القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم

محاذير وتوجيهات

بقلم

الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة

دكتوراه الدولة فى القانون من جامعة باريس- فرنسا

نائب رئيس جامعة حلوان للدراسات العليا والبحوث

محام ومحكم لدى هيئات التحكيم الدولية

تـوطـئـة

حول الحاجة إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار والتجارة الدولية

١- تـسليم الدولـة بالحاجـة إلـى التحكـيم: لـيس التحكيم *arbitration-arbitrage* بدعاً من القضاء، بل هو أصل القضاء، نشأ وارتدى ثوبه القشيب قبل أن يـوجد القـضاء المـنظم من قبل السلطة الحاكمة على اختلاف تنوعها وتطورها عبر تاريخ العدالة البشرية البعيد.

فلقد وثق المحتكمون فى أن التحكيم قضاء، من يتولاه يتنزه عن كل نقيصة تخل بميـزان العدالة القائم بالقسط. فالمحكم قاض، وإن كان خاصاً، يلتزم الموضوعية فى تقييم الأمور، والحياد والاستقلال فى مواجهة من يحكم فيهم. والمحكم يدرك أن عدالته هى محيط الإيمان بقضائه، إذ لا يجد المحتكمون فى أنفسهم حرجاً مما قضى ويسلموا به تسليماً.

وقد عزز ذلك ما أدركه القائمون على معاملات التجارة والاستثمار عبر الحدود مـن أن قضاء الدولة متخم بالقضايا، وتكبله قيود إجرائية تجعله بطيئاً فى أدائه، مكلفاً فـى نفقاته، غير ملائم فى حلوله. وفى هذا المعنى الأخير، كيف يفصل قضاء الدولة

فـــى عقود التجارة الدولية المعقدة والمركبة، والتى ليس لقضاة الدولة إلف بها من قبل، مـــثل عقود التجارة الإلكترونية(١)، وعقود نقل التكنولوجيا(٢)، وعقود المفتاح فى اليد أو الإنـــتاج فى اليد(٣)، وعقود الاستثمار والمساعدة الفنية..(٤) وعقود تصميم وتصنيع الأقمـــار الـــصناعية ونظم الاتصالات الفضائية، واستغلالها التجارى(٥) خصوصاً فى ظل وجود فراغ تشريعى خطير فى مثل هذا النوع من العقود المعاصرة.

وهـــنا بـــدأ الفكـــر القانونى يتجه إلى البحث عن أداة فنية متخصصة تقوم على الفـــصل فـــى مـــنازعات معـــاملات التجارة الدولية بعيداً عن قضاء الدولة وقوانينها الإجـــرائية. فالمـــتعاملون هنا يفضلون عرض أقضيتهم على أشخاص ذوى خبرة فنية

---

(١) حول تلك العقود راجع:

- *P. REBOUL et D.XARDEL: Commerce éléctronique, technique et enjeux, Paris, ed., Eyrolles, 1997.*
- *J.HUET: Aspects juridiques du commerce éléctronique, approche international, les petites affiches, 26 Septembre 1997, NO. 116. p. 7.*
- *I.POITIER: Le commerce éléctronique sur internet, Gazette de Palais, 4 avril 1996, p. 298.*
- *H.LESGUILLONS (editor): Electronic commerce, legal aspects. Travaux du forum europeen de la Communication, in Revue de droil des affaires internationales, 1998, NO. 3 p. 725-752.*

(٢) راجع حول عقود نقل التكنولوجيا:

- *J.M.DELEUZE: Le contrat de transfert de processus technologique (Know-How), Paris, 1979.*
- *P.JUDET. Ph. KAHN, A. ch. KISS et J. TOUSCOZ: Transfert de technologie et développement, Travaux du centre de Recherches de l'université de DIJON, t. IV. Librairies techniques, Paris, 1977.*
- *J.SCHAPIRA: Les contrats internationaux de transfert technologique, clunet 1978, p. 24.*

(٣) فى عقود المفتاح فى اليد:

- *M. SALEM et A.SANSON: Les contrats "cles en main et les contrats "produits en main" technologie et vente de développement, Paris, librairies techniques, 1979.*
- *Théo HASSLER: Les contrats internationaux de construction d'ensemble industriels. Thèse Strasbourg, 1979.*

(٤) راجع:

- *G.FUER: Les aspects juridiques de l'assistance technique. Thèse Paris, éd. L.G.D.J. 1967.*

(٥) حول تلك العقود، راجع:

- *Mireille COUSTON: L'emergence des activites spatiales à vocation économique et L'evolution du droit de l'espace. Thèse Paris, 1991.*
- *S.COURTEIX; Les systèmes commerciaux de telecommunication par satellites, Droit de l'espace, aspects recents, Paris, Pedone, 1988.*
- *Ph. KAHN (ed.): Explotiation commerciale de l'espace, droit positif, droit prsopectif, Travaux du centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Paris, litec, 1992.*

خاصـــة، لا يتقـــيدون بقـــواعد القانون الجامد، ويعملون على حل النزاع بطريقة أكثر ســـرعة، وعلى نحو يحفظ أسرار رجال الأعمال التى يصيبها إيما ضرر من العلانية والبيروقراطية الإجرائية التى هى من سمات القضاء العام للدولة. فكان قضاء التحكيم، الذى يفلت فى غالبه من سطوة وسلطان القوانين الوطنية، كما وأن قضاته لا يسهرون علـــى خدمـــة تطبـــيق تلك القوانين. هذا فضلاً عن أنه قضاء خاص، ينشؤه الأطراف باتفـــاقهم ويخـــتارون رجاله، ويعهدون إليه بتسوية منازعاتهم على نحو لا يؤجج نار القطيعة بينهم، ويحفظ استمرارية العلاقة والتعامل فيما بينهم.

ولقـــد صـــار التحكيم منافساً خطيراً لقضاء الدولة(١) ليس فقط بتخصصه، بل كـــذلك لقـــصده تخطـــى القوانين الوطنية بتقديم علاج لعدم ملاءمتها وعدم كفايتها(٢)، ومساهمته فى بلورة وإرساء القانون الذاتى للتجارة الدولية(٣).

وأمـــام هذه المعطيات لم يعد هناك من خيار أمام الدولة إلا التسليم والاعتراف بـــنظام التحكـــيم، بل والسعى إلى الوقوف بجانبه، ذلك أن تأمين الحاجات الضرورية للتجارة الدولية بدا أكثر إلحاحاً من الحفاظ على مظاهر السلطة القضائية للدولة، وكان على تلك الأخيرة أن تتسامح مع نظام التحكيم، وقد حداها إلى ذلك عاملان:

الأول، أن الدولة ذاتها أضحت من ممارسى التجارة الدولية، فهى تساهم فى تلك الأخيرة، شأنها فى ذلك شأن الأشخاص الخاصة، وهى بطبيعة الحال، منقادة إلى قبول واحترام التنظيمات التى يفرضها واقع ومقتضيات تلك التجارة.

الثانـــى، أن المتعاملـــين فى ميدان التجارة الدولية تساورهم الشكوك حول قدرة

---

(١) انظر:

- *P. LALIVE: Tendances et mèthods en Droit international privé, Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, 1977, t. II, vol. 155, P.5 et ss. Spéc., p. 64.*

(٢) انظر:

- *R. DAVID: Arbitrage du XIX e siècle et arbitrage du Xe siècle, in Arbitrage commercial international, conférence février – Mars, 1965.*
- *MINOLI: L'arbitrage, facteur d'unification du droit et d'éliminer des conflits de lois, Rev, arb., 1966, p. 63.*

(٣) فى هذا المعنى:

- *Ian F.G.BAXTER: International conflict of laws and international business, in Int. comp. L. Quart., 1986, p. 538 spéc, p. 560.*
- *BRUNS et MOTULSKY: Tendance et perspectives de l'arbitrage international, Revue international de droit comparé, 1957, p. 717.*

القضاء الوطني فى تقديم حل عادل وملائم، فى ظل ما تعانيه نظم القضاء فى الدول من عجز فى ملاحقة الوثبات السريعة لمقتضيات فض منازعات تلك التجارة المتعاظمة والمتجددة دوماً. ولقد أضحى هؤلاء المتعاملين لا يرضون عن قضاء التحكيم بديلاً، بل هم يهددون بتقليص عملياتهم، بل ووقفها مع الدول التى تتمسك بسيادة قضائها الوطنى على مختلف المنازعات الداخلية والدولية، لاسيما بعد اقتناعهم بأن التحكيم هو واحد من الأدوات الجوهرية لخلق القانون الموضوعى الذاتى للتجارة الدولية(١)، ومعه يكون "الطريق قد انفتح واسعاً من الآن فصاعدا، لإقامة قانون جديد، سيصير يوماً ميثاق التجارة الدولية"(٢).

٢- تفضيل التحكيم قضاء لمنازعات الاستثمار والتجارة الدولية: وقد توافق مسلك الدول مع الحاجة إلى التحكيم، حيث عمدت إلى سن التشريعات المنظمة للتحكيم، ووسعت من نطاقه، ولو على حساب سلطان قضائها الوطنى فى مسائل ما كان من الممكن، فيما قبل، نزعها منه، كمنازعات العقود الإدارية التى تبرمها أشخاص القانون العام مع الشركات والمؤسسات الأجنبية(٣).

وبخصوص تشجيع الاستثمارات الدولية، غير خاف أن هناك سباقاً محموماً بين الدول النامية نحو اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار فيها، وذلك تحقيقاً لأكبر وأسرع معدل للتنمية الاقتصادية والاجتماعية لشعوبها. وقد قابل تلك الرغبة الجامحة استغلالاً من جانب المستثمرين الأجانب لفرض شروطهم على تلك الدول، ومن بينها شرط إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن الاستثمارات لقضاء التحكيم، بدلاً من القضاء الوطنى، الذى يكون مختصاً عادة إعمالاً للقواعد العامة فى الاختصاص القضائى الدولى.

---

(١) راجع فى هذا المعنى :

- *A. GOLDSTAJN; The New law merchant reconsidered, in Mélanges CL. SCHMITTHOFF, Frankfurt., 1973, P.161 spéc, p. 175.*

(٢) راجع:

- *H. MOTULSKY: L'evolution recent en matière d'arbitrage international, in Ecrits, t. II, Paris, 1974, p.295, spéc., p. 303.*

(٣) راجع الدكتور محمد عبد العزيز بكر: فكرة العقد الإدارى عبر الحدود، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق -جامعة حلوان، ١٩٩٩.

ومـــا كان أمام الدول المضيفة للاستثمار إلا أن تقبل، راغمة، مثل هذا الشرط، وترجم قبولها هذا أمران:

الأول، انـــضمامها إلـــى الاتفاقـــيات الدولية الخاصة بحماية الاستثمار، والتى تتـــضمن نصوصاً صريحة تجعل الفصل فى منازعات الاستثمار من اختصاص قضاء التحكيم دون قضاء الدولة المضيفة، ونذكر من تلك الاتفاقيات، اتفاقية واشنطن المبرمة فى ١٥ مارس ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وهى اتفاقية أنشأت المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بـــين الدول ورعاية الدول الأخرى(١). ونذكر كذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية المبرمة عام ١٩٨٠(٢).

الثانى، تضمينها تشريعاتها نصوصاً محددة تجعل التحكيم من بين الوسائل ذات الأولـــوية التـــى تطرح عليها منازعات الاستثمارات الأجنبية، من ذلك مثلاً فى مصر قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، حيث نصت المادة ٧ منه على أنـــه "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التى يـــتم الاتفـــاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هـــذه المـــنازعات فـــى إطـــار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المـــستثمر، أو فى إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بـــين الدول ورعايا الدول الأخرى التى انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقـــم ٩٠ لسنة ١٩٧١، وذلك بالشروط والأوضاع، وفى الأحوال التى تسرى فيها تلك الاتفاقـــية، أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقـــم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى"(٣).

---

(١) راجع الباب الرابع من الاتفاقية، المواد ٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع الفصل السادس من الاتفاقية، المواد ٢٥ وما بعدها.

(٣) واقـــرأ، قبل ذلك، فى مصر نص المادة ٥٥ من قانون الاستثمار المصرى الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لـــسنة ١٩٨٩ والمـــتأمل فـــى ذلـــك النص، ونص المادة ٧ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار لعام ١٩٩٧ يدرك أن المقنن أسقط، عمداً على ما نرى، حكماً كان يتصدر نص المادة ٥٥ وهو "دون إخلال بالحق فى الالتجاء إلى القضاء المصرى".

ومثل تلك النصوص التى تكرس التحكيم فى مجال منازعات الاستثمارات الدولية، نجدها فى التشريعات المقارنة، كقانون الاستثمار الصينى لعام ١٩٨٧، والبولندى رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، والأرجنتينى لعام ١٩٩٤.

٣- الطابع الدولى لمنازعات الاستثمار والتجارة الدولية ومشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: إذا اقتصرنا على التحكيم الدولى، دون التحكيم الداخلى أو الوطنى، فإن الغالب عملاً فى العلاقات القانونية التى ينشأ عنها نزاع يخضع للتحكيم أنها تتصل بوشائج متنوعة بالنظام القانونى لأكثر من دولة، ويكون من نتائج تنفيذها، لاسيما بشأن عقود الاستثمار والتجارة الدولية، انتقال وتبادل للقيم الاقتصادية عبر حدود عدة دول، وقلما وجدت علاقة قانونية ذات عنصر أجنبى أو طابع دولى لا تستتبع حركة الأفراد والأموال بين الدول، وتتصل، من ثم، بالتجارة الدولية.

وعلاقة قانونية متعلقة بالتجارة الدولية هكذا، لابد أن تثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، من بين قوانين الدول التى تتصل بها تلك العلاقة، سواء رفعت المنازعة بشأنها أمام قضاء الدولة أم أمام قضاء التحكيم.

وهنا يطرح السؤال: كيف يتم حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أمام قضاء التحكيم، لاسيما بشأن عقود الاستثمار والتجارة الدولية.

إن الإجابة ليست يسيرة، على خلاف الحال لو ثارت ذات المشكلة أمام قضاء الدولة، ذلك أن المحكم ليس له قانون خاص *Lex Fari*، فالمحكمون لا يعملون باسم دولة معينة، ولا يسهرون على تطبيق القانون لحفظ النظام داخل تلك الدولة، فهم مختارون من قبل الخصوم أنفسهم، ويستمدون سلطاتهم من اتفاقهم على تنصيبهم حكاماً بينهم، ويفصلون فى منازعة خاصة تحقيقاً للسلام الخاص بين هؤلاء الخصوم.

