

المملكة الأردنية الهاشمية
جامعة عمان العربية
كلية القانون

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
في التحكيم التجاري الدولي

**The Applicable Law To The Subject Matter Of The
Dispute In The International Commercial
Arbitration**

إعداد

الطالب طلال طلب فنيخر الشرفات

إشراف

الاستاذ الدكتور سعيد البستاني

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات منح درجة دكتوراة فلسفة في القانون

الخاص

تموز، ٢٠١١

التفويض

انا طلال طلب فنيخر الشرفات

افوض جامعة عمان العربية للدراسات العليا بتزويد نسخ من أطروحتي
للمكتبات او المؤسسات او الهيئات او الاشخاص عند طلبها.

الاسم: طلال طلب فنيخر الشرفات

التوقيع:

التاريخ: ١٩/٦/٢٠١٤

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الاطروحة وعنوانها القانون الواجب التطبيق على موضوع
النزاع في التحكيم التجاري الدولي

وأجيزت بتاريخ ٢٠١١/٧/٣١

التوقيع

اعضاء لجنة المناقشة :-

.....

رئيسا

الاستاذ الدكتور احمد ابو شنب

هذا القرار مطروحا على اللجنة
وتمت مناقشته في اجتماع
عقدته في ٣١/٧/٢٠١١
على أن وقع على القرار
الاعضاء المذكورين

عضوا ومشرفا

الاستاذ الدكتور سعيد البستاني

.....

عضوا

الاستاذ الدكتور مصلح الطراونة

.....

عضوا

الدكتور قيس الشرايري

شكر وتقدير

أشكر الله سبحانه وتعالى الذي ألهمني الطموح وسدد خطاي. والى عميد واساتذة كلية القانون الذين قدموا لي النصح والمشورة ، والشكر الكبير الى استاذي الجليل الأستاذ الدكتور سعيد البستاني والذي أشرف على اطروحتي بحرص الأخ الكبير وتواضع العالم الفذ ، والى اعضاء لجنة المناقشة والحكم والشكر ايضا لصديق العمر وصاحب الفضل الأخ سامي القطعان الذي وقف معي وقفة الرجال . ولوالدتي وزوجتي واولادي حازم وهالة والأخت الدكتورة نهاد البطيخي ، وكل من له فضل علي ، والى كل من ساهم في خروج هذا البحث الى حيز الوجود .

الباحث

الإهداء
ساقط من أصل المصدر

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	التفويض.....
ج	قرار لجنة المناقشة.....
د	شكر وتقدير.....
هـ	الإهداء.....
و	قائمة المحتويات.....
ط	الملخص باللغة العربية.....
ل	Abstract.....
١	مقدمة.....
٥	مشكلة الدراسة :.....
٥	عناصر المشكلة :.....
٦	فرضيات البحث :.....
٧	محددات البحث :.....
٨	منهج البحث المستخدم:-.....
١٠	الفصل التمهيدي : ماهية التحكيم التجاري الدولي.....
١٥	اولا : تعريف التحكيم التجاري الدولي وطبيعته القانونية:.....
١٦	١ -تعريف التحكيم التجاري الدولي.....
٢٠	٢ -الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي:.....
٢١	أ : النظرية الشخصية (التعاقدية) :.....
٢٤	ب : النظرية الموضوعية (القضائية) :.....
٢٥	ج: النظرية المختلطة للتحكيم :.....
٢٧	د : نظرية استقلال التحكيم :.....
٢٩	ثانيا: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة.....
٢٩	١ - التحكيم والخبرة في التجارة الدولية.....
٣١	٢ : التحكيم والتوفيق في التجارة الدولية.....
٣٢	٣ - التحكيم والوساطة في التجارة الدولية.....
٣٣	ثالثا : مصادر التحكيم التجاري الدولي وأنواعه.....
٣٤	١ : مصادر التحكيم التجاري الدولي.....
٣٤	أ : المصادر الداخلية :.....
٣٥	ب : المصادر الدولية :.....
٣٦	٢ - أنواع التحكيم التجاري الدولي.....
٣٧	أ : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.....
٣٩	ب : التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:.....
٤٠	ج : التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي :.....
٤١	د : التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح.....
٤٢	رابعا : معايير دولية التحكيم.....
٤٧	الفصل الأول: تطبيق هيئة التحكيم لقانون الإرادة.....
٤٨	اولا: خضوع العقد لقانون الإرادة المستقلة.....

