجب اتباعه في التحكيم التجاري الدولي دون حاجة لإجراء ما يسمى بـ "شرط تثبيت الاختصاص التشريعي" ويتأكد ذلك في حالة إصرار الخصوم وتمسكهم أثناء النزاع على تطبيق القواعد دونما نظر لما طرأ عليها من تعديلات، والإبقاء على قوة العقد الملزمة إذا كان فيه تحقيق لمصالحهم<sup>(١)</sup>.

<sup>1</sup> د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع، مرجع سابق، ص ٥٩٧، د/ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ٢٠٠٠، ص ٥٤٨، د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، النسر الذهبي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٦. SHACKELFORD (E) 'Arbitration Law in Eastern Europe', Chicago- keat ' Journal of International & Comparative law. Vol 7, 2007, p.172.

## المبحث الثاني

حدود مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع

### النزاع

تمهيد وتقسيم:

تبين مما سبق أن مدى الحرية المتاحة للفرقاء في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي هو مدى متسع بشكل كبير، ومن وجهة نظرنا فلا ينبغي أن تثير هذه الحرية ثمة إشكالية، ذلك أن نظام التحكيم في جملته نظام إرادي صنعته وأوجدته إرادة الأطراف، وضبطت حدوده في إطار من مبدأ سلطان الإرادة السائد في مجال تحكيم، خاصة في إطار حسم منازعات التجارة الدولية، وذلك إلى الحد الذي أقرت فيه سائر التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية للأطراف الاتفاق على إخضاع منازعاتهم للتحكيم المطلق أو التحكيم وفقاً لقواعد العدل والإنصاف (التحكيم بالصلح)، بما يتيح ذلك من التحلل تماماً من تقييد المحكم بتطبيق قانون معين على موضوع النزاع، (على ما سيلبي).

وإلى هذا الحد فإن هذه الحرية مقيدة بعدة قيود تمثل حدوداً لقدرة الأطراف على اختيار قانونهم الإرادي، وذلك بهدف أن يتم هذا الاختيار في إطار من حسن النية في تحقيق مصلحة الطرفين، وعدم مخالفة النظام العام الدولي، وما يسمى بقواعد البوليس Loi de police، سواء أكانت جزءاً من القانون

المختار أو من قانون دولة التنفيذ، كذلك لتحاشي فكرة الغش نحو القانون، وهو ما يوجب التطرق لكافة هذه المفاهيم التي تمثل حدوداً لحرية طرفي التحكيم في الاختيار.

ونرى أن نبدأ أولاً بتناول المقصود بمسألة تحقيق المصلحة المشروعة وتوافر حسن النية عند اختيار القواعد القانونية الحاكمة لموضوع النزاع التحكيمي، وما إذا كان ذلك يعني ضرورة وجود نوع من الصلة بين القانون المختار و محل النزاع، ثم نتبع ذلك بتناول فكرتي النظام العام والغش نحو القانون كقيود على الاختيار، وذلك في مطالب ثلاثة.

الصلة بين القانون المختار والعلاقة القانونية محل التحكيم

أثارت قضية مدى ضرورة وجود صلة بين القواعد القانونية المختارة والعلاقة القانونية محل النزاع، وما يترتب على ذلك من مدى التزام المحكم بتطبيق القانون المختار في حالة عدم وجود صلة تربطه بالعلاقة العقدية، خلافاً في الفقه، حيث ذهب البعض إلى أنه يتعين وجود صلة بين القانون المختار والعقد، على تفاوت في هذا الاتجاه من حيث قدر الصلة المطلوبة، ما بين من يرى ضرورة توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والنزاع، ومن يكتفي بوجود نوع من الصلة بينهما بحيث لا يكون موضوع النزاع منبث الصلة بالقانون الذي يحكمه، ويكفي في هذا الصدد مجرد توافر الصلة الفنية والتي تتحقق عادة في مجال التجارة الدولية<sup>(١)</sup>.

ويدعم هذا الاتجاه رأيه بأن الواقعية والموضوعية التي تضمن فعالية حكم التحكيم وضمن مستقبله التنفيذي، توجب أن يكون القانون الذي يختاره الأطراف على صلة ولو فنية مع النزاع المعروض على التحكيم<sup>(٢)</sup>، من ذلك أن يحيل الأطراف للفصل في نزاعهم إلى عقد نموذجي أو شروط عامة

<sup>١</sup> انظر: د/ عز الدين عبد الله، المرجع سابق، ص ٤٤١، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ١٩٢-١٩٣.

R. David: Arbitrage dans Le Commerce International, Paris Économica, 1982. P. 472.

<sup>٢</sup> د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، مرجع سابق، ص ٤٥٢ وما بعدها.

من العقود والشروط التي صاغتتها التجمعات المهنية في التجارة الدولية في نوع معين من العقود، بحيث تقبله الأوساط التجارية في دولة معينة، وذلك كاختيار العقد النموذجي للتعامل في تجارة الحبوب على المستوى الدولي والذي صاغته جمعية لندن لتجارة الحبوب (القمح) وذلك لحكم عقد من هذه العقود، أو أن يقرر الفرقاء في عقود التجارة البحرية إخضاع عقود النقل أو التأمين البحري لوثائق اللويدز البريطانية، بوصفها من العقود النموذجية التي تخضع للقانون الإنجليزي، وبوصف القانون الإنجليزي، الذي يمكن أن يختار لحكم هذا النوع من النزاعات، هو أكثر ملاءمة لطبيعة المنازعات البحرية<sup>(١)</sup>.

بينما يرى الاتجاه الغالب فقهاً والمؤيد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، أن وجود صلة بين القانون الذي اختاره الأطراف موضوع النزاع لا يثير ثم صعوبة في إطار التحكيم التجاري الدولي، حيث يجب على المحكم أن يطبق القانون المختار من قبل أطراف التحكيم ولو لم يكن ثمة صلة بينه وبين النزاع التحكيمي، ولا يملك في هذا الشأن أن يصح اختيار الأطراف بحجة عدم وجود مثل تلك الصلة، والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل بالاستقرار القانوني، ويتنافى مع المبدأ القاضي باحترام

<sup>١</sup> د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط ٢٠٠٨م، ص ١٩٢-١٩٣.

BATIFFOL (H) & LAGARDE (P), Droit International Prive, 7 éd, 1983, pp.57, et suiv.



توقعات الأطراف، وإلا يكون قد ارتكب مخالفة عدم تطبيق القانون الواجب التطبيق مع ما يترتب على ذلك من آثار<sup>(١)</sup>.

ويدعم هذا الاتجاه أن غالبية الاتفاقيات الدولية لم تشترط أن تكون هناك رابطة بين النزاع والقانون المختار<sup>(٢)</sup>، وعلى ذات النحو فإن المادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي لم تلزم هيئة التحكيم، لدى قيامها بتطبيق القواعد التي اتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع، أن تتحقق من وجود صلة بين هذه القواعد وموضوع النزاع، ومن ثم فيمكن للأطراف أن يختاروا قانوناً محايداً لا صلة له بالعلاقة العقدية أو غير العقدية أو بأطراف التعاقد أو محل إبرامه أو تنفيذه، ذلك أن من أهم الأسباب التي تدعو الأطراف إلى اللجوء للتحكيم للفصل في منازعاتهم هو إمكانية التحلل من سلطة تطبيق القوانين الوطنية التي لا يؤدي انطباقها على العلاقة إلى تحقيق المصلحة المشتركة للطرفين بطريقة ودية تضمن استمرار علاقتهم في المستقبل<sup>(٣)</sup>، وانطلاقاً من هذه الأهداف وجدنا أن

<sup>١</sup> د/ عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع المحكم فيه، مرجع سابق، ص ٦٥٨.

<sup>٢</sup> انظر على سبيل المثال المادة الثانية (فقرة ٢) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية في دول الاتحاد الأوروبي، كذلك المادة (١/٣٥) من القانون النموذجي للتحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Uncitral) بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠م، التي جاء نصها خالياً من اشتراط وجود صلة بين قواعد القانون المختارة وموضوع النزاع لدى تطبيق هيئة التحكيم لقواعد القانون التي يعينها الأطراف.

<sup>٣</sup> ويضيف هذا الاتجاه أن واقع إبرام عقود التجارة الدولية وفق عقود نموذجية، وخاصة مع انتشار تلك العقود في المعاملات التجارية الدولية، أنها عقود أو قواعد لا علاقة بينها وبين القوانين التي يمكن أن يتوقع الإختيار بينها، ويعد أغلبها خاضعاً أو مستمداً من

معظم المشرعين في مختلف القوانين الوطنية يحرصون على إتاحة الفرصة أمام أطراف النزاع لاختيار ما يرونه مناسباً من قواعد قانونية للفصل في النزاع، بما يحقق التوازن بين المصالح ويكرس العدالة الواقعية ويحافظ على الثقة القائمة بين هؤلاء الأطراف<sup>(١)</sup>.

وربما يكون القيد الحقيقي على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق فيما يتصل بهذا الشأن، هو أن يكون للأطراف مصلحة مشروعة في اختيار هذا القانون ولو لم تتوفر الصلة بينه وبين موضوع النزاع، بأن يتم هذا الاختيار بما لا يتعارض مع ما يفرضه التعامل من توفر حسن النية، وعليه فلا يجوز الاتفاق على اختيار قواعد قانونية بهدف تفادي تطبيق القواعد الموضوعية الآمرة في القانون الأكثر ملائمة للفصل في النزاع<sup>(٢)</sup>.

القوانين الإنجليزية، والتي قد لا يكون بينها اتصال بالعلاقة العقدية، بل قد يكون اختيار الأطراف لقانون محايد ليطبق على نزاعهم بمثابة تحفظ منهم على إخضاع هذا النزاع لقانون وطني مما ينتمي إليه أحدهم، يفسره اعتقادهم بأن القانون المحايد يكفل المساواة بين الأطراف، وأن اختيار أحد القوانين الوطنية للأطراف قد يهدر هذه المساواة. د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، الطبعة الثانية، ص ٢٧٩.

<sup>١</sup> وقد تبنى ذات الاتجاه المشرع المصري في المادة (١/٣٩) في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٣٤م، والمشرع الفرنسي في المادة (١٤٧٧) من قانون المرافعات، حيث يتولى المحكم حل النزاع طبقاً للقانون الذي يختاره الأطراف وطبقاً للقواعد التي يقدر ملاءمتها في حالة عدم اتفاقهم.

<sup>٢</sup> Redken (A) Hunter (M) et Smith (M) ،Droit et Pratique de L'arbitrage Commercial International ،2e édition. Paris ،L. G. D. J ، 1994 ،P. 83.

## المطلب الثاني

### الغش نحو القانون

إن الحديث عن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهل هي حرية مطلقة أم مقيدة بتوافر رابطة بين موضوع النزاع والقانون المنفق عليه بين الأطراف، وما يسفر عنه واقع النزاعات التجارية الدولية من أن المتعاقدين غالباً ما يتجنبان إخضاع العقد بينهما لقانون مقطوع الصلة به، كل ذلك يثير مسألة ما إذا كان اختيار قواعد قانونية معينة إنما يتم بقصد التحايل أو الغش نحو القانون، وذلك بهدف الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على موضوع النزاع والذي يفترض خضوع العقد لأحكامه.

وقد دفعت هذه الخشية بالبعض إلى القول أن الغش نحو القانون يمثل قيداً على إرادة الأطراف في اختيارها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإذا ثبت أن طرفي العقد، وفي محاولة منهما للإفلات من الأحكام الأمرة في النظام القانوني المفترض خضوع العقد لأحكامه، قد اختارا قانوناً آخر، ينافي اشتراطات حسن النية ويؤدي اختياره إلى استبعاد تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع العقد وفق جميع المؤشرات، فإن هذا الاختيار يمثل غشاً نحو القانون، يعطي لهيئة التحكيم الحق في استبعاد

### تطبيق القانون المختار<sup>(١)</sup>.

وذلك كما في حالة الغش الذي يتم بقصد التغيير في تكييف الرابطة القانونية، أو استبعاد قانون دولة المستهلك في عقود الاستهلاك الدولية والذي يوفر حماية أكثر للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، بحيث يصبح القانون الواجب التطبيق قانوناً حقيقياً، وهنا يكون لهيئة التحكيم صلاحية استبعاد تطبيق القانون المختار إذا ثبت لديها تحقق هذا الغش، بما يتنافى مع حاجات التجارة الدولية واعتبارات حسن النية وتحقيق العدالة، ويعد استخلاص نية التحايل في هذه الحالة من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(٢)</sup>.

غير أن أنصار النظرية الشخصية، ممن ينادون بإطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دون قيد أو شرط حتى ولو لم يكن هناك ثمة صلة بين النزاع والقانون المختار، لا يقرون إمكانية لجوء المحكم إلى استبعاد النظام القانوني الذي اختاره الأطراف، وذلك باعتبار أن الاعتداد بفكرة الغش نحو القانون تتعلق بالنوايا لا يجوز للقاضي أو لهيئة التحكيم البحث فيها، لأنها تتعلق بأمور كامنة في النفس الإنسانية لا يمكن الكشف عنها، كما أن استعمال أطراف التحكيم للرخصة المخولة لهم باختيار القانون الذي يحكم النزاع لا يمكن المحاسبة عليها، لأن كيان نظام التحكيم ذي

<sup>١</sup> انظر: د/ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م، ص ٦٧.

<sup>٢</sup> د/ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ٣١٧، د/ مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص ١٣٩.

### المطلب الثالث

فكرة النظام العام وتحديد مجال التقيد بها ومقتضيات احترام شروط العقد

فكرة النظام العام ما بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي:

يتحتم على الأطراف عند اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع احترام النظام العام، فالنظام العام يعد قيماً حقيقياً على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

وترتبط فكرة النظام العام في القوانين الداخلية بصفة عامة بالمفاهيم التي تمثل المصلحة العامة (العليا) لمجتمع ما، وهي تقتزن في الاستعمال المعتاد بالقواعد الآمرة التي يجب على الأفراد احترامها وعدم مخالفتها حتى ولو كان بمقتضى اتفاق بينهم، وتهدف هذه القواعد إلى رعاية المصالح الأساسية ومنظومة المبادئ والقيم الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت مصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، ومن الناحية العملية يصعب إعطاء تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام أو تحديد نطاقها بصورة واضحة، لأنها كفكرة وطنية بالأساس، تختلف باختلاف الدول والمجتمعات، وفي إطار المجتمع الواحد فإنها تتسم بعدم الاستقرار أو الثبات، وتخضع دائماً لعوامل التغيير باعتبار الزمان، ولكنها في كافة

مجمله يبني على حرية الأطراف في تحديد النظام القانوني الذي يطبق عليهم، وفي هذه الحالة يجب على المحكم أن يطلق القانون الإرادي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف دون البحث في وجود أو عدم وجود صلة بينه وبين موضوع النزاع، وإلا يكون قد أوجد ذريعة طلب إبطال حكمه باستبعاده القانون الواجب التطبيق<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> راجع في هذا الشأن: د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٢٥، د/ عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ص ٥٩٢.

الأحوال يجب أن تقوم على أسس موضوعية، ووسيلتها في ذلك هي معيار المصلحة العامة بالإضافة إلى فكرة النسبية في المكان<sup>(١)</sup>.

بينما يرى البعض أن حرية الأطراف في اختيار القانون المذكور ليست مقيدة بالنظام العام بمفهومه الداخلي، على النحو المذكور، وإنما هي حرية مقيدة بقواعد النظام العام الدولي أو بالنظام العام عبر الدول بالمعنى الحقيقي L'ordre public véritablement international بوصفه يمثل مجموعة القواعد الآمرة في مجال التجارة الدولية والتي تقرها غالبية الأمم المتحدة، أو التي تمثل قاسماً مشتركاً بين أكبر عدد من الدول<sup>(٢)</sup>، أو هو النظام العام المشترك بين الأمم المتمدنة والذي يشمل القواعد الخاصة المنظمة للتجارة الدولية، والتي لا بد منها لتلبية كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق خلق القواعد الذاتية التي تحقق نمو المبادلات التجارية عبر

<sup>١</sup> انظر في تحديد مفهوم النظام العام وأثره في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية: المستشار رفعت محمد عبد المجيد، العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى للقضاء في المغرب ومحكمة النقض المصرية، ٥ مارس ٢٠٠٤م، ص ١٩. وقد عرفت محكمة النقض المصرية القواعد التي تعتبر من النظام العام بأنها "القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقيات فيما بينهم حتى ولو حققت لهم مصالح فردية، ذلك أن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"، نقض ٢٣ أبريل ١٩٨٠م السنة ٣١، ص ١١٩٣، العدد الأول.

<sup>٢</sup> راجع: د/ عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع، مرجع سابق، ص ٦٠١.

Derain (y) 'Les Tendances de la Jurisprudence Arbitrale Internationale', Journal. Droit, Int, 1993, P.846.

الدول، والتي تعد بمثابة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية على اختلافها<sup>(١)</sup>.

إن المحكم، وفق هذا المفهوم لفكرة النظام العام، وبوصفه قاضياً خاصاً نصبه أطراف التحكيم ليقوم بمهمة محددة هي الفصل في النزاع المحكم فيه بقرار ملزم، ليس له قانون خاص يلتزم بتطبيقه، كما هو شأن قضاة الدولة الذين يلتزمون بتطبيق القانون الذي حدده لهم المشرع في نظامه الوطني وفقاً لقواعد تنازع القوانين، وعلى هذا فإذا كان يجب على القاضي الوطني أن يستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد والذي يتنافى مع المبادئ والقيم لمجتمع الدولة، ويسمى النظام العام في هذه الحالة بالنظام الاستبعادي، ويتحدد مضمونه بالنظر إلى قانون دولة القاضي الوطني وهو ما يضيف عليه الطابع النسبي، فإن هذا المفهوم وبهذا التحديد لا يطرح أمام المحكم، إذ ليس لهذا الأخير قانون مفروض عليه ولا يوجد له "نظام عام" خاص يسهر على حمايته<sup>(٢)</sup>، هذا المحكم لا يلتزم سوى بما حدده الأطراف له من قواعد قانونية لتحكم موضوع النزاع، وهو يلتزم بتطبيقها ما لم تتعارض مع النظام العام الدولي وفق القواعد المعيارية التي تعتبر بمثابة الحد الأدنى أو القياسي التي يفرضها واقع

<sup>١</sup> د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٠.  
<sup>٢</sup> راجع في هذا الشأن: د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم، الموضع السابق، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٠٣، وبصفه خاصة راجع: د/ عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع، مرجع سابق، ص ٦٠٠-٦٠١، د/ عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ص ٧٦٩-٧٧٠.

المجتمع التجاري الدولي، والتي تمثل القواعد العامة المشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية والهادفة لحماية مصالح الأطراف في علاقات التجارة الدولية<sup>(١)</sup>.

و قد وجدت فكرة النظام العام الدولي، كإطار يلزم المحكم في منازعات التجارة الدولية بعدم مخالفة أحكامه، صدى ملموساً في العديد من أحكام التحكيم الصادرة من هيئات التحكيم الدولية، وقد كانت نزيعة لاستبعاد قانون الإرادة من التطبيق على عقود التجارة الدولية، وخاصة في عقود الاستثمار الدولية التي تكون أحد الدول النامية طرفاً فيها، للإفلات من تطبيق قوانينها

<sup>١</sup> هذا وتجد المبادئ والقواعد القانونية التي تمثل النظام العام الدولي مصدرها إما في التشريعات الدولية كالمعاهدات والاتفاقيات الدولية أو في القوانين النموذجية والمبادئ والتوصيات والقرارات الصادرة من الهيئات والمنظمات والمجامع الدولية المعنية بالتجارة الدولية أو في الأعراف والممارسات الدولية ذات الطبيعة الأمرة.