= وهذا يوضح إلى أى حد استشعر المقنن المصرى كراهية المستثمر الأجنبى، بحق أو بغير حق، القضاء المصرى، إما انعداماً للثقة فى كفاءته، وإما خشية من عدم حياده ونزاهته.

وكلا الأمرين، فى رأينا، مرفوض ولا نقبله جملة وتفصيلاً.

وكنا نود من المقنن فى قانون الاستثمار الحالى أن يبقى على العبارة التى تعمد حذفها. أما وقد فعل، فقد صدق ظن المستثمرين الأجانب!!! وهو أمر يؤسف له.

وعلى كل حال، فإننا سنحاول عرض كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام قضاء التحكيم، على ضوء بعض المشكلات العملية التى طرحت على هيئات التحكيم، وذلك فى مباحث ثلاثة، وهى:

المبحث الأول: المحتكمون وتحديد القانون الواجب التطبيق.

المبحث الثانى: المحكمون وتحديد القانون الواجب التطبيق.

المبحث الثالث: المحتكمون والمحكمون والتحكيم الطليق.

المبحث الأول

المحتكمون وتحديد القانون الواجب التطبيق

أولاً : تطبيق القانون الاتفاقى الذى أعده الطرفان:

٤– العقد قانون الأطراف التعاقدى يجب تطبيق أحكامه أولاً: إذا اقتصرنا على منازعات عقود واتفاقات الاستثمار التى تعرض على التحكيم لتسويتها والفصل فيها، نستطيع القول بأن على هيئة التحكيم أن تطبق أولاً، وقبل كل شئ، أحكام العقد أو الاتفاق المبرم بين المحتكمين. ذلك أن العقد هو نظام قانونى ذاتى له القدرة، باعتراف المشرعين أنفسهم، منذ أن اعتمدوا مبدأ سلطان الإرادة، على خلق قواعد قانونية *Normes juridiques* وإن كانت فردية *Normes individuelles*(١).

إن ما يتصوره أطراف العقد ويضعوه حول نطاق ومدى حقوقهم والتزاماتهم تعتبر، فى الواقع، قواعد سلوكية اتفاقية تضبط علاقتهم(٢)، وهى قواعد قانونية خاصة تشبه القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية المختصة(٣)، إذ يتحقق فيها الهدفان اللذان يطمح إليهما أى تشريع وضعى رسمى: العدالة والأمان.

---

(١) في هذا المعنى:

- *H.KELSEN: Théorie juridique de la convention, in Archive de philosophie de droit, 1940, p.33. spéc, p. 42.*
- *P. AMSELEK: Phénomenolgie et théorie du droit, Paris, L.G.D.J. 1964, p. 297.*

(٢) راجع:

- *G. ROUHETTE: Etude critique de le notion du contrat, Thèse Paris, 1965, p. 635.*

(٣) وقارن عكس ذلك:

- *V. HUEZÉ: Le réglementation française des contrats internationaux, Thèse Paris, éd. GLD, Joly, 1990, p. 61.*

فمن ناحية العدالة *la justice* فقد قيل أن كل ما هو تعاقدى يكون عادلاً(١)، ذلك أن الشخص لا يرتضى إلا ما يكون فى صالحه، أى ما يكون عادلاً. فإذا كان العقد يخلق قواعد سلوكية قانونية، فإن تلك القواعد هى الأكثر عدالة، لأنها القواعد المتأنية من الإرادة والتراضى(٢).

ومن ناحية الأمان *La Sécurité* فإن القواعد المنظمة للعلاقة التعاقدية لا تتأتى من مصدر خارجى، بل المتعاقدون هم صناعها، ليست غريبة عنهم، وتتوافق مع تطلعاتهم، وتطبيقها أو الدعوة إلى الالتزام بها، لا يشكل إخلالاً بتوقعات من تخاطبه. فكما أن القاعدة القانونية العادية هى نتاج إرادة المجتمع المجسدة فى السلطة التشريعية، فهى تتأتى من داخل المجتمع(٣) فإن القاعدة الاتفاقية هى نتاج إرادة المتعاقدين، فهى تتأتى من داخل هؤلاء، وبالتالى، فهى لا تخل بتوقعاتهم، بل تعمل على احترام حقوقهم المتولدة من العقد، وتحقق التعاون المنشود بينهم.

وليس غريباً، والحال كذلك، أن تعترف النظم القانونية ذاتها بأن العقد هو قانون أو شريعة المتعاقدين. فالعقد الدولى يعتبر، بالنسبة للمتعاقدين، كالقانون الصادر من البرلمان بالنسبة للمخاطبين بأحكامه، فعملية إعداد العقد هى أشبه بعملية تشريعية، ولذلك تكون ما عبرت عنه إرادة الأطراف، القانون بالنسبة إليهم، والشروط التعاقدية تشكل فى مجموعها قانوناً خاصاً *lex privata* يحكم جوانب العقد كافة، دون حاجة إلى قانون المشرع(٤)، وهو نظام قانونى مستقل عن كل من القوانين الوطنية والقانون الدولى، فالعقد يكفى غالباً بذاته للتعريف بحقوق والتزامات الأطراف دون حاجة إلى الالتجاء إلى أى نظام قانونى(٥).

---

(١) انظر:

- *A.FOUILLEE: La Science sociale contemporaine, Paris, 1889, p. 169.*

(٢) راجع:

- *P.ROUBIER: Théorie générale du Droit, Paris, Sirey, 1951, p. 263.*

(٣) راجع:

- *J. DARBELLAY: La règle juridique, son fondement moral et social, éd. De l'oeuvre st. augustin, st-Maurice Fribourg 1954, p. 76.*

(٤) راجع:

- *T. WALDE. Stabilité du contrat, réglement des litiges et renégociation, Rev. Arb. 1981, p.203, spéc., p. 2122.*

(٥) راجع:

- *J.M. JACQUET: Principe d'autonomie et contrats internationaux, Thèse Paris, éd. Economica 1983, p. 23, et ss.*

ويتجه الفقه الراجح إلى اعتبار العقد الدولى "القانون التعاقدى الدولى" أو "القانون الدولى للأطراف المتعاقدة"(١)، النابع من الحرية الدولية للاتفاقات أو الحرية التعاقدية الدولية (٢).

٥- الدعوة إلى تحقيق الكفاية الذاتية للعقود والاتفاقات: بيد أن هذا المنطق القانونى قد دعا الفقه المعاصر إلى العناية بتحرير العقود والاتفاقات الدولية، لتحقيق مبدأ التنظيم الذاتى *self regulatory contracts*، وصولاً إلى نظرية الكفاية الذاتية للعقود والاتفاقات.

وفى مجال تلك الدعوة، يذهب الأستاذ الراحل "فوشار" إلى أنه "فى التجارة الدولية، يعد من أحسن السبل، للإفلات من قوانين الدول، اشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية، وتسوية الصعوبات الأكثر توقعاً، فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصياً، بوضع شروط خاصة، بعد مفاوضات مباشرة"(٣).

أو على ما يقرر أحد فقهاء الدول الاشتراكية قديماً، فإنه "من أجل تلافى أى اضطراب فى خصوص مثل تلك – العقود- يجب على الأطراف أن يكونوا أكثر حيطة وانتباهاً بتضمين العقد حلولاً للمسائل التى يمكن أن تثور بينهم، وألا يتركوا تلك المسائل مفتوحة، إن مثل هذا الكمال فى التنظيم التعاقدى، يعد عامل استقرار، ذو أهمية بالغة"(٤).

---

(١) راجع:

- *BOURQUIN: Arbitration and economic development agreements, in the Business, lawyer, 1960, p. 860.*

(٢) راجع:

- *D. BLANCO: Négocier et rediger un contrat international, Paris, ed – 1995, p. 37-38.*

(٣) انظر:

- *Ph. FOUCHARD: L'arbitrage commercial international. Thèse Dijon, éd, Dalloz, Paris, 1965, n 588, p.408 spéc. p. 409.*

(٤) راجع:

- *J. JAKUBOWSKI: Some legal aspects of industrial co-operation in East-West relations, Rec cours la haye 1979, t, II, vol., 163, p.251, ets spéc, p. 288.*

وفي نفس المعنى:

- *H.TRAMMER: The law of foreign trade in the Legal systems of the countries of planned economy, in the Sources of the law of international trade, ed.. by SCHMITTHOOF, London, 1964, p. 41.*

وبخصوص بعض العقود الدولية ذات الطابع الخاص، تبدو الدعوة إلى تحقيق الكفاية الذاتية، أكثر أهمية وإلحاحاً، ففى عقود التمويل المستندية بالأورو دولار *Les euro-obligations* التى تبرمها الشركات الاستثمارية والمشروعات متعددة الجنسيات، نجد أن المتعاملين، قد قاموا بتحرير عقودهم بتفصيل واف وكامل، حتى على خلاف ما تقضى به القواعد القانونية الآمرة، فى الدول التى على صلة بتلك العقود، وذلك من أجل معالجة القصور أو العجز فى القوانين الوطنية، التى لا تعرف هذا النوع من العمليات الحديثة(١).

وبشأن عقود التعاون الصناعى، يقرر الأستاذ "جاكيو بوفسكى" أن "انعدام أو غياب تنظيم قانون خاص وملائم لعقود التعاون الصناعى فى العلاقات بين الشرق والغرب، يزيد من أهمية الاشتراطات التعاقدية فى هذا الخصوص. إن تعقد وحداثة هذا النوع من العقود يتطلب، ما أمكن تحديد مفصل وكامل من قبل الأطراف أنفسهم لحقوقهم والتزاماتهم، ولنتائج تقصيرهم"(٢). أى إخلالهم بالعقد.

وبصفة عامة، ينصح بألا يلجأ المتعاقدان، إلى الأفكار الغامضة، أو غير المحددة المضمون، كالمبادئ العامة للقانون، أو القواعد المشتركة بين الدول المتمدنية، بل عليهم أن يجتهدوا، وإن عانوا كل المشقة، فى تحرير عقودهم، والتطرق إلى أقصى التفصيلات(٣)، وأن يحذروا ترك المسائل مفتوحة، لاجتهاد القاضى أو المحكم، الذى قد يصدر حكماً غير متأن أو غير مدروس(٤).

---

(١) انظر:

- *Ph. KAHN: Lex Mercatoria et Euro-obligations, in Mélanges CL. SCHMITTHOFF, Frankfiurt, 1973, P.215, spéc, p. 221.*

(٢) راجع: J.JAKUBOWSKI الدروس السابقة، بالذات ص ٢٧٨ حيث كتب يقول:

"The lack of a specific and adequate legal regulation of the cooperation contract in East-West relations increases the importance of the contractual stipulations in this regard. The complexity and newness of this type of contract requires a possibly detailed and complete determination by the parties themselves of their rights and obligations and the consequences of their infringement (breach of contract)".

(٣) حول هذا المعنى:

- *W.WENGLER: Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, Rev. crit, 1982, p. 1 et s.*

(٤) وقد قال بذلك الأستاذ الأمريكى *EMAGUIRE*، وأشار إليه الأستاذ *J. JAKUBOSKI* دروس مشار إليها قبلاً، بالذات ص٢٨٧.

إذا تحقـق ذلك، فإنه سيكون ميسوراً، أمام القاضى أو المحكم أن "يؤسس حكمه على تحليل بسيط لأحكام العقد المبرم بين الأطراف، دون الرجوع إلى قاعدة عليا"(١). وقـد دل العمـل على أنه "من غير النادر أن نجده – المحكم أو القاضى– يفصل فى النزاع طبقاً لنصوص العقد وحدها"(٢).

٦– **التوجـيه بعـدم تجاهـل القواعد الاتفاقية:** رغم الاعتراف المتواتر بمبدأ الـسيادة القاعدية *La souveraineté normative* للمتعاقدين، أى مقدرتهم على خلق قـواعد اتفاقـية خاصـة تضبط وتحكم علاقتهم التعاقدية(٣)، وبحسبان أن العقد خلاق لقـواعد قانونية ذاتية، ومصدر مستقل للحقوق والواجبات، بما يعطيه الأولوية المطلقة فى التطبيق أمام هيئة التحكيم، فى حدود ما لا يصطدم باعتبارات النظام العام والآداب العامة فى دولة مقر التحكيم أو الدولة المتوقع طلب تنفيذ الحكم فيها.

إلا أنـنا نلحـظ تجاهل النظم القانونية أولوية تطبيق الأحكام التعاقدية، بدرجات متفاوتة.

أولاً، هـناك مـن الـنظم القانونـية ما تجاهل الفكرة تماماً، خذ مثلاً من النظم الاتفاقـية نـص المـادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية المنازعات الناشـئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الذى لم يذكر وجوب تطبيق محكمـة التحكيم لأحكام العقد أو اتفاق الاستثمار، بل تكلم فقط عن أن "تفصل المحكمة فـى النـزاع طـبقاً للنظم القانونية التى وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطـرفان..." وكـذلك نظام التوفيق والتحكيم التجارى لغرفة تجارة وصناعة دبى لعام ١٩٩٤ (م٣٣).

ومـن الـنظم القانونية الوطنية التى تجاهلت النص على وجوب أن تفصل هيئة

---

(١) راجع:

- *Y.DERAINS: L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige, Rev, arb., 1972, p. 99 spéc, p. 100.*

(٢) انظر:

- *F.EISEMANN: La lex fori de l'arbitrage commercial international. Trav. Com. Fr. Dr .in privé. 193-3-1975, p.189, et s. spéc, Np.82, P.203 "Il n'est pas rare de le voir-l'arbitre – trancher le différned en fonction des seuls terms du contrat".*

(٣) راجع *D. BLANCO*: مفاوضة وتحرير العقد الدولى، مذكور سلفاً، ص٣٤–٣٥.

التحكـيم فـي النزاع وفقاً لشروط العقد أو الاتفاق، نذكر: قانون التحكيم الفرنسى لعام ١٩٨١"(١) وقانـون التحكـيم الهولندى لعام ١٩٩٣(٢)، وقانون التحكيم البرتغالى لعام ١٩٨٦(٣)، وقانون التحكيم السويسرى لعام ١٩٨٧(٤)، وقانون التحكيم الجزائرى لعام ١٩٩٣(٥)، وقانـون التحكيم البرازيلى لعام ١٩٩٦(٦)، وقانون التحكيم الإنجليزى لعام ١٩٩٦(٧)، وقانون التحكيم لدولة سنغافورة لعام ٢٠٠١(٨).