- ٤٩ : تطور فكرة قانون الإرادة.....
- ٦٠ : دور الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق.....
- ٧١ : دور الإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق.....
- ثانيا : القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....
- ٧٥ : العرش نحو القانون.....
- ٧٧ : قيد النظام العام.....
- ٨١ : قيد النظام العام.....
- ٨٦ : الفصل الثاني : تطبيق هيئة التحكيم لقانون وطني من خلال أعمال قاعدة تنازع القوانين.....
- ٨٩ : اولا : ماهية قاعدة التنازع.....
- ٨٩ : مفهوم قاعدة التنازع.....
- ٩٠ : شروط تحقق الصفة الدولية الخاصة بتنازع القوانين.....
- ٩١ : أ: التنازع وشروط الشخصية الدولية :.....
- ٩٢ : ب : التنازع ومسألة الاعتراف بين الدول وحكوماتها :.....
- ٩٣ : ٣ : نطاق تنازع القوانين.....
- ٩٧ : ٤ : المعايير التقليدية لاستخدام قواعد تنازع القوانين.....
- ٩٨ : أ : استخدام قواعد تنازع القوانين لبلد مقر التحكيم :.....
- ١٠١ : ب : معيار تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد المختص أصلاً بنظر النزاع.....
- ١٠٣ : ج : استخدام قواعد التنازع للدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد :.....
- ١٠٤ : د : تطبيق قواعد التنازع لبلد إجراءات التحكيم :.....
- ١٠٦ : ٥ : معيار قانون جنسية المحكم :.....
- ١٠٧ : و : قانون الإقامة والجنسية المشتركة للأطراف :.....
- ١٠٩ : ز : تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد الذي تم إبرام العقد فيه:.....
- ١١٠ : ٥ : حلول فقهية للخروج من أزمة تنازع القوانين.....
- ١١١ : أ : نظرية التركيز الموضوعي :.....
- ١١٣ : ب : نظرية الأداء المميز في العقد :.....
- ١١٤ : ج : التطبيق الجامع لقواعد القانون الدولي الخاص :.....
- ١١٦ : ثانيا: تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع.....
- ١١٨ : ١ : الاتجاه الحديث واستخدام هيئة التحكيم لأسلوب الطريق المباشر.....
- ١٢٢ : ٢ : موقف المعاهدات الدولية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملائمة.....
- ٣ : موقف هيئات ومراكز التحكيم الدولية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملائمة.....
- ١٢٦ :.....
- ١٢٩ : ٤ : موقف التشريعات الوطنية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملائمة.....
- ١٣٣ : ٥ : ضوابط تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع.....
- ثالثا : سلطة هيئة التحكيم في تطبيق شروط العقد والأعراف والعادات التجارية الوطنية والدولية والمبادئ العامة للقانون.....
- ١٣٨ :.....
- ١٣٩ : ١ : سلطة هيئة التحكيم في تطبيق شروط العقد والعادات والأعراف التجارية والدولية.....
- ١٤٦ : ٢ : المبادئ العامة في القانون.....
- ١٤٧ : أ : مجموعة المبادئ العامة للقانون التي يشير إليها أطراف العقد :.....
- ١٥٢ : ب : المبادئ المكونة للنظام العام عبر الدولي :.....
- ج : المبادئ العامة التي يتكفل المحكمون بوضعها لملء الفراغ القانوني لبعض جوانب التجارة الدولية :.....
- ١٥٥ :.....
- ١٥٨ : الفصل الثالث : التحكيم مع التفويض بالصلح (الطلاق).....

١٥٨	اولا : مفهوم العقد الدولي الطليق ومهمة هيئة التحكيم الطليق
١٥٩	١ : مفهوم العقد الدولي الطليق
١٦١	٢ : مهمة هيئة التحكيم الطليق
١٦٩	ثانيا : شروط صحة التحكيم مع التفويض بالصلح (الطليق)
١٦٩	١ : وجود اتفاق صريح بين الأطراف على التحكيم مع التفويض بالصلح (الطليق)
١٧١	٢ : تقييد المحكم الطليق بحدود النزاع المعروض عليه
١٧٣	٣ : احترام المحكم الطليق للمبادئ الموجهة إلى خصومة التحكيم
١٧٥	٤ : مراعاة القواعد الإجرائية الاتفاقية والقواعد الإجرائية الواردة في باب التحكيم
١٧٧	٥ : مراعاة قواعد النظام العام المتعلقة بموضوع النزاع
١٧٨	ثالثا : قواعد العدالة والإنصاف الواجبة التطبيق على موضوع النزاع
١٨٢	١ : نطاق تطبيق التحكيم الدولي الطليق
١٨٦	٢ : قواعد العدالة التي يطبقها المحكم الطليق
١٨٦	أ : عادات وأعراف التجارة الدولية :
١٩٣	ب : الشروط العقدية وفكرة توازن العقد :
٢٠١	الفصل الرابع : المجتمع الدولي للتجارة قانون التجارة الدولي
٢٠٨	اولا : ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الدولية
٢٠٨	١ : معطيات وجود القواعد الموضوعية للتجارة الدولية
٢١٣	أ : حاجات التجارة الدولية ومبدأ الحرية الدولية للعقود
٢١٤	ب : تسامح الدولة في مواجهة القواعد الموضوعية
٢١٩	ثانيا : تعريف وخصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية
٢١٩	١ : تعريف القانون الموضوعي للتجارة الدولية
٢٢٢	٢ : خصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية
٢٢٢	أ : قانون نوعي أو طائفي
٢٢٣	ب : قانون تلقائي
٢٢٤	ج : قانون موضوعي
٢٢٦	٣ : النظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية
٢٢٩	ثالثا : الصفة العلوية - فوق الدولية لقانون التجارة الدولية الجديد
٢٣٦	رابعا : الصفة عبر الدولية لقانون التجارة الدولي الجديد
٢٣٩	خامسا : فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد
٢٣٩	١ : مفهوم فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد
٢٣٩	١ : مفهوم فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد
٢٤٤	٢ : الطابع المكمل أو الاحتياطي للقانون البريتوري الموحد
٢٤٦	خاتمة
٢٥١	اولا : النتائج :
٢٥٤	ثانيا : التوصيات
٢٥٥	المراجع

الملخص باللغة العربية

يعالج هذا البحث موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، وتبرز أهميته في ظل تنامي منازعات التجارة الدولية وتضارب أحكام التحكيم، وقصور القوانين الوطنية عن تلبية الحلول الملائمة للنزاعات القائمة في مجال التجارة الدولية، وكذلك الحلول المفرغة التي تسببها أحيانا استخدام قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، وعلى الأخص تعاضم المشكلات عند عدم اتفاق أطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم التجاري الدولي، او عند عجز هيئة التحكيم عن استنباط الإرادة الضمنية للأطراف.

ولذلك كان لا بد من التمهيد لهذا البحث عن ماهية التحكيم التجاري الدولي وتعريفه في التشريعات والاتفاقيات الدولية وعند فقهاء القانون وبيان انواعه وطبيعته القانونية التي أثارت جدلا واسعا، والتمييز بينه وبين ما يشابهه من الأنظمة الأخرى كالتوفيق والمصالحة والخبرة، اضافة الى التطرق الى معيار دولية التحكيم والجدل الدائر حول هذا المعيار بين الجانب القانوني والجانب الاقتصادي او التجاري، وغلبة المعيار الأخير في نهاية المطاف.

ولأن نظام التحكيم برمته يقوم على إرادة الأطراف كان لا بد من الحديث في الفصل الأول عن تطبيق هيئة التحكيم لقانون الإرادة، ودور الإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق وطرق استنباطها، والقيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع كقيد الغش نحو القانون، وقيد النظام العام.