ويعد من قبيل النظام العام الدولي القواعد الخاصة بمبدأ حسن النية في أداء الالتزامات، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والقواعد التي تحرم الفساد كالرشوة وتفاضي العملات غير المشروعة واحترام مبدأ المنافسة في الأسواق الدولية، واحترام نظرية الظروف الطارئة، والقوانين المتعلقة بمكافحة غسل الأموال غير المشروعة وحظر التمييز العنصري واحترام حقوق الإنسان وحظر المقاطعة العرقية وحماية البيئة الثقافية.

د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ٢١٧ وما بعدها، د/ عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص ٢٧١-٢٧٢.

Jacques Rabs: Ombres et Incertitudes de Droit de L'arbitrage Pour Les Personnes Morales de Droit Public Français Jurais. Class P. 1995. I. doctrine. 3455. 'Arbitrage et Patrimoine Familial Revue de L'arbitrage. 1994. 2. P. 279.

الوطنية الواجبة التطبيق في هذه الحالة بذريعة مخالفة أحكامها لقواعد وأسس النظام العام الدولي<sup>(١)</sup>.

والواقع أنه ومهما قيل في تحديد مفهوم النظام العام وما قد يثيره من مشاكل متعددة في الأنظمة القانونية المختلفة، وكقيد على حرية الخصوم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، سواء من ناحية الطابع الوطني أو الدولي، فإن فكرة النظام العام تصطبغ بالأساس بصبغة وطنية ترمي إلى حماية المجتمع الوطني والأسس الجوهرية التي يقوم عليها، ودعم استمرارية قوانين الدولة الأساسية وثباتها، باعتبارها انعكاساً لحماية الصالح العام الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والتاريخي من شطط اتفاق الأطراف على تطبيق قوانين أجنبية تخالفها، ومن تجاوز هيئات التحكيم عندما يكون من حقها اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وسواء تعلق الأمر بمخالفة قاعدة موضوعية أو إجرائية، فلا أهمية من ثم لتحديد مدلول هذا النظام بالنسبة للقانون الواجب التطبيق أو مكان التحكيم في الخارج أو جنسية الطرفين أو جنسية المحكمين أو ما يسمى بالنظام العام

<sup>1</sup> Annuaire Suisses de Droit International، Vol 19 pp. 273- 302. 'Avec Commentaire de J. F Lalive: V. Aussi The International and Comparative Law Quarter y 1964. PP. 1002- 1021.

د/ حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ١٩٩٦، ص ٥٤٨، د/ سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، مرجع سابق، ص ٥٢ وما بعدها، د/ محمد الرومي، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم، B.O.T، ص ١٧٥ وما بعدها.

الدولي، إلى غير ذلك من المعايير التي قد يؤدي تطبيقها إلى طمس الهوية الوطنية للدول المراد تنفيذ الحكم فيها وبصفة خاصة الدول النامية<sup>(١)</sup>.

ووفقاً لهذا الاتجاه يصعب القبول بشكل مطلق بما يسمى بالنظام العام الدولي واعتباره، دون النظام العام الداخلي، قيداً على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، لأن مفهوم النظام العام الدولي ما زال يتسم بعدم الوضوح نظراً لصعوبة تحديد المصلحة التي يحميها هذا النظام، هل هي مصلحة الدول بشكل يكفل تحقيق المساواة بينها، أم هي مصلحة الدول المتقدمة على حساب الدول النامية، لأن السوابق التحكيمية تشير في هذا الشأن إلى أخذ هذا المفهوم شعاراً لتجاهل تطبيق قوانين الدول النامية وإهدار مصالحها الوطنية، استناداً إلى عدم اعتبار نصوص قوانينها الوطنية مما يتفق مع قواعد النظام العام الدولي<sup>(٢)</sup>.

تحديد مجال التقيد بفكرة النظام العام في اختيار القواعد القانونية الحاكمة لموضوع التحكيم.

وعلى هذا فإن المقصود بالنظام العام كقيد على حرية أطراف التحكيم في تعيين القواعد القانونية المنظمة للنزاع التحكيمي هو النظام العام الداخلي،

<sup>١</sup> راجع: د/ أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) دبي ٢٠٠٨م، ص ٧٦٣، د/ سميحة القليوبي، اتفاقية التحكيم، ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، غرفة التحكيم العربية ٧٠٤ / ديسمبر / ٢٠٠٥م.  
<sup>٢</sup> في هذا الشأن: د/ محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٣٧.

فإذا كان الهدف النهائي للحكم التحكيمي هو قابلية هذا الحكم للتنفيذ في العلاقة بين الأطراف، فإن هيئة التحكيم يقع عليها التزام باستبعاد أي من أحكام القانون الإرادي الواجب التطبيق إذا تعارضت مع النظام العام في الدولة التي يجري على إقليمها تنفيذ الحكم، فإذا وقعت مخالفة من هذا النوع، فإن المحكمة التي تنظر دعوى البطلان تحكم من تلقاء نفسها، ودون الحاجة لتمسك رافع الدعوى بهذا الدفع، ببطلان حكم التحكيم<sup>(١)</sup>.

وهذا هو الاتجاه الذي تبناه نظام التحكيم السعودي بنصه في الفقرة الثانية من المادة الخمسين على أنه: "تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في المملكة، أو ما اتفق عليه طرفا التحكيم، أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب هذا النظام"<sup>(٢)</sup>.

ويراعى وفقاً لهذا النص أن قواعد النظام العام الواجب مراعاتها في المملكة العربية السعودية تتسم بالخصوصية في هذا الشأن، من جهة أن هذه القواعد تشمل شقين، الأول: يتمثل في وجوب مراعاة عدم مخالفة أحكام

<sup>١</sup> المادة (٢/٥٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

<sup>٢</sup> تقضي المادة الثامنة من نظام التحكيم السعودي بأن: "يكون الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم والمسائل التي يحيلها هذا النظام للمحكمة المختصة معقوداً لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع".  
٢- إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى بالمملكة أم خارجها، فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة الرياض ما لم يتفق طرفا التحكيم على محكمة استئناف أخرى في المملكة".

الشريعة الإسلامية، الثاني: يتعلق بالقواعد الآمرة للأنظمة التي تصدرها الجهات التنظيمية، وتعطي أحكام الشريعة الإسلامية الأولوية عند تعارضها مع القواعد الآمرة للأنظمة<sup>(١)</sup>.

ووفقا للنص المتقدم فإن أحكام التحكيم التي تتضمن تطبيق ما يخالف النظام العام السعودي بمفهومه السابق، تبرر رفض الاعتراف والتنفيذ، حيث تنص المادة (٢/٥٥) من نظام التحكيم على أنه: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا النظام إلا بعد التحقق من أنه لا يتضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة..."<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> د/ نايف بن سلطان الشريف، التحكيم في منازعات شركات المساهمة العامة في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٢٦١.

وإن كان يصعب من الناحية القانونية وجود قواعد يعتد بها أو يمكن اعتبارها أمرة تصدر في المملكة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وإلا فإنها ستعد قواعد غير دستورية وفقا للنظام الأساسي للحكم الذي يوجب مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في أي نظام يصدر في المملكة، حيث تنص المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم في المملكة على أنه: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة." كما تنص المادة الثامن والأربعون من ذات النظام على أن: "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة."

<sup>٢</sup> وهو حكم مطابق لما نصت عليه المادة (٢/٥٨) من قانون التحكيم المصري التي تقضي بأنه: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق من أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية."

ويتفق ذلك مع ما قضت به المادة (٢٨) من القانون المدني المصري الواردة في شأن تنازع القوانين وقواعد الإسناد التي تشير على القاضي الوطني بتطبيق قانون أجنبي بأنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر."

انظر: د/ سميحة القليوبي، تنفيذ حكم التحكيم، ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، ٤-٧ ديسمبر ٢٠٠٥م، الشارقة، الإمارات، ص ١٠٤.

وعلى هذا فالمسائل المتعلقة بأعمال سلطات الدولة الثلاث (تشريعية، تنفيذية، قضائية) ودستورها ونظامها السياسي لا يتصور معه اللجوء بشأنها إلى التحكيم، لتعلقها بتصميم نظام الدولة التي لا يكون الفصل فيها إلا وفقاً لأحكام قوانينها الوطنية وبمعرفة محاكمها، كذلك الأمر بالنسبة للمسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب ومنها تحديد مسؤولية الجاني عن جريمة جنائية أو تحريك الدعوى العمومية ضده أو البحث فيما إذا كان الاتهام مجرماً أم غير مجرم<sup>(١)</sup> كذلك المسائل المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتبادل الثروات والملكية الفردية، وتعد كذلك قواعد الإفلاس وما يربته من آثار مما يتعلق بالنظام العام<sup>(٢)</sup>.

كما لا يجوز في إطار التحكيم التجاري الدولي اختيار قوانين تتعارض أحكامها أو يترتب على تطبيقها إهدار سائر القيم الدينية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع، وبما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> نقض مصري ٢٦ مايو سنة ١٩٩٦م، الطعن ٧٩٥ لسنة ٦٠ق، ومن الملاحظ أن التحكيم وإن كان غير جائز لتحديد المسؤولية الجنائية إلا أن يجوز بشأن الحقوق المالية المترتبة على ارتكاب الجرائم كالتعويض عن الإصابة أو القتل الخطأ أو العمد، نقض مصري ١٩ نوفمبر ١٩٨٧م، مجموعة النقض السنة ٣٨، ص ٩٦٨، والطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٥٣ق.

<sup>٢</sup> Cass.Com، 4 Feb، 1992، Rev. ARB. P. 663.

<sup>٣</sup> وفي كافة هذه الحالات ومثلها يجوز إبطال حكم المحكمين حتى ولو لم تكن هذه الحالات من بين الحالات المنصوص عليها في القانون، ولا يجوز أيضاً في مجال التحكيم التجاري

مراعاة الأخذ بالتفسير الضيق لفكرة النظام العام في إطار التحكيم التجاري الدولي:

وقد أكدت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ضرورة احترام النظام العام لدولة مقر التنفيذ، فرغم أن الاتفاقية لم تعرف مصطلح "النظام العام" الوارد في المادة (٥)، إلا أنها قررت في الفقرة الثانية من تلك المادة أنه: "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم أن ترفض الاعتراف به وتنفيذه إذا كان يخالف النظام العام في هذا البلد، أي البلد المطلوب إليها الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه في أراضيها دون غيرها من الدول (١)".

وفي هذا الصدد يرى فقه القانون التجاري الدولي أن نجاح الاتفاقية في ضمان تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي يعتمد على قدرة محاكم الدول في مرحلة التنفيذ أن تفسر مصطلح "النظام العام" بشكل ضيق، وخاصة عند

الدولي استبعاد القانون الداخلي المتعلق بالنظام العام لدولة بمقولة عدم احتوائه على حل للنزاع مفسحاً المجال لتطبيق المبادئ العامة للقانون.

انظر: قرار التحكيم الصادر في النزاع بين أبو ظبي وشركة التنمية الدولية المحدودة سنة ١٩٥١م، وكذلك حكم التحكيم الصادر في نزاع شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية سنة ١٩٥٨م والذي استبعد أحكام الشريعة الإسلامية بزعم أنها لا تحتوي على حل للنزاع!! راجع في ذلك: د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٤٦-١٤٨، د/ حبيب الملا، الاجتهاد القضائي الإماراتي، ٨، مجلة التحكيم، أكتوبر ٢٠١٠م، ص ٢٠٩.

<sup>١</sup> كما تنص المادة (٣٤) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري على حق المحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم أن تحكم من تلقاء نفسها بإلغاء قرار التحكيم إذا كان يتعارض مع السياسة العامة للدولة، وتعبير السياسة العامة أعم وأشمل من النظام العام، يتسع لتوجيهات الدولة السياسية والاقتصادية.

تنفيذ أحكام التحكيم المتعلقة بالتجارة الدولية، مراعاة لواقع المعاملات الدولية وما تتميز به من حرية التعاقد وتحديد شروط العقود واختيار القانون الذي يحكمها، ما دام ذلك لا يترتب عليه التضحية بالمصالح العليا لدولة تنفيذ حكم التحكيم (١). كذلك فإن القضاء غالباً لا يعتبر أن كافة النصوص الآمرة التي تصدر داخل الدول مرادفة للنظام العام، باعتبار أن كل نص أمر لا يتعلق بالضرورة بالمصلحة العليا للدول أو يحمي نظامها العام، وذلك من أجل إتاحة الفرصة كاملة للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

وتطبيقاً لذلك فإن محكمة النقض المصرية أقرت ضرورة احترام أحكام التحكيم تشجيعاً للتجارة والاستثمار، ولم تأبه لنصوص وقواعد أمرة تتعلق باختصاص المحاكم المصرية لا ترى في التجاوز عن مراعاتها ما يهدد الكيان الاجتماعي أو الاقتصادي لمصر، وقدمت متطلبات التجارة الدولية واحترام موثيق الدولة واتفاقياتها الدولية، دون إخلال في ذات الوقت بمفهوم ما يتصل بالمصالح العام الذي يتعين مراعاته، قضت بأن: "خلو اتفاقية نيويورك من النص على عدم جواز الأمر بتنفيذ حكم المحكمين الأجنبي إلا بعد التحقق من عدم اختصاص المحاكم بنظر المنازعة التي

<sup>١</sup> د/ أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص ٧٨٧، د/ جمال عمران الورفلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص ٢٥٥-٢٥٦، د/ محمد داوود الزغبى، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، ص ٣٥٢ وما بعدها.

Alec Stone Sweet، 'The New Lex Mercatoria and Transnational Governance'، 1315، Journal of European Public Policy، 2006، PP. 627-646.



صدر فيها يترتب عليه أنه يتعين على المحاكم ألا تعمل نص المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات الذي يتطلب إعمالاً لنص المادة (٣٠١) من قانون المرافعات الذي يقضي بأنه: "إذا وجدت معاهدة بين مصر وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية فإنه يتعين إعمال هذه المعاهدة"<sup>(١)</sup>.

ويرى الفقه فيما يتصل بنص المادة (٢/٥) من اتفاقية نيويورك التي تقضي بحق الدولة التي يراد الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه على أرضها أن ترفض الاعتراف به أو تنفيذه إذا اصطدم بنظامها العام<sup>(٢)</sup>، أن هذا الحق ينبغي ألا يؤسس على مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الداخلي، حيث ينبغي على القضاء أن يتلمس محاولة الملاءمة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، وأن يكون قرار إبطال القرار التحكيمي مؤسساً على فكرة المعاملة بالمثل<sup>(٣)</sup>، وتطبيقاً لما ورد بالمادة (١٤) من اتفاقية نيويورك من

إمكانية عدم تنفيذ هذه الأحكام المخالفة للنظام العام الداخلي تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن على المحكم أن يراعي قواعد النظام العام في الدولة التي يطلب تنفيذ حكم التحكيم فيها، وذلك لتحقيق المقصود من التحكيم بصفة عامة، وهو الوصول إلى تنفيذ قرار هيئة التحكيم، ومن ثم فهذا المحكم أن يستبعد من القانون المختار تلك القواعد أو الأحكام التي تصطدم بالنظام العام في دولة التنفيذ.

استبعاد القانون الإرادي المعين للتطبيق في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح لتعلقها بالنظام العام:

تنص المادة (٢/٢) من نظام التحكيم السعودي على أنه: "ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح"<sup>(٢)</sup>.

ومن أمثلة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها التحكيم المسائل المتعلقة بثبوت النسب وصحة الزواج أو بطلانه والمحامم التي لا

<sup>١</sup> وهو المبدأ الذي قرره المادة (٢٩٦) من قانون المرافعات المدنية المصري بقولها: "الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية، والذي يطبق أيضاً على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مصر وفقاً لحكم المادة (٢٩٩) من ذات القانون.

<sup>٢</sup> تنص المادة (١١) من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

<sup>١</sup> نقض مندي مصري ٢٧ مارس ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض، لسنة ٤٧ق، ج ١، ص ٥٥٨.

<sup>٢</sup> وينبغي دائماً مراعاة ما تقضي به المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي من أن سريان نظام التحكيم مقيد بعدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها.

<sup>٣</sup> ومن ثم فإن السبيل الأمثل في هذه الحالة لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم لتعارضه مع النظام العام الداخلي، ليس التمسك بنصوص نظام التحكيم السعودي، لأن ذلك يصطدم بأحكام الاتفاقية، وإنما الصحيح هو التمسك بنص المادة الرابعة عشرة من اتفاقية نيويورك ذاتها التي تنص على أنه: "لا يجوز لإحدى الدول الطرف في الاتفاقية أن تحتج بنصوص هذه الاتفاقية في مواجهة دول أخرى متعاقدة إلا بالقدر الذي ارتبطت به هي في الاتفاقية، بمعنى التمسك طبقاً للاتفاقية بمبدأ المعاملة بالمثل لعدم تنفيذ الحكم، بل والحكم ببطلانه، لأنها لا تملك أن تطلب من غيرها أكثر مما تلزم به نفسها.

د/ أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، مصدر السابق، ص ٧٨.

يجوز الزواج بينهم، ووقوع الطلاق أو عدم وقوعه وتحديد الأنصبة في الميراث وعدم جواز التبني، إلى غير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية التي تحكمها الشريعة الإسلامية دون غيرها<sup>(١)</sup>.

على أنه تجدر ملاحظة أن يجوز التحكيم بشأن الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية كنفقة المتعة وأجر الحضانة وسكنه الخاص<sup>(٢)</sup>.

كما لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثالث

الجزاء المترتب على استبعاد المحكم تطبيق القواعد القانونية التي اختارها

#### الفرقاء

تنص المادة الخمسون من نظام التحكيم السعودي على أنه: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: "...- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع".

فقد قدما أن التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الإرادي المختار على موضوع النزاع هو التزام مطلق من حيث أثره، حيث يجب على الهيئة تطبيق هذا القانون في شقه الموضوعي الوارد في النصوص المدنية أو التجارية أو غيرها، أو القواعد الواردة في العقد المبرم بين الخصوم بوصفه شريعة المتعاقدين، وسواء كانت قواعد القانون الموضوعي أمرة أم مكملة، ودون أن يكون لهيئة التحكيم سلطة استبعاد هذه القواعد لمصلحة القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بموضوع النزاع من القانون المختار<sup>(١)</sup>.

فإذا قامت هيئة التحكيم بالفصل في موضوع النزاع وفقاً لقواعد قانونية مغايرة للقانون الذي اتفق عليه طرفا التحكيم، وأثر استبعاد هذا القانون

<sup>١</sup> انظر: المادة (٢/٣٨) من نظام التحكيم السعودي، وراجع: د/ فتحي والي، التحكيم، بند ٢٤٣، ص ٤٢١.

Robert et Moreau، 'L'arbitrage Droit Interne، Droit International Prive Paris، 1993، N. 181، P.156.

<sup>١</sup> عرفت محكمة النقض المصرية الحالة الشخصية للإنسان بأنها: "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية لكونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون وكونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية"، نقض ٢١ يونيو ١٩٣٤م، مجموعة القواعد القانونية في ربع قرن ص ١١٧.

<sup>٢</sup> د/ أحمد السيد صاوي، اتفاق التحكيم، ص ٣٢.

<sup>٣</sup> ويؤخذ على هذا الحكم أن ربط فكرة النظام العام في التحكيم بالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح لا يراعى اختلاف المعطيات في كل منهما، فإذا كان الصلح يقتضي النزول عن جزء من الحق الذي قد يكون مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام، فإن التحكيم لا يتضمن في حد ذاته فكرة النزول عن الحق أو الاتفاق على ما يخالف النظام العام، ولهذا فلا مجال للربط بين النظام العام في مفهوم الصلح والنظام العام في مفهوم التحكيم.