ثانياً، وهناك من النظم ما أوجب تطبيق الأحكام العقدية، ولكن بصفة احتياطية، بعد تطبيق القانون الوطنى الذى حدده الطرفان.

خـذ من نظم ولوائح التحكيم، قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعـام ١٩٧٦ الخاصـة بالتحكـيم الـتجارى الدولـى، المـسماة قواعد اليونسيترال *UNCITRAL*، حـيث نصت المادة ٣٣ فى فقرتها الأولى على أن تطبق هيئة التحكيم علـى موضوع النزاع القانون الذى يعينه الطرفان، ثم أضافت فى فقرتها الثالثة "وفى جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم فى النزاع وفقاً لشروط العقد...". وهو ذات النص الذى ورد فى المادة ٤/٢٨ من القانون النمطى *Model Law* للتحكيم التجارى الدولى لعـام ١٩٨٥ وفـى المادة ٣/٣٣ من نظام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم الدولى(٩)، وقـرر ذلـك أيضاً المادة ٢/١٧ من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨ بقـولها " فى كل الأحوال، تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد..."، ولائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجارى لمركز أبوظبى لعام ١٩٩٣.

---

(١) المادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية.

(٢) المادة ١٠٥٤ من قانون الإجراءات المدنية.

(٣) المادة ٣٣.

(٤) المادة ١٨٧ من مجموعة القانون الدولى الخاص.

(٥) المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ من قانون الإجراءات المدنية.

(٦) المادة الثانية من القانون.

(٧) المادة ٤٦.

(٨) المادة ٣٢.

(٩) وتجدر الإشارة إلى أن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى يطبق كلائحة للإجراءات أمامه قواعد اليونسترال لعام ١٩٧٦، وقد طبعت مع بعض التعديلات عام ٢٠٠٠.

ومن أحكام قوانين التحكيم الوطنية، نذكر، قانون التحكيم الكندى لعام ١٩٨٦ (م ٤/٢٨) الذى جاء به "وفى كل الأحوال، ينبغى على محكمة التحكيم أن تفصل فى النزاع وفقاً لشروط العقد..." وقانون التحكيم البلغارى لعام ١٩٨٨ (م٣/٣٨) وقانون التحكيم الروسى لعام ١٩٩٣(١)، وقانون التحكيم التونسى لعام ١٩٩٣(٢)، وقانون التحكيم الإيطالى لعام ١٩٩٤(٣)، وقانون التحكيم المصرى لعام ١٩٩٧(٤)، وقانون التحكيم الألمانى لعام ١٩٩٧(٥)، وقانون التحكيم العمانى لعام ١٩٩٧(٦)، وقانون التحكيم الكورى لعام ١٩٩٩(٧)، وقانون التحكيم الموريتانى لعام ٢٠٠٠(٨)، وقانون التحكيم التركى لعام ٢٠٠١(٩)، وقانون التحكيم الأسبانى لعام ٢٠٠٣(١٠)، وقانون التحكيم اليابانى لعام ٢٠٠٣(١١).

ولا نكاد نذكر من أنظمة ولوائح التحكيم التى انتبهت إلى ما سبق وقررت وجوب إعطاء هيئة التحكيم الأولوية فى التطبيق لاشتراطات وأحكام العقد والاتفاق، إلا لائحة مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤ ، فقد نصت المادة ٢٨ على أن "تفصل الهيئة فى النزاع طبقاً لما يلى:

العقد المبرم بين الطرفين، وأى اتفاق لاحق بينهما.

القانون الذى يختاره الطرفان.

....."

---

(١) المادة ٣/٢٨.

(٢) المادة ٤/٧٣.

(٣) المادة ٨٣٤ من قانون الإجراءات المدنية.

(٤) المادة ٣/٣٩.

(٥) المادة ٣/٣٩.

(٦) المادة ٤/١٠٥١ من قانون الإجراءات المدنية.

(٧) المادة ٤/٢٩.

(٨) المادة ٤/٥٦.

(٩) المادة ١٢/جـ.

(١٠) المادة ٣/٣٤.

(١١) المادة ٤/٣٦.

وكذلك اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى لعام ١٩٨٧ حيث نصت المادة ١/٢١ على أن "تفصل الهيئة فى النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذى اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً....".

وعلى كل حال، فإننا ننتهى إلى ضرورة التزام هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع، أولاً وقبل أى شئ وفقاً لأحكام واشتراطات العقد والاتفاق محل النزاع بين الطرفين، فإن تعذر التعرف على الحل الاتفاقى لذلك النزاع؛ فلا مفر من اللجوء إلى قواعد قانون دولة معينة، يختاره الأطراف، فهذا القانون هو الذى سيكمل نواقص الأحكام والاشتراطات التعاقدية(١).

فكأن للقانون الواجب التطبيق دور احتياطى بالنسبة لشروط وأحكام العقد. وهذا ما يلمح إليه بعض القوانين المقارنة. خذ مثلاً قانون التحكيم التجارى الدولى التركى لعام ٢٠٠١ الذى نصت مادته ١٢/جـ على أن "تصدر هيئة التحكيم قرارها وفقاً للقواعد التى ارتضاها الأطراف لعقدهم ووفقاً للقواعد القانونية التى اختاروها لحل النزاع، ولتفسير وتكملة ثغرات العقد".

هذا وقد أعملت بعض هيئات التحكيم الفكر السابق، من ذلك حكم مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى الصادر فى ٣٠ يونيو ١٩٩٣ بقوله "لما كانت القاعدة القانونية الأصلية .. هى أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون. فهو بذلك يكون بمثابة القانون الواجب التطبيق يلتزم به كلا الطرفان ويكون لزاماً على المحكم (القاضى) الإلتزام به"(٢).

---

(١) ولهذا لا يبدو مقبولاً ما يقرره بعض الفقه من أنه إذا كانت هيئة التحكيم تلتزم، بعد تطبيق القانون الذى اتفق عليه الطرفان، بأن تراعى عند الفصل فى موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع، كما هو الحال فى نص المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصرى، فذلك لأن "ما يتضمنه العقد يعتبر مكملاً لأحكام القانون واجب التطبيق". راجع د. فتحى والى : قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، بند ٢٤٥ ص ٤٢٣.

(٢) راجع الحكم الصادر فى القضية التحكيمية رقم ٩٢/٣٢ بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٩٣ بين إحدى الشركات الأوروبية وشركة قابضة مصرية، وقريب من ذلك حكم ذات المركز فى القضية =

ثانياً: تطبيق القانون الوطنى الذى اختاره الطرفان:

٧- **النصوص القانونية:** غير خاف أن التحكيم نظام اتفاقى، أساسه إرادة الأطراف واختيارهم إياه طريقاً قضائياً لحسم منازعاتهم، فبإرادتهم يوجد التحكيم، وبها ينقضى. وبتلك المثابة لن يكون غريباً أن يناط بهم أنفسهم تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم. فإذا حدد الأطراف تلك القواعد التزمت هيئة التحكيم بتطبيقها، وإلا تعرض حكمها للبطلان. وقد أكد ذلك العديد من الأعمال التشريعية الدولية الوطنية.

خذ مثلاً القانون النمطى للتحكيم التجارى الدولى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ حيث نص فى مادته ١/٢٨ على أن "تفصل هيئة التحكيم فى النزاع وفقاً لقواعد القانون التى يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع...".

وكذلك اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث نصت المادة ١/٤٢ على أن "تفصل المحكمة (هيئة التحكيم) فى النزاع طبقاً للنظم القانونية التى وافقت عليها الأطراف المتنازعة...".

وأيضاً نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨، حيث نصت المادة ١/١٧ على أن "للأطراف حرية الاتفاق على القانون الذى يجب على محكمة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع..".

ونضيف لائحة إجراءات التحكيم أمام مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية المعتمدة فى نوفمبر ١٩٩٤، حيث قررت المادة ٢/٢٨ "تفصل الهيئة فى النزاع طبقاً لما يلى ... القانون الذى يختاره الطرفان".

ومثل تلك النصوص لها نظير فى قانون التحكيم اللبنانى لعام ١٩٨٥ (م ٨١٣

- التحكيمية رقم ١٩٩٥/٦٤ الصادر فى ٢٤ سبتمبر ١٩٩٦، وحكمه فى القضية التحكيمية رقم ٢٠٠٠/١٩٢ الصادر فى ٢٠٠١/٤/١٢ وحكمه فى القضية التحكيمية رقم ٢٠٠٠/١٨٢ الصادر فى ١٥ إبريل ٢٠٠١.

إجـراءات مدنـية) وقانـون التحكيم البلغارى لعام ١٩٨٨ (م ١/٢٨) وقانون التحكيم التونـسى لعـام ١٩٩٣ (م ١/٧٣)، وقانـون التحكيم الجزائرى لعام ١٩٩٣ (م ٤٥٨ مكـرر ١٤ إجـراءات مدنية)، وقانون تحكيم سنغافورة لعام ٢٠٠١ (م ٣٢)، وقانون التحكيم الروسى لعام ١٩٩٣ (م ١/٢٨)، وقانون التحكيم البرازيلى لعام ١٩٩٦ (م ٢)، وقانون التحكيم الفرنسى لعام ١٩٨١ (م ١٤٩٦ مرافعات) وقانون التحكيم الألمانى لعام ١٩٩٧ (م ١٠٥١/ إجـراءات مدنـية) وقانون التحكيم الإيطالى لعام ١٩٩٤ (م ٨٣٤ إجـراءات مدنـية) وقانون التحكيم الإنجليزى لعام ١٩٩٦ (م ١/٤٦) وقانون التحكيم الهولـندى لعام ١٩٨٦ (م ٢/١٠٥٤ إجراءات مدنية) وقانون التحكيم السويسرى لعام ١٩٨٧ (م ١/١٨٧ مجمـوعة القانـون الدولى الخاص)، وقانون التحكيم الكندى لعام ١٩٨٦ (م ١/٢٨). وقانـون التحكيم البرتغالى لعام ١٩٨٦ (م ١/٣٣)، وقانون التحكيم اليابانـى لعـام ٢٠٠٣ (م ١/٣٦)، وقانـون التحكـيم الكـورى لعـام ١٩٩٩ (م ١/٢٩) ...

٨- **التحذيـر مـن عـدم اختـيار الأطـراف للقانون الواجب التطبيق:** إذا كانت النـصوص قد اعترفت، هكذا، للأطراف بالحق فى تعيين أو تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن المقتضى الطبيعى أن يمارس هؤلاء ذلك الحق، بإعلان إرادتهم الصريحة أن قانون هذه الدولة، أو تلك، هو الواجب التطبيق على النزاع.

ونـرى أنه من الأهمية بمكان أن يضمن المحتكمون 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 فـى ألا تـتحقق تلك الأخطار. فالأطراف ترغب، بداهة فى التنفيذ السلمى لالتزاماتهم المتبادلة، ولا مانع، مع ذلك، أن يعدوا، مقدماً، القواعد القانونية، التى تساعد على حل ما عسى أن يثور مستقبلاً من منازعات حول عقودهم، ويجب أن يعكس تحديد القانون الـواجب التطبيق اهتمام، بل هم *Souci* يشغل بالهم، وأن يستجيبوا لخطاب النصوص التـى ذكرناها، والموجه أصلاً إليهم بأن "يختاروا" أو "يعينوا" صراحة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ونحـذر من التقاعس عن تحديد أو تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة

القانونية المطروح النزاع بشأنها على التحكيم، لأنه من الخطورة بمكان أن يغيب ذلك التحديد، حيث سيجد الأطراف أنفسهم فى ضباب أو مجهول(١). وكما يتساءل بعض الفقه لماذا لا ندرج شرطاً من سطرين يقول به الأطراف صراحة ما هو القانون الذى يقصدون الخضوع له .. إن هؤلاء الأطراف هم فى الواقع، وفى غالب الأوقات، وعن طريق الإهمال، صناع مغامرتهم السيئة"(٢)، والتى قد تتمثل فى اجتهاد غير صائب، أو شطط من جانب هيئة التحكيم فى اختيار القانون الواجب التطبيق.

وليس غريباً أن تناشد بعض الهيئات القانونية المعتبرة الأطراف وتحثهم على ضرورة التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق(٣).

٩- نطاق سلطة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق: فإذا كان من حق الأطراف هكذا، اختيار القانون الواجب للتطبيق على موضوع النزاع، تقديساً لمبدأ سلطان الإرادة، فهل يكون لهم اختيار ذلك القانون أياً كان، حتى ولو كان منبت الصلة بالمسألة المطروحة على التحكيم؟

يتجه الرأى إلى أن للأطراف المحتكمين حرية كاملة فى اختيار القانون واجب التطبيق(٤)، فنصوص معظم، إن لم يكن كل، قوانين التحكيم، وكذلك نصوص لوائح

---

(١) راجع رأى الأستاذ *THIEFFRY* عند مناقشته تقرير الأستاذ *Mercadal* حول النظام القانونى الواجب التطبيق على العقد الدولى، منشوراً فى *Cahiers de droit de L'entreprise* ١٩٧٦ ص ٢٩ وما بعدها بالذات ص ٣٦.

(٢) راجع *Niboyet*: تعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٣١ مايو ١٩٣٢ Sirey ١٩٣٣-١-١٧.

(٣) ففى دور انعقاده بمدينة أوسلو عام ١٩٧٧ قرر مجمع القانون الدولى *institut de droit international* فى المادة ١/٢ من قراره "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة المصادر الوطنية أو الدولية التى يستقى منها القانون الواجب التطبيق" راجع النص منشوراً فى *Rev.crit* ١٩٧٨ ص ٢٢٤ وما بعدها.

كما قرر ذات المجمع فى دور انعقاده بمدينة أثينا عام ١٩٧٩ عند بحثه القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية فى المادة ١/٤ من قراره "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم" راجع النص منشوراً فى *Rev. crit* ١٩٨٠ ص ٤٢٧.

(٤) الدكتور محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، بند ١٨٢، ص ٢٦٦ والدكتور فتحى والى، المرجع السابق، بند ٢٤٣ ص ٤١٩، الدكتور مختار أحمد بريرى: -

هيئات ومؤسسات التحكيم لا تستلزم وجود أية صلة بين النزاع والقانون المختار لحكمه. والقول بغير ذلك فيه خروج على مبدأ علو إرادة الأطراف فى مجال التحكيم التجارى الدولى، ويكفى أن يكون قد تم لختيار القانون واجب التطبيق بنحو موضوعى وبحسن نية *Bona fide and legal* وعلى نحو لا يتعارض مع النظام العام أو ينطوى على غش نحو قانون الدولة التى كان ينبغى اختيار قانونها لحكم النزاع وفقاً لمعطياته وظروفه، وحتى لا يكون ذلك مدعاة لرفض تنفيذ الحكم طبقاً للمادة ٥/٢م من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨.