وفي الفصل الثاني بحثنا في تطبيق هيئة التحكيم لقانون وطني من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين، وكان لا بد من التمهيد لذلك بتحديد مفهوم قاعدة التنازع ونطاق التنازع وضرورة توافر صفة الدولة لإعمال قواعد التنازع والجدل الدائر حولها ولأن تطبيق القوانين الوطنية من خلال أعمال قواعد التنازع يثير مشكلات كثيرة في إطار منازعات التجارة الدولية التي تتعرض لها هيئات التحكيم المختلفة كان لا بد من التعرض الى المعايير التقليدية لاستخدام قواعد تنازع القوانين التي ابتدعها الفقه كمييار مقر التحكيم وبلد التنفيذ او الإبرام او غيرها ووجدنا انه بالرغم من أن بعض هيئات التحكيم قد طبقت بعض هذه المعايير الا انها لم تلب طموح المتعاملين بالتجارة الدولية، وكان لا بد من البحث عن حلول أخرى.

ومن تلك الحلول الفقهية نظرية التركيز الموضوعي او ما يسمى توطين العقد ونظرية الأداء المميز والتطبيق الجامع لأنظمة القانون الدولي الخاص، وتطبيق القواعد القانونية الاكثر اتصالا بالنزاع من خلال الاتجاه الحديث واستخدام أسلوب الطريق المباشر أي تطبيق القواعد الموضوعية دون الالتفات الى قواعد تنازع القوانين، وتطبيق شروط العقد والأعراف والعادات التجارية والمبادئ العامة للقانون.

وفي الفصل الثالث ونظرا لتنامي دعوات الفقه لتبني هيئات التحكيم الدولية للعقد الدولي الطليق والذي يعبر بحد ذاته عن القواعد التي يتوجب تطبيقها على موضوع النزاع كان لا بد من البحث في التحكيم مع التفويض بالصلح او ما يسمى عند بعض الفقه بالتحكيم الدولي الطليق.

اما الفصل الرابع وبما ان الفقه القانوني قد بدأ يدعو الى ضرورة وجود قانون التجارة الدولي الجديد الذي يطبق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، فقد اختلف الفقه في ضرورات وجوده او جدوى تطبيقه الا ان هناك محاولات جادة في هذا الإطار، ولذلك كان لا بد من بحث ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الدولية ومبدأ الحرية الدولية للعقود وتعريف

ك

وخصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية، والصفة العلوية اي فوق الدولية لقانون التجارة الدولي الجديد.

واخيرا كان لا بد من بحث الرأي الفقهي القائم على فكرة القضاء البريتوري الموحد والقائم على ايجاد جهة قضائية استئنافية للتحكيم الذي يجري وفقا للقواعد الوطنية، واعتباره ذا طابع مكمل او احتياطي للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي.

Abstract

This research handles the subject of the applicable law on the dispute in international commercial arbitration, and it's getting more important due to the raising international trade conflicts and the conflict of arbitration rules and incompetence of local laws and finding the suitable solutions for the current disputes in the international trade domain. And the solutions that give no result which are caused sometimes from using rules of law conflict in private international law specially the escalation of problems arising from the disagreement et of the parties of the applicable law on the subject of dispute in international commercial arbitration, or the inability of the arbitral tribunal to conclude the indirect will of the parties.

For that it is essential to introduce this research about international commercial arbitration and its definition in legislations and international treaties and jurisprudence and to present its legal types which is controversial and to identify it from other similar types such as reconciliation and expertise in addition to addressing the international arbitration criteria and the controversial revolving around it from the legal, economic and commercial aspects and the prevalence of the latter criteria .

And since that the whole arbitration regime is based on the parties' will it was necessary to address the issue of applying the law of will by the arbitration tribunal and the role of the implied will in choosing the governing law and ways of concluding it, and the restrictions on parties freedom in choosing the applicable law on the subject of dispute for example the restriction on cheating the law, and public order.

In the second chapter, we researched the appliance of the local law from the arbitral tribunal through applying law conflict rules, it was necessary to introduce it by determine the conflict rule term and the conflict range and the necessarily of providing the country capacity to imply the conflict rules and the controversial around it because the applying of local laws through using the conflict rules arises many problems in the frame of international trade dispute that different arbitral tribunal expose, For that it was important to refer to traditional criteria's for using law conflict rules which were created by jurisprudence as the criteria of the place of arbitration and the country of execution or else and we have found that even if some arbitral tribunals have applied these criteria's but it did not satisfy the international trade dealers and there was a need to find other solution.

An example of jurisprudence solutions the subject concentration theory or what is called the contract placement and distinguished act theory and the comprehensive implementation of international private law and applying the legal rules which is more related to the dispute through the modern theory and using the direct route method which means implementing the subjective rules without the law conflict rules and applying the contract conditions and the commercial custom and traditions and the general aspects of law.

And from the third chapter and due to arising voices from the to adopt the international free contract which expresses the rules which have to be applied on the dispute subject it was necessary to search in arbitration with *amiable compositeur* or what some jurisprudence name it international ad-hoc arbitration.

The forth chapter, and whereas, there are voices from the legal jurisprudence that are calling to necessity of the existence of a new international trade law that is applied on the dispute subject in the international commercial arbitration. The jurisprudence has disagreed about the necessity and the quality and effectiveness if applying it, but there are serious acts in this domain, therefore, it was necessary to search about the subjective rules of international trade and the principle of the freedom of international contracts and the definition and the properties of subjective law for international trade, and the international supremacy of the international law to the new international trade law.

Finally, it was necessary to research the jurisprudence opinion based on the idea of on the unified broterian judicial which is grounded on finding a judicial appeal entity for arbitration according to local rules and considering it as a completing or alternative for the applicable law on the subject of dispute in international commercial arbitration.

أصبح التحكيم اليوم من أهم الظواهر القانونية التي اتسع نطاقها حتى عم الأعراف به كافة دول العالم، بالرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وأوضاعها الاقتصادية تاركة له مكاناً متزايداً في تحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة.