المستشار الدكتور/ رفعت محمد عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٠.

عليه الأطراف، فإذا تجاوز المحكم هذه الحدود باستبعاد القانون المتفق على تطبيقه فإن حكمه يكون هدفاً للطعن عليه بالبطلان<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فإنه وفقاً للنص المتقدم تتسع حالات البطلان على القرار التحكيمي لتشمل كافة الحالات التي يترتب عليها استبعاد تطبيق هيئة التحكيم للقانون المتفق على تطبيقه، ومن ذلك: تطبيق قانون دولة أخرى غير القانون المتفق عليه، أو تطبيق قانون التجارة الدولية، وقد أثير في هذا الشأن مدى إمكانية بطلان حكم التحكيم في حالات معينة لا يكون فيها خروج المحكم على القانون المختار بطريقة واضحة، حيث قد يتصور هذا الخروج عبر منافذ أخرى، كما في حالة خطأ المحكم في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله، أو كما يعبر عنه البعض بمسألة التشويه ومسألة الوصف القانوني الخاطيء من قبل المحكم.

وقد انقسم الفقه، حول مدى الاعتداد بهذه الحالات ومثلها للقول بتوافر حالة من حالات استبعاد القانون الواجب التطبيق مما يستوجب بطلان القرار

<sup>١</sup> ذلك أن تأثير الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم قد أدى إلى فتح سبيل دعوى البطلان ضد التحكيم، ولهذا الاعتبار تجيز التشريعات المختلفة الدعوى ببطلان أحكام التحكيم وقوته التنفيذية. د/ فتحي والي، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، مارس ١٩٩٥م، القاهرة، مقال بعنوان: بطلان حكم التحكيم وقوته التنفيذية، ص ٢، وراجع: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، بطلان حكم التحكيم في ضوء قانون التحكيم المصري مقارنة بالتشريعات العربية، سلسلة ورش عمل التحكيم التجاري في الوطن العربي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ١٦-٢١ أبريل ٢٠٠٥م، ص ٣٠.

وفي قابلية أحكام التحكيم للطعن بالبطلان بصفة عامة راجع:

Pierre Lalive, "Les Problème Spécifique de L'arbitrage International", Revue de L'arbitrage, 1980, P. 346., Law (J.D.M) Applicable Law in Commercial Arbitration Océan Publication, New York 1978, P.85.

على نتيجة التحكيم، فإن حكم التحكيم يكون قابلاً للطعن عليه بالبطلان، لمخالفة هيئة التحكيم لأهم القواعد الأساسية في نظام التحكيم وهي حق أطرافه في تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق<sup>(١)</sup>.

ويعد تبرير هذا الحكم أمراً ميسوراً، ذلك أن الثابت أن التحكيم، كعدالة خاصة تجد مصدرها في اتفاق الأطراف على فصل نزاعاتهم عن طريق التحكيم دون قضاء الدولة، قوامه إرادة الأطراف، فهي التي توجد التحكيم وتحدد له نظامه ومنها يستمد المحكم ولايته، ومعنى ذلك التزام المحكم بالقانون الذي اختاره الأطراف للفصل في النزاع، فالمحكم لا يفصل باسم سيادة دولة معينة، فليس للمحكم نظام قانوني خاص به يلتزم باحترام قواعده والدفاع عنها، وإنما هو ملزم بالفصل في النزاع في حدود ما يتفق

<sup>١</sup> وإذا كان نظام التحكيم السعودي قد قرر صراحة بطلان حكم التحكيم في حالة استبعاده تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف، فإن ذات الموقف عليه استخلاصه من نصوص اتفاقية واشنطن وإن كان بطريقة ضمنية، ذلك أن الاتفاقية وإن لم تورد أسباب بطلان حكم التحكيم على نحو تفصيلي، وإنما وردت مجمله، إلا أن عبارة الاتفاقية يمكن أن تتسع لكثير من حالات البطلان التي وردت تفصيلاً في نظام التحكيم السعودي، فالمادة (٥٢) من الاتفاقية تنص على أنه: "يجوز لكلا الطرفين أن يقدم طلباً كتابياً إلى السكرتير العام يطلب فيه بطلان حكم التحكيم استناداً إلى سبب أو أكثر من الأسباب الآتية: .... تجاوز محكمة التحكيم للسلطة المخولة لها بطريقة ظاهرة.

ونذهب مع جانب من الفقه أن تفسير عبارة "تجاوز محكمة التحكيم للسلطة المخولة لها" يمكن أن يتسع لاستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف لحسم موضوع النزاع، لأنه بذلك يكون قد تصرف خارج السلطة المخولة له بإرادة الأطراف أنفسهم، مما يستدعي بطلان الحكم.

راجع: د/ أحمد السيد صاوي، بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص ٧٦٣، د/ محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٩٥.

التحكيمي، إلى فريقين متباعدين في اتجاههما على النحو التالي:

الاتجاه الأول: يرى أن خطأ حكم التحكيم في هذه الحالات يعادل استبعاد القانون الواجب التطبيق مما يستوجب بطلانه، وحجة هذا الاتجاه أن احتمال أن يخرج المحكم على القانون المختار هكذا عياناً جهاراً وبصورة صريحة مسألة لا يتصور حدوثها كثيراً، وإنما الذي يحدث غالباً هو أن تجاوز المحكم عن تطبيق هذا القانون يكون بخروجه عن المعنى الواضح الصريح لنصوص القانون المقدمة في الدعوى، أو أن يخطئ في الوصف فيكون نتيجة ذلك تطبيق قواعد غير تلك التي اتفق عليها الفرقاء، فالمحكم في هذه الحالات يشوه اتفاق الأطراف الذي قيده بتطبيق قانون معين ويعطيه معنى غير الذي أراده الأطراف، إذ تكون النتيجة مساوية تماماً لعدم تطبيقه والإطاحة به بصورة غير مباشرة، ومن ثم فإن البطلان في هذه الحالة ليس لمجرد الخطأ في تفسير القانون أو تأويله أو لمجرد الخطأ في تقدير الوقائع، إذ المقرر أن لا رقابة للقضاء على القرار المطروح أمامه في مثل هذه الحالات، وإنما لأن ذلك يستتبع تجاوز المحكم حدود سلطاته في تطبيق القانون، بما يترتب عليه من إحلال التزام مغاير لذلك الذي ارتبط به أطراف التحكيم وألزمها به المحكم.

وكما يصدق هذا المعنى على حالة الخطأ في تفسير القانون أو تأويله وتشويه اتفاق الأطراف أو مسخه<sup>(١)</sup>، وفقاً لتعبير هذا الاتجاه، فإنه يصدق

<sup>١</sup> ويعني المسخ إعطاء القواعد القانونية معنى لا يطابق المعنى الذي يؤدي إليه التفسير السليم للقانون، بحيث يؤدي إلى إعطاء النص القانوني معنى لم يقصده المشرع ولا يكون

أيضاً على حالة إعطاء المحكم للقواعد القانونية وصفاً قانونياً خاطئاً ترتب عليه تطبيق قواعد قانونية غير تلك التي اتجهت إليها إرادة الأطراف بتحديدهم للقانون الواجب التطبيق على النزاع، حيث يمكن في هذه الحالة الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي، لا لأنه أخطأ في الوصف بحد ذاته، وإنما لأنه أتى بخطأ استتبع تطبيق قواعد قانونية غير التي يجب تطبيقها وفقاً لاتفاق الفرقاء<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فإن استبعاد القانون الإرادي يتحقق في حالة التشويه أو المسخ أو في حالة الخطأ في التكييف أو التوصيف القانوني للقواعد القانونية، إذا كان الاتفاق بين أطراف التحكيم على تطبيق القانون المصري مثلاً على موضوع النزاع، فقامت هيئة التحكيم بتطبيق القانون المدني أو القانون التجاري بدلاً من تطبيق القانون الإداري المصري، الذي كان من الواجب تطبيقه حسب

من شأنه أن يوضح حكم القانون على الحالة المطبق عليها، وبما يؤدي في النهاية إلى عدول المحكم وميله عن المعنى الواضح والمحدد للنص القانوني إلى معنى آخر بعيد، وبحيث ينتج آثاراً قانونية مغايرة، رغم وضوح عبارات النص إذا ما طبقا القواعد القانونية المتبعة في التفسير الصحيح.

انظر: د/ نبيل عمر، الفساد في الاستدلال أهم عيوب تسبب الأحكام القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٥٩ وما بعدها.

<sup>١</sup> ويررر د/ عكاشة عبد العال اعتبار الخطأ الجسيم في التوصيف وما يرتبه من خطأ في تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف وأنه يعادل استبعاد تطبيق هذا القانون بأن: "القول بعدم رقابة محكمة الاستئناف" الجهة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للمادة (٥٤) من قانون التحكيم المصري" في هذه الحالة وهي بسبيل النظر في دعوى البطلان من شأنه أن يؤدي إلى تحرير المحكم من أي رقابة على تفسيره للقانون وتطبيقه له، وهو ما قد يؤدي إلى تحويل التحكيم بالقانون إلى تحكيم بالصلح، يقضي فيه المحكم بما يراه دون أن يكون هناك ما يرد قضاءه إلى حكم القانون الذي ألزمه الطرفان بتطبيقه". القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ص ٦١٣، وراجع: د/ عبد الحميد الأحديب، التحكيم في البلاد العربية، ج ١، دار المعارف، ص ٧٧٦.

وبجانب هذا الاتجاه هناك اتجاه آخر يعارض طرح الاتجاه الأول، ويرى أن الخطأ في تقدير الوقائع والمستندات والأعمال القانونية، أو الخطأ في الوصف أو التكييف القانوني للقواعد القانونية الواجبة التطبيق لا يمثل استبعاداً للقانون، ولا يمكن أن يعد سبباً للبطلان وفقاً للمادة (٥٣) تحكيم مدني مصري (المقابلة للمادة الخمسين من نظام التحكيم السعودي)، ذلك أن منح السلطة للمحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم (١) في مراقبة مثل هذه الأمور قد يستتبع إعادة النظر في القرار التحكيمي وهو أمر ممتنع على هذه المحكمة، إذ المقرر أن ليس لهذه المحكمة سلطة بحث موضوع النزاع من جديد، كما لا يجوز لأطراف التحكيم أن يثيروا أمامها هذا الموضوع، لتعارضه مع القاعدة المعتمدة وهي أن التحكيم درجة واحدة من درجات التقاضي مما يمتنع معه إمكانية إعادة الفصل في النزاع الذي سبق وفصل فيه المحكم (٢).

التكييف السليم لوقائع النزاع، ويستدل هذا الاتجاه بالحكم الشهير الصادر من محكمة استئناف القاهرة في ١٢/٥/١٩٩٥م، والذي قامت فيه المحكمة بإبطال حكم التحكيم تأسيساً على أن حكم التحكيم لم يلزم الوصف الصحيح الذي يؤدي إلى خضوع النزاع للقانون الإداري المصري، بناء على أن العقد محل التحكيم هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون الإداري المصري، وأن الحكم المطعون عليه لم يطبق أحكام هذا القانون الأخير بالرغم من أنه قد طبق عليه أحكام القانون المدني المصري (١).

١ وفي هذه القضية كان العقد يتعلق بعقد تمويل عسكري مبرم مع شركة كرومالوي الأمريكية والحكومة المصرية، وكان التحكيم يجري في مصر، كما كان موضوعه خاضعاً للقانون المصري، وعلى الرغم من كون العقد عقداً إدارياً قضت هيئة التحكيم باستحقاق الشركة الأمريكية مبلغ التعويض الذي طلبته، بناء على تطبيق أحكام القانون المدني المصري، وبالطعن على الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة بالبطلان قضت المحكمة بإبطاله على الرغم من أن التحكيم تحكيم دولي. استناداً إلى المادة (١/٥٣) من قانون التحكيم المصري التي تجيز إبطال حكم التحكيم إذا استبعد تطبيق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث قضت المحكمة بأنه: "إذا تضمن العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق بمعرفة هيئة التحكيم هو القانون المصري، وكان الثابت أن العقد هو عقد إداري، فإن المقصود بالاتفاق يكون هو تطبيق القانون الإداري المصري، فإذا ما أعمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق عليه في العقد، بما تتوافر معه حالة البطلان المنصوص عليها في المادة (١/٥٣) تحكيم مصري".

حكم ١٢/٥/١٩٩٥م، في الدعوى التحكيمية رقم ١٦ لسنة ١٩٩٤م، وحكمها في ١٧/٩/١٩٩٩م في الدعوى رقم ٨ لسنة ١١٥ تحكيم، وراجع في ذات الاتجاه في القضاء الفرنسي:

Paris، 9 Novembre 1973، Rev: Arb 1973، P. 173، et Paris، 16 Mars 1978، Rev. arb، 1978، P. 501.

ولمزيد من التفصيل انظر: د/ حفيظة الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الأزواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠م، ص ٥٢ وما بعدها، د/ احمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٢٤٢ وما بعدها.

١ تنص المادة الثامنة من نظام التحكيم السعودي (المقابلة للمادة ٩ من قانون التحكيم السعودي) على أنه: "يكون الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم والمسائل التي يحيلها هذا النظام للمحكمة المختصة معقوداً لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع، وإذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى بالمملكة أم خارجها، فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة الرياض ما لم يتفق طرفا التحكيم على محكمة استئناف أخرى في المملكة".

٢ د/ إبراهيم احمد إبراهيم، بطلان حكم التحكيم، ص ٢٦، د/ فتحي والي، دعوى بطلان حكم التحكيم وقوته التنفيذية، ص ٣ وما بعدها، د/ نبيل عمر، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ٣٩٢، د/ مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٩٥م، ص ٢٢٥، د/ محمد نور شحاتة، الرقابة على أعمال التحكيم، منشأة المعارف، ص ٣٧٢.

Fauchard، Gaillard et Goldman، op. cit، N. 1634، P. 959.

ووفقاً لنظام التحكيم السعودي ينبغي تأييد هذا الاتجاه، فالخطأ في تطبيق القانون أو تأويله يشكل سبباً للطعن في الأحكام طبقاً لقواعد المرافعات، والقول بأنه يمثل إحدى صور الاستبعاد يخرج بنا عن نطاق دعوى البطلان إلى نطاق دعوى الاستئناف، والأخيرة تسمح للقاضي بمراقبة التقدير الموضوعي وكيفية تقدير الوقائع وتفسير النصوص وإنزال حكمه على هذه الوقائع، وكل ذلك يخرج تماماً عن نطاق دعوى البطلان التي لا تعد طريقاً للطعن وفقاً لصريح نص المادة الخمسين من النظام، والتي أوردت حالات البطلان على سبيل الحصر دون أن تتضمن حالة الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو ما يتعلق بالخطأ في التكييف القانوني لموضوع النزاع من بين هذه الحالات، ويتسق هذا المسلك مع القاعدة الحاكمة لنظام التحكيم في مختلف التشريعات، والتي تقضي بأن حكم التحكيم لا يخضع للرقابة القضائية فيما يتعلق بتطبيقه أو تفسيره للقانون المختار أو فهمه للوقائع أو خطأ المحكم في تحصيلها<sup>(١)</sup>.

ذلك أن حكم التحكيم يصدر نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي به وغير قابل للطعن فيه بأي طريق، ودور القضاء بعد صدور هذا الحكم يقتصر على رقابة صحته من ناحية الشكل لا المضمون، فهي رقابة ينبغي أن تكون في أضيق الحدود حفاظاً على هوية هذا النظام، وعدم تحويله إلى مجرد مرحلة مبدئية من مراحل التقاضي، وليس لمحكمة البطلان أن تعتبر الطعن

بالبطلان للنظر في الحكم بذات أوجه النعي التي تصلح سبباً للاستئناف، أو العودة بالحكم التحكيمي لساحات القضاء من باب خلفي، إن ذلك يمثل مخالفة واضحة لإرادة المشرع الصريحة في منع الطعن على أحكام المحكمين بأي طريق من طرق الطعن الواردة في قانون المرافعات، ومنها الطعن بالاستئناف، وذلك هو مضمون الحكم الوارد في المادة الخمسين من نظام التحكيم، إن ذلك يصدق على الحالة التي يقال فيها أن هناك خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره (مسخ أو تشويه القانون)، وعلى الحالة الخاصة بالخطأ في التكييف أو الخطأ في الوصف ترتب عليه تطبيق فرع في القانون الواجب التطبيق خلاف الفرع الذي اتجهت إرادة الخصوم، فلا يعد ذلك من قبيل استبعاد القانون الواجب التطبيق، ما لم يتفق الأطراف على تطبيق فرع معين من فروع القانون، ما دام المحكم قد طبق مضمون القانون المختار.

وتطبيقاً لذلك فقد استقرت أحكام القضاء والتحكيم على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً عليه بالاستئناف، فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعييب قضاء الحكم فيه، وأنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبته حسن تقدير المحكمين

<sup>١</sup> راجع في هذا الشأن في النظام السعودي، د/ عبد الله بن محمد أبا الخيل، الرقابة القضائية على التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٢١١.

وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه، لأن ذلك كله من اختصاص قاضي الاستئناف<sup>(١)</sup>.

كما قضى تطبيقاً لذلك بأن الخطأ الذي يرتكبه المحكم في تطبيق القانون أو تأويله لا يعتبر بحال من حالات البطلان التي حددتها المادة (٥٣) تحكيم مصري (المادة ٤٨٤) تحكيم فرنسي<sup>(٢)</sup>.

وهكذا فقد استقرت أحكام محكمة الاستئناف المصرية في ذات الاتجاه فقد قضى: "بأن النعي باستبعاد تطبيق حكم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، إذا استبعد الحكم المطعون أحكام القانون المدني المنطبقة وأعمل بدلاً منها أحكام قانون التجارة الجديد، هو غير سديد، ذلك أن شرط التحكيم المبرم بين طرفي النزاع في المائل قد تضمن الاتفاق على تطبيق القوانين المصرية، The Egyptian Laws، دون تخصيص لأي فرع منها، كما أن تقدير مدى صواب قضاء حكم التحكيم بالنسبة لتطبيق أحكام قانون معين من القوانين المصرية دون غيره لن يتأتى

<sup>١</sup> استئناف القاهرة دائرة ٩١ تجاري جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٨ م في الدعوى ٢٧٠ لسنة ٢٠٠٢، ونفس الدائرة في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٩ م من تحكيم جلسة ٢٠٠٣/١١/٢٢ م، وفي القضية رقم ٤٠ لسنة ١٤١٩ م جلسة ٢٠٠٥/٣/٣٠ م، والقضية رقم ٢٤ لسنة ١٢٠٠ م تحكيم، جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠ م، وراجع د/ علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

<sup>٢</sup> استئناف القاهرة الدائرة (٩١) تجاري، الدعوى رقم ٣٢ لسنة ١٢٢٢ م تحكيم جلسة ٢٠٠٦/١/٢٩ م، والدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٢٢٢ م تحكيم جلسة ٢٠٠٥/٩/٢٥ م، ونقض مدني طعن ٧٠/٢٩١ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ م، نقض ٢٠٠٠/١/١٢ م، الطعن رقم ٦٥٢٩، ق ٦٥٣٠.

Paris. 20 Mai 1994، Rev. Arb. 1994، 397، Civ، 20 dec 1993، Rev. arb 1994، P.126.