ونحن نرى، على العكس، أن الواقعية والموضوعية التى تضمن فعالية حكم التحكيم وضمان مستقبله التنفيذى، توجب أن يكون القانون الذى يختاره الأطراف على صلة، ولو فنية، مع النزاع المعروض على هيئة التحكيم. من ذلك أن يجرى العقد فى صورة عقد نمطى أو نموذجى، متعارف عليه فى مجال تجارة سلعة معينة، وتقبله أوساط التجارة الدولية فى دولة معينة ويختار الأطراف قانون تلك الدولة، أو أن يختار الأطراف، فى مجال النقل أو التأمين البحرى، القانون الإنجليزى لحكم معاملاتهم فى التجارة البحرية، بحسبان أن القانون الإنجليزى، فى هذا المجال، هو أكثر ملاءمة لطبيعة تلك المعاملات بالمقارنة بغيره، هذا ولو لم يكن لابرام أو تنفيذ هذه المعاملات روابط واقعية بالمملكة المتحدة(١).

ويتصل بسلطة الأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق أربعة أمور هامة:

الأول: أن القانون الواجب التطبيق يتم اختياره، عادة، عند تحرير العقد أو الاتفاق حيث يتم تضمين بنوده، بنداً يحدد فيه أطرافه القانون واجب التطبيق، على أنه إذا نسى هؤلاء أو تناسوا عند الاختلاف، تحديد وقت إبرام التصرف القانونى، فإن بإمكانهم إتمام ذلك التحديد فى اتفاق مستقل لاحق(٢)، أو حتى شفاهة أمام هيئة التحكيم

- التحكم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، بند ٧٨٢ بالذات ص ١٣٩.

(١) قارن

- *R. David: l'arbitrage dans le commerce international, Paris, conomica, 1982, n. p. 472*

(٢) راجع:

- *M. TOMASZWSKI: La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de le loi qui le régit, rev. crit. 1972, p. 567.*

وراجع مؤلفنا: قانون العقد الدولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، بند ١٢٧ص ٨٧٩ وما بعدها.

ويجـرى إثـبات اتفاقهم فى محضر الجلسة. وهذا ما تعترف به بعض الاتفاقيات(١)، والتشريعات المعاصرة(٢)، ويفرضه الدور الكبير الذى تلعبه إرادة الأطراف فى إدارة عملية التحكيم.

بـل إن للمحتكمين سلطة تعديل اختيار القانون الواجب التطبيق، فبدلاً من قانون تلـك الدولـة الـذى حددوه عند إبرام التصرف أو بعده، يختارون قانون دولة أخرى، وذلـك إذا تبـين لهم أن القانون الأول لا يتمشى مع اقتصاديات المعاملة بينهم، وتبدو أحكامـه غير مناسبة بالمقارنة بأحكام القانون الذى يرون تعديل الاختيار إليه، كل ذلك مـع عـدم الإضـرار بحقوق الغير حسن النية الذين بنوا توقعاتهم على القانون الأول المـراد العـدول عنه، وبما لا يؤدى إلى التأثير على سلامة وصحة العقد أو التصرف القانونى الذى يجرى تعديله اختيار القانون بشأنه.

وهذا ما تقرره بعض الاتفاقيات الدولية(٣).

الأمـر الثانـى: أن من حق الأطراف المحتكمين اختيار أكثر من قانون لينطبق علـى موضوع النزاع، فإذا بدا لهم أن مقتضيات تفعيل إتمام التصرف تستلزم تطبيق قانـون الدولة التى أبرم فيها أقروا ذلك. كما يكون لهم تحديد قانون الدولة التى سينفذ فـيها التـصرف ليحكم آثاره وتنفيذ التزامات الطرفين. وهذا ما يقره الفقه الراجح(٤)، وغالب التشريعات الوطنية(٥).

الأمـر الـثالث: أنـه أمـام هيئة التحكيم يمتد حق الأطراف فى اختيار القانون الـواجب التطبيق إلى المسائل والعلاقات القانونية التى لا يحق لهم فيها أصلاً ممارسة

---

(١) ومن ذلك اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ لدول الاتحاد الأوروبى بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية (م ٣/٢).

(٢) فالقانون الدولى الخاص السويسرى لعام ١٩٨٧ ينص فى مادته ٣/١١٦ على أن "اختيار القانون يمكن إجراؤه فى أى وقت" وكذلك القانون الدولى الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ فى مادته ٢٤ حيث نقرأ "يسرى على العقود القانون الذى يختاره الأطراف وقت إبرام العقد أو بعده".

(٣) راجع المادة ٢/٣ من اتفاقية روما المشار إليها.

(٤) راجع خصوصياً:

- *P. LAGARDE: le dépeçage dans le droit international privé dos contrats, in Riv. Dir. Int. Pr. e proc. 1975, p. 645.*

(٥) مثل القانون الدولى الخاص الألمانى لعام ١٩٨٦ (م ١/٢٧ مدنى).

حق تحديد القانون المطبق حسب قواعد القانون الدولى الخالص، من ذلك مثلاً، مسائل التعويض عن المسئولية عن الفعل الضار، والعقود المتعلقة بالعقارات، فالأولى تخضع، تقليدياً، لقانون الدولة التى وقع فيها الفعل الموجب للمسئولية، والثانية تخضع لقانون دولة موقع العقار.

الأمر الأخير، إن سلطة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق قاصرة على المسائل والمعاملات الدولية، أى فى التحكيم الدولى، أما فى إطار التحكيم الوطنى الخالص، فنعتقد أن ذلك خارج حدود سلطان إرادتهم، حفاظاً على سيادة وفعالية النظام القانونى الوطنى للدولة(١)، فهم لا يملكون اختيار قانون يحكم موضوع التحكيم الداخلى أو الوطنى.

١٠- النطاق الزمنى للقانون المختار: إذا كان من حق الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، العقد الدولى مثلاً، فقد قيل أن من حقهم كذلك تحديد الوقت أو الزمن الذى يعتد فيه بذلك القانون، كأن يكون القانون النافذ وقت إبرام التصرف دون أية تعديلات تطرأ عليه مستقبلاً، أو القانون النافذ عند عرض النزاع الذى يحكمه على هيئة التحكيم.

وليس هذا فرضاً مدرسياً، فقد شهدت فترة الخمسينات والستينات من القرن العشرين، العديد من عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية، وكذلك القوانين المنظمة لها، التى تحوى نصوصاً تكرس فكرة حق الأطراف أو الدولة فى التجميد الزمنى *Pétrification temporelle* أو التثبيت التشريعى *legislatif stability*، بمقتضاها يتم النص صراحة على أن القانون الذى يسرى على العقد الدولى أو الاتفاق هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام ذلك العقد أو الاتفاق، مع استبعاد تطبيق أى تعديل لاحق يطرأ عليها(٢).

---

(١) عكس ذلك الدكتور فتحى والى: قانون التحكيم، بند ٢٤٣ بالذات ص٤١٩.

(٢) حول فكرة شروط التثبيت، راجع :

- *J. WETTER: salient clauses in international investment contracts, the Business lawyer, 1962, p. 973 seq.*
- *N. DAVID: les clauses de stabilité dans les contrats pértorliers, questrions d'un praticien, clunet 1986 p. 79 et ss.*
- *S. ASANTE: stability of contractual relations in the transnational investment process, in Int-comp. L. Quar. 1979, p. 401.* =

وتثبيت القانون الواجب التطبيق قد يكون اتفاقياً. بموجب نص أو بند فى العقد، من ذلك المادة (١٥) من الاتفاق والعقد المبرم بين دولة الكميرون وإحدى شركات البترول الغربية(١)، والمادة (١٩) من العقد والاتفاق المبرم بين دولة الجابون وشركة *France-ville* لمناجم اليورانيوم(٢)، والمادة ١٣ من العقد المبرم عام ١٩٧٨ بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية التى نصت على أن "يكون واجب التطبيق على العقد القانون التونسى السارى فى تاريخ توقيع العقد الحالى، ويفصل المحكمون فى النزاع على أساس العدالة والقانون التونسى الواجب التطبيق فى تاريخ الاتفاق الحالى".

كما قد يكون تثبيت القانون الواجب التطبيق تشريعياً، بمعنى أن تسن الدولة تشريعاً يخص الاتفاق أو العقد الذى ستدخل طرفاً فيه، وتنص فى مواده على التزامها بألا تعدل أو تلغى، طوال مدة الاتفاق أو العقد، قانونها الواجب التطبيق على الاتفاق أو العقد. من ذلك قانون البترول الليبى الصادر فى ٢٠ نوفمبر ١٩٥٥ (م ٢٤) (٣)، وقانون البترول الإيرانى الصادر عام ١٩٥٧ الذى نص على أن "أى تغيير تشريعى مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها فى عقد ما فى تاريخ إبرامه أو فى أى من مدد تجديده، لا تطبق على ذلك العقد لا فى خلال مدته الأولى، ولا فى خلال مدد تجديده"، ونضيف قانون الاستثمار الكميرونى لعام ١٩٦٠ (م ١٨)...

على أننا نقرر عدم قناعتنا بفلسفة شروط التثبيت الزمنى، لمخالفتها المنطق القانونى. حقيقة أنها تبتغى استقرار الروابط القانونية وحفظ توقعات أطرافها، إذ قد

= - *W. PETER : stabilization clauses in state contracts, Rev. dr. aff. Int, 1998 No. 8, p. 875 et ss.*

وبحثنا: شروط الثبات التشريعى فى عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، ١٩٨٧، العدد ٤٣، ص ٦٣ وما بعدها.

(١) وجاء بالنص:

- "Ne pourront être appliqués à la société, sans son accord préalable, les modificatons qui, pendant la durée de la convention, seraient apportées aux dispositions des textes ci- après".

(٢) وجاء بالنص "تتعهد جمهورية الجابون بأن تضمن، وفقاً لاستثناء خاص، لصالح الشركة، الاستفادة من القواعد السابقة، إلا إذا طلبت الشركة التمسك بالقواعد الجديدة".

(٣) راجع فى *international legal materials*، ١٩٦٦، ص ٤٤٢.

تكـــون الأحكام الجديدة التى تطرأ على القانون الواجب التطبيق مؤدية، حال تطبيقها، إلـــى قلـــب التوازن العقدى، وتوجيه اقتصاديات العقد أو الاتفاق لصالح أحد الطرفين، على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر.

إن تلـــك الشروط تؤدى إلى تغير صفة قواعد القانون الواجب التطبيق وتحولها مـــن نصوص وقواعد قانونية إلى شروط تعاقدية تندمج فى العقد(١)، كما أنها تخالف الأصـــول الفنية لحل تنازع القوانين فى الزمان، ذلك أنها تتجاهل أن الذى يملك تحديد ســـريان القـــواعد الجديدة فى القانون المختار لحكم النزاع هو مشرعه، وليس أطراف العقـــد أو الاتفـــاق. إن إخضاع هذا الأخير للقانون يستلزم سمو القانون عليه واستحالة تحديد ذلك العقد أو الاتفاق لنطاق سريان أحكام ذلك القانون من حيث الزمان(٢).

إن اخـــضاع النـــزاع المعروض على التحكيم للقانون النافذ وقت إبرام العقد أو الاتفـــاق رغـــم إلغائه أو تعديله يعنى تطبيق قانون ميت غير موجود، وكما يقول الفقه الـــراجح فإن "اشتراط بقاء العقد خاضعاً للقانون الذى تم تحديده، رغم إلغائه، يعنى أن العقـــد لن يكون خاضعاً ابتداء من تاريخ هذا الإلغاء لقانون دولة موجود، من اللحظة التـــى يكون فيها القانون الجديد وحده، هو الموجود فى تلك الدولة وينطبق على العقود السابقة"(٣)، أى يضحى العقد طليقاً خارج دائرة القانون.

وهذا ما تنبه إليه مجمع القانون الدولى. فبعد أن أجاز فكرة شروط التثبيت الزمنى فى دور انعقاده بمدينة أثينا عام ١٩٧٩ بمناسبة مناقشته موضوع القانون واجب التطبيق علـــى العقـــود التى تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، (م٣)(٤)، عاد إلى الأصـــول القانونـــية الـــصحيحة فـــى دور انعقاده بمدينة بال بسويسرا عام ١٩٩١ عند

---

(١) راجع حول فكرة اندماج القانون فى العقد الدولى:

- *J. TROUSSET: l'incorporation dans le contrat de la loi étrangère choisie par les parties, Thèse Paris, 1961 p. 157.*

(٢) راجع :

- *F. A. MANN: The time element in the conflict of laws, B. Y. I. L., 1954, p. 217.*
- *P. MAYER: le mythe de "l'ordre juridiqu de base" ou "Grundlegung", in Mélanges B. GOLDMAN, Paris, 1983, p. 199.*

(٣) انظر:

- *H. BATIFFOL: subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, in choix d'articles, Paris L.G.D. J., 1976 p. 249 spéc. p. 253.*

(٤) راجع أعمال المجمع فى *Rev. cit.* ١٩٨٠ ص ٤٢٧ وما بعدها.

مناقشته قانون الإرادة فى العقود الدولية، حيث أوضح فى المادة (٨) من قراره "إذا اتفق الأطـراف على أن القانون المختار يكون هو المقصود والنافذ لحظة إبرام العقد، فتطبق أحكامـه كـشروط مادية مندمجة فى العقد. ومع ذلك إذا تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون بمقتضى قواعد تحكم بنحو آمر العقود السارية، وجب تطبيق تلك القواعد"(١).

ورغـم أن قـضاء التحكيم قد أخذ بفكرة القانون الواجب التطبيق المثبت زمنياً، فـى عـدة قضايا، مثل *sapphire international petrolium* فى عام ١٩٦٣(٢)، وقضية *Liamco* عام ١٩٧٢(٣)، إلا أننا نوجه أطراف التحكيم إلى الحذر من التثبيت الزمنى للقانون الواجب التطبيق وذلك، فضلاً عما تقدم، لاعتبارين:

الأول: أن تلك الشروط كانت حيلة مبتدعة من جانب الشركات الأجنبية لاستبعاد تطبيق النظام القانونى للدول النامية على عقود واتفاقات الاستثمار والتنمية الاقتصادية، وضمان هيمنة تلك الشركات وخدمة مصالحها، خلافاً لأصول الفن القانونى الصحيح.