ولعل الذي يؤكد ذلك هو الإقبال الشديد من المتعاملين بالتجارة الدولية في حسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم في هذا المجال عن طريق التحكيم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصر بموجبه إلى اتباع التحكيم عند حدوث نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد. (غصن، خليل عمر، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٣-١٥).

والسبب في ذلك، يرجع إلى أن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الطرفين فهما اللذان يختاران الأشخاص الذين يتولون مهمة الفصل في المنازعات عن طريق التحكيم، وهؤلاء يسمون بـ هيئة التحكيم أو المحكمين، كما أن طرفا التحكيم لهما حرية اختيار مكان التحكيم والقواعد القانونية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، وكل هذه الأمور تجعل الأطراف على ثقة من أن نزاعهم سوف يتم تسويته بشكل عادي وقانوني، الأمر الذي يجعل تنفيذ الحكم التحكيمي يتم في أغلب الأحوال بشكل رضائي أو طوعي من جانب لمحكوم ضده. (غصن، خليل عمر، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، مرجع سابق ص ١٣-١٥).

ولأن القضاء بطبيعته الملتزمة بقواعد شكلية منضبطة، وبأعبائه الواسعة الأصلية لفض المنازعات لا يمكن أن يتسم بالمرونة عند تشابك وزيادة المنازعات، فقد جاء التحكيم بأعبائه ملبياً لتلك الخاصية ومنسجماً مع التطور بمرونة دون التقيد بالضوابط الشكلية، سعياً إلى تحقيق العدالة

على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي المطبق في القضاء العادي،(الفاقي، عاطف محمد،التحكيم التجاري متعدد الأطراف،دار النهضة العربية،٢٠٠٧، ص ٥).

وتكمن أهمية هذه الدراسة في ان تطور التحكيم التجاري الدولي قد أظهر بشكل واضح قصور القوانين الوطنية عن تلبية متطلبات منازعات التجارة الدولية، ومن هنا جاء دور المعاهدات الدولية ومنها معاهدة نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم لعام ١٩٥٨ ومعاهدة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ وغيرها من المعاهدات والاتفاقيات الدولية والإقليمية.

ويضاف الى ما سبق شيوع مراكز التحكيم الدولية التي أصبحت تنص في أنظمتها الداخلية على تطبيق قواعدها الخاصة عند عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لا بل أكثر من ذلك فإن بروز العقود النموذجية والعادات والأعراف الدولية قد أصبحت وحد ذاتها كافية أحيانا لمعالجة موضوع النزاع.

ولقد حاولت إبراز دور قانون التجارة الدولية الجديد في الاستعاضة عن القوانين الوطنية عند غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف او عند قصور تلك القوانين عن معالجة موضوع النزاع. وقد اسهمت عدة عوامل في رواج التحكيم وأنتشاره في منازعات التجارة الدولية وكوسيلة لحل تلك المنازعات، ومنها ما يحققه التحكيم من حفاظ على أسرار المتنازعين بقدر كبير عما تفضحه علانية الجلسات وسائر تطبيقات مبدأ العدالة في المحاكمات القضائية (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، ص ٣٠ وما بعدها، بريري، مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ٨ وما بعدها).

والأمر الآخر هو ما يوفره التحكيم من سرعة صدور الحكم وتنفيذه مما يقطع دابر الأضرار التي قد تصيب المحكوم لهم عند عدم تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحهم بسبب تعدد

درجات التقاضي وقابلية الحكم للطعون العادية وغير العادية، وما إلى ذلك من المعوقات التي يستطيع الخصوم أن يتحاشوها كلها أو بعضها في مجال التحكيم، عن طريق قواعد محدودة يتفقون عليها قبل صدور الحكم النهائي في النزاع. (هاشم، محمود محمد، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ١٩٩٠ بند ٨١ وما بعد، وكذلك الفقي، عاطف محمد، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، مرجع سابق، ص ٧).

والأمر الثالث هو أن نظام التحكيم يكفل لأطراف التحكيم اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، وبذلك يمكن أن يتحققوا من درجة التخصص المطلوبة في موضوع النزاع وهذه ميزة قد لا تتوافر في القضاء العام في الدولة الحديثة. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها).

أما الأمر الرابع فيتمثل في أن نظام التحكيم يحقق الحلول الذاتية التي تلائم معاملات وعقود التجارة الدولية، عن طريق إرساء بعض العادات أو القواعد التي لا نظير لها في الأنظمة القانونية الوضعية، ويسهم في خلق عادات جديدة، بحيث يصبح القانون الموضوعي للتجارة الدولية أساساً لحل منازعات التجارة الدولية، وكذلك فإن التحكيم يعتبر قليل النفقات مقارنة مع القضاء العام حيث لا يتطلب رسوماً أو أتعاب محامين، (علم الدين، محي الدين اسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، ١٩٨٦، ص ٩ وما بعدها).

وإذا كان التحكيم نظاماً فاعلاً لتطوير التجارة الدولية، فإن الأحكام القانونية والقواعد المطبقة تلعب دوراً بارزاً في تلك الفعالية، سيما وأن التطور الهائل للتجارة الدولية وما يتضمن ذلك من وسائل حديثة لإبرام العقود الدولية وحل المنازعات المتعلقة بتلك العقود قد دفع الفقه لمتابعة تلك التطورات وتطوير القواعد القانونية بما يلائم تلك المتطلبات، (الفقي، عاطف محمد، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، مرجع سابق، ص ٧).

لقد تجمعت في ذهني جملة من التساؤلات دفعتني للبحث في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وأولها هل أضحت التشريعات الوطنية كافية لمعالجة منازعات التجارة الدولية؟ وإذا كان سلطان الإرادة يسود في إطار اتفاق التحكيم، فهل يأخذ نفس الدور في مجال إعمال القواعد القانونية الواجبة التطبيق؟ وإذا تم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق هل من الممكن أعمال قواعد التنازع؟ وهل هناك قيود على حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق؟.

ولأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من أكثر المسائل التي تثير لبسا وغموضا وصعوبة في مجال التحكيم التجاري، فقد كان لا بد من الإجابة عن تساؤلات أخرى، ومنها ما هو الحل اذا لم يتفق الأطراف على الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق او عند عجز المحكمة عن استنباط الإرادة الضمنية للأطراف؟ وهل هناك حلول فقهية او تحكيمية او تشريعية حاسمة في هذا الامر؟، وهل تلك الحرية مطلقة ام نسبية؟.

وهل بالامكان تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية؟ او بالأحرى هل يمكن تطبيق القواعد المادية لقانون التجارة الدولية الجديد او ما يسمى بقانون التجار؟ وكل تلك تساؤلات وكثير غيرها تتطلب منا البحث فيها ومحاولة الوصول الى إجابات عنها بقدر الإمكان. وبخصوص التحكيم مع التفويض بالصلح او ما يسمى بالتحكيم الطليق، ما مدى حرية المحكم في تطبيق قواعد العدالة والانصاف؟.

وإذا كان التحكيم وسيلة قانونية لحل النزاع الذي ينشب بين الأطراف في مجال التجارة الدولية، يتم الاتفاق عليها بين الأطراف فتحجب الأختصاص عن المحاكم الوطنية، فقد عرفت الشريعة الإسلامية التحكيم وأجيز بالكتاب والسنة وآراء أهل العلم وفقهاء القانون وبعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والتحكيم.

مشكلة الدراسة :

الغرض من هذه الدراسة هو البحث في الحلول القائمة والمبتكرة للقواعد القانونية الواجبة التطبيق عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع او عند عجز هيئة التحكيم عن استنباط تلك الإرادة، وبيان مدى قدرة قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص على الوصول الى تلك القواعد.

وكذلك فهناك أهمية أخرى تكمن وخاصة في ظل شيوع العقد الدولي الطليق وقصور القوانين الوطنية عن تلبية متطلبات حل المنازعات التجارية الدولية، فهل تكفي شروط العقد الدولي الطليق لتطبيقها كقواعد تحكم موضوع النزاع؟ وهل قانون التجارة الدولي الجديد بما يتضمنه من أعراف وقواعد وعادات وعقود نموذجية يلبي الحلول اللازمة لتلك المنازعات؟. وتتجسد مشكلة الدراسة في التعارض القائم بين تطبيق قانون الإرادة المستقلة لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ومدى قدرة القانون الوطني في ظل قواعد الإسناد المتشعبة والتي تضع هيئة التحكيم في حلقة مفرغة أحيانا.

عناصر المشكلة :

١- هل تكفي قواعد القوانين الوطنية لمعالجة منازعات التجارة الدولية عند الاتفاق

الصريح على تطبيقها؟.

٢- هل هناك تعارض او تناقض بين اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب تطبيقه

والقواعد الآمرة في القوانين الوطنية.

٣- اذا تم الاتفاق على تطبيق قانون ما، هل تطبق القواعد الموضوعية فيه أم يطبق

القانون بما فيه من قواعد التنازع الواردة فيه؟ وهل حسم الجدل حول ذلك؟.

٤- هل حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع

مطلقة ام نسبية؟

٥- اذا لم يتفق الاطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، ما

هو دور وحدود صلاحية هيئة التحكيم في هذا المجال؟

٦- هل يعتبر العقد الدولي الطليق نموذجاً للتحكيم مع التفويض بالصلح؟.

٧- هل استقرت قواعد قانون التجارة الدولي الجديد لتطبيقها على موضوع النزاع في

أحكام التحكيم دون اتفاق الأطراف؟.

٨- هل هناك قيود وحدود تعترض مهمة المحكم الدولي الطليق؟.

فرضيات البحث :

اولا : يمكن استنباط الإرادة الضمنية من خلال بعض المؤشرات التي يلجأ اليها المحكم للوصول الى تلك الإرادة كمقر التحكيم وقانون محل إبرام العقد وقانون محل التنفيذ وجنسية المحكمين او اللغة او القانون المطبق على إجراءات وغيرها.

ثانيا : ان اختيار قانون معين لتطبيقه على موضوع النزاع لا يعني اختيار قواعد التنازع فيه لأن الأخذ بهذا الخيار سيجعل المحكم في الغالب الأعم يدور في حلقة مفرغة وهو ما أكدت عليه الكثير من التشريعات وقرارات التحكيم.

ثالثا: لقد برزت عدة آراء فقهية في اختبار قواعد القانون الدولي الخاص لتطبيقها على التحكيم منها الاتجاه التقليدي كمقر التحكيم وجنسية المحكم وقانون محل إبرام العقد وغيرها وثمة اتجاه آخر يبرز للهروب من أزمة تنازع القوانين يتمثل في نظرية التركيز الموضوعي حيث يتم تحديد القانون الواجب التطبيق للمكان الذي تركز فيه المصالح الجوهرية للمتعاقدين، او القانون المناسب للعقد او المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

رابعاً : من الطبيعي ان تكون هناك قيود على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق والمتمثلة في الغش نحو القانونه والنظام العام الدولي.

خامساً : تتمثل حدود المحكم بشكل أساس باحترام حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي ولما باستخدام قواعد التنازع وفقاً للمؤشرات التحكيمية وقد تزول تلك الحدود عندما يقوم المحكم بتطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية باعتبارها الأكثر اتصالاً بالنزاع.

سادساً : ليس هناك تطابق في موقف الاتفاقيات الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وكذلك الأمر في التشريعات المختلفة الا أن بعض الاتفاقيات قد اغفلت الإشارة إليه وان بعضها قد حدد طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق بصور متقاربة وليست متطابقة .

سابعاً : لم يقف القضاء مكتوف الأيدي اما تجاوز المحكمين لمهمتهم التحكيمية وعد تطبيق القانون الذي اختاره أطراف النزاع وبطل احكاما تحكيمية سندا الى هذا الامر. إلا ان شيوع بعض مراكز التحكيم الدولية التي تشترط حقها اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد قلل من دور القضاء في هذا الشأن.