إلا بإعادة النظر في موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم بما في ذلك إعادة تكييف العقد محل التداعي وتحديد طبيعته القانونية، وكل ذلك يخرج عن نطاق دعوى البطلان وأسبابه، كما حددتها المادتان (٥٣،٥٢) تحكيم مصري<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> استئناف القاهرة دائرة (٩١) تجاري في ٢٠٠٣/١/٢٩ م في الدعوى رقم ١١٩/٣٧ ق، وحكمها في ٢٠٠٥/٤/٢٧ م في الدعوى رقم ١٢١/١١٦ ق تحكيم، وحكمها في ٢٠٠٦/٢/٢٩ م في الدعوى رقم ٩٣ لسنة ١٢٠٠ ق تحكيم. ولمزيد من التفصيل: د/ فتحي والي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ٤٦٠ وما بعدها، د/ محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص ١٧٢. د/ نبيل عمر، دعوى بطلان حكم التحكيم، ص ٧٩ وما بعدها، د/ علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم، ص ٦٢ وما بعدها.

## الفصل الثاني

سلطة المحكم في تعيين القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع في

### التحكيم التجاري الدولي

#### تمهيد وتقسيم:

قدمنا في الفصل السابق أن التشريعات المختلفة والاتفاقيات الدولية قد استقرت على ضرورة التزام هيئة التحكيم بتطبيق القواعد القانونية التي اتجهت إليها إرادة أطراف التحكيم صراحة سواء تم ذلك في العلاقة الأصلية التي تربطهم وكشرط يرد في العقد، أو باتفاق لاحق بمقتضى ما يعرف بمشارطة التحكيم، وقد تبين لنا أن مصدر هذا الالتزام هو إرادة الأطراف، وأن هيئة التحكيم في تطبيقها لهذه القواعد يكون شأنها شأن القاضي في تطبيقه لقواعد القانون المختص أصلاً بحكم النزاع، وإن كان أساس هذا الالتزام ومبناه جد مختلف في الحالتين، فإذا كان التزام القاضي ينبع من طبيعة الوظيفة المخولة إليه، وهي الفصل في المنازعات بمقتضى تفويض الدولة له في تطبيق القانون والمحافظة عليه ولو لم يطلبه الخصوم صراحة، فإن التزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون تستمد من إرادة الأطراف الذين اتفقوا على هذه القواعد كأساس لحسم نزاعهم، إلا إذا اتفق هؤلاء على تفويض هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفق قواعد العدل والإنصاف ودون التقيد بقاعدة قانونية محددة (التحكيم مع التفويض بالصلح كنوع من التحكيم الطليق).



## المبحث الأول

مدى الاعتراف بحق المحكم في استنباط الإرادة الضمنية للأطراف

### المطلب الأول

الأساس القانوني للاعتداد بالإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون

#### الواجب التطبيق

إن جوهر عمل هيئة التحكيم هو محاولة الوصول إلى إرادة الأطراف في تعيينها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، ومن ثم إنزال حكمه على النزاع وفقاً لهذه الإرادة، وبصرف النظر عن تقديرها لمدى عدالة النتائج التي توصل إليها، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم بالقانون أو التحكيم بالقضاء، تعبيراً عن التزام المحكم بأحكام القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف صراحةً أو ضمناً، ورغم أن التزام المحكم بتطبيق أحكام القانون الإرادي على النزاع التحكيمي لا يختلف في جوهره عن التزام القاضي بتطبيق أحكام قانونه الوطني، إلا أن المحكم يختلف موقفه في أنه لا يوجد له قانون اختصاص كالقاضي الوطني<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، بند ١٣٩، ص ١٣ وما بعدها، د/ نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٣٠، ص ٢٤٤، د/ أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦م، ص ٢٩ وما بعدها. Goldman 'La Volonté des Parties et le Note dans L'arbitrage International', Rev. arb. 1981, 423.

غير أن أطراف التحكيم قد لا يعبرون صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق، لكنهم يتركون بعض الدلائل والقرائن والإشارات التي يمكن الاهتداء بها للوقوف على اتجاه إرادتهم الضمنية في اختيار قانون ما، وهنا يثور التساؤل عن مدى التزام المحكم بالاجتهاد للكشف عن هذه الإرادة، كذلك فإنه في حالة ما إذا سكنت الأطراف كلية عن اختيار قانون معين ليحكم النزاع، فإن واجب هيئة التحكيم في السعي للوصول إلى حكم النزاع، يفرض عليها الاجتهاد أيضاً للوصول إلى تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ويثير ذلك مسألة تحديد الضوابط والمعايير التي يستهدى بها، في هذه الحالات، لتحديد القانون الواجب التطبيق، أكثر من ذلك فإن الطبيعة الاتفاقية والأساس الإرادي الذي يقوم عليه التحكيم قد حدا بالأنظمة الوطنية والدولية إلى حد الاعتراف بحق الخصوم في إعفاء هيئة التحكيم من الالتزام بتطبيق قانون معين، والفصل في النزاع وفق قواعد العدالة والإنصاف ودون التقيد بتطبيق قواعد قانونية موضوعية محددة سلفاً.

وسوف نبحث كافة هذه الأمور في إطار التعرض لتحديد موقف نظام التحكيم السعودي من كل واحدة منها، وذلك عبر تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: مدى الاعتراف بسلطة المحكم في استنباط الإرادة الضمنية لأطراف التحكيم. المبحث الثاني: تحديد القواعد القانونية المنظمة للموضوع عند غياب اتفاق الأطراف على تحديدها.

المبحث الثالث: الاتفاق الصريح على التحكيم دون التقيد بقواعد قانونية معينة (التحكيم مع التفويض بالصلح- التحكيم الطليق).

وترتيباً على ذلك تطبق هيئة التحكيم القانون المتفق عليه كمسلمة، وباعتبار نصوصه تندمج في هذا الاتفاق وتكتسب الطبيعة الاتفاقية التي لبند الاتفاق نفسه، وحقيقة هذا القانون ونصوصه التشريعية تفرض على المحكم كواقعة un fait مثلها مثل وقائع النزاع، وبحيث يقتصر دوره إزائها على تحقيقها كما هي، وإنزال أحكامها على النزاع وفقاً لقواعد التفسير المعتمدة والمستقرة لدى القضاء السائد، فلا ينبغي لهيئة التحكيم أن تساهم في تطور القضاء، لأنه أمر قاصر على القضاء وحدهم، باعتبار أن أطراف التحكيم، الذين تستمد هيئة التحكيم اختصاصها منهم، لم يعهدوا لها بمهمة تعديل أو خلق القواعد القانونية، وإنما فقط تطبيق ما استقر عليه اتفاقهم<sup>(١)</sup>.

والغالب عملاً أن الأطراف في عقود التجارة الدولية ينصون صراحة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، سواء ورد النص وفق شرط يرد في العقد، أو لاحقاً وبمقتضى مشاركة تبرم لتحديد هذا القانون بعد إبرام العقد، إلا أنه قد يحدث، وإن كان نادراً، أن تخلو الرابطة القانونية بين الطرفين عن تحديد صريح لقانون معين ليحكم النزاع، غير أنها تستعمل عادة على بعض المؤشرات أو القرائن التي يمكن أن تقود إلى الإرادة

<sup>١</sup> راجع بشأن فكرة اندماج القانون في العقد الدولي:

J. TROUSSET، «Incorporation dans le Contrat de la loi Étrangère Choisie par Les Parties»، Thèse Paris، 1961، p.154.

مشار إليه في: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، د/ أحمد سلامة، مرجع سابق، ص ٣٤.

الضمنية للأطراف Volonté Tacite في اختيار قانون معين ليحكم موضوع النزاع.

ورغم أن المادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي لم تشر صراحة إلى ضرورة التزام المحكم بتحري الإرادة الضمنية لطرفي التحكيم في اختيارها للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، إلا أنها لم تشترط من ناحية أخرى أن يكون هذا الاتفاق صريحاً<sup>(١)</sup>.

ونعتقد أن اختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق كما يكون صريحاً، فإنه قد يكون ضمناً، ذلك أن القواعد العامة تقضي بأن التعبير عن الإرادة كما يكون صريحاً يمكن أن يكون ضمناً، متى كان المظهر الذي اتخذته هذا التعبير وإن كان لا يكشف بذاته عن الإرادة، فإنه مع ذلك يدل عليها ويسهل استخلاصها منه وفق دلائل ومؤشرات لا تدع مجالاً للشك في اتجاه الإرادة إلى ترتيب أثر معين<sup>(٢)</sup>.

حيث يجب على المحكم في هذه الحالة أن يستخلص من مجمل العلاقة بين الخصوم والسلوك المتبادل والمشارك بينهما وجود اتفاق ضمني على تطبيق قانون معين، ولا يجوز له أن يتجاهل هذه الإرادة أو أن لا يعترف بها إذا ما بدت له كشواهد واضحة، لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل واضح نحو

<sup>١</sup> موافقة بذلك نص المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري، وكذلك المادة (١/٣٥) من القانون النموذجي للتحكيم (قواعد الأونسيترال بنسختها المنقحة في ٢٠١٠م).

<sup>٢</sup> د/ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م، ص ٣١ وما بعدها.

تطبيق قانون معين من خلال استخلاصه من نصوص العقد وظروف الحال ومجمل الملابسات العملية التعاقدية، وهو إن لم يفعل فإن حكمه سيكون هدفاً للطعن عليه بالبطلان لاستبعاده تطبيق القواعد القانونية التي اتفق الطرفان على تطبيقها على موضوع النزاع وفقاً للمادة (٥٠/د) من نظام التحكيم<sup>(١)</sup>.

ولا يصح القول بأن المشرع لم ينص على الاعتداد بالإرادة الضمنية، لأن الاعتداد بالإرادة، سواء كانت صريحة أو ضمنية، هو الأصل العام المفترض، والصحيح أن يقال إن المشرع لو أراد استبعاد الإرادة الضمنية لنص على ذلك صراحة، كما فعل في حالة التحكيم الطليق الذي يشترط لإعماله أن يتم الاتفاق عليه صراحة (المادة ٢/٣٨ تحكيم سعودي)، والمحكم في هذه الحالة لا يجوز له أن يختار للأطراف قانون عقدهم، والفرض أن الأطراف قد قاموا بأنفسهم باختيار هذا القانون وفق شواهد وأدلة تقطع بانصراف إرادتهم إلى تطبيق أحكامه، والمحكم يقتصر دوره على الكشف عن هذه الإرادة الحقيقية المستقرة في ضوء هذه المؤشرات والشواهد التي تحيط بعلاقة الطرفين<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٤٥ وما بعدها، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ١٩٤، د/ هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٣٨ وما بعدها.

A. Demetrius، 'Law Applicable to Merits of The Arbitration.، op. cit ، P. 15.

<sup>٢</sup> ويؤيد الفقه التزام المحكم بالاعتداد بالإرادة الضمنية للأطراف أو التعويل عليها في اختيارهم تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويستند في ذلك إلى أن ثمة

وقد أخذت اتفاقية عمان العربية لعام ١٩٨٧م بالإرادة الضمنية في المادة (١/٢١) بقولها: "تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد"، كما اعتد المشرع المصري بالإرادة الضمنية للأطراف في المادة (١/١٩) من القانون المدني، والتي حددت القانون الذي يسرى على الالتزامات التعاقدية حيث جاء فيها: "يسري على الالتزامات التعاقدية...، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"<sup>(١)</sup>.

التزاماً على عاتق المحكم عندما يقدر أن قانوناً معيناً قد اختير بطريقة ضمنية، أن يضع ذلك موضع مناقشة بين الفرقاء حتى يمكنهم تحديد الاختيار بصورة جلية واضحة لا لبس فيها، بل إن مناقشة هذا القانون واجبة حتى ولو كان الاختيار صريحاً، فطرح مسألة الاختيار الضمني للمناقشة أمر ضروري، وإلا انفتح باب الطعن على قرار المحكم بالبطلان لسبب آخر هو عدم احترام مبدأ الوجاهية أو عدم احترام حقوق الدفاع أو وجود بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.. كما أنها وسيلة للاختيار الصحيح الذي أراده الفرقاء، وفي ذلك احترام لإرادتهم التي هي في جوهرها مصدر اختصاص المحكم، كما أنها وسيلة لضبط الاختيار المقصود من الفرقاء، ومن ثم عدم فتح الباب للطعن بالبطلان على القرار التحكيمي لهذا السبب. د/ عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع، مرجع سابق، ص ٥٩٥.

<sup>١</sup> وقد اعتدت محكمة النقض الفرنسية من حيث المبدأ بالقانون الذي اختاره الأطراف ضمناً وذلك بقولها: "إن غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف المتعاقدة لقانون وطني يحكم موضوع منازعات الدولة المتعاقدة مع رعايا الدول الأخرى، يعني بالضرورة وجود قرينة على أن قانون هذه الدولة يكون هو قانون الإرادة المفترضة الذي يجب أن يحكم موضوع النزاع".

انظر في الإشارة إلى هذا الحكم: د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٤٥.

## المطلب الثاني

### ضوابط الكشف عن الإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق

يقتصر دور المحكم، في حالة عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم صراحة في تحديد القانون الواجب التطبيق، على الكشف عن هذه الإرادة الكامنة أو المستقرة، من خلال النظرة الواعية للعلاقة العقدية وملابساتها ومختلف الظروف التي تحيط بسلوك الأطراف المعبر عنه في نصوص العقد وما يسبقه من مفاوضات وما يتلوه من مرحلة التنفيذ، ومن ثم فلا يمكن تشبيه دور المحكم في هذه الحالة بدوره في تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع عند سكوت الأطراف عن هذا التحديد، وتأكده من غياب إرادتهم الصريحة أو الضمنية في شأن تحديد قانون معين ليحكم النزاع، فدور المحكم في هذه المرحلة يقتصر على بذل الجهد في محاولة الوقوف على إرادة الأطراف، من خلال مجموعة من الشواهد والأدلة والقرائن التي تشير إلى هذا الاختيار<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا ينصب جهد هيئة التحكيم على استقراء العناصر الشخصية والذاتية المستمدة من علاقة الطرفين وسلوكهما المشترك، والتي تشير إلى وجود اتفاق ضمني على تطبيق قانون معين، كأن يتبادل الأطراف في

مرحلة التفاوض وثائق تستند إلى تطبيق قانون معين دون الإشارة صراحة إليه، كما تمتد القرائن الذاتية إلى الجنسية المشتركة للفرقاء أو موطنهم المشترك أو من استخدام بعض المصطلحات والمفاهيم التي تدل على الركون إلى نظام قانوني معين، وغير ذلك مما يعد مبنياً على معطيات حقيقية ملموسة، كما قد تكون القرائن خارجية أو موضوعية تتعلق بمكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، بالإضافة إلى طبيعة ومحل موضوع العقد أو مكان إجراء التحكيم أو اختيار عملة دولة معينة كأداة للوفاء<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> وقد اعتد المشرع المصري في المادة (١/١٩) من التقنين المدني بقانون الموطن المشترك للطرفين في حالة اتحاد الموطن، وفي حالة اختلافه يطبق قانون دولة إبرام العقد، فيستطيع المحكم أن يستند إلى هذا النص، إلا إذا كشفت ظروف التعاقد وملابساته عن اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون آخر. ويعد قانون دولة مقر التحكيم من المعايير الموضوعية التي تكشف عن إرادة الطرفين الضمنية في اختيارها قانوناً معيناً لحكم النزاع، ما لم يثبت لهيئة التحكيم خلاف ذلك، وهذا ما تبنته قواعد محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي السارية المفعول ابتداء من ١٩٩٨/١/١م، والتي قررت أنه: "يكون القانون الواجب التطبيق على التحكيم هو قانون مقر التحكيم، ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا صراحة وكتابة على تطبيق قانون آخر وإلى المدى الذي لا يعتبر معه ذلك الاتفاق ممنوعاً بموجب قانون مقر التحكيم"، وهو ذات الاتجاه الذي أقره القانون السويسري للتحكيم لسنة ١٩٨٧ في المادة (١/١٧٨).

كما ورد في المادة (١/٥) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو عدم تنفيذه إلا إذا قدم الخصم دليلاً على أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعته له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر به".

غير أن اختيار قانون محل التحكيم مشروط، كما ذكرنا، بالألا يكشف سلوك الأطراف عن اختيار قانون آخر، بناء على أن العبرة دائماً هي بما تتجه إليه إرادة الأطراف وفق دلالات أو قرائن تعبر بصورة حقيقية ومؤكدة عن هذه الإرادة.

راجع: د/ هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٢٨ وما بعدها، د/ عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، الدار الجامعية،

<sup>١</sup> راجع: د/ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٣٥، د/ أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٩٥-٣٢٠.

ويتميز سلوك المحكم في هذا الشأن بنطاق من الحرية في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف، ما دام استنتاجه يستند إلى أساس من المنطق القانوني السليم المبني على اعتبارات وأسس موضوعية تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، وليس إلى هوى شخصي، فلا يجوز للمحكم أن يتعدى ذلك إلى محاولة افتراض إرادة للأطراف غير حقيقية، أو فرض قانون معين بطريقة تحكيمية أو تعسفية بعيداً عما تشير إليه النصوص العقدية أو سلوك الأطراف وظروف وملابسات التعاقد، حيث تمثل هذه الضوابط من ناحية أخرى نوعاً من التقييد لحرية المحكم في استخلاصه للإرادة الضمنية للأطراف، حتى لا ينحرف في تحديده للقانون الواجب التطبيق بعيداً عن القصد الحقيقي للأطراف، أو بالمخالفة لقاعدة توطين العقد.

ونشير في هذا الصدد إلا أنه كثيراً ما انحرفت هيئات التحكيم الدولية في تطبيق قانون الإرادة الضمنية لأطراف عقود التجارة الدولية والتي تتجه إلى إعمال قانون وطني معين، لصالح تطبيق قواعد قانونية بعينها يترتب على إعمالها تحقيق مصالح أحد طرفي العقد، مما يعد خروجاً واضحاً على الضوابط والقرائن المعتد بها في استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد، نذكر من ذلك على سبيل المثال حكم التحكيم الصادر في عام ١٩٥١م بين شركة أبو ظبي وشركة Petroléum développent I.td وبإثارة مسألة

١٩٩٣م، ص ٩٩ وما بعدها، د/ أحمد الهواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١١١-١١٥.

Vincent Heuse، La Réglementation Française des Contractes Internationaux، Précité، P.251.

تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع النزاع، قرر المحكم أن ذلك القانون لا بد أن يكون قانون بلد تنفيذ العقد، وبما أن العقد سينفذ كلياً في "أبو ظبي" فإن قانون هذا البلد هو الواجب التطبيق، غير أن المحكم وبدون سند من المنطق القانوني، نكص عن المقدمات المنطقية السابقة، متعللاً بأن قانون هذا البلد والمستمد من الشريعة الإسلامية لا يتضمن القواعد القانونية الصالحة للتطبيق على هذه العقود الحديثة وما يتبعها من تفاصيل دقيقة، وانتهى إلى تطبيق ما أسماه المبادئ القانونية والممارسات العامة المستقرة في شرائع الأمم المتقدمة، وبما أن القانون الإنجليزي، وهو قانون بلد المحكم، يتضمن هذه المبادئ والقواعد المستقرة، قرر المحكم تطبيق أحكام القانون الإنجليزي، والذي هو في ذات الوقت قانون الدولة التي تنتمي إليها الشركة الطرف في النزاع، وبذلك يكون المحكم قد طرح جانباً كافة الشواهد التي يؤدي تطبيقها إلى تركيز أو توطين العقد في إطار نظام قانوني وطني معين، وفقاً لما انصرفت إليه الإرادة الضمنية للأطراف، والمستندة إلى ظروف التعاقد وملابساته، وافترض بدون سند من المنطق تطبيق المبادئ والقواعد المعترف بها - من وجهة نظره - من الأمم المتقدمة (١).