الثانـى: ضمان المستقبل التنفيذى لحكم التحكيم إذا أن صدوره بناء على قواعد قانونية ملغاة من جانب مشرعها قد يعرضه للبطلان.

١١– الـنطاق الموضـوعى للقانـون المختار: إذا كان لأطراف النزاع تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن السؤال يثور: هل لهم اختيار هذه القواعد أو تلك فى ذلك القانـون لتكون هى المقصودة بحكم النزاع؟ من ذلك اختيارهم لأحكام وقواعد القانون الإدارى، أو القانـون التجارى، أو القانون المدنى.. أم أن اختيارهم لقانون دولة معينة هـو اختـيار أو إسـناد إجمالى *rattachement global* للنزاع إلى مجموع النظام القانونى لتلك الدولة، فى الحدود اللازمة للفصل فيه؟

والـذى دعانـا لطـرح هذا التساؤل هو ما دار فى تحكيم *Chromalloy* بين وزارة الـدفاع المـصرية وإحدى الشركات الأمريكية، والذى حكمت فيه هيئة التحكيم الثلاثية على الطرف المصرى بدفع تعويض للطرف الثانى يتجاوز ١٧ مليون دولار،

---

(١) راجع النص فى *Rev. cit.* ١٩٩٢ ص ١٩٨.

(٢) راجع الحكم منشوراً فى :

- *International law reports, 1967, vol. 35, p. 136-192.*

(٣) راجع الحكم المنشور فى:

- *International legal materials, 1981, vol. 20, p. 1-87.*

وهـو مـا دفـع المحتكم ضده إلى الطعن على الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة، استناداً إلى أن حكم التحكيم قد استبعد تطبيق القانون الذى اتفق عليه الطرفان وهوالقانون المصرى(١).

وقـد أبانـت محكمة الاستئناف فى حكمها بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩٩٥ عن أن العقد المبـرم بين الطرفين المحتكمين كان عقداً إدارياً حيث يتعلق بتوريد قطع غيار لأسطول طائـرات الهليكوبتر المبينة فى العقد وصيانة وتنظيم مخازن قطع الغيار، وهو ما يتصل بـتلك المـثابة بمرفق الدفاع الوطنى فى الدولة، وأضافت "فإذا تضمن ذلك العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق – بمعرفة هيئة التحكيم – هو القانون المصرى فإن مفاد ذلـك أن المقـصود هـو القانـون الإدارى المصرى، فإذا أعمل التحكيم القانون المدنى المـصرى دون القانـون الإدارى المصرى فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق فى العقد على إعمال أحكامه بما تتوفر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم".

والـذى نـراه أقـرب إلى العدالة ومقتضيات الفن القانونى السليم، أنه من حق أطـراف النـزاع تحديد ماهية القواعد القانونية أو الفرع القانونى المراد تطبيقه على النـزاع مـن قانـون الدولـة الذى اختاروه لحكم النزاع، تقديراً لمبدأ سلطان الإرادة والحرية الدولية للعقود والاتفاقات. وإن هم فعلوا ذلك التزمته هيئة التحكيم، وإن خالفته وطـبقت بـدلاً من قواعد القانون المدنى، قواعد القانون التجارى مثلاً، فإنها تكون قد استبعدت القانون الذى اختاره الأطراف، مما يجعل حكمها حقيقياً بالبطلان.

غير أنه فى حالة عدم تحديد أى القواعد القانونية يريدون فى القانون الذى اتفقوا على تطبيقه، ولم يتمسكوا بذلك أثناء نظر النزاع، فلا تثريب على هيئة التحكيم إن هى طـبقت القانـون المخـتار فى كل قواعده أو أحكامه(٢). وذلك أن المبادئ العامة فى القانـون الدولى الخاص تفرض "فكرة الإسناد الإجمالى" بمعنى أنه إذا تقرر اختصاص قانون إرادة الأطراف فى المعاملات الدولية، وإسناد منازعات تلك المعاملات إلى ذلك

---

(١) حول تلك القضية راجع:

- *Eric SCHWARTZ: A comment on chromalloy, Hilmartion à l'américaine, 14 J. int. arb. 125, Juin 1997 p. 135.*
- *Gary H. SAMPLINER: Enforcement of nullified foreign arbitral awards: chromally revisited, in int. arb. 1997, p. 141.*

(٢) راجع الدكتور فتحى والى: المرجع السابق، بند ٢٤٤ بالذات ص٤٢٣.

القانون، فهى تسندها إليه فى جملته، بحيث يتعين على المحكم أن يطبق القانون المسند إليه، أى القانون الذى اتفق عليه الأطراف، بكامل نصوصه وأحكامه بحيث لايسوغ تطبيق بعضها، واستبعاد البعض الآخر. فالإسناد الاختيارى يكون إلى مجموع نظام قانونى *systeme juridique in globo*، وليس إلى مفردات فيه.

على أن فكرة "الإسناد الإجمالى" لا ينبغى أن تغرى هيئة التحكيم إلى درجة أن تطبق قواعد الإسناد أو التنازع فى القانون الذى اختاره الأطراف. ذلك أن الرأى قد استقر فى فقه وقانون التحكيم التجارى الدولى، أنه إذا اتفق أطراف التحكيم على تطبيق قانون دولة معينة، كان الواجب التطبيق هى القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين أو قواعد الإسناد، ما لم يتفق على غير ذلك(١). فإذا اتفق الأطراف على تطبيق القانون الإيطالى، فإن على هيئة التحكيم تطبيق قواعد القانون المدنى، أو التجارى، أو الإدارى فى ذلك القانون حسب طبيعة المسألة محل النزاع، ولا تنظر فى قواعد التنازع فيه، والتى قد تحيل، بالنسبة للمسألة المعروضة، إلى تطبيق قانون دولة أخرى. فنظرية الإحالة غير معمول بها فى مجال قانون الإرادة، لاسيما أمام قضاء التحكيم، حيث تؤدى إلى تعطيل الفصل فى النزاع، كما أن الفلسفة التى تقوم عليها غير معتبرة لدى هذا القضاء(٢).

وقد أكد على ذلك العديد من التشريعات التحكيم التى أشرنا إليها، منها مثلاً، قانون التحكيم الأسبانى لعام ٢٠٠٣، حيث نصت المادة ٢/٣٤ على أن "تحديد قانون أو نظام قانونى لدولة معينة، يقصد به القانون الموضوعى لتلك الدولة وليس قواعد التنازع فيه، ما لم يتفق على خلاف ذلك" وهو نص ردده قانون التحكيم اليابانى لعام ٢٠٠٣ فى مادته (٣٦)(٣)، وقانون التحكيم الكورى لعام

---

(١) راجع:

- *A.C. FOUSTOUCOS: l'arbitrage interne et international en droit privé Hellenique, Thèse Paris, 1976 n. 297, p. 201.*

(٢) راجع حول نظرية الإحالة: كتابنا: الأصول فى التنازع الدولى للقوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، بند ٣٩٨وما بعده، ص٤٣١ وما بعده.

(٣) ونقرأ :

- *"any desigsation of the law or legal system of a given state shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that state and not to its conflict of laws rules"*

١٩٩٩(١)، وقانون التحكيم الروسى لعام ١٩٩٣(٢)، وقانون التحكيم الألمانى لعام ١٩٩٧(٣). وقانون التحكيم التركى لعام ١٩٩٩(٤)، وقانون التحكيم المصرى لعام ١٩٩٤ (م ١/٣٩)، وقانون التحكيم العمانى لعام ١٩٩٧ (م ١/٣٩)، وقانون التحكيم الأردنى لعام ٢٠٠١ (م٣٦/أ)...

المبحث الثانى

المحكمون وتحديد القانون الواجب التطبيق

أولاً: التحديد الاسنادى غير المباشر للقانون الواجب التطبيق:

١٢- **النصوص القانونية:** إذا انعدم اتفاق الأطراف حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وجب على هيئة التحكيم الاجتهاد للوصول إلى تحديد ذلك القانون، ومحظور عليها الامتناع عن الفصل فى النزاع بحجة عدم معرفة القانون المختص وتقاعس الأطراف عن بيانه، وإلا كانت مخلة بالتزاماتها المفروضة عليها بموجب عقد التحكيم أو سند تكليفها، فضلاً عن مخالفتها واجب أداء العدالة.

ولكن فى أى اتجاه يكون لجتهادها، وأى قانون تبحث عنه؟

تفرقت مواقف لوائح مؤسسات وتشريعات التحكيم. فمنها ما قرر أن لهيئة التحكيم أن تحدد مباشرة وتختار القانون الذى تراه مناسباً لحكم النزاع، ومنها ما قرر أن يكون التحديد بطريق غير مباشر، بمعنى أن تختار نظام إسناد مناسب يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق. وهو ما نتناوله فى البند الماثل.

فمن لوائح مؤسسات ومراكز التحكيم التى أخذت بفكرة التحديد الإسنادى غير المباشر، نذكر قواعد مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى المعدلة عام

---

(١) المادة ١/٢٩.

(٢) المادة ١/٢٨.

(٣) المادة ١/١٠٥١ إجراءات مدنية.

(٤) حيث نقرأ :

- "Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme designant directement les règles juridiques de fond de Cet Etat et non sés règles de conflit de lois"

٢٠٠٠(١)، حيث تنص المادة (١/٣٣) على أنه إذا لم يتفق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق "وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذى تعينة قواعد تنازع القوانين التى ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق فى الدعوى". وكذلك نظام مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٣، حيث نصت المادة (١٢) على أنه "فى حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق سواء فى العقد أو فى مشارطة التحكيم يطبق المحكمون القانون الذى تحدده قواعد تنازع القوانين التى يرونها مناسبة"(٢) وقريباً من ذلك اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (م ١/٢٤).

ومن تشريعات التحكيم التى ألزمت هيئات التحكيم بضرورة اختيار قواعد إسناد مناسبة يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، نذكر قانون التحكيم فى سنغافورة لعام ٢٠٠١ حيث نصت المادة ٢/٣٢ على أنه "إذا لم يختر الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاعهم فتطبق محكمة التحكيم القانون الذى تحدده قواعد تنازع القوانين" كما أن قانون التحكيم الإنجليزى لعام ١٩٩٦ قد تبنى هذا الاتجاه بقوله فى المادة ٣/٤٦ على أنه "إذا لم يوجد ذلك الاختيار أو الاتفاق – على القانون الواجب التطبيق – يكون لمحكمة التحكيم تطبيق القانون الذى تحدده قواعد تنازع القوانين التى تقدر تطبيقها"(٣).

وكذلك نذكر قانون التحكيم التجارى الدولى اليونانى لعام ١٩٩٩، حيث جاء فى المادة ٢/٢٨ أنه "عند انعدام ذلك التعيين من قبل الأطراف، فتطبق محكمة التحكيم القانون الذى تعينه قاعدة تنازع القوانين التى تقدر أنها أكثر ملاءمة للقضية"(٤).

وهناك نصوص عديدة مثيلة، وردت فى قانون التحكيم الروسى لعام ١٩٩٣

---

(١) وهى قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى *Unicitral* لعام ١٩٧٦.

(٢) وهو ما كرره نص المادة ٣/٢٨ من لائحة إجراءات التحكيم أمام المركز الصادره عام ١٩٩٤.

(٣) اقرأ النص الإنجليزى التالى:

- "if or to the extent that there is no such choice or agreement the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable" .

(٤) وجاء بالنص الفرنسى:

- "A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la régle de conflit de lois qu'il juge la plus appropriée en l'espèce"

(١) وقانون التحكيم البلغارى لعام ١٩٨٨(٢)، وقانون التحكيم الكندى لعام ١٩٨٦(٣)...

١٣- مضمون التحديد الاسنادى وضوابطه: والبادى من النصوص السابقة أن التحديد الإسنادى يعنى أن هيئة تتولى تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع بمساعدة قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد ***règles de rattachement*** التى تراها، أى لا يكون لهيئة التحكيم التحديد أو الاختيار المباشر للقانون الموضوعى لدولة معينة لتطبقه على النزاع، بل عليها الاستعانة بقواعد التنازع فى تلك الدولة والتى ترشدها إلى القانون الذى سيحكم النزاع.

من ذلك مثلاً، إذا عرض على هيئة التحكيم قضية تتعلق بفسخ عقد إدارة أحد الفنادق والتعويض عن سوء الإدارة، الذى أدى إلى تنزيل تصنيف الفندق من خمس نجوم إلى ثلاث، وكان العقد محل النزاع قد إبرم خلواً من أى تحديد، من قبل الأطراف، للقانون الواجب التطبيق، فإنه بدلاً من أن تتولى هيئة التحكيم اختيار قانون الموطن المشترك للطرفين، تطبق قواعد الإسناد أو التنازع فى دولة معينة، والتى قد تشير إلى تطبيق قانون الدولة التى ينفذ فيها عقد الإدارة، وهى الدولة التى يوجد على أراضيها المنشأة الفندقية(٤).

غير أن التساؤل الذى يثور: هل لهيئة التحكيم أن تختار ما تشاء من قواعد تنازع القوانين أو الإسناد لأية دولة والتى تساعدها فى تحديد القانون الذى يحكم موضوع القضية التحكيمية؟

إذا كانت بعض النصوص القانونية التى أوردناها، قد أطلقت يد هيئة التحكيم فى تطبيق ما تشاء من قواعد التنازع أو الإسناد لهذه الدولة أو تلك، فإن البعض الآخر، وهو ما نؤيده، يتجه إلى ضرورة أن تكون قواعد التنازع التى تطبقها هيئة التحكيم، وصولاً إلى القانون الواجب التطبيق، مناسبة أو ملائمة لظروف ومعطيات القضية

---

(١) المادة (٢/٢٨).

(٢) المادة (٣٨).

(٣) المادة (٢/٢٨).

(٤) قارب القضية التحكيمية رقم ٣٤٩ لعام ٢٠٠٣ والتى كانت منظورة أمام هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى وصدر فيها حكم التحكيم بتاريخ ٢٠٠٦/٢/٢٧.

المعروضة. وهذا ما نجده فى نص المادة (١٢) من نظام مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ونص المادة ٢/٢٨ من قانون التحكيم التجارى الدولى اليونانى لعام ١٩٩٩، وكذلك المادة (٣٨) من قانون التحكيم البلغارى لعام ١٩٨٨.

ونعتقد أن الحادى لهيئة التحكيم فى اختيارها قواعد الإسناد أو التنازع سيكون أمران :

الأول: أن تؤدى تلك القواعد إلى تحديد قانون يتفق واقتصاديات العلاقة محل النزاع، وطبيعة المعاملات بين أطراف التحكيم، وعدم الإخلال بتوقعاتهم المشروعة.