ثامناً : لقد تضاعف دور سيادة الدولة في ظل تنامي دور الاتفاقيات الدولية بحيث اصبحت الدولة لا تستطيع إبطال أحكام التحكيم الا اذا كانت متفقة مع شروط تلك الاتفاقيات بل ان النظام العام الداخلي قد تراجع أمام مفهوم النظام العام الدولي في إطار منازعات التجارة الدولية.

محددات البحث :

يتحدد البحث في نطاق القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، وعليه فإن الأطروحة لا تتعرض تفصيلاً الى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

في التحكيم الداخلي. وللآثار المترتبة على مخالفة هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

كما أن الأطروحة لن تتعرض الى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم، وكذلك فإن القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإجباري لن يكون في نطاق هذا البحث إلا بإشارات سريعة ولغايات خدمة موضوع البحث. وكذلك فإن هذه الأطروحة لن تبحث في تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن به او طبيعته الا بما يخدم التمهيد او الإحاطة بفهم عام لموضوع هذا البحث.

منهج البحث المستخدم:-

يعتمد الباحث على المنهج التحليلي في التشريعات الوطنية ومنها قانون التحكيم الأردني والمعاهدات وقواعد التحكيم الدولية وهي كثيرة ومحاولة الربط والتقريب بينها، كما ساعتمد على تحليل بعض أحكام التحكيم الدولية المؤسسية والحررة على حد سواء واستعراض آراء الفقه الضرورية لتطوير القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي.

ويعتمد الباحث أيضا منهج المقارنة بين قانون التحكيم الأردني من جهة والتشريعات الأخرى والمعاهدات وأنظمة التحكيم الدولية من جهة أخرى، بل أكثر من ذلك فإن منهج المقارنة قد يكون ثنائيا وقد يكون متعددًا وفقا للمسألة مثار البحث.

ولقد قسمنا هذه الأطروحة إلى فصل تمهيدي وفصول أربعة، ففي الفصل التمهيدي والمتضمن ماهية التحكيم وطبيعته القانونية، وفي الفصل الأول والذي يحمل عنوان تطبيق هيئة التحكيم لقانون الإرادة، والذي عرضنا فيه في المحور الأول خضوع العقد الى قانون الإرادة المستقلة، ووجدنا أنه قد استقرت أغلب قوانين العالم على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين،

وفي الفصل الثاني والمتضمن استخدام القانون الدولي الخاص من خلال تطبيق هيئة التحكيم لقواعد تنازع القوانين، وسنتطرق الى المعايير التي عرضها أنصار الاتجاه التقليدي، ومنها معيار قواعد تنازع القوانين لبلد مقر التحكيم، و معيار تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد المختص أصلاً في نظر النزاع، ومعيار قواعد التنازع للدولة التي يسري قانونها على اجراءات التحكيم ومعيار قواعد تنازع القوانين السارية في بلد تنفيذ العقد، و معيار قواعد تنازع البلد الذي يحمل المحكم جنسيته و معيار الإقامة المشتركة وغيرها من النظريات وآراء الفقه

أما الفصل الثالث وسنبحث فيه التحكيم مع التفويض بالصلح أو ما أطلق عليه الفقه الحديث التحكيم الطليق، وفي هذا الإطار كان لابد من التطرق إلى مفهوم العقد الدولي الطليق والذي يعني انفكاك العقد الدولي عن النظم القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع بموجب قاعدة الإسناد، وكذلك لا بد من بحث مهمة هيئة التحكيم الطليق.

أما الفصل الرابع فقد خصصته لقانون التجارة الدولي ومدى إمكانية تطبيقه للفصل في

موضوع النزاع،

الفصل التمهيدي : ماهية التحكيم التجاري الدولي

ظهر التحكيم التجاري الدولي في عالم القانون على إثر تطوره الكبير وانتشاره السريع في عالم التجارة الدولية، وقد ظهر هذا الاصطلاح لأول مرة من الناحية القانونية في اتفاقية جنيف الأوروبية في ابريل عام ١٩٦١، وأن كان تطوره في التجارة الدولية قد جاء بعد الحرب العالمية الأولى، لأعتبرات عديدة ترتبط بالنتائج التي أسفرت عنها التغييرات الدولية في كافة المجالات ومنها التجارة الدولية بحجمها وأثارها ونموها، بحيث أصبحت حقيقة ثابتة تخطت الحدود، (دياس، باسمه لطفي، شروط اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٣ وكذلك يوسف، سحر عبد الستار امام، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٧-٩).

وبالرغم من حداثة بروز التحكيم التجاري الدولي، إلا انه احتل مكانة كبيرة ومتميزة جعله يختلف عن أي نظام آخر، حتى أصبح في وقتنا الحاضر من أهم صور التحكيم إن لم يكن أهمها على الإطلاق، وقد كان من الطبيعي أن يجذب هذا النوع من التحكيم انتباه الفكر القانوني والجدل الفقهي في العالم بأسره من أجل معرفة ملامحه وبيان أحكامه. (العناني إبراهيم محمد، اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، وكذلك عبد الفتاح، ماهر محمد صالح، إتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤).

وقد عقدت الكثير من المؤتمرات حول التحكيم التجاري الدولي كان أولها في باريس عام ١٩٦١، وروتريدام وفيينا وموسكو ونيويورك وهامبورغ والبحرين ونيودلهي وغيرها، ولم تكن مهمة المؤتمرين شاقة لأن التحكيم في إطاره العام يضرب جذوره منذ القدم في مجال القانون الدولي العام، وهو يشمل بوجه عام معاني عديدة منها التحكيم في مجال القانون الدولي العام والتحكيم المنظم والإجباري (الشريف، عزيزة، التحكيم الاداري في القانون المصري، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢، ص ١٠٥ ، وكذلك أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري، منشأة المعارف، ١٩٧٨، ص ٣١٥).