قريباً من هذا المنطق أيضاً تكرر في عدة قضايا تحكيمية شهيرة، نذكر منها حكم التحكيم الصادر عام ١٩٦٣م بين شركة البترول الوطنية الإيرانية

١ راجع تفصيل الحكم في: 'Journal of International Law'، vol 47، PP.156-159، 1953.

د/ محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٨١.

وشركة Saphir International Pétroleurs I.td، وحيث إن الأطراف في العقد لم ينصوا صراحة على اختيار قانون معين ليحكم النزاع، فقد استبعد المحكم تطبيق القانون الوطني الذي يتضح من ملابسات التعاقد أن إرادة الأطراف الضمنية تشير إلى تطبيقه، وفقاً لقاعدة تركيز العقد، في هذه الحالة، وهو قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد، حيث إنه هو قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، وافترض أن إرادة الطرفين قد اتجهت نحو إخضاع العقد محل النزاع للمبادئ العامة للقانون المعترف بها لدى الأمم المتحدة، مكتفياً في التذليل على هذا الاستنتاج بأن عدم اشتمال العقد على نص صريح بخصوص القانون الواجب التطبيق، واحتوائه على شرط التحكيم، والتزام الأطراف في العقد بتنفيذ التزاماتها بحسن نية، يستتج منه اتجاه نيتهم إلى تطبيق هذه المبادئ المعترف بها من قبل الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>.

وواضح من هذا المنطق الذي ساقه المحكم للتذليل على مسلكه في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع في هذه الحالة، أنه يستند إلى تحقيق التوازن بين مركز كل الطرفين، وتحقيق الحماية الكافية للشركة المستثمرة من أي تعديلات محتملة قد تجريها الدولة على قانونها الوطني مما قد يمس بحقوق الطرف المتعاقد الأجنبي، وهو يرى أن تحقيق هذه المصالح وتلك الحماية لن يتحقق إلا بتدويل القانون الذي يحكم النزاع التحكيمي، وهو ما

<sup>1</sup> The International and Comparative Law Quarterly 1964، PP. 1002-1021.  
د/ حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٥٤٩ وما بعدها.

يفترض من ناحية أخرى أن تلك الحماية لن تتحقق بمقتضى أعمال أحكام النظام القانوني الوطني للدول المتعاقدة، والذي يجب تطبيقه إذا ما تم اعتماد الضوابط الموضوعية للكشف عن اتجاه الإرادة الضمنية للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم<sup>(١)</sup>.

ويبدو من هذه الحالات ومثلها، مما يستبعد فيها المحكم تطبيق القانون الذي تشير نصوص العقد وظروف ملابسات التعاقد أن الإرادة الضمنية المؤكدة للأطراف قد اتجهت إلى تطبيقه على العقد، أنه تنطبق عليه النصوص الخاصة ببطلان حكم التحكيم، وفقاً لما تضمنته المادة (٥٠) من نظام التحكيم السعودي، على النحو الذي عرضنا له تفصيلاً فيما سبق.

<sup>١</sup> راجع تفصيل ذلك لدى: د/ سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود..، مرجع سابق، ص ٤٧ وما بعدها، د/ حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٥٥٠ وما بعدها، د/ عصام الدين القصبى، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بعنوان التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨م، د، د/ محمود سمير الشراوى، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، ضمن المقال المهدى إلى روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، بدون دار نشر، ص ٤٦٠.

تحديد القواعد القانونية المنظمة للموضوع عند غياب اتفاق الأطراف

النص القانوني:

تنص المادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي على أنه: "إذا لم يتفق طرفا التحكيم على القواعد النظامية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع".

فقد ينعدم اتفاق الأطراف على تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، في الوقت الذي يعجز فيه المحكم عن تلمس وجود إرادة واضحة للأطراف في اختيار قانون معين، خاصة وأن بعض التشريعات والمعاهدات الدولية أوجبت أن تكون الإرادة صريحة في هذا الشأن أو يمكن استنباطها بشكل مؤكد<sup>(١)</sup>، وفي هذه الحالة يقع على عاتق هيئة التحكيم الالتزام بالبحث عن القواعد القانونية الملائمة لحسم النزاع، بموجب التزامها وفقاً لاتفاق التحكيم بالفصل في النزاع. ويبرز في هذا الشأن طريقتان تتراوح بينهما اتجاهات التشريعات والاتفاقيات المنظمة للتحكيم على المستوى الوطني والدولي في كيفية تعيين القواعد القانونية التي تحكم موضوع

<sup>١</sup> ومن ذلك اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي جاء في مادتها الثالثة أنه: "يجب أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق صريحاً أو يكشف بطريقة محققة من نصوص العقد أو ظروف الدعوى".

النزاع، الأول: اللجوء إلى قواعد الإسناد المناسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق، أي تحديد هذا القانون بطريقة غير مباشرة، والثاني: أن تقوم هيئة التحكيم بطريقة مباشرة باختيار قانون وطني معين ليحكم النزاع بالنظر إلى صلته بموضوع هذا النزاع.

وسوف نعرض لهذين الاتجاهين، بغية الوقوف على الاتجاه الذي انحاز إليه نظام التحكيم السعودي في هذا الصدد، مخصصين لكل اتجاه منهما مطلباً خاصاً:

المطلب الأول

التحديد غير المباشر للقواعد القانونية الواجبة التطبيق

تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق قواعد الإسناد:

يذهب الاتجاه التقليدي في الفقه إلى أن تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، عند غيبة اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين، يجب أن يتم عبر استخدام قواعد تنازع القوانين، وبمراعاة اختيار قانون يتلاءم تطبيقه مع أحكام ومعطيات العلاقة القانونية محل النزاع<sup>(١)</sup>، عبر استخدام معايير تؤدي إلى اختيار أحد القوانين الوطنية، بالنظر إلى أن المحكم لا يستند إلى قانون اختصاص معين، فبدلاً

<sup>١</sup> انظر في هذا الشأن: د/ رياض فؤاد، د/ سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م، ص ١٠١ وما بعدها، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٢٥٢-٢٥٣.

من أن يقوم المحكم باختيار القانون الموضوعي الذي يراه أكثر ملاءمة لحكم النزاع، يتوقف دوره عند إعمال قاعدة التنازع، وهذه الأخيرة هي التي تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق.

وقد تبنت بعض الاتفاقيات آلية الاختيار غير المباشر للقانون الواجب التطبيق بإعمال قواعد الإسناد، حيث تنص المادة (١/٢٤) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار الموقعة في واشنطن عام ١٩٦٥م على أنه: "في حال عدم اتفاق الأطراف.. تقوم هيئة التحكيم بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص"، كما ورد في المادة (٧٠) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي والمنعقدة في جنيف عام ١٩٦١م: "إن الفرقاء أحرار في اختيار القانون الذي يقتضى على المحكمين تطبيقه بصدد موضوع النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الواجب تطبيقه، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة في هذا الصدد، وفي كلا الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف الجارية"<sup>(١)</sup>.

كذلك فإن قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المعدلة عام ٢٠٠٠م اعتمدت فكرة التحديد الاسنادي غير المباشر بنص المادة (١/٣٣) على أنه: "إذا لم يتفق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق، وجب

أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق في الدعوى".

كما أن نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٣م، قد سار في ذات الاتجاه في المادة (١٢)، بنصه على أنه: "في حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق، سواء في العقد أو في مشاركة التحكيم، يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي يرونها مناسبة"<sup>(١)</sup>.

ومن تشريعات التحكيم الوطنية التي تبنت اتجاه التحديد غير المباشر للقواعد القانونية واجبة التطبيق عند غياب اتفاق الأطراف، نشير إلى المادة (٣/٤٦) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م، والمادة (٢/٣٢) من قانون تحكيم سنغافورة لسنة ٢٠٠١م، والمادة (٢/٢٨) من قانون التحكيم اليوناني لعام ١٩٩٩م.

هذا وبالرغم مما اشتملت عليه الاتفاقات والأنظمة واللوائح السابقة من تخويل المحكم نطاقاً واسعاً في الاختيار لقواعد الإسناد التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق، إلا أن الرأي متفق في الفقه على ضرورة أن تكون قواعد الإسناد التي يقع المحكم على اختيارها ملاءمة للعلاقة القانونية محل النزاع، ويستوجب ذلك أن يكون الاختيار معبراً عن رغبة الأطراف

<sup>١</sup> وقد أشرنا إلى أن اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م قد تمسكت باستخدام قواعد تنازع القوانين وتوجيهها للمحكم في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ عن العلاقة العقدية بتطبيق قانون محل العقد أو قانون محل التنفيذ.

<sup>١</sup> إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٧١.



ويحظى باحترامهم، ويتفق مع اقتصاديات العلاقة محل النزاع وطبيعة المعاملات بين أطراف التحكيم، وعدم الإخلال بتوقعاتهم المشروعة، كما يستوجب ذلك من ناحية أخرى أن يراعي المحكم في هذا الصدد قابلية التطبيق في بلد التنفيذ، لأن التنفيذ هو ثمرة التحكيم، وذلك باختيار قواعد تتباعد عن أوجه الطعن بالبطلان لتعارضها مثلا مع القواعد الأمرة في بلد التنفيذ<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فإن قواعد الإسناد يمكن أن تكون قانون دولة مقر التحكيم، على اعتبار أن هيئة التحكيم يتوجب عليها التعامل مع النزاع المطروح أمامها بروح القاضي الذي من الممكن أن يطرح عليه ذات النزاع، وذلك من أجل تحقيق وحدة القانون المطبق في الغالب، كما قد يكون معيار تطبيق قواعد التنازع هو قانون البلد المختص أصلا بنظر النزاع لو لم يعرض النزاع على التحكيم، وذلك يتيح استرداد هذه الدولة اختصاصها بنظر النزاع الذي سلب منها باتفاق الأطراف على التحكيم<sup>(٢)</sup>، كما يمكن تبني معيار تطبيق قواعد التنازع للدولة التي يتوقع أن يتم فيها تنفيذ حكم التحكيم، وهو رأي

<sup>١</sup> د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٤٢، د/ محمود سمير الشراوي، القانون الواجب التطبيق على النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٦٠، د/ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٦٨٣.

DAVID, J. Branson and RICHARD, E. Wallace, 'Choosing the Substantive Law to Apply in International Arbitration', Virginia Journal of International Law, v71, 27 N1, 1986, P.43.

<sup>٢</sup> د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٥٧-١٥٨.

يدعمه أن مركز النقل في الرابطة القانونية هو محل التنفيذ وهو تعبير منطقي عن تحقيق مصالح الأطراف، ويسهم من ناحية في عدم تجزئة العلاقة وجعلها وحدة واحدة، كذلك من شأن تبني هذا المعيار تبديد أي قلق يساور الأطراف أو هيئة التحكيم حول مصير حكم التحكيم بعد إصداره ومدى إمكانية تنفيذه بموجب قوانين دولة التنفيذ<sup>(١)</sup>.

ودون الدخول في الجدل الفقهي أو الانتقادات التي ترافق طرح أي من هذه المعايير، والتي تخرج عن حدود هذا البحث، فإن ما نريد التأكيد عليه هنا هو أنه إذا ما تقرر استخدام قواعد الإسناد لتحديد القانون المنطبق على موضوع التحكيم، عند غيبة اتفاق صريح أو ضمني للأطراف بشأن هذه التحديد، فإنه ينبغي أن يكشف هذا الاختيار عن علاقة منطقية بين قواعد الإسناد محل التطبيق وبين موضوع النزاع التحكيمي، علاقة تبنى على اعتبار هذه القواعد هي الأكثر ملاءمة لحكم النزاع، بالنظر إما إلى علاقات الأطراف وطبيعة النزاع من الناحية القانونية والاقتصادية أو المستقبل التنفيذي لحكم التحكيم<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> في تفصيل هذه المعايير انظر: د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٤٩١-٤٩٤، د/ هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

<sup>٢</sup> انظر في هذا الشأن: د/ أبو زيد رضوان، الموضع السابق، د/ علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ٣٧، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ١١٠٥-١١٠٦.

GOLDMAN, Berthold, 'La Volonté des Parties et la Rôle de L'arbitrage', 1981, N 4, PP. 378-379.

## المطلب الثاني

### التطبيق المباشر للقواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع

على خلاف الاتجاه السابق الذي يتحدث عن تطبيق هيئة التحكيم لقانون وطني من خلال إعمال إحدى قواعد تنازع القوانين، فإن الاتجاه الغالب من الناحية التشريعية في الأنظمة الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، يذهب إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة الاختيار المباشر للقواعد القانونية التي تراها ملائمة لظروف وملابسات العلاقة القانونية محل التحكيم، وفقاً لقاعدة "الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع" وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق أو عدم استطاعة هيئة التحكيم استنباط الإرادة الضمنية<sup>(١)</sup>.

ويؤيد الفقه الأمريكي في مجمله نظرية الاختيار المباشر للقواعد الموضوعية للقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، وذلك بهدف التحرر من تطبيق القوانين الوطنية عبر المرور بقواعد الإسناد، ولتلبية متطلبات التجارة الدولية في سرعة إنهاء النزاع بطريق مباشر، ويعتمد هذا الاتجاه على مبدئين هما: مبدأ غيبة شريعة القاضي، ومبدأ حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق عند سكوت الأطراف عن تطبيق قانون معين ليحكم

<sup>١</sup> راجع: د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ٢٥٨، د/ عاطف الفقي، المرجع السابق، ص ٤٩٢، د/ سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، مرجع سابق، ص ١١٩.

النزاع<sup>(١)</sup>، استناداً إلى أن الأطراف حينما لم يقوموا بتحديد القانون واجب التطبيق، فإنهم يكونوا قد ارتضوا إعطاء هيئة التحكيم الحق في اختيار القانون الذي تراه مناسباً.

وقد أخذ نظام التحكيم السعودي بهذا الاتجاه بنصه سابق الإشارة إليه في المادة (١/٣٨) على أنه: "إذا لم يتفق طرفا التحكيم على القواعد النظامية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بموضوع النزاع". كما ينص قانون التحكيم المصري لعام ١٩٩٤م في المادة (٢/٣٩) على أنه: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

ويعتبر القانون الفرنسي أول من اعتمد نظرية التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق، وذلك وفقاً لنص المادة (١٤٩٦) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة ١٩٨١م، التي تنص على أنه: "يفصل المحكم في

<sup>١</sup> ذلك أن النزاع المتعلق بالتجارة الدولية إذا ما عرض على القاضي الوطني، فإنه ونظراً لوجود العنصر الأجنبي طرفاً فيه يقوم بدراسة قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق وهو ما يطلق عليه شريعة القاضي، أما إذا ما ارتضت الدولة انعقاد التحكيم على أراضيها، والتزمت بوضع سلطاتها موضع المساعدة في إنفاذ قراراته، فإنها بذلك تكون قد تنازلت عن ضرورة تطبيق قوانينها، ويكون المحكم غير ملتزم بتطبيق شريعة معينة، ولا يحق للدولة أن تراجع حكمه إلا إذا كان مخالفاً للنظام العام، انظر: د/ عمرو محمد إبراهيم خليفة، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وفي حالة تخلف هذا الاختيار يفصل وفقاً للقواعد التي يقدر أنه من المناسب تطبيقها، ويراعي في جميع الأحوال الأعراف التجارية". وهذا النهج طبقه أيضاً القانون الألماني الصادر سنة ١٩٩٨م بنص مشابه<sup>(١)</sup>.

وقد جرت على هذا المعنى نصوص غالبية التشريعات الوطنية<sup>(٢)</sup> والاتفاقيات الدولية وأنظمة ولوائح وقواعد هيئات التحكيم الدولية، حيث تنص المادة (١/١٧) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC النافذ من أول يناير ١٩٩٨م على أنه: "إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق" تطبيق محكمة التحكيم قواعد القانون الذي تراه ملائماً"، وفي ذات الاتجاه تنص المادة (٣/٢٢) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي L.C.I.A لعام ١٩٩٨م على أنه: "في حالة عدم اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع" تطبيق هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تراها مناسبة"<sup>(٣)</sup>.

أما القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بصيغتها المنقحة في ٢٠١٠م فتتص المادة (١/٣٥) منها على أنه: "إذا لم يعين الأطراف قواعد القانون التي تطبق على موضوع المنازعة طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً"<sup>(١)</sup>.

ولا تختلف سائر النصوص السابقة في الإشارة إلى أن المحكم، حال قيامه بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عدم وجود اتفاق للأطراف بهذا الشأن، وإن كان يتمتع بمجال من الحرية في هذا التحديد، إلا أنه يلتزم بالأحكام التي يخرج اختياره عن مقتضى الواقعية والموضوعية التي توجب أن يكون هناك ارتباط بين القانون المختار وموضوع النزاع، وهو ما عبرت عنه النصوص السابقة بأن هيئة التحكيم تطبق القانون "الأكثر اتصالاً" أو "المناسب" أو "الملائم"<sup>(٢)</sup>.

معايير تحديد القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع:

قد يتبادر إلى الذهن، من خلال العبارات الواردة في النصوص التشريعية واللائحية والقاعدية السابقة، أن هيئة التحكيم تمتلك حرية مطلقة لا يحدها

<sup>١</sup> وفي قواعد التحكيم الخاصة بالمنظمة العالمية للملكية الفكرية "الويبو" أشارت المادة (٥٩) إلى أن محكمة التحكيم تقضي في موضوع النزاع وفقاً لما اختاره الأطراف من قواعد قانونية، ويفسر كل تعيين لقانون دولة ما على أنه القانون الموضوعي لتلك الدولة وإلى قواعد الإسناد ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وإذا انعدم الاختيار وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تعتبره مناسباً، مع مراعاة شروط العقد والأعراف الجارية".

<sup>٢</sup> د/ أحمد سلامة، القانون الواجب التطبيق، ص ٣٦، د/ محمود سمير الشراوي، المرجع السابق، ص ٤٥٩.

<sup>١</sup> عاطف الفقي، المرجع السابق، ص ٤٩١.

<sup>٢</sup> ومن تلك التشريعات الوطنية نذكر المادة (٢/٣٦) من قانون التحكيم الياباني لسنة ٢٠٠٣م التي تنص على أنه: "إذا انعدم الاتفاق- على تعيين القانون الواجب التطبيق- تطبق محكمة التحكيم القانون الموضوعي للدولة الأكثر ارتباطاً Most Closely Connected بموضوع النزاع الخاضع لإجراءات التحكيم، وعلى نفس المعنى، المادة (٨١٣) من قانون الإجراءات المدنية اللبناني لعام ١٩٨٥م، والمادة (١/١٨٧) من قانون الإجراءات المدنية السويسري لسنة ١٩٨٧م، والمادة (١٢/ج) من قانون التحكيم التركي لسنة ٢٠٠١م، والمادة (٣٦/ب) من قانون التحكيم الأردني لعام ٢٠٠١م.

<sup>٣</sup> أيضاً تكرر هذا المعنى في المادة (١/٢٩) من لائحة تحكيم الجمعية الأمريكية AAA المعدلة عام ١٩٩٢م، والمادة (٣٣) من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤م، د/ عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٩١٣.

قيد في هذا الشأن، استناداً إلى أن الأطراف حينما لم يحددوا بأنفسهم القانون الواجب التطبيق، فإنهم يكونوا قد ارتضوا إعطاء هيئة التحكيم الحق في اختيار القانون الذي تراه مناسباً.