الثانى: أن تؤدى إلى تحديد قانون يقود تطبيقه إلى إصدار حكم مضمون مستقبله التنفيذى، وينأى به عن مزالق الطعن بالبطلان أو غيره من أوجه النيل منه(١).

وعلى كل حال، فقد تكون تلك القواعد، هى قواعد الاسناد فى قانون دولة مقر التحكيم(٢) أو فى قانون الدولة المتوقع تنفيذ حكم التحكيم فيها، أو فى قانون الدولة التى كانت محاكمها تختص أصلاً بالفصل فى النزاع لو لم يتفق على التحكيم ..

كما يجوز لهيئة التحكيم استشارة قواعد تنازع القوانين فى كل الدول التى على صلة بالنزاع لتصل إلى قانون توافقى يحقق مصالح الأطراف ويضمن مستقبل الحكم تنفيذياً(٣).

ثانياً: التحديد الموضوعى المباشر للقانون الواجب التطبيق:

١٤– النصوص القانونية: تتجه النصوص القانونية فى لوائح هيئات ومؤسسات التحكيم وفى تشريعات التحكيم، فى غالب الدول، إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة

---

(١) قارن ما تم فى القضية التحكيمية *Chromalloy* بين وزارة الدفاع المصرية وإحدى الشركات الأمريكية، مشار إليها سلفاً، حيث قضت محكمة استئناف القاهرة ببطلان حكم التحكيم لتطبيقه أحكام القانون المدنى دون أحكام القانون الإدارى المصرى.

(٢) وهذا ما تبناه مجمع القانون الدولى *Institut de droit international* فى دور انعقاده فى مدينة لمستردلم، عام ١٩٥٧ (م١١).

(٣) - *Y. DERAINS: l'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois interessés au litige, Rev. arb. 1972. p. 99 et ss.*

الاختيار المباشرة للقانون الذى تراه ملائماً لظروف وملابسات موضوع النزاع، وذلك دون حاجة للمرور بنظام إسنادى معين.

وقد تبنى هذا الاتجاه قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى *LCIA* النافذة من أول يناير ١٩٩٨ حيث جاء بنص المادة ٣/٢٢ فى حالة عدم اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع "تقوم هيئة التحكيم بتطبيق القانون أو القواعد القانونية التى تراها مناسبة". وكذلك نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس *ICC* النافذ من أول يناير ١٩٩٨، حيث نصت المادة ١/١٧ على أنه إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، "تطبق محكمة التحكيم قواعد القانون الذى تراه ملائماً"(١)، ونضيف نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبى لعام ١٩٩٤، حيث نقرأ فى المادة ٣٣ أنه "إذا لم يتفق الأطراف صراحة أو ضمناً على القانون الواجب التطبيق فى موضوع النزاع تطبق هيئة التحكيم.. القانون/القوانين الأوثق ارتباطاً بموضوع النزاع".

ومثل تلك النصوص لها نظير فى لائحة تحكيم الجمعية الأمريكية *AAA* المعدلة عام ١٩٩٢(٢)، ولائحة جمعية التحكيم الايطالية *A.I.A* لعام ١٩٨٥(٣)، ولائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لمركز أبو ظبى للتوفيق والتحكيم التجارى لعام ١٩٩٣(٤)...

أما التشريعات الوطنية التى تبنت ذلك الاتجاه، نذكر قانون التحكيم الأسبانى لعام ٢٠٠٣، الذى نصت مادته ٢/٣٤ على أنه "إذا انعدم تعيين الأطراف – للقانون الواجب التطبيق – يطبق المحكمون القانون الذى يرونه ملائماً"(٥). وكذلك قانون التحكيم اليابانى لعام ٢٠٠٣، إذ تنص المادة ٢/٣٦ على أنه "إذا انعدم الاتفاق – حول

---

(١) حيث نقرأ :

- *"A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, le tribunal appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées".*

(٢) المادة ١/٢٩.

(٣) المادة ٢/١٧.

(٤) المادة ٤.

(٥) حيث يقول النص الإنجليزى:

- *"Failing any designation by the parties, the arbitrators shall apply the law that they consider appropriate".*

تحديـد الأطراف القانون الواجب التطبيق – تطبق محكمة التحكيم القانون الموضوعى للدولـة الأكثر ارتباطاً *most closely connected* بموضوع النزاع المدنى الخاضع لإجراءات التحكيم".

ويـنص قانون التحكيم المصرى لعام ١٩٩٤ فى مادته ٢/٣٩ على أنه "وإذا لم يـتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

وهـناك العديـد من التشريعات التى سارت فى هذا الاتجاه، نذكر منها، قانون التحكـيم الفرنـسى لعـام ١٩٨١(١)، وقانون التحكيم اللبنانى لعام ١٩٨٥(٢)، وقانون التحكـيم الهولندى لعام ١٩٨٦(٣)، وقانون التحكيم السويسرى لعام ١٩٨٧(٤)، وقانون التحكـيم التونـسى لعام ١٩٩٣(٥)، وقانون التحكيم الجزائرى لعام ١٩٩٣(٦)، وقانون التحكـيم الإيطالـى لعام ١٩٩٤(٧)، وقانون التحكيم العمانى لعام ١٩٩٧(٨)، وقانون التحكيم الألمانى ١٩٩٧(٩)، وقانون التحكيم الكورى لعام ١٩٩٩(١٠)، وقانون التحكيم الموريتانى لعام ٢٠٠٠(١١)، وقانون التحكيم التركى لعام ٢٠٠١(١٢)، وقانون التحكيم الأردنى لعام ٢٠٠١(١٣).

١٥– مضمون التحديد المباشر وضوابطه: ليس من المتعذر أن ندرك مضمون

---

(١) المادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية.

(٢) المادة ٨١٣ من قانون الإجراءات المدنية.

(٣) المادة ٢/١٠٥٤ من قانون الإجراءات المدنية.

(٤) المادة ١/١٨٧ من مجموعة القانون الدولى الخاص.

(٥) المادة ٢/٧٣.

(٦) المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ من قانون الإجراءات المدنية.

(٧) المادة ٨٣٤ من قانون الإجراءات المدنية.

(٨) المادة ٢/٣٩

(٩) المادة ٢/١٠٥١ من قانون الإجراءات المدنية.

(١٠) المادة ٢/٢٩.

(١١) المادة ٢/٥٦.

(١٢) المادة ١٢ /جـ .

(١٣) المادة ٣٦/ب.

الـتحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم. فهـذه الأخيرة تجتهد فى محاولة الوصول إلى ذلك القانون، فلها أن تجرى موازنة بين الدول التى يتصل بها النزاع، وتقرر أيها أزكى قواعداً ونظاماً فى شأن ذلك النزاع.

غير أن اجتهاد هيئة التحكيم يجب أن يضبطه:

مـن ناحية أولى، البحث عن قانون دولة يتوافق مع الإرادة الضمنية للطرفين. فهـى إرادة حقيقـية تنبـئ عن ميل، وإن كان كامناً، إلى نظام قانونى معين، ويمكن استخلاصه بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف وملابسات القضية التحكيمية المعروضـة. كـأن يتم التفاوض وإبرام الصفقة فى دولة معينة، أو يجرى تنفيذها فى دولة ويتم الوفاء بعملة تلك الدولة، بما يرشح قانونها للتطبيق. أو تكون المعاملة قد نفذ الجانـب الأكبر منها فى ذات الدولة التى يتوطن أو يقيم فيها أطرافها بما يؤهل قانونها للتطبيق.

ومـن ناحـية ثانـية، الاسـتعانة ببعض النظريات السائدة فى النظم القانونية المعاصـرة، مـثل نظـرية التوطين أو تركيز العلاقة محل النزاع فى هذه الدولة، أو تلـك(١)، ونظـرية القانـون الملائـم *The proper law*(٢)، ونظرية الأداء المميز *Prestation caractéristique*(٣) وكلها نظريات معروفة فى الفكر القانونى.

ونعتقد أن التزام مثل تلك النظريات، إن كان أمراً اختيارياً لهيئة التحكيم، إلا أن تلك الهيـئة لا ينبغـى أن تنسى أنها إن كانت تعمل وفق نظام اتفاقى، إلا أن نهاية عملها، هو القضاء والحكم، سيطلب الاعتراف به من نظم قانونية رسمية لدولة أو لدول معينة، ترغب فى تنفيذ أحكام تحكيم ليست غريبة فى بنيانها عن ما هو متعارف عليه لديها.

والمتأمل فى بعض النصوص التى ذكرناها يجد أنها لم تخرج عن هذا التحليل،

---

(١) حول تلك النظرية راجع كتابنا: قانون العقد الدولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، بند ١٢٠ وما بعده، ص ١٦٨ وما بعدها.

(٢) راجع فى الفقه الأنجلو أمريكى :

- *O. KAHN-FREUND: la notion anglaise de la "proper law of the contact, Rev- crit 1973, p. 607 et ss.*

(٣) حول تلك النظرية سويسرية الأصل راجع :

- *A. SCHNEITZER: les contrats internationaux en droit international privé Suisse, Recueils des cours la Haye 1968, vol. 123, p. 541 et s.*

فبعضها يستلزم أن تطبق هيئة التحكيم القانون "المناسب" أو "الملائم"، أو "الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع" أو "الأكثر اتصالاً بالنزاع". كما أن الفقه الراجح يؤيد فكرة التزام الواقعية والموضوعية فى اختيار هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ومن ناحية ثالثة، فإنه لا يوجد تلازم حتمى بين قانون الدولة الذى يحكم إجراءات التحكيم وخصومته والقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، ما لم يتبين لهيئة التحكيم أن القانون الموضوعى لتلك الدولة هو المناسب أو الملائم وفق منظور موضوعى وواقعى.

ومن ناحية أخيرة، إنه إذا كان للأطراف المحتكمين، حال اختيارهم للنظام القانونى الواجب التطبيق على موضوع النزاع، اختيار أو تعيين أكثر من قانون(١)، فإن هذا ليس مسموحاً به لهيئة التحكيم حال تخلف ذلك الاختيار، كما ليس لها تطبيق خليط من القواعد والمبادئ منتقاة من عدة قوانين وطنية أو استقر عليها العرف التجارى، لأنها بذلك لا تفصل فى النزاع وفق القانون، بل وفق نظام آخر، سنعرض له الآن:

المبحث الثالث

المحتكمون والمحكمون والتحكيم الطليق

أولاً: التحكيم الطليق وقواعد العدل والإنصاف:

١٦– التحكيم بالقانون والتحكيم عدلاً وإنصافاً: التحكيم نظام قضائى إرادى، يحسم المنازعات بنحو يضمن بقاء استمرار التعامل بين أطرافه، ولو كان ذلك على حساب التطبيق الجامد لقواعد القانون، فهو ليس حارساً على نظام قانونى وطنى معين، وليس هناك من سلطة نظامية عليا تلزمه بتطبيق هذا القانون أو ذاك. ومن ثم يستطيع، فى سبيل تحقيق غايته، تفادى قواعد قانون الدولة، التى قد تكون غير ملائمة(٢).

---

(١) راجع :

- *J. ROBERT: l'arbitrage, droit interne et droit international privé, Paris- Dalloz, 5 éd, 1983, No 326, p. 282 ct s,*

(٢) راجع : بند ١٧١ وما بعدها، بالذات ص ١٨٢،

- *A. GOLDSTAJN: The new law merchant reconsidered, in Mélanges. Cl. Schmithoff, op. cit. 1973.*

كما أنه ليس له قانون قاض *Lex Fori* تخاطبه أحكامه(١)، وتحدد له الاختصاص التشريعي لهذا القانون أو ذاك بموجب قواعد تنازع القوانين(٢). إن الأساس الاتفاقي للتحكيم يعطيه حرية حركة بين القوانين التي يرغب في الانتقاء من بينها وتطبيقها(٣).

وقد يصل الأمر إلى أن يكون باستطاعة هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع وفق مبادئ العدل والإنصاف *Ex aequo et bono* ، دون التقيد بقاعدة قانونية محددة، وذلك إذا اتفق الأطراف على ذلك صراحة(٤)، وهذا ما يسمى، عادة، التحكيم مع التفويض بالصلح، وهو نوع من التحكيم الطليق.

وإيضاح ذلك، أن الأصل العام في معظم، إن لم يكن في كل، القوانين المقارنة هو التحكيم بالقانون. وإذا أطلق لفظ التحكيم مجرداً، فالفرض أنه التحكيم بالقانون، حتى ولو سكت أطراف النزاع عن تحديد نوع التحكيم. وعلى ذلك، فإن على هيئة التحكيم أن تعلم أنها مقيدة بأحكام القانون، ومن ثم تلتزم بالبحث عن قواعد القانون التي يجب عليها تطبيقها على موضوع النزاع(٥).

---

(١) راجع:

- *F. EISENMANN: La lex fori de 1 'arbitrage commercial international, in Trav, com. Fra .dr. int. privé., 1973 - 1974, p. 189.*
- *Ph. FOUCHA RD: L 'arbitrage commercial interntional, Thèse, op. cit No 580, p. 404.*
- *J.D.BREDJN: La loi du juge , Mélanges B.GOLDMAN, ', Paris, litec, I983, p. I5 et ss.*

(٢) راجع:

- *P.LEVEL: Définition et Sources de I 'arbitrage international: Conflits de lois, convention d 'arbitrage , in Juris classeur de droit international, 1970 fasc, 585 No 50.*

(٣) راجع:

- *P.LALIVE: Les règles de conflit de lois appliqées au fond du litge par I'arbitre international siègeant en suisse, Mémoires publiées par la faculté de droit de Génève 1976.*
- *Y. DERAINS: L 'application cumulative des systèmes de conflits de lois intéressés au litige, Rev. arb. 1972 , p. 99.*

(٤) وتعترف كل التشريعات الوطنية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم التجارى بإمكانية القضاء وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، أى التحكيم صلحاً، إذا اتفق الأطراف على ذلك صراحة.