ويعتبر التحكيم أعلى مراحل التطور الذي وصلته الجماعة البشرية وترك آثار واضحة في سائر القوانين القديمة عند البابليين وغيرهم من الأمم (أبو طالب، صوفي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، ١٩٦٥، ص ص ٧٩ - ٨٠ وكذلك ابراهيم، سامح محمد محمد السيد، التحكيم في مصر بعد تطبيق اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، ٢٠٠٧، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة، ص ٦ وما بعدها).

وقد ورد التحكيم في القرآن الكريم بقوله تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدون حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما " (النساء أية ٦٥).

والتحكيم في اللغة العربية هو طلب أو تفويض المتنازعين إلى من له العلم والفقهاء ان يحكم بينهم في أمر من الأمور بالحكمة والعدل، (ابن منظور، لسان العرب، المؤسسة المصرفية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، جزء ٥، ص ٣٠)، الأمر الذي يؤكد ان ديننا الحنيف قد اسهم بشكل واضح في مختلف جوانب التطور الإنساني وما التحكيم إلا جانب منه، وان تراثنا اللغوي الذي تضرب جذوره في أعماق التاريخ قد عرف التحكيم كنظام لفض النزاعات. وان كان بطريقة لم تكن منظمة كما هو الحال في وقتنا الحاضر. (المومني، أحمد سعيد، التحكيم في التشريع الأردني، الجزء الاول، مطبعة التوفيق، عمان، ١٩٨٣، ص ١٧، الأسطل، إسماعيل محمد، التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ ص ٢٥ وما بعدها وكذلك سلامة، احمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والخارجية، دار النهضة العربية، ط ١ ص ص ٩-١١)..

وقد أجاز جمهور الفقهاء اتفاق المتخاصمين على تعيين محكمين في نزاعهما. ومنهم القاضيان شريح بن الحارث ومحمد بن أبي ليلى، فقد قضى الأول تحكيمياً في فرس، وقضى الآخر بأن حكم المحكم ملزم لا يبطله القاضي، (محصاني، صبحي، المجتهدون في القضاء، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٠، ص ص ١٥ - ٢٠).

ويرى الإمام السرخسي جواز التحكيم إستناداً إلى القرآن الكريم والسنة النبوية ورأي الصحابة، حيث أحتكم عمر بن الخطاب وأبي بن كعب إلى زيد بن ثابت، ويرى ابن قدامة أيضاً جواز التحكيم مستنداً إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم " من حكم بين إثنين تراضياً به فلم يعدل بينهما فهو ملعون " وفي رأيه فإنه لا يجوز التحكيم في النكاح واللعان والقذف والقصاص. (ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، ص ص ١٠٧ - ١٠٨).

أما الشافعية فقد أجازوا الإحتكام إلى التحكيم استدللاً لسلوك الصحابة، وإن كان بعضهم يرى ضرورة التراضي بين المتخاصمين بعد حكم التحكيم كما هو الحال في أحد أقوال المزني، وإن كانوا قد اختلفوا فيما يجوز فيه التحكيم، فمنهم من يرى جوازه في كل ما يقبله المتخاصمان، ومنهم من يرى جوازه في الأموال فقط، أما النكاح واللعان والقذف والقصاص فلا يجوز بها لأنها حقوق بنيت على الاحتياط. (المومني، أحمد سعيد، التحكيم في التشريع الاردني، مرجع سابق، ص ص ٤٦ - ٤٧).

وقد جاء التحكيم التجاري الدولي كتنظيم قانوني دولي بعد الحرب العالمية الأولى، وأصبح يعرفه العالم وتتولاه هيئات ومراكز تحكيم دائمة ومستقلة عن الأجهزة القضائية في الدول، أما قبل ذلك وعلى الأخص في القرن التاسع عشر، وحينما كانت انجلترا مركزاً للتجارة العالمية فقد كان التحكيم يمارس تحت رقابة القضاء، ولكن ونتيجة للآثار التي تمخضت عن الحرب، والتي تمثلت في انهيار الكثير من المشروعات الاقتصادية وفقدان الثقة لدى غالبية المتعاملين في التجارة الدولية من انطلاق أية أنشطة اقتصادية جديدة، فقد أصبح التعامل مرة أخرى في ميدان التجارة الدولية يثير صعوبة بالغة. (مخلوف، احمد صالح علي، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ص ٣ - ٥). لذلك وأثناء انعقاد مؤتمر فرساي في باريس عام ١٩١٩ للبحث عن السلام، أثار الوزير الفرنسي كليمنتل اقتراحاً بإنشاء غرفة للتجارة الدولية تكون ملتقى لجميع الشركات الخاصة في العالم، وذلك لإعادة الثقة والأمل الى المتعاملين بالتجارة

الدولية وتوفير الحماية القانونية، وفي ذات العام أنشئت غرفة التجارة الدولية في باريس وأنشئ بداخلها مركزاً للتحكيم التجاري الدولي،

وبذلت تلك الغرفة جهوداً لصدور بروتوكول جنيف الذي نص في مادته الأولى على اعتراف كل الدول المتعاقدة بشروط ومشارطات التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة، مما جعل هذا البروتوكول حجر الأساس في بنیان التحكيم التجاري الدولي الذي وقعت عليه ثلاث وثلاثون دولة، وفي عام ١٩٢٧ صدرت اتفاقية جنيف لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وقد كان لهاتين الاتفاقيتين الأثر الكبير في اعتبارهما أول نظام قانوني عالمي للتحكيم التجاري الدولي (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٩ - ١١).

ويرى الفقيه جونثان هيل (Jonathan Hill) أن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ كان لها أهمية كبيرة في تطوير التحكيم التجاري الدولي، إذ انضم إليها ١١٣ دولة بعد أن وقع عليها ثمانون دولة، وهو ما يعبر عن النجاح الكبير الذي حققته في مجال الاعتراف باتفاقات التحكيم وتنفيذ

أحكام التحكيم التي ترد بشأنها (The newyork Convention of 1958 is the most important development in the internatinal Commercaill arbetratation this century, The 1958 convention has been ratified by mor than eighty states (113 states after that).