إلا أن هذا الفهم ينقضه واقع أن هذه الحرية المطلقة للمحكم في اختيار القانون واجب التطبيق لا يمكن التسليم بها، في ظل خضوع الحكم التحكيمي للقواعد المنظمة للاعتراف بالحكم وتنفيذه، فقد قلنا أن غاية أي حكم تحكيمي هو قابليته للتنفيذ عن طريق عرضه على القضاء طلباً للتنفيذ، وهذا الأخير يصعب أن يعطي هذا الحكم قوة التنفيذ إذا كان ينطوي على تعارض مع النظم القانونية التي يطبقها، أو إذا تبين له أن اختيار القانون المطبق لا يستند إلى أساس من الواقعية أو الملائمة في علاقته بموضوع النزاع، على نحو يمثل انحرافاً من المحكم عن تطبيق القواعد القانونية التي تدخل في إطار توقعات الطرفين<sup>(١)</sup>.

ويشير الفقه في هذا الصدد إلى أن هيئة التحكيم يتوجب عليها الاستناد على مجموعة من المعايير و النظريات التي يمكن الحكم بموجبها على القانون المختار بالأوثق صلة بالنزاع، ومن هذه النظريات:

<sup>١</sup> غير أن هذا التحليل المنطقي قد يتعارض من ناحية أخرى مع الأحكام الخاصة بالبطلان الواردة في (المادة ٥٠) من نظام التحكيم السعودي والتي تتعلق بنوعي التحكيم الداخلي والخارجي، وسواء أكان التحكيم بالقانون أم التحكيم بالعدالة، والتي لم تقرر قابلية الحكم للطعن عليه بالبطلان في مثل هذه الحالات، حيث إن حالات البطلان، والتي وردت على سبيل الحصر، لم تتضمن حالة تعسف المحكم أو انحرافه في تطبيق القانون على موضوع النزاع بوصفها حالة من حالات البطلان.

١- نظرية التركيز الموضوعي، ووفقاً لهذا المعيار يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق حسب المكان الذي تتركز فيه المصالح الجوهرية للمتعاقدين، وهي في الغالب مكان تنفيذ العقد<sup>(١)</sup>، ويميل بعض الفقه إلى هذا الحل باعتبار أنه يمكن المتعاقدين، في إطار عقود التجارة الدولية، من التوقع المسبق للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع رغم السكوت عن اختياره صراحة أو ضمناً<sup>(٢)</sup>.

٢- نظرية الأداء المميز في العقد، والقانون الأكثر اتصالاً بموضوع وفقاً لهذا المعيار هو محل إقامة المدين بالأداء المميز، ويتم تحديد الأداء المميز عند إبرام العقد الدولي، ويرى الفقه أن هذا المعيار يحقق فكرة الأمان القانوني لطرفي العقد، ذلك أن تطبيقه سيؤدي غالباً إلى تطبيق قانون لا يخرج عن توقعات الطرفين<sup>(٣)</sup>.

وغالبا ما يسهل تحديد الأداء المميز في العقد بتحديد إقامة المدين بالأداء المميز فيه، ففي المنازعات المتعلقة بالتأمين، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة الذي يقع فيه المقر الرئيس لشركة التأمين، باعتبارها مدينة بمبلغ التأمين، وتخضع عمليات البنوك، وعلى الأخص الاعتماد المستندي،

<sup>١</sup> وقد جاء في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م (المادة ١/٤) أنه: "في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق ... يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً".

<sup>٢</sup> انظر: د/ صلاح الدين جمال الدين، القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦م، ص ٢٩٣.

<sup>٣</sup> د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ١١٤-١١٦.

إلى قانون المكان الكائن فيه البنك الذي يقوم بتنفيذ العملية<sup>(١)</sup>، ويخضع عقد المحامي مع موكله لقانون الدولة التي يباشر فيها نشاطه المهني.

٣- التطبيق الجامع لقواعد الإسناد، وبمقتضى هذا المعيار تقوم هيئة التحكيم بفحص مختلف أنظمة وقواعد الإسناد في مختلف القوانين الوطنية التي لها صلة بموضوع النزاع المطروح، حتى تجمع على قانون وطني معين تقوم على تطبيقه<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا فقد يرى المحكم القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع هو قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون البلد التي يجرى فيها التحكيم أو قانون المصدر أو المستورد أو قانون المدين بالأداء الجوهري في العقد أو الضوابط التي تحكم الشروط الموضوعية في العقد ... إلخ، وأياً كان المنهج الذي يتبعه المحكم لغاية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإنه لا بد أن يستند إلى ضوابط و معايير لتحديد القواعد القانونية الأوثق صلة بالموضوع، ثم يقوم بعد ذلك بتحليل كافة هذه الحلول ليبين أي هذه الضوابط يمثل مركز الثقل في العلاقات القانونية محل النزاع<sup>(٣)</sup>، وقد

<sup>١</sup> د/ علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية، مرجع سابق، ص ٣٧.  
Vincent Heuse، 'La Réglementation Française des Contractes Internationaux'، Précité، pp. 244-245.

<sup>٢</sup> في هذا الشأن: د/ جمال محمود الكردي، القانون الدولي الواجب التطبيق على دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٨٣-١٨٤.

<sup>٣</sup> ويوجب ذلك على المحكم أن يسترشد بضوابط موضوعية مستمدة من ظروف التعاقد على نحو يضمن ارتباطاً حقيقياً بين موضوع النزاع وبين القانون الذي يختاره، وهذا

لاحظ البعض وبحق أن المحكم، وحتى يتوصل إلى تحديد القانون الموضوعي الأكثر اتصالاً بالنزاع، قد يجد نفسه يسير في البحث عن ضوابط أو قواعد تتماثل مع تلك المستخدمة في المنهاج التنازعي، وهذا الأمر لا يمكن ملاحظته في الحقيقة خصوصاً إذا كان المحكم غير مجبر على توضيح أسباب الاختيار<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ في هذا الشأن أن سلطة المحكم في تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع عند سكوت الأطراف عن تحديده، مقيدة بأن ينصب الاختيار على قانون واحد ليحكم النزاع وليس عدة قوانين، فإذا كان لأطراف التحكيم الحق في اختيار أكثر من قانون موضوعي لتطبيقه على النزاع، فإنه لا يجوز للمحكم أن يطبق على النزاع قواعد قانونية تعود إلى أكثر من قانون وطني، أو أن يطبق قواعد أو مبادئ مشتركة، لأن ذلك يتجاوز مهمة المحكم فيما يتعلق بالتحكيم بالقانون، الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق قانون

يعتمد على كفاءة المحكمين وخبرتهم القانونية، ويقع على عاتقهم من ناحية أخرى عبء الاستعانة بالخبراء لتحديد أي عناصر العقد هو الأوثق صلة بالنزاع.

راجع في هذا الشأن: د/ محمود سمير الشراوي، المرجع السابق، ص ٤٦، د/ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ١٩١، د/ جمال الكردي، المرجع السابق، ص ١٧٠.

<sup>١</sup> وقد طبق مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي هذا المفهوم في نزاع بين شركة نمساوية ووزارة الزراعة المصرية عام ١٩٨٥م، عندما قررت هيئة التحكيم أنه: "في إطار قواعد اليونسيترال -بمسختها المطبقة في هذا التاريخ- يجب البحث في قواعد التنازع عن القانون الموضوعي الواجب التطبيق، نظراً لعدم اتفاق الأطراف عليه، وانتهى إلى أنه تطبق قواعد الإسناد في المادتين ١٩، ٢٠ من قواعد الإسناد المصرية والتي تقرر تطبيق قانون محل الإبرام في الالتزامات التعاقدية، ومكان وقوع الفعل في الالتزامات غير التعاقدية، مما يتعين معه تطبيق القانون المصري".

وهو ما يعني أن الاستعانة بقواعد الإسناد هنا جاءت في سياق تحديد القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع.

معين على النزاع، إلى التحكيم بالصلح الذي يتحلل فيه المحكم من الالتزام بتطبيق قانون معين، وهو نظام يفترض اتفاق الأطراف عليه صراحة وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٣٨) من نظام التحكيم السعودي<sup>(١)</sup>.

التزام هيئة التحكيم بمراعاة الشروط التعاقدية والعادات والأعراف الجارية:

وفي كل الأحوال تلتزم هيئة التحكيم، وهي بصدد تحديد القواعد القانونية اللازمة للفصل في موضوع النزاع، بمراعاة شروط العقد محل النزاع، وأن تأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين (المادة ٢/٣٨ من نظام التحكيم السعودي)، وهو حكم يتفق مع ما ورد في المادة (٣/٣٥) من القانون النموذجي للتحكيم (Unicital) في نسخته الصادرة عام ٢٠١٠م، بأنه: "وفي جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في المنازعة وفقاً لشروط العقد إن وجدت، وتراعي في ذلك أي أعراف تجارية سارية على المعاملة".

ومن هذا يتضح أن المشرع السعودي ألزم المحكم بمراعاة شروط العقد وأن يأخذ في الاعتبار العادات والأعراف المتبعة في نوع المعاملة.

وتستمد الشروط العقدية شرعيتها من مبدأ سلطان الإرادة السائد في مجال التحكيم التجاري الدولي، وإذا كانت التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية قد أسهمت بدرجة كبيرة في ظهور ما يعرف بالعقود النموذجية

<sup>١</sup> د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

الداخلية والدولية، كعقود بيع البضائع والتوريد والتأمين وبعض معاملات البنوك وعقود النقل البحري والجوي.. وغيرها، وهي عقود تفرض من قبل فئة أو طائفة من المنتحين لتجارة معينة على نحو نمطي، قد يقال أن المتعاقدين يفقدون بشأنها حريتهم أو يكادون فتضعف فيها إرادتهم بل تكاد تزول، إلا أن الفكر القانوني قد اعترف بشرعية هذه العقود من حيث المبدأ، نظراً لما تحققه من مصالح مشتركة للأفراد والشركات التجارية التي تنتمي لطائفة تحترف نوعاً معيناً من التجارة، ويتصدى من ناحية أخرى لفكرة الإذعان عن طريق إبطال الشروط المجحفة التي قد تتضمنها تلك العقود أو إعفاء الطرف المذعن منها نهائياً<sup>(١)</sup>.

وكما يجب على هيئة التحكيم مراعاة شروط العقد، فإنه يتوجب عليها مراعاة العرف المتعلق بموضوع النزاع، لاسيما وأن العرف يعد مصدراً راسخاً من مصادر عقود التجارة الدولية بمفهومها الواسع، بحيث لا يتوجب على هيئة التحكيم، لإعمال مقتضاه على النزاع، أن يثبت لديها اتجاه إرادة الأطراف إلى العمل بموجبه، ولا يجوز لأحدهما الاعتذار بالجهل به، والمقصود بالعرف في هذا الشأن هو العرف السائد في موضوع النزاع

<sup>١</sup> غير أن هذه المفاهيم لا تجد لها صدى كبيراً في مجالات التجارة الدولية، ذلك أن العقود النموذجية تطبق بصورة متكاملة، لأن المتعاقدين في إطار التجارة الدولية يتسمون بالوعي وإدراك مخاطر إبرام العقود، ولذلك فهم أكثر إدراكاً للمزايا والمخاطر الناشئة عن تبني مفهوم العقود النموذجية على ما تتضمنه من شروط تعاقدية تحكم علاقة أطرافها. د/ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٦٢، د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

المتعلق بالتجارة الدولية، ولذا فلا عبرة بالعرف الداخلي إذا تعارض مع العرف الدولي في هذا الشأن.

أما العادات التجارية التي تراعيها هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع فهي القاعدة التي تنشأ من خلال تواتر العمل بها في مهنة معينة، وثمة اتجاهها يرى أن العادات التجارية ذات طابع اتفاقي، لا تكتسب الصفة الملزمة، ومخالفتها لا ترتب أي أثر قانوني إلا عند وجودها كشرط من شروط العقد<sup>(١)</sup>، كما يجب أيضاً على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار ما اعتاد عليه أطراف العلاقة محل التحكيم في تنفيذ الالتزامات المتقابلة، إلا إذا ثبت لديه استبعاد أي مما سبق باتفاقات صريحة أو ضمنية مما لا يعد مخالفاً للنظام العام والآداب<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> وتعتبر العادة التجارية بصفة عامة في مرتبة أدنى من العرف التجاري، إذ أن قواعد الأخير تعتبر قواعد قانونية لها صفة الإلزام، في حين أن العادة الاتفاقية تعتبر بمثابة شرط من شروط العقد ويجب على من يتمسك بها إثباتها ومن ثم فلا يجوز إعمالها إذا أثبت أحدهما عدم علمه بها، ومع ذلك يفترض اتجاه إرادة المتعاقدين إلى العادة التجارية حتى يثبت عكس ذلك، ومن أمثلتها إضطراد العمل على طريقة معينة في فحص البضائع في بعض البيوع التجارية، أو تحديد مهلة معينة لقبول الصفقة.

<sup>٢</sup> وقد جاء في المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لعام ١٩٦١م أنه: "يجب على المحكم أن يراعي، سواء حدد الطرفان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو حدده المحكم نفسه، شروط العقد والأعراف التجارية الجارية". راجع: د/ عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٤١٤.

### المبحث الثالث

#### الاتفاق الصريح على التحكيم دون التقيد بقواعد قانونية معينة

##### (التحكيم مع التفويض بالصالح - التحكيم الطليق)

قدمنا أن التحكيم يعتبر نوعاً من القضاء الإرادي الخاص الذي يهدف إلى حسم النزاعات وفق أحكام قابلة للتنفيذ على نحو يضمن استمرار العلاقة بين الأطراف، دون التقيد بتطبيق قانون أو نظام قانوني بعينه، خاصة إذا كانت هذه القواعد غير ملائمة لحكم النزاع، وقد أشرنا إلى أن غالبية التشريعات والاتفاقات الدولية والقوانين الوطنية المقارنة أقرت ما يسمى بالتحكيم مع التفويض بالصالح أو التحكيم الطليق، الذي يتيح لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع دون التقيد بقواعد قانونية معينة، وإنما وفق قواعد العدالة والإنصاف، وذلك إذا اتفق الأطراف على ذلك صراحة<sup>(١)</sup>.

أولاً: مفهوم التحكيم الدولي في إطار عقود التجارة الدولية:

يقرر الفقه السائد في هذا الشأن أنه إذا كان الأصل العام في التحكيم هو التحكيم بالقانون، وأنه إذا أطلق لفظ التحكيم أو سكت أطرافه عن تحديد نوعه فإنه ينصرف إلى التحكيم بالقانون، الذي يلزم هيئة التحكيم، وهي تحسم موضوع النزاع، أن تبادر إلى تحديد مضمون القواعد القانونية

<sup>١</sup> د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٥.  
BERNARD, 'L'arbitrage Volontaire en droit Prive', Bruxelles, 1973, p. 242.

الواجبة التطبيق على النزاع، وحينئذ ينشأ عليها التزام بتطبيق هذه القواعد، غير أن مقتضيات التجارة الدولية الحديثة، والتي رغبت في التخلص من تطبيق الأحكام الموضوعية للقوانين الوطنية، وتكريساً لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيق الكفاية الذاتية للعقود التجارية الدولية، أعطت للأطراف الحق في تفويض هيئة التحكيم في أن تفصل في النزاع وفق ما ترتئيه من قواعد ملائمة لعقود التجارة الدولية، وما يكتنفها من علاقات معقدة ومتشابكة<sup>(١)</sup>.

وفي هذه الحالة يكون لهيئة التحكيم أن تقضي وفق ما تراه محققاً للعدالة والإنصاف، وذلك بعيداً عن الأحكام الواردة في القوانين الوطنية، خاصة إذا كانت هذه الأحكام غير كافية أو لا تصلح لإعطاء النزاع حلاً منصفاً، مع الوضع بالاعتبار تعقد العلاقات القانونية الناشئة عن العقد أو مجموعة العقود التجارية الدولية محل النزاع و تعدد أطرافها واختلاف مراحل تنفيذها، الأمر الذي يستدعي إعفاء الهيئة من الالتزام بقوانين لا ترى أنها توفر حلاً عادلاً للنزاع، وبما يعطي الأفضلية والأولوية في التطبيق لقواعد العدالة والإنصاف على حساب النصوص التشريعية المعدة سلفاً في النظم القانونية المختلفة، خاصة فيما يتصل بالتحكيم التجاري الدولي،<sup>(٢)</sup> ومتى

<sup>١</sup> د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٧٥٠، د/ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٥.

<sup>٢</sup> ذلك أن التحكيم في علاقات التجارة الدولية لا يمكن اعتباره، كما هو شأن التحكيم في المعاملات الوطنية، طريقاً فرعياً لحسم المنازعات، وإنما يمكن القول باطمئنان أن التحكيم في المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية يعد بمثل الأداة الأصلية لحسم المنازعات التي تنشأ بين أطراف هذه المعاملات، ولذا فلا يمكن القول بضرورة تقييد هيئة التحكيم يصده بتطبيق قواعد القانون بعيداً عن رغبة الأطراف أو رغماً عن هذه الإرادة.

توصل المحكم "الطلاق" إلى هذه النتيجة، تعين عليه البحث عن الحل العادل والمنصف ومن ثم إصدار حكمه متوافقاً مع هذه النتيجة.

وقد أقر نظام التحكيم السعودي هذا النوع من التحكيم بنصه في الفقرة الثانية من المادة الثامنة والثلاثين على أنه: "إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تحكم به وفق مقتضى قواعد العدالة والإنصاف".

وتعترف سائر التشريعات بالتحكيم بالصلح بهذا المفهوم، ومن ذلك المادة (١٤٧٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل لعام ١٩٨٠، والمادة (١٨٧) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧م، وفي ذات الاتجاه تنص المادة (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤م، على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم، إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون".

أما الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في ٢٠١٠م فتبرز ضرورة عدم اللجوء للتحكيم الطليق إلا بعد الإنزاح الصريح من الأطراف بنصها على أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في المنازعة بحكم غير مقيد بنص أحكام القانون أو وفقاً لمبادئ العدل



يعلو القوانين الوطنية، بحكم العدالة التي يوفرها للخصوم ولا يمكن استمدادها من هذه القوانين<sup>(١)</sup>.

ومؤدى ذلك وباسم العدالة والإنصاف يمكن لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة على المسؤولية أو توزيع مخاطرها على الطرفين، أو تخفيض الالتزام المرهق في العقود والالتزامات إلى الحد المعقول، كما يجوز أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه رغم عدم توافر الاعذار الذي يتطلبه القانون، أو إلزام المدين بدفع الدين لدائنه رغم دفع المدين بالتقادم وتوفر شروط هذا الدفع<sup>(٢)</sup>.

غير أنه يجب عدم الإفراط في تصور أن التحكيم بالصلح، ووفقاً لقواعد العدالة بالمفهوم السابق، يفترض القول بتعارض العدالة مع القانون، بل يمكن القول باتجاه القانون نحو توسيع مصادره بما يسمح بحل النزاع على

<sup>١</sup> ويشير الفقه في هذا الصدد إلى أن ما يبرر وجود التحكيم الطليق، خاصة في إطار حسم منازعات عقود التجارة الدولية، أن هذا التحكيم يستند وجوده إلى أزمة القانون ذاته بما فيه من شكليات وما يطبعه من صرامة لا تستجيب لضرورات ومقتضيات التجارة الدولية، الأمر الذي قد يلجئ الطرفين إلى التحكيم الطليق لإعفاء النزاع من الخضوع إلى أي قانون وطني تتعارض قواعده مع هذه الضرورات وتلك المقتضيات، وإتاحة الفرصة للمحكمن الدوليين للوصول إلى حلول عادلة ومنصفة قد لا تكون مستمدة مباشرة من أي قانون وطني أو أي معاهدة دولية.