(٥) وهذا الأصل العام يقوم على عدة اعتبارات منها:

من ناحية، أن المحكم، أو هيئة التحكيم بتشكيلها المعروف، هو بشر، وهو بحاجة إلى ما ينير طريق العدالة أمامه، ويضبط سلوكه. فقد لا تسعفه ملكاته الشخصية الذهنية من تحرى سبيل الحق، بل إن أسعفته فقد يقوده شطط اجتهادى إلى التحكم وتنكب جادة الصواب. فالتزام -

غيـــر أن للخـــصوم الحق والسلطة فى أن يعفوا هيئة التحكيم من ذلك الالتزام، ويسمحوا لها بالإنطلاق خارج دائرة ذلك الالتزام وتفصل فى النزاع وفق نظام التحكيم مـــع الـــتفويض بالصلح *amiable composition* وهو ذلك النوع من قضاء التحكيم الـــذى يفـــصل فيه المحكمون فى النزاع الذى نشأ، أو يمكن أن ينشأ(١)، وفقاً لمبادئ العدالة، والإنصاف، دون التقيد بقواعد القانون الموضوعى.

وتجيـــز مخـــتلف التـــشريعات التحكـــيم الطليق بهذا المفهوم، من ذلك القانون الفرنسى الذى نص فى المادة ١٤٧٤ من قانون الإجراءات المدنية المعدل عام ١٩٨٠ على أن: "يفصل المحكم فى النزاع طبقاً لقواعد القانون، هذا ما لم يعهد إليه الأطراف، فى اتفاق التحكيم، بمهمة الفصل كمفوض بالصلح". كما نصت المادة ١٨٧ من القانون الدولـــى الخـــاص السويـــسرى لعام ١٩٨٧ على أن: "١– تفصل محكمة التحكيم طبقاً لقـــواعد القانـــون التى يختارها الأطراف، وعند إنعدام الاختيار، فطبقاً لقواعد القانون التـــى تتـــصل بها القضية بأكثر الروابط وثوقاً. ٢– وللأطراف أن يرخصوا لمحكمة التحكـــيم فـــى الفصل فى النزاع وفقاً للعدالة" ونصت المادة ٤/٣٩ من قانون التحكيم المصرى على أنه "يجوز لهيئة التحكيم، إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالـــصلح، أن تفـــصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقـــيد بأحكـــام القانون". وهناك نصوص مماثلة فى القوانين الأخرى(٢)، والاتفاقيات

= المحكم قواعد القانون هو ضمانة ليس فقط للخصوم أنفسهم الذين اختاروا التحكيم طريقاً، بل هو كذلك للمحكم من هوى نفسه.

ومن ناحية أخرى، فإن التحكيم مازال، على الأقل فى المعاملات الوطنية غير المتصلة بالعلاقات التجارية الدولية، طريقاً فرعياً لحسم المنازعات. وإذا كان هو كذلك فى مبدئه، فهو كذلك، أيضاً فى خروجه على القواعد القانونية التى يلتزم بها القضاء العام فى الدولة. ولما كان هذا الأخير، وهو الأصل، مقيد بتلك القواعد، فإن التحكيم وهو الفرع يتقيد، من باب أولى، بما يتقيد به الأصل.

(١) وعلى هذا يمكن أن يتم الاتفاق على التحكيم الطليق سواء فى صورة شرط التحكيم *clause compromissoire* أم فى صورة مشارطة التحكيم .compromis راجع فى هذا المعنى:

- *BERNARD: L 'arbitrage volontaire en droit privé, Bruxelles, 1973 p. 242*

عكس ذلك وفى منع الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح فى صورته الأولى.

- *H.MOTULSKY: arbitrage, expertise, transaction, op. cit. P. 26 spéc., p. 53.*

(٢) من ذلك القانون الإماراتى لعام ١٩٩٢ (م٢/٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية) والقانون الألمانى لعام ١٩٩٧ (م٣/١٠٥١ إجراءات مدنية) وقانون التحكيم العمانى لعام ١٩٩٧ (م٤/٣٩) =

الدولية(١)، ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة(٢).

ولا يفترق التحكيم مع التفويض بالصلح، أى التحكيم الطليق من قواعد القانون، عـن التحكيم العادى من حيث الطبيعة القانونية فكلاهما قضاء *Juridiction*، ويصدر حكماً ملزماً للأطراف، ويحوز قوة الأمر المقضى(٣).

وعلـى كـل حال، فإن التحكيم الطليق أو بالصلح يفتح ثغرة فى جدار التطبيق الملزم للقوانين الوضعية، ومن خلالها تزدهر المبادلات والعلاقات التجارية الحرة. وقد جـاء بأحد العقود الدولية المبرمة بين مشترى من دولة المغرب وبائع من إحدى الدول الأوربية أنه "يجب على محكمة التحكيم أن تقضى كمفوضة بالصلح، ولا تكون ملزمة بتطبيق لا تشريع البائع ولا التشريع المغربى"(٤).

١٧- **مـضمون فكرة العدل والإنصاف ومخاطرها:** العدالة، كفكرة، هى شعور نفسى وقناعات ضمير ووجدان حول ما نعتقده عدلاً أو ظلماً، وأن الحق يكون فى هذا الاتجـاه أو ذاك(٥). وكـل حكم قضائى أو تحكيمى، يجب أن يبتغى العدالة، حتى ولو كـان يطبق القانون؛ فالقانون يجب أن يكون فى خدمة العدالة، وليست العدالة هى التى فى خدمة القانون وقواعده.

- وقانون التحكيم اليونانى لعام ١٩٩٩(م٣/٢٨) وقانون التحكيم اللبنانى لعام ١٩٨٥(م٢/٨١٣ إجراءات مدنية) وقانون التحكيم الهولندى لعام ١٩٨٦ (م١٠٥٤/ ٣ إجراءات مدنية) وقانون التحكيم البرازيلى لعام ١٩٩٦ (م٢) وقانون التحكيم الموريتانى لعام ٢٠٠٠ (م٣/٥٦)...

(١) مثل الاتفاقية الأوربية للتحكيم المبرمة عام ١٩٦١ (م٧) واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (م٣/٤٢)، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى لعام ١٩٨٧ (م٢/٢١).

(٢) من ذلك لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨ (م٣/١٧) ولائحة غرفة التحكيم الفرنسية العربية (م١٦) ولائحة إجراءات التحكيم التجارى لدى مركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤ (م٢٤)...

(٣) راجع:

E. LOQUIN: I 'amiable composition en Droit comparé et international, Thèse Dijon, éd., librairies techniques, Paris 1980 N° 1.3 p. 17.

(٤) البند ١٢ من العقد، مشار إليه فى:

- *E. LOQUIN: Thèse, op. cit., No 552 , p. 319.*

(٥) راجع:

- *R.DESSINS: Essai sur la notion d'équité, Thèse Toulouse 1934, p. 28.*

أما الإنصاف، كفكرة أيضاً، فهو التسامح والفضل ومراعاة الاعتبارات الإنسانية في التعامل، وعدم الإلزام بأداء الحق وتنفيذ الالتزام إلا فى حدود الطاقة وعدم الإرهاق وبما يحقق التوازن المعقول بين أعباء الأطراف(١).

وهكذا، فإن العدالة والإنصاف يسمحان بتصحيح عوار القواعد القانونية، والتخفيف من جمودها، وعلاج التعب الذى يعتريها(٢)، بسبب بعدها عن العدالة والإنصاف أحياناً.

ومؤدى هذا أن للمحكم، وباسم العدالة والإنصاف، أن يخفض الالتزام المرهق فى العقود والالتزامات إلى الحد المعقول(٣)، ويلزم المدين الذى يدفع بانقضاء دينه بالتقادم بأن يؤديه إلى دائنه رغم توفر شروط الدفع(٤).

والتحكيم عدلاً وإنصافاً *Ex aequo et bono* يعتمد، هكذا، على قناعات شخصية يؤثر فيها الحالة النفسية للمحكم، وبيئته وتكوينه الثقافى والاجتماعى والخبرات المكتسبة.

وهنا تبدو خطورة التحكيم القائم على العدل والإنصاف. وتتفاقم تلكم الخطورة فى ظل نظم التحكيم التى لا تعرف طرقاً للتظلم من حكم التحكيم أو مراجعته أو الطعن عليه، بخلاف الطعن بالبطلان لأسباب محددة. فالشطط وإمكانية تنكب جادة الحق واردة.

حقيقة أننا نؤكد على أن المحكم عدلاً وإنصافاً يلتزم بالمبادئ الأساسية للتقاضى، فلا يحكم بغير ما يطلبه المحتكمون، أو يخرج على اتفاق التحكيم، أو يغير أو يشوه وقائع النزاع(٥)، كما أن عليه احترام القواعد الآمرة التى تمس النظام العام

---

(١) راجع:

- *B. GOLDMAN: Une bataille judicaire autour de la lex Mercatoria, Rev. arb. 1983. p. 379 et ss.*

(٢) راجع:

- *B. OPPETIT: L'adaptation des contrats internationaux aux circonstances économiques, clunet 1974, p. 797 et ss.*

(٣) راجع *ROBERT* ، المرجع السابق، بند ١٨٩ ص١٦٥.

(٤) راجع:

- *J. CARBONNIER: Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, in Trav. Ass. H. CAPITANT, DALLOZ, 1959 – 1960, p. 35.*

(٥) فى هذا المعنى *ROBERT* : المرجع السابق، بند ١٨٧، ص١٦٤.

فى دولة مقر التحكيم أو الدولة التى سينفذ فيها الحكم.

إلا أننا، نحذر، فى ذات الوقت، من هذا النوع من التحكيم، حيث لا يتوفر الأمان القانونى *la sécurité juridique* الذى يستشعره المحتكمون فى التحكيم بالقانون، ذلك أنه لن يكون هناك تسبيباً قانونياً يمكن الاطمئنان إليه، ولا يغنى عن ذلك الاقتناع الكامل للمحكم بالعدالة، فتلك القناعة ليست تسبيباً فى مفهوم القانون.

ولعل ما يدعم تخوفنا، ومن ثم تحذيرنا، قلة عدد التحكيمات التى تتم وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، من ناحية، وتضييق التشريعات الخاصة بالتحكيم من اللجوء إليه وجعله استثناء من الأصل العام، وبشرط أن يتم الاتفاق عليه صراحة بين الأطراف، بحيث يتحملون، فى النهاية، النتائج التى يمكن أن يؤدى إليها ذلك النوع من التحكيم، إن خيراً أم شراً، لأحدهما أو كلاهما.

ثانياً: التحكيم الطليق وقواعد قانون التجار الدولى:

١٨- ماهية قواعد قانون التجار الدولى: أسلفنا بيان أن الأصل فى التحكيم هو التحكيم بالقانون، أى التحكيم الذى يحسم النزاع بموجب قواعد قانونية محددة. وهذه القواعد القانونية هى قواعد قانون وطنى لدولة من الدول، اختاره الأطراف أو حدده المحكمون مباشرة، أو بموجب قاعدة التنازع التى يرونها ملائمة، على نحو ما أشرنا.

وهنا تبدو المشكلة. فهذا القانون قد وضع أصلاً، وفى الأساس، لتنظيم العقود والاتفاقات والروابط القانونية الوطنية، أى الخالية من الطابع الدولى. فكيف لمثله أن يواجه مشكلات الحياة الدولية للتجارة والاستثمارات. فتلك الحياة تكون فى حاجة إلى حرية وانطلاق، فهى لا تعرف أحسن الظروف لنموها إلا بالبعد عن التشريعات الوطنية وقواعدها التى لم توضع أصلاً لها(١)، وغير الملائمة لمعطياتها.

إن التحكيم وفق قانون دولة معينة، فى معاملات التجارة الدولية، ينكر خصوصية *la spécificité* تلك المعاملات.

---

(١) راجع فى هذا المعنى:

- *O. LANDO: The lex Mercatoria in international commercial arbitration, int. Comp. L. Quart, 1985, p. 747.*

وبحث الأستاذ *GOLDSTAJN* : مذكور سلفاً، ص١٧١ بالذات ص ١٧٥.

على أن خصوصية معاملات التجارة والاستثمارات الدولية، ومحاولة تحريرها من ربقة وسلطان النظم القانونية الوطنية، لا تعنى إفلاتها من تلك الأخيرة، بحيث تصير فى فراغ قانونى *Vacuum Juris*، بل تدخل فى نطاق وحمى قانون "*Droit*" آخر من صنع المجتمع الذاتى الذى تنشأ فيه تلك المعاملات، وهو قانون، يختلف عن قانون الدولة *loi étatique* الذى يضعه المشرع الرسمى لها.

وهذا ما يتجه إليه الفكر القانونى المعاصر، فى مجال التجارة الدولية. حيث إن تطور العلاقات والمعاملات فى هذه المجال الأخير، قد أدى إلى تكوين مجتمع، مجاور لمجتمع الدولة، أعضاؤه هم التجار ورجال المال والصناعة، وله سلطته الذاتية التى تقوم على وضع قواعد تنظيم لسلوك أفراده وأشخاصه، وضبط ما ينشأ بينهم من علاقات، وتلك القواعد تتجه إلى تكوين نظام قانونى جديد، هو قانون التجار الدولى *la lex mercatoria*(١).

ويتكون قانون التجار الدولى من مجموعة المبادئ، والعادات، والأعراف، والنظم والقواعد المهنية التى استقرت فى واقع المعاملات بين ممارسى التجارة الدولية، والتى تقدم حلولاً وتنظيماً موضوعياً ملائماً لعمليات تلك التجارة، من ذلك العادات والأعراف السائدة فى مجال تجارة الحبوب، والأخشاب، وتجارة الحرير والصوف، وتركيب وتجهيز المصانع، والعادات الخاصة بتحصيل الأوراق المالية، والاعتمادات المستندية، واستغلال النفط والغاز...

وهذا القانون له خصائص تميزه عن القانون الرسمى لأية دولة، فهو **قانون نوعى أو طائفى** يخص مجتمع التجار والمستثمرين، بل قد يخص تجارة نوع معين من السلع والخدمات، كما أنه **قانون تلقائى النشأة والتطبيق**، فضلاً عن أنه **قانون موضوعى** يقدم الحل الموضوعى المباشر لمنازعات التجارة الدولية(٢).

---

(١) راجع فى هذا المعنى:

- *B. GOLDMAN: Frontières du Droit et lex Mercatoria, in Archives de philosophie de droit, 1964, Vol. IX, p. 177.*
- *A. GOLDSTAJN: The new law merchant, in Journal of business law 1961, p. 12.*
- *Ph. KAHN: Lex Mercatoria, et pratique des contrats internationaux: L'expérience française, in le contract économique international, Bruxelle 1475, p. 171.*

(٢) حول تلك الخصائص راجع كتابنا: نظرية العقد الدولى الطليق، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٨٩، بند ٣٢١ وما بعده، ص٣٠١ وما بعدها.