Including all the members of the E.C.

The Convention wich is a significant improvement on the earlier international in struments in the field of arbitration.

Is desigend to a chieve tow thing.

1. to ensure the respect of arbitration agreements.
2. to provied asimple machanisme for the inforcement foreign arbitral awards.

(مخلوف، أحمد صالح علي، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٨).

ولقد جرى تدعيم هذا النظام الجديد من خلال الدور الذي قام به معهد روما لتوحيد

القانون الخاص عام ١٩٣٣ في إعداد مشروع قانون موحد للتحكيم، وجهود جمعية القانون الدولي في إعداد شرط تحكيم نموذجي خاص بمعاملات التجارة الدولية.

وبعد الحرب العالمية الثانية اشتد الحماس لنظام التحكيم التجاري الدولي، فتقدمت غرفة التجارة الدولية إلى هيئة الأمم المتحدة بمشروع اتفاقية جديدة تحل محل اتفاقية جنيف، التي أصبحت غير ملائمة للتغيرات التي طرأت على التجارة الدولية. (مخلف، احمد صالح علي، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٦-٨).

وبالفعل وبمشاركة من غرفة التجارة الدولية، تبنى المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لهيئة الأمم المتحدة من خلال مؤتمر دولي كبير مشروع اتفاقية جديدة، انتهى إلى إعلان اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي انضمت إليها مائة وثلاث عشرة دولة، وتعتبر هذه الاتفاقية بمثابة الميثاق العالمي للتحكيم التجاري الدولي، (مقابلة، نبيل زيد سليمان، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١١٢). وقد انضمت إليها الأردن في ١٥/١١/١٩٧٩ دون تحفظات، (الجريدة الرسمية، العدد ١٩٨٨، ٣٥٨٥، ص ٢١٩٥).

وقد تحفظت بعض الدول على بعض بنود الاتفاقية، كتونس وفرنسا والجزائر والمغرب والبحرين والكويت، وهناك نوعان من التحفظات التي أوردتها اتفاقية نيويورك، الأول وهو خاص بشرط التبادل، ويقصد به عدم تطبيق الدولة للاتفاقية إلا بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة، والتحفظ الثاني ويقصد به عدم تطبيق الدولة للاتفاقية إلا بالنسبة للمنازعات الناشئة عن علاقات قانونية (عقدية أو غير عقدية) تكتسب وصف التجارية وفقا لقانونها الوطني. (ابراهيم، ابراهيم احمد، التحكيم الدولي الخاص، دارالنهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٢٥٦).

ويقودنا التحفظ الثاني الذي ورد في اتفاقية نيويورك الى الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨ إلى الإشارة الى مسألتين ينبغي ملاحظتهما وهما:-

١. حصر وأقتصار الاتفاقية على المعاملات التجارية، وهذا يسمح بمقارنة سريعة مع التحكيم

في مفهومه العام.

٢. إن إعطاء وصف تجارية للعلاقات وفقاً للقانون الوطني يذكر بنظرية بارتن في التكييف

سندا الى قانون القاضي

(البستاني، سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الطلي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٦٠٧).

ونتيجة لذلك، فقد حققت هذه الاتفاقية نجاح كبير في مجال الاعتراف باتفاقات التحكيم في عقود التجارة الدولية، وتنفيذ أحكام التحكيم التي ترد بشأنها، ومهدت الطريق لاتفاقيات أخرى على المستويين الدولي والإقليمي. وقد بلغ التطور مداه عندما قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (uncitral عام ١٩٧٦) بوضع مجموعة متكاملة لقواعد التحكيم تسيير عليها بعض مراكز التحكيم حتى الآن.(عبد الصادق، احمد محمد، المرجع العام في التحكيم، دار ابو المجد، الطبعة الاولى، ٢٠٠٨، ص٦٠٧ وما بعدها). إلى أن جاء عام ١٩٨٥، حيث صدر عن ذات اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وهو القانون الذي استعانت به معظم التشريعات كالقانون الإنجليزي والايطالي والأسباني والبحريني والكويتي والأردني والمصري والتونسي والجزائري وغيرها.

اولا : تعريف التحكيم التجاري الدولي وطبيعته القانونية:

يعتبر التحكيم بمثابة القضاء الاختياري الذي وجد ليستبدل القضاء العادي وإجراءاته، التي يعترضها الكثير من الإشكالات القانونية والإجرائية، وتؤثر أحيانا على متطلبات التجارة الدولية القائمة على السرعة، وهو قد جاء استجابة للجهود الفقهية القائمة على الانتصار لحرية أطراف النزاع في اختيار القواعد القانونية التي سيتم تطبيقها على النزاع، من خلال هيئة التحكيم.(الطوره،

عبد القادر،قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة،١٩٨٨،ص٥٩).

والتحكيم في المصطلح اللغوي يعني التفويض في الحكم، وهو مأخوذ من حكم أو أحكم فأستحكم أي صار محكماً في حالة (تحكيمياً) إذا جعل إليه الحكم فيه فأحتكم عليه ذلك ويقول أبن منظور في لسانه حكموه بينهم أي أمره أن يحكم بيننا (أبن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص ٢١)

وجاء في الموسوعة الفقهية أن توليه الحكم فتكون من القاضي أو من الخصمين وفقاً للشروط والقيود التي توضع له. (الموسوعة الفقهية، وزارة الاعلام، الكويت، ج ٢٠، ص ٢٢٤).

وفي المصطلح القانوني فهو اتفاق يعقد بين الأطراف لتسوية النزاع القائم بينهم من خلال أشخاص يختارونهم يطلق عليهم محكمون دون طرح النزاع على المحكمة. (أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والأجباري، منشأه المعارف، الاسكندرية، ط ٥، ١٩٨٨، ص ١٥، والي، فتحي، الوسيط في القضاء المدني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص ٩٠٦ - هاشم، محمد محمود، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٩٠، ص ٢٠ - الملبجي، أحمد، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، ط ١، ١٩٩٦ ص ١٣).

وإذا