د/ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، مرجع سابق، ص ٩٤ وما بعدها، د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٥١.

GOLDMAN (B) ،une Bataille. Judicaire Autour de la lex Mercatoria ، Rev. arb ،1983 ،P. 380 et s.

<sup>٢</sup> لمزيد من التطبيقات لفكرة العدل والإنصاف انظر: د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص ٧٥٩ وما بعدها.

والإنصاف إلا إذا أذن الأطراف بها صراحة<sup>(١)</sup>.

إن التحكيم الطليق القائم على أساس أفكار مثل العدالة والإنصاف يعتمد على الجانب النفسي للمحكم وفق ما تشكله قناعاته وضميره حول ما يعد محققاً للعدالة، وهو أمر يتشكل وفق الحالة النفسية والتكوين الثقافي والاجتماعي والخبرات المكتسبة للمحكم، ومراعاة اعتبارات العدل والإنصاف في أداء الحقوق وتنفيذ الالتزامات المتبادلة بين الأطراف، وذلك في حدود الاستطاعة وبما لا يمثل إرهاقاً للخصوم وتحقيق فكرة التوازن المعقول بين أعباء الأطراف.

ويظهر من ذلك أن قواعد العدالة في التحكيم بالصلح ليست مجرد وسيلة لتفسير نصوص العقد أو القانون أو لمجرد الفصل في النزاع، وإنما هي الغاية النهائية التي تسعى إليها هيئة التحكيم على نحو يتجاوز التفسير المباشر والحال لقانون موضوعي معين، ويترتب عليها الاعتراف بقانون

<sup>١</sup> وعلى هذا المعنى جرت نصوص العديد من الاتفاقات الدولية المنظمة للتحكيم، ومن ذلك اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (٣/٤٢م) والاتفاقية الأوروبية للتحكيم المبرمة عام ١٩٦١م (٧م)، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧م (٢/٢١م). ومن لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨م (٣/١٧م)، لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤م (٢٤م).

التجارة الدولية وضرورة المحافظة على استمرار العلاقة بين أطراف التحكيم<sup>(١)</sup>، حيث يجوز لهيئة التحكيم استبعاد تطبيق قواعد القانون الموضوعي التي كانت لتطبق أصلاً على النزاع إذا رأت أنها تجافي العدالة، كما يجوز لها أن تطبق من هذه القواعد ما تتوافر فيها المعايير التي تراها محققة للعدالة وفقاً لطبيعة موضوع النزاع.

#### محاذير التحكيم الطليق ومخاطره:

والتحكيم الطليق، بالمفهوم المتقدم، وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف التي أشارت إليها المادة (٢/٣٨) من نظام التحكيم السعودي، لا يعني على هذا انفكاك المحكم عدلاً وإنصافاً عن الالتزام بالقواعد العامة المنظمة للتحكيم بالقانون، وذلك كاستناده إلى اتفاق صحيح على التحكيم والالتزام بحدود النزاع المعروض على هيئة التحكيم وعدم الحكم بغير ما يطلبه الخصوم، وعدم تشويهه أو طمس وقائع النزاع، ومراعاة قواعد النظام العام في الدولة التي يطلب إليها تنفيذ حكم التحكيم أو دولة مقر التحكيم، واحترام الشروط الواجب توافرها في الحكم، واستناد الحكم على إجراءات تحكيم صحيحة<sup>(٢)</sup>، وإلا تعرض حكم التحكيم في حالة مخالفة هذه القواعد للبطلان أو عدم التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> د/ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٥.

<sup>٢</sup> المادة (١/٥٠) من نظام التحكيم السعودي.

<sup>٣</sup> راجع: د/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٤ ص ٩٤.

ضوء الاعتبارات والظروف المتباينة، والتي لا يمكن مراعاتها فيما لو أخضعت هيئة التحكيم إلى القواعد المحضة للقانون الواجب التطبيق بحسب الأصل، فقد لا يهدف الطرفان من تحويل المحكم صلاحية التحكيم بالصلح تعطيل تطبيق قواعد القانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع النزاع أصلاً، بسبب عجز هذا القانون عن إعطاء حلاً عادلاً، وإنما يكون ذلك بهدف إتاحة الفرصة للمحكم الطليق للبحث عن الحل العادل للنزاع المعروض عليه ولو لم يستمد من نصوص هذا القانون، ولو اضطر في سبيل ذلك إلى تجاوز هذا القانون الوطني الذي قد لا يجد فيه هذا الحل، ويعني ذلك من جهة أخرى أن هذه الصلاحية التي منحها الأطراف لهيئة التحكيم في التحكيم الطليق، بألا تلتزم بتطبيق نصوص القانون بتفاصيلها، لا يجب النظر إليها على أنها تعني تنازلاً من جانبهم بعدم الرضوخ لأي قانون، بل يجب النظر إلى هذه الصلاحية على أنها تسمح بنوع من التكامل بين مجموعة مركبة من المعايير المختلفة التي تستطيع هيئة التحكيم الطليق أن تستخلص من مجملها قاعدة تراها أكثر ملائمة لحل النزاع المعروض عليها<sup>(١)</sup>.

وبالتالي فالتحكيم الطليق يعبر عن تكامل العدالة والقانون واتحاد كل منهما مع الآخر، بحيث تبدو العدالة مع القانون كوجهين لشيء واحد هو العدل الملائم لطبيعة موضوع النزاع، وعلى وجه الخصوص بما يلبي حاجات

<sup>١</sup> في هذا الشأن راجع: د/ صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص ١٩٥.

هذا وعلى الرغم من الاعتبارات السابقة التي قد تبرر وجود التحكيم بالصلح في إطار علاقات التجارة الدولية، فإن هذا النوع من التحكيم الذي يسمح صراحة لهيئة التحكيم في عدم الالتزام بتطبيق قانون معين على حكمها التحكيمي الذي يحسم النزاع، تصاحبه العديد من المخاطر التي قد تلحق بالأطراف في هذه العلاقات، والتي تعود بصفة رئيسية إلى أنه لا يكفل للمتحاكمين ما يعرف بالأمان القانوني الذي يوفره التحكيم بالقانون<sup>(١)</sup>.

ويعود ذلك، فضلاً عما سبق وأشرنا إليه، إلى قيام التحكيم عدلاً وإنصافاً على القناعات الشخصية للمحكم وضميره المستمد من حالته النفسية الخاصة وتكوينه المستند إلى خلفياته الثقافية والسياسية والاجتماعية ونحوها، كذلك عدم التزام المحكم فيه بتسبب حكمه بما يسمح بمراقبة مدى التزامه بتطبيق ضوابط معينة، كما أن غالب القوانين والتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم لا تقر إمكانية الطعن على حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن التي تكفل مراجعة الحكم وتصحيح ما يعتوره من أخطاء سوى، وعلى سبيل الاستثناء، الطعن بالبطلان لأسباب محددة حصراً، فإذا

<sup>١</sup> وفي هذا الصدد يرى جانب من فقه قانون التجارة الدولية، أن العدالة لا تدخل ضمن قواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية، لأن العدالة تعني تحقيق التوازن الدقيق لنتائج النشاط الإنساني، في حين أن القاعدة القانونية تطبق كما هي حتى وإن لم تحقق ذلك التوازن، وذلك لأن العدالة شعور نفسي لا يوجد اتفاق حول مضمونها، بالرغم من أن العدالة قد لعبت دوراً مهماً في إطار التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي المبدئي للعقد الدولي وفي التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة والظروف غير المتوقعة على سبيل المثال، الأمر الذي جعل العدالة تستقر في ضمير العقود التجارية الدولية مما شكل اعتباراً جزءاً من القانون الموضوعي للتجارة الدولية. راجع في هذا الشأن: د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٧٥٩، د/ حسني المصري، المرجع السابق، ص ٤٣٥.

ما وضعنا في الحساب هذه الاعتبارات لظهر جلياً ما يكتنف التحكيم الطليق من مخاطر على المتحاكمين، وما قد يتعرضون له من محاذير السقوط في شرك شروط تحكيم مجحفة، تدرجها عادة الشركات العابرة للحدود عند التفاوض على إبرام العقود مع أطراف منتمية للدول النامية، ومن إمكانية مفاجئتها بطول للنزاع تتضمن أحكاماً غير متوقعة للطرف الآخر، ولا تعبر سوى عن مراعاة مصلحة هذه الشركات الدولية، في ذات الوقت الذي يكون فيه الاتفاق الصريح، الذي هو شرط الولوج إلى هذا النوع من التحكيم وبمقتضى الإرادة الحرة للأطراف، ملزماً لهم، بما يدفعهم لقبول سائر النتائج التي قد تترتب عليه دون أن يكون لهم أن يتضرروا من آثاره<sup>(١)</sup>.

ثانياً: التحكيم وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف في إطار القانون الموضوعي للتجارة الدولية:

قدماً أن اختيار القانون الواجب التطبيق، سواء تم من قبل أطراف التحكيم

<sup>١</sup> نشير هنا إلى أن التحكيم الطليق لا يفضل اللجوء إليه في منازعات التجارة الدولية التي تنشأ عن العقود قصيرة الأجل، ومثلها البيوع التي ترد على المثليات من المنقولات المادية، إذ عادة ما تنصب هذه البيوع على سلع أو بضائع تكون محلاً لبيوع متعددة ومتعاقبة في رحلتها من المنتج أو تاجر الجملة إلى المستهلك الأخير، إذ تخضع مثل هذه العقود لتنظيم يرد في نصوص واضحة ومحددة في قوانين وطنية معينة أو تخضع لأعراف وعادات تجارية مستقرة تسود في سوق البضائع أو السلع أو لشروط تفصيلية ترد في العقد المتفق عليه تحدد عادة طبيعة المبيع وصفاته وكميته ومواعيد التسليم ومصاريف النقل والشحن والتفريغ والتأمين، فضلاً عن بيان ثمن المبيع ومكان التسليم وميعاد الوفاء ونوع العملة التي يجب الوفاء بها وطريقة الوفاء .. إلى غير ذلك مما تجد فيه هيئة التحكيم قواعد محددة مسبقة تصلح لحل النزاع، دون أن تكون في حاجة إلى البحث عن قواعد تحقق العدالة والإنصاف لأطراف العقد بعيداً عن القواعد السابقة.

راجع: د/ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

أنفسهم أو بمعرفة المحكمين عند سكوت الأطراف عن التحديد أو تفويضهم المحكمين بالاختيار، يكون عادة لقانون دولة معينة بناءً على أن الأصل هو التحكيم بالقانون، غير أن قصور القوانين الوطنية عن معالجة العلاقات الناشئة عن عقود التجارة الدولية الحديثة، وعجزها عن مواجهة مشكلات مجتمع التجارة والاستثمارات، واختلاف وتباين الحلول التي تتضمنها القوانين الداخلية بشأن العلاقات التجارية الدولية، أدى إلى احتمال تطبيق نظام قانوني قد لا يتماشى أو ينسجم مع واقع العلاقات التجارية الدولية.

من هنا فقد اتجه الفكر القانوني الحديث، الساعي لتنظيم العلاقات القانونية الناشئة عن العقود التجارية الدولية المعاصرة، إلى صياغة قواعد قانونية موضوعية تتسم بالطبيعة الدولية في التطبيق، وتتفق مع طبيعة هذه العقود الحديثة غير المتجانسة والمرتبطة بأكثر من طرف دولي<sup>(١)</sup>، تنظيمياً يعتمد الطبيعة الخاصة للتجارة الدولية التي لا تحتمل الإجراءات المعقدة التي تعرقل حركة التجارة، ويراعي الأعراف والعادات التي تسود المجتمع الدولي للتجار باعتبارهم الأقدر على تحديد مصالحهم، واختيار المعايير

<sup>١</sup> ويستند الفكر القانوني المؤيد لوجود هذه القواعد الموضوعية المنظمة للتجارة الدولية إلى أن تطور العلاقات في هذا الشأن أدى إلى تكوين مجتمع مجاور لمجتمع الدولة، أعضاؤه هم التجار ورجال المال والصناعة، وله سلطته الذاتية التي تقوم على وضع قواعد لتنظيم سلوك أفرادها وأشخاصه وضبط ما ينشأ بينهم من علاقات، وتلك القواعد الموضوعية تكون ما يعرف الآن بقانون التجارة الدولية Les Mercatoria .  
GOLDMAN (B) ،Frontières des Droit et Lex Mercatoria ،In Archives de Philosophie de Droit ،1964 ،Vol. IX. P. 177.

مشار إليه في مؤلف د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٥٥.

الملائمة لتنشيط حركة التجارة الدولية والمحافظة على انسياب حركة البضائع والأشخاص دون عوائق أو مخاطر، الأمر الذي دفع بالدول الوطنية ذاتها أن تسمح في تشريعاتها المنظمة للتحكيم بالقبول والاعتراف بحتمية هذه القواعد، وذلك لاعتبارات اقتصادية واجتماعية وسياسية ولغايات الأمان الذاتي للتجارة الدولية<sup>(١)</sup>.

ويقصد بالقانون الموضوعي أو القواعد الموضوعية للتجارة الدولية مجموعة المبادئ والنظم والقواعد التي تضع مباشرة حلاً موضوعياً لمشاكل عقود التجارة الدولية، والمستقاة من كافة المصادر والنظم والقواعد المهنية التي استقرت في وقع المعاملات بين ممارسي هذه التجارة، والتي تشمل التنظيم الوارد في العقود النموذجية الدولية والشروط والمبادئ العامة في القانون وقواعد العدالة والعادات والأعراف السائدة في مختلف مجالات التجارة الدولية، كتجارة الحبوب والبنترول وأسواق المال وعقود نقل التكنولوجيا والنقل البحري والجوي<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا يجوز للمحكم الدولي الطليق حسم موضوع النزاع المعروف للتحكيم على ضوء هذه القواعد التي لا تستمد من التشريعات الوطنية ولا المعاهدات الدولية، وإنما تستمد من نصوص العقد ذاته أو من العادات والأعراف السائدة، أو حتى مما استقرت عليه أحكام التحكيم الصادرة في

<sup>١</sup> د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥٥، ٢٥٦.

<sup>٢</sup> د/ محسن شفيق، اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية لعام ١٩٦٤م، ص ٤٣٥، د/ أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٢٨٧ وما بعدها.

إطار التحكيم التجاري الدولي، وذلك باعتبار أن اتفاق الأطراف الصريح على اللجوء إلى التحكيم بالصلح إنما يعني تنازلهم عن إلزام المحكم أن يصدر حكمه وفق إحدى القوانين الوطنية ذات الصلة بموضوع النزاع<sup>(١)</sup>.

مدى توفر صفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية:

هذا ويرى مؤيدو هذا النظام أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تشكل نظاماً قانونياً من حيث التنظيم والبناء، والمتمثل في الجماعة الدولية للتجارة ورجال المال والأعمال والصناعة وهي جماعات متماسكة، وأن ما تضعه من قواعد هي قواعد سلوكية تنظم سلوك أفرادها، وأن التنظيمات المهنية لهذه المجموعات تعد بمثابة "السلطة" في مجال التجارة الدولية، فالتكوين الافتراضي لمجموع متماسك من القواعد الموضوعية للتجارة الدولية يعتمد على وجود شبكة من العلاقات التجارية التي تفلت من رقابة الدول الوطنية، وينتهي هذا الاتجاه إلى أن هذه القواعد تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً ومشاركاً بين كل الأفراد والمجموعات والوحدات التي تشارك في التجارة الدولية<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من ذلك فقد ثار خلاف في الفقه حول مدى توافر صفة النظام

<sup>١</sup> ويرى أنصار هذا الرأي أن القانون الموضوعي للتجارة الدولية له ذاتية خاصة لا تختلط بالفكرة التقليدية للقانون الوضعي الذي يعد نتاج تطور تاريخي واقتصادي وسياسي، أما قانون التجارة الدولية فهو نتاج مجتمع له مصالحه ومبادئه وعلاقاته وتنظيمه الذاتي الذي لا يخضع في تكوينه للخصوصيات الوطنية، وإنما يهدف مباشرة إلى مراعاة مصالح التجارة الدولية والتوفيق بين المصالح المتعارضة لأطرافها ووفقاً لسلطتهم الذاتية في وضع قواعد تنظم سلوكهم.

د/ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

<sup>٢</sup> د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٤٢ وما بعدها.

القانوني الحقيقي للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية، حيث يرى اتجاه آخر أنه لا يمكن اعتبار هذه القواعد بمثابة قواعد قانونية بالمعنى الدقيق، لأن بعض مكونات هذه القواعد تفتقد إلى العناصر الرئيسية اللازمة للقواعد القانونية بصفة عامة، فالعادات التجارية مثلاً تفتقد عنصر الإلزام أو الجزاء الذي يفرض احترامها، كما أن هذه القواعد الموضوعية ينقصها المقومين الأساسيين لأي نظام قانوني، الأول: المقوم العضوي، الذي يفترض وجود قواعد قانونية تنظم سلوك مجتمع متماسك، وهو ما لا يتوفر في مجتمع التجارة الدولية التي تشكل أفرادها مجرد مجموعات غير متجانسة تتعارض مصالحها، كما أن افتقاد هذه القواعد لعنصر الإلزام وعدم وجود سلطة عليا تفرض الجزاء على من يخالف أحكامها يجعل هذه القواعد تفتقد المقوم الثاني للقواعد القانونية بالمعنى الحقيقي، وهو المقوم القاعدي<sup>(١)</sup>.

ونحن من جانبنا نرى أن لجوء مؤسسات ومراكز التحكيم الدولية لما يسمى بقواعد قانون التجارة الدولية، بالمفهوم السابق، لحل منازعات التحكيم الطليق، وبالرغم من أن ذلك قد أصبح واقعاً قانونياً أخذاً في الاتساع على المستوى الدولي، لا يمكن أن يتم بمعزل عن مساندة النظم القانونية الوطنية، التي تقدم حلولاً لمشكلات لا يتضمنها ما يسمى بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية، كمسائل الأهلية والتراضي في العقود والاتفاقات وحساب الفوائد التأخيرية وغيرها، ومن ثم فإن إعمال قواعد هذا القانون وفعاليتها في حسم

<sup>١</sup> في هذا الشأن انظر: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق ..، مرجع سابق، ص ٥٧.

منازعات التجارة الدولية سيظل معتمداً وبدرجات متفاوتة على القوانين الوطنية.

وفي هذا الشأن فإن نظام التحكيم السعودي قد أشار إلى أن تطبيق هيئة التحكيم للأعراف التجارية الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة يكون بصفة تكميلية أو احتياطية إذا لم يتفق الأطراف على قانون وطني معين لحكم النزاع (المادة ٢/٣٨ ج).

وتدل سوابق التحكيم، خاصة تلك التي كان أطرافها شركات أجنبية خاصة ودول وطنية بشأن عقود استثمار، على خطورة اللجوء إلى قواعد وأنظمة غير محددة وغير واضحة المعالم لتحكم موضوع النزاع، كما هو شأن ما يعرف بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية، أو كما يعبر عنها بالشروط العامة للعقود الدولية أو القواعد والمبادئ المشتركة بين الأمم المتعدنة<sup>(١)</sup>.

<sup>١</sup> ونذكر على سبيل المثال من هذه الأحكام حكم التحكيم الصادر لصالح شركة Développent LTD Petroléum البريطانية ضد شيخ "أبو ظبي" سنة ١٩٥١، وفي قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine Co LTD سنة ١٩٥٣، وفي قضية تمكين شركة Aramco الأمريكية ضد المملكة العربية السعودية عام ١٩٥٥، وحكم التحكيم الصادر في قضية شركة Saphire International Petroléums LTD ضد شركة البترول الوطنية الإيرانية، عام ١٩٦٣.