وتلك الخصائص تغرى للقول بأن قانون التجار الدولى هو قانون المحكم *lex arbitri* وبالتالى يكون واجب التطبيق على موضوع النزاع بمجرد أن يلجأ أطراف العلاقة الدولية إلى التحكيم، وهنا يبدو مقبولاً اعتناق قاعدة "من يختار قاضياً يختار قانونه" *qui eliget judicem eligit jus* .

١٩- قصور قواعد قانون التجار الدولى: ينكر بعض الفقهاء صفة النظام القانونى على قواعد القانون التجار الدولى، حيث يفتقد إلى المقومين الأساسيين لأى نظام قانونى: **الأول** المقوم العضوى أو النظامى، وهو وجود مجتمع متماسك له تنظيم حقيقى ملموس، وهو ما نطلق عليه *L'institution* ، **الثانى**، المقوم القاعدى، أى وجود قواعد قانونية تضبط سلوك أشخاصه. فليس هناك مجتمعاً متماسكاً بل جماعات غير متجانسة تتعارض مصالحها، كما أن القواعد القانونية، فهى قواعد لختيارية ينقصها الجزاء الذى يفرض احترامها(١).

غير أننا، نرى أن قواعد قانون التجار إذا كانت تشكل نظاماً قانونياً، إلا أنه نظام قانونى غير كامل(٢)، فهو من حيث الواقع، ما زال فى بداياته أو فى الطور الأول لتكوينه، ويعتوره العديد من النقائص، وتشوبه ثغرات... فلا نجد فيه حلاً لمشكلات أهلية الأطراف والتراضى على العقود والاتفاقات، والتقادم المسقط، والفوائد التأخيرية....

والحال كذلك، فلن يكون مستغرباً أن يعترف أحد بناة هذا النظام القانونى والدعاة إلى مساندته بأن قانون التجار الدولى "سيظل معتمداً على النظم القانونية الوطنية فى إعماله، وفى جوهره، وفى فعاليته، والسند والدعم والتكملة التى تقدمها تلك النظم لهذا القانون لا يمكن نكرانها"(٣).

---

(١) من هؤلاء:

- *A. KASSIS: Théorie générale des usages du commerce, Droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria, Thèse, Paris, L.G.D.J.1984.*
- *P. LAGARDE: Approche critique de la lex mercatoria, in Mélanges B. GOLDMAN, Paris, litec, 1983, p. Spec., p. 125, Spec., n. 18, p. 136.*

(٢) وهو ما يعترف به أنصاره أنفسهم، ومنهم:

- *B. GOLDMAN: Une bataille judiciare autour de la lex mercatoria, l'affaire Norsalor, Rev. asl. 1983, p. 379.*
- *O. LANDO: The lex mercatoria in international commercial arbitration, int. comp. L. Quart. 1985, p. 747.*

(٣) راجع *GOLDMAN* : معركة قضائية، مذكور سلفا، بالذات، بند ٢٩ ص٤٠٨.

وفى هذا السياق يمكن فهم موقف تشريعات التحكيم، التى قررت تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية، بصفة تكميلية أو جزئية، حيث أعطت الأولوية فى حكم موضوع التحكيم للقوانين الوطنية، وبعدها ويكملها عادات وأعراف وممارسات التجارة الدولية.

خذ مثلاً، قانون التحكيم الأسبانى لعام ٢٠٠٣ حيث رتبت المادة ٣٤ منه القواعد التى تطبقها هيئة التحكيم كما يلى:

١– القانون الذى يختاره الطرفان.

٢– القانون الذى يحدده المحكمون عند انعدام اختيار الأطراف.

٣– العادات التجارية السائدة.

ومثل هذا الترتيب نجده فى قانون التحكيم اليابانى لعام ٢٠٠٣(١)، وقانون التحكيم الكورى لعام ١٩٩٩(٢)، وقانون التحكيم الألمانى لعام ١٩٩٧(٣)، وقانون التحكيم الإيطالى لعام ١٩٩٤(٤)، وقانون التحكيم التركى لعام ٢٠٠١(٥)، وقانون التحكيم التونسى لعام ١٩٩٣(٦)، وقانون التحكيم الأردنى لعام ٢٠٠١(٧)، وقانون التحكيم اليونانى لعام ١٩٩٩(٨)، وقانون التحكيم المصرى لعام ١٩٩٤(٩)، وقانون التحكيم العمانى لعام ١٩٩٧(١٠)، وقانون التحكيم الروسى لعام ١٩٩٣(١١).

---

(١) المادة ٤/٣٦.

(٢) المادة ٤/٢٩.

(٣) المادة ٤/١٠٥١ من قانون الإجراءات المدنية.

(٤) المادة ٨٣٤ من قانون الإجراءات المدنية.

(٥) المادة ١٢/جـ.

(٦) المادة ٤/٧٣.

(٧) المادة ٣٦/جـ.

(٨) المادة ٤/٢٨.

(٩) المادة ٣/٣٩.

(١٠) المادة ٣/٣٩.

(١١) المادة ٣/٢٨.

كمـــا التزمت الطابع التكميلي لتطبيق العادات والأعراف التجارية، لوائح مراكز ومؤســـسات التحكيم، نذكر منها لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجارى لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤، حيث نقرأ فى المادة ٢٨:

"تفصل الهيئة فى النزاع طبقاً لما يلى:

١- العقد المبرم بين الطرفين، وأى اتفاق لاحق بينهما.

٢- القانون الذى يختاره الطرفان.

٣- القانـــون الأكثـــر ارتباطاً بموضوع النزاع وفق قواعد تنازع القوانين التى تراها الهيئة مناسبة.

٤- الأعراف التجارية المحلية والدولية".

ونذكـــر أيضاً فى هذا المعنى، نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس *ICC* لعـــام ١٩٩٨([1])، ونظـــام تحكـــيم مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى([2])، ولائحة تحكيم الجمعية الإيطالية للتحكيم *A. I. A*، لعام ١٩٨٥([3]).

وهكـــذا، فإن قواعد قانون التجار تطبق فى جميع الأحوال، مع القانون المختار لـــتكمل الـــنقص الذى قد يعتوره، أو تخفف من غلوائه أو عدم ملاءمته، بحيث تكون العلاقة بينهما علامة تكامل وتعايش لصالح ولخير معاملات التجارة الدولية.

ثالثاً: التحكيم الطليق وقواعد قانون عبر الدول أو القانون الدولى:

١٩- التحكـــيمات البتـــرولية وقانـــون عبر الدول: ساد قضاء التحكيم الدولى، ابـــتداء مـــن خمـــسينات القـــرن العـــشرين فكرة تدويل عقود واتفاقات التنمية الدولية *international development agreements*، وكـــان أهمهـــا عقـــود الامتـــياز والاســـتغلال البترولـــى التى أبرمت بين الشركات الغربية وحكومات الدول النامية، لا سيما دول الشرق الأوسط المضيفة للاستثمارات الأجنبية.

---

(١) المادة ٢/١٧.

(٢) المادة ٣/٣٣.

(٣) المادة ٣/١٧.

وكـــان يقصد بتدويل *internationalisation* تلك العقود والاتفاقات، البترولية وغيرها من عقود واتفاقات إقامة مشروعات البنية التحتية واستغلال الثروات الطبيعية وعقـــود التمويل الدولى، إخضاعها لمجموعة القواعد والمبادئ العامة المتعارف عليها فـــى الـــدول المسماة متمدينة، والتى صارت، على ما يدعى أنصارها، جزء من فرع قانونـــى جديـــد، هـــو قانـــون عبر الدول *Transnational law* ، أو القانون الدولى للتنمية، أو القانون الدولى للعقود *droit international des contrats* ، ومن أمثلة تلـــك القـــواعد والمبادئ: مبدأ قدسية العقود، وحسن النية فى تنفيذ الالتزامات، وحماية الحقـــوق المكتـــسبة، وتقليل الأضرار إلى أقصى حد، وضرورة التعويض الكامل عند مخالفة الالتزامات العقدية أو نزاع الملكية.

وقـــد قاد هذا الاتجاه فقهاء الغرب من أمثال القاضى الأمريكى *P. Jessup*(١)، المحكـــم اللـــورد البريطانى *Mc Nair* (٢)، والأستاذ النمساوى *A. Verdross* (٣)، وحديثا الأستاذ الفرنسى الراحل *R. J. Dupuy* ، وظهرت تلك الأفكار فى التحكيمات البتـــرولية الـــشهيرة، والتـــى نذكر منها تحكيم شركة التنمية البترولية المحدودة ضد أبوظبـــى عـــام ١٩٥١(٤)، وتحكيم شركة البترول البحرى الدولية ضد شيخ قطر عام ١٩٥٣(٥)، وتحكـــيم الشركة العربية الأمريكية للبترول (أرامكو) ضد المملكة العربية الـــسعودية عام ١٩٥٨(٦)، وتحكيم شركة البترول الوطنية الإيرانيـــة ضـــد سافيـــر عـــام ١٩٦٣(٧)، وتحكـــيم شـــركة البترول الليبيـــة الأمريكـــية ضد حكومة ليبيا عام

---

(١) راجع:

- *Ph. C. JESSUP: Transnatoinal law, Yale university Press, 1965.*

(٢)

- *MC NAIR: Principales of law recognised by civilised nations, British Yearbook of intenational law, 1957, val.33.*

(٣) راجع:

- *A. VERDROSS: Protection of private property under quasi-international agreements, in Neetherlands Tijdschrift voor international Recht, 1959, P. 355.*

(٤) راجعه فى *International Law Reports*، المجلد ١٨، ١٩٥١، ص١٤٤ وما بعدها.

(٥) راجعه فى المرجع السابق، ١٩٥٣، المجلد ٢٠، ص٥٣٤ وما بعدها.

(٦) انظر المرجع السابق، ١٩٦٣، المجلد ٢٧، ص١١٧ وما بعدها.

(٧) انظر المرجع السابق، ١٩٦٧، المجلد ٣٥، ص١٣٦ وما بعدها.

١٩٧٤(١)، وتحكيم شركة بترول أعالى البحار تكساكو ضد حكومة ليبيا عام ١٩٧٧(٢)...

وتشير الدراسة المتعمقة لتلك التحكيمات أن الهدف الخفى وراء فكرة التدويل، لاسيما فى خصوص العقود والاتفاقات المبرمة بين دولة وإحدى الشركات الخاصة الأجنبية(٣)، كان محاولة الهروب من تطبيق القانون الوطنى للدولة المضيفة للاستثمار أو الطرف فى العقد، ومصادرة حق تلك الدولة فى حماية الصالح العام لمجتمعها، والتستر وراء أفكار فضفاضة لا تخدم فى النهاية إلا مصالح الشركات الغربية وتقنن نهب ثروات دول العالم النامى.

٢٠- **التحذير من القوانين غير المسماة والمبتدعة:** على الرغم مما أوضحناه بخصوص الهدف الخفى والسبب الدافع إلى ابتداع ما يسمى بالقانون عبر الدول أو القانون الدولى للعقود، فإن المتأمل فى ذلك القانون لابد أن يدرك أن فكرته لم يتعد وجودها ذهن ومخيلة أنصارها.

فما هو ذلك القانون، وما هى خصائصه، وما هى مكوناته، وجزاء مخالفة قواعده وأحكامه؟ وعلى فرض وجود القانون المزعوم، فلا يجوز لهيئة التحكيم تطبيقه إلا بالاتفاق الصريح لأطراف النزاع(٤)، ولا يجب أن يكون أداة سحرية فى يد هيئة

---

(١) راجع حوله:

- *J. F. LALIVE: Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères (Arbitrage Texaco- Galasiatic C. Gouvernement Libyen), Clunet 1977, P. 319.*

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) راجع:

- *D. BERLIN : Le régime juridique international des accords entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Thèse, Paris, 1981.*
- *Ph. LEBOULANGER : Les contrats entre Etats et enterprises étrangères, Thèse, Paris, éd. Economica, 1988.*

(٤) ولهذا كان قرار مجمع القانون الدولى *Institut de droit international* الذى اتخذه فى دور انعقاده بمدينة أثينا عام ١٩٧٩، عند بحثه القانون الواجب التطبيق على الاتفاقات والعقود بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، قراراً حكيماً. فهو من ناحية، ناشد الأطراف فى المادة ١/٤ التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق بقوله: "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقودهم"، ومن ناحية ثانية، علق تطبيق المبادئ العامة للقانون أو القانون الدولى على الاختيار الصريح للأطراف، حيث أضاف قراره "يجوز للأطراف أن =

التحكـــيم تبرر اتخاذها حكماً معيناً غير ممكن تبريره، أو درع إنقاذ لها كى تصل إلى تحقيق قناعات سياسية أو تجارية تتعارض مع المنطق القانونى السليم.

فـــإذا إدعـــى أحـــد الأطراف، فى غيبة الاتفاق الواضح والصريح، أن القانون الدولـــى أو المـــبادئ عبر الدولية، هو الذى ينطبق على النزاع المعروض على هيئة التحكيم، خصوصاً فى تحكيمات العقود بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، فعلى تلـــك الأخيرة ألا تجيبه، ولا يجب عليها الانسياق وراء الإدعاء بأن اشتمال العقد على اتفـــاق تحكـــيم يعنى تفويض هيئة التحكيم فى تطبيق القانون الدولى بمفهومه السابق، بحسبان أن قضاء التحكيم هو قضاء المعاملات الدولية المفضل، والذى أرسى، ويساهم فى إرساء، قواعد القانون الدولى للمعاملات الاقتصادية عبر الحدود(١).

إن مـــثل تلك الأفكار البراقة، يمكن أن تقود هيئة التحكيم إلى المجهول، وتجعل حكمهـــا حكمـــاً طليقاً خارج دائرة القانون، أو على أقل تقدير حكماً وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، مما يعرضه للبطلان، لإصداره كذلك دون اتفاق صريح بين الأطراف.

- يختاروا كقانون للعقد إما القانون الداخلى أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة فى هذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة فى العلاقات الاقتصادية الدولية أو القانون الدولى أو مزيج من هذه المصادر".

راجع النص فى *Rev. Crit.* ١٩٨٠، ص٤٢٧ وما بعدها.

(١) ولهذا نرفض رأى الراحل (*B. Goldman*) الذى يقول فيه: "الالتجاء إلى التحكيم الدولى يعتبر فى حد ذاته، وبصفة عامة، أداة للرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولى حتى ولو كان تطبيق هذه المبادئ لم يكن محلاً لشرط صريح"، راجع بحثه بعنوان:

- La lex Mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux, réalités et perspectives, Travaux du comité français de droit international Privé, 1979, P. 221 ets spéc. N : 10 p. 229.