راجع في استعراض هذه الأحكام بالتفصيل والتحذير من مخاطر اللجوء إلى قواعد قانونية غير محددة لحكم موضوع النزاع التحكيمي في التحكيم التجاري الدولي، د/ حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٥٤٨، د/ سامية راشد، دور التحكيم في تمويل العقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م، ص ٥٢ وما بعدها.

The American Journal of International Law vol 47، 1953، PP. 156-159.

وأن ذلك كان بهدف الهروب من تطبيق القوانين الوطنية للدول المضيفة للاستثمار، وحماية مصالح تلك الأخيرة في الحفاظ على حقوقها المستمدة من تلك العقود، وتوفير غطاء لهيمنة هذه الشركات على اقتصاديات الدول النامية واستغلال ثرواتها الطبيعية، دون مراعاة لتوازن المصالح والأعباء التي ترتبها هذه العقود.

ولذا ينصح دائماً في حالة عدم وجود اتفاق صريح بين أطراف التحكيم التجاري الدولي على التحكيم الطليق، بعدم اللجوء إلى مثل هذه القواعد التي تجعل مصالح الأطراف رهينة بإرادة المحكمين وتوجهاتهم السياسية والاقتصادية والأيدلوجية، في إصدار أحكام قد لا تتفق ومصالح الدول النامية، وبما يخالف اتفاقات الأطراف وما اتجهت إليه إرادتهم بشأن ما تترتبه العقود من التزامات متبادلة، وبما يخل باقتصاديات العقود المبرمة بين الأطراف، فضلاً عن مجافاتها للمنطق القانوني السليم<sup>(١)</sup>.

تم بحمد الله وتوفيقه

<sup>١</sup> انظر في هذا الشأن: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق، ص ٥٩ وما بعدها، د/ محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٩٠ وما بعدها.

## خاتمة

عرضنا في هذه الدراسة الموجزة لطبيعة وكيفية تحديد القواعد القانونية المنظمة لموضوع التحكيم التجاري الدولي وفق ما تبناه نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) بتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ في هذا الشأن، حيث تبين أن هذا النظام قد تبنى الاتجاهات الحديثة السائدة في أنظمة التحكيم الوطنية المقارنة، وخاصة قانون التحكيم المصري الصادر بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، واتفاقيات ولوائح مراكز التحكيم الدولية وخاصة قانون الأمم المتحدة للتحكيم النموذجي (الأونسيترال) بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠م.

وقد انتهت هذه الدراسة إلى أن تحديد طبيعة هذه القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النظام سيظل دائماً هو الأساس القانوني في آلية التحكيم التجاري الدولي، فهو السند الذي يستمد منه المحكم قدرته على إصدار حكم قابل للتنفيذ في مجال تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، وخاصة عند عدم وجود اتفاق للأطراف في تحديد هذه القواعد أو صعوبة استنباط إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، وما يرتبط بذلك من مشكلات قانونية متعلقة بطبيعة هذه القواعد المزمع تطبيقها وما قد يرافق ذلك من غياب مبدأ الأمان القانوني للمتعاملين في التجارة الدولية، حيث تبين أن اختيار الأطراف للقواعد القانونية التي يرونها ملائمة لحسم منازعاتهم في

عقود التجارة الدولية مما يصب في مصلحة التحكيم التجاري الدولي الذي ينمو كلما علت إرادة الأطراف في هذا الشأن، كمثل أن مستقبل عملية التحكيم وقدرتها على الفصل في النزاع ترتبط بمدى دقة ووضوح هذا التحديد. وقد رأينا أن هذا الأمر يعد من أكثر نقاط الاختلاف والجدل في إطار التحكيم التجاري الدولي.

ولذا آثرنا، مع حداثة صدور نظام التحكيم السعودي، أن نبرز موقفه في هذا الشأن بصورة مقارنة مع القوانين الوطنية والتشريعات الدولية ذات الصلة، حيث تبين أن القاسم المشترك بين هذه الأنظمة والفقهاء المعاصرين يتمثل في تأسيس ذلك على قاعدة موضوعية، فحواها أن لطرفي التحكيم اختيار القانون الذي يطبقه المحكم، وهي قاعدة مستقلة في نطاقها وفي مداها عن كافة القوانين الوطنية، وليس لها حدود سوى ما تفرضه متطلبات التجارة الدولية واعتبارات مراعاة النظام العام في بلد مقر التحكيم أو البلد المتوقع تنفيذ حكم التحكيم في إقليمها، وقد تبين في هذا الشأن أن غالبية أنظمة التحكيم تقرر جواز إبطال حكم التحكيم إذا استبعد تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف بداية، كذلك إذا خالف هذا الحكم اعتبارات النظام العام، مع الوضع في الاعتبار أن مفهوم النظام العام الداخلي لم يعد ذا أثر كبير بعد تبني هيئات التحكيم الدولية لمفهوم النظام العام الدولي.

## قائمة المراجع

### ١- المراجع العربية:

\* د/ إبراهيم أحمد إبراهيم :

- التحكيم والتنمية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مج ٤٨، ع ٢، ٢٠٠٦م.

- التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م، الطبعة الثانية.

- بطلان حكم التحكيم في ضوء قانون التحكيم المصري مقارنة بالتشريعات العربية، سلسلة ورش عمل التحكيم التجاري في الوطن العربي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ١٦-٢١ أبريل ٢٠٠٥م.

\* د/ إبراهيم سليمان صالح الربيش: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مكتبة الرشد، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٩م.

\* د/ أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية، القانون التجاري الدولي، دراسة لفكرة Lex Mercatoria، مجلة التحكيم العربي، مايو ١٩٩٩م، العدد الأول.

\* د/ أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨م.

عرضت الدراسة أيضاً لدور المحكم في تعيين القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي وحدود هذا الدور، ولبعض النظريات التي تقدم حلولاً يمكن على ضوءها تحديد القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع من قبل المحكم إذا سكت الأطراف عن هذا التحديد أو لم يمكن لهيئة التحكيم أن تستنبط إرادتهم الضمنية في هذا الاختيار، ومن ذلك نظرية التركيز الموضوعي (توطين العقد)، نظرية الأداء المتميز، تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع..

كذلك فقد عرضنا لما يعرف بالتحكيم بالصلح الذي يقف في مواجهة التحكيم بالقانون، والذي يعطي الحق للمحكم في إصدار حكمه دون إسناده إلى نصوص أو قواعد قانونية معينة، حيث تطبق هيئات التحكيم قواعد العدالة والإنصاف مع التزامها بصيانة الحقوق الأساسية للمتحاكمين، كذلك ما يرتبط بذلك مما يعرف بالقواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية وضرورات وجوده وجدوى ومحاذير تطبيقه.



\* د/ أحمد السيد صاوي:

- التحكيم طبقا للقانون ( ٢٧ ) رقم لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية،

دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.

- بطلان حكم التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري

الدولي) دبي ٢٠٠٨م.

\* د/ أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال

الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠م.

\* د/ أحمد عبد الكريم سلامة:

- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، محانير وتوجيهات،

مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، س١٦، ع١٤، ٢٠٠٨م.

- نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون

التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩م.

- الأصول في التنازع الدولي للقوانين، القاهرة، دار النهضة العربية،

٢٠٠٨م.

\* د/ أشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع

التحكيم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية،

٢٠٠٦م.

\* د/ أشرف وفا محمد: استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق

الأطراف، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

\* د/ جمال الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ٢٠٠٥م،

دار الجامعة الجديدة.

\* د/ جمال عمران الورفلي: تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية، القاهرة،

دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.

\* د/ حبيب الملا: الاجتهاد القضائي الإماراتي، ٨، مجلة التحكيم، أكتوبر

٢٠١٠م.

\* د/ حسني المصري: دراسة حول نظم الترس في قانون الشركات

الأنجلو أمريكي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية.

\* د/ حسين الماحي: التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة

العربية، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر،

\* د/ حفيظة الحداد:

- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات

الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان.

- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م

- الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الأزواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠م.

\* د/ رشا علي الدين: دور المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م.

\* م/ رفعت محمد عبد المجيد: العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة مشتركة بين المجلس الأعلى للقضاء في المغرب ومحكمة النقض المصرية، ٥ مارس ٢٠٠٤م.

\* د/ رياض فؤاد: د/ سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م.

\* د/ سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، ١٩٨٦م، منشأة المعارف بالإسكندرية.

\* د/ سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، القاهرة.

\* د/ سعيد يوسف البستاني: الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م.

\* د/ سميحة القليوبي:

- اتفاقية التحكيم، ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، غرفة التحكيم العربية ٤-٧/ ديسمبر/ ٢٠٠٥م.

- تنفيذ حكم التحكيم، ندوة التحكيم في عقود الأشغال والمقاولات، ٤-٧ ديسمبر ٢٠٠٥م، الشارقة، الإمارات.

\* د/ صلاح الدين جمال الدين: التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.

\* د/ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠١٠م.

\* د/ عاطف محمد الفقي: التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.

\* د/ عبد الحميد الأحذب: التحكيم في البلاد العربية، ج ١، دار المعارف.

\* د/ عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.

\* د/ عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، القاهرة، ١٩٨٦م.

\* د/ عصام الدين القسبي: التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بعنوان التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٨م.

\* د/ عكاشة محمد عبد العال:

- القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية حقوق دبي بعنوان "التحكيم التجاري الدولي"، ٢٠٠٨م.

- قانون العمليات المصرفية، دراسة في القانون واجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، الدار الجامعية، ١٩٩٣م.

\* د/ علي أبو عطية هيكل: بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المنفق عليه، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤م.

\* د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، منشأة المعارف بالإسكندرية.

\* د/ فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، ٢٠١٠م.

\* د/ كامران الصالحي: طلب بطلان حكم المحكمين ومدى دور المحكم في احترام الإرادة المشتركة لأطراف التعاقد في منازعات عقود BOT في ضوء القانون الإماراتي وأنظمة التحكيم الدولية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠١١م.

\* د/ ماهر محمد حامد: وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة، مج ٩٧، العدد ٤٨٣، ٢٠٠٦م.

\* د/ محسن شفيق:

- التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٧م، دار النهضة العربية.

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨.

\* د/ محسن عبد الحميد البيه: النظرية العامة للالتزامات، ج١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٢م.

\* د/ محمد أبو العينين: الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات الغاز والبتترول ووسائل حسم منازعاتها الناتجة عنها، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة، ٩-١٠ مارس ٢٠٠٢، شرم الشيخ، مصر.

\* د/ محمد الروبي: التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، دبي عام ٢٠٠٨م.

\* د/ محمد داوود الزغبى: دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

\* د/ محمد فريد العريني: التحكيم في المنازعات البحرية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ٢٠٠٧م، ع ٢.

\* د/ محمد بن ناصر بن محمد البجاد: التحكيم في المملكة العربية السعودية، الرياض، معهد الإدارة العامة (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).

\* د/ محمود السيد عمر التحيوي: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، ٢٠٠٣م.

\* د/ محمود الكيلاني: عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٨م.

\* د/ محمود سمير الشرقاوي:

- منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٦-١٩٩٧م.

- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، ضمن مقال مهدى إلى روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

\* د/ محمود محمد هاشم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ١٩٩٠م.

\* د/ محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.

\* د/ محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧م.

\* د/ محي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، النسر الذهبي، القاهرة، ١٩٨٨م.

\* د/ مصطفى الجمال، د/ عكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٨٨م.

\* د/ وجدي راغب: النظرية العامة في العمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤م.

\* د/ يعقوب يوسف صرخوه: النظرية العامة لقانون التجارة الدولية، ط١، الكويت ١٩٩٩م.

#### ب- المراجع الأجنبية:

\* Alec Stone Sweet ،The New Lex Mercatoria and Transnational Governance ،1315، Journal of European Public Policy. 2006.

\* BATIFFOL (H) & LAGARDE ،(P) ،Droit International Prive ، 7 éd ،Paris ،1983.

\* BERNARD ،L'arbitrage Volontaire en droit Prive ، Bruxelles ،1973.

\* Bouchz (I.j) the Prospects for International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises ،Journal of International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises ،Journal of International Arbitration Vol.8 ،1991.

\* د/ نايف بن سلطان الشريف: التحكيم في منازعات شركات المساهمة العامة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية لنظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد الثالث والخمسون، ٢٠١٣م.

\* د/ نبيل إسماعيل عمر:

- التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، ٢٠١١م، دار الجامعة الجديدة للنشر.

- الفساد في الاستدلال أهم عيوب تسبب الأحكام القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م.

\* د/ نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، دبي، ٢٠٠١م.

\* د/ هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

\* د/ هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ١٩٩٥م، منشأة المعارف.

\* H.HOTULSK: Recent A.GOLDSTAIN; The New Law Merchant Reconsidered in Mélanges CL. SCHMITTHOFF, Frankfurt, 1973.

\* H. Trimmer, The law of foreign Trade in the legal systems of the Countries of Planned Economy in the Sources of the Law of International Trade, de-by Schmitt Hof London. 1964.

\* Jacques Rabs: ombres et incertitudes de droit de L'arbitrage pour les Personnes morales de droit public français Juris. Class.1995. i. doctrine. 3455, Arbitrage et Patrimoine familial Revue de L'arbitrage. 1994.

\* Jean Christophe Pommier, "La Résolution du Conflit des Lois en Matière Contractuelle en Présence d'une Election de Droit: le Rôle de L'arbitre. dr.1.1992.

\* J. F Lalive: The International and Comparative law Quarterly, 1964.

\* J.M.LACQUET, Principe de Autonomie et Contractes Internationaux, Thèse Paris. éd Economico 1983.

\* DAVID, J Branson and RICHARD, E Wallace, Choosing the Substantive Law to Apply in International Arbitration, Virginia. Journal of International Law, V?I. 27 N1. 1986.

\* D.BLANCO. Négociier et Rédiger un Contrat Internationale. Paris. Ed. 1995.

\* De Lvelve, (P), Arbitrage et Ordre Public Dansotés Py sen Dêvêla Parement, Rev. Arb, 1979.

\* DIMITRIOS(A), Law Applicable to Merits of the Arbitration Dispute, an Overview of the English, Swiss and French Arbitration laws, Munich Personal Re PEC Archive, Paper No. 10334, 1/9/2008 see at: <http://Mpra.ub.uni.>

\* Derain (y), Les Tendances de la Jurisprudence arbitrale internationale, Journal. Droit, int, 1993.

\* GOLDMAN, Berthold :  
- Frontières des Droit et Lex Mercatoria, in Archives de Philosophie de Droit, Paris 1964,.

- La Volonté de Poulies et Le note d' arbitre dans l'arbitrage International, Rev. arb. 1981.

\* Pierre Lalive , "Les Problème Spécifique de L'arbitrage International, ,Revue de L'arbitrage ,1980

\* P. Sandres ,Aspects de l'arbitrage International ,Rev. dr. Inter. et dr. comp. 1978,.

\* P.SWANSON. Arbitration Clauses. What law Governs and who decides? See at:  
[WWW.bernardpartenrs.com/images2005/pdfs/Harbour&shippingarticleArbitrationClauses.pdf.2-2-2008](http://WWW.bernardpartenrs.com/images2005/pdfs/Harbour&shippingarticleArbitrationClauses.pdf.2-2-2008).

\*R. David: Arbitrage dans Le Commerce International , Paris Économica ,1982.

\* Red Fern (A) Hunter (M) et Smith (M) ,droit et pratique de L'arbitrage commercial international ,Le édition. Paris , L. G. D. J ,1998.

\*Robert et Moreau ,L'arbitrage droit interne droit international Prive ,Paris ,1998,.

\* SALPIUS (E) ,Arbitration in Eastern Europe ,International Arbitration Journal ,Issue,2 ,2006.

\* J. TROUSSET ,? Incorporation dans le Contracte de la loi Étrangère Choisie Par Les Parties ,Thèse Paris ,1961.

\* J.WETTER ,salient clauses in international investment contracts ,the business lawyer ,1962.

\*KAHN(Ph): Lex Mercatoria et Euro-obligations ,in Mélanges Cl. SCHMITHOFF. Frankfurt ,1973.

\* LAGARDE (P) ,Le Dépeçage dans le Droit International Prive dos Contractes ,in Riv. Dir. Int. Pr. E Proc. 1975.

\* Mathieu de Boisson ,Le droit Français de L'arbitrage ,Paris 1985.

\* Mireille COUSTON: L'émergence des Activités Spatiales a Vocation Economique e L'évolution Droit de l'espace. Thèse Paris ,1991.

\* Ph.KAH: Exploitation Commerciale de L'espace ,Droit positif ,droit prospectif ,Travaux du centre de recherches sur le droit des marches et des investissements internationaux ,Paris ,litec ,1992.

| رقم الصفحة | الموضوع   |
|------------|---|
| ٢١         | مقدمة   |
| ٤١         | الفصل الأول<br>تعيين القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع بواسطة الإرادة المشتركة لطرفي التحكيم التجاري الدولي |
| ٤٥         | المبحث الأول: خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة المشتركة لطرفي التحكيم   |
| ٤٨         | المطلب الأول: تطبيق القواعد الاتفاقية (العقدية) التي حددها أطراف العلاقة القانونية محل التحكيم.                   |
| ٦٣         | المطلب الثاني: اتفاق الأطراف على اختيار قواعد قانونية وطنية   |
| ٦٣         | الفرع الأول: حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الوطني الواجب التطبيق   |
| ٦٨         | الفرع الثاني: مدى حرية الطرفين في تعيين القانون الواجب التطبيق  |
| ٩٢         | المبحث الثاني: حدود مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع                          |
| ٩٤         | المطلب الأول: الصلة بين القانون المختار والعلاقة القانونية محل التحكيم  |
| ٩٨         | المطلب الثاني: الغش نحو القانون   |
| ١٠١        | المطلب الثالث: فكرة النظام العام وتحديد مجال التقييد بها ومقتضيات احترام شروط العقد                               |

\*S.COURTRIX; Les Systèmes Commerciaux de Télécommunication Par Satellites ,Droit del'espace , Aspects Récents ,Paris ,1988.

\*SHACKELFORD (E) ,Arbitration law in Eastern Europe , Chicago ,Journal of International & Comparative law. Vol , 7 ,2007.

\* W.W. Park. Arbitration of International Contract Disputes the Business lawyer ,Paris 1984.



|     |  |
|-----|--|
| ١١٥ | المبحث الثالث: الجزاء المترتب على استبعاد المحكم تطبيق القواعد القانونية التي اختارها الفرقاء                            |
| ١٢٧ | الفصل الثاني<br>سلطة المحكم في تعيين القواعد القانونية المنظمة لموضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي                   |
| ١٢٩ | المبحث الأول: مدى الاعتراف بحق المحكم في استنباط الإرادة الضمنية للأطراف   |
| ١٢٩ | المطلب الأول: الأساس القانوني للاعتداد بالإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق                          |
| ١٣٤ | المطلب الثاني: ضوابط الكشف عن الإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق   |
| ١٤٠ | المبحث الثاني: تحديد القواعد القانونية المنظمة للموضوع عند غياب اتفاق الأطراف  |
| ١٤١ | المطلب الأول: التحديد غير المباشر للقواعد القانونية الواجبة التطبيق  |
| ١٤٦ | المطلب الثاني: التطبيق المباشر للقواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع  |
| ١٥٧ | المبحث الثالث: الاتفاق الصريح على التحكيم دون التقييد بقواعد قانونية معينة (التحكيم مع التفويض بالصلاح - التحكيم الطليق) |
| ١٧٢ | خاتمة  |
| ١٧٥ | المراجع  |
| ١٩١ | الفهرس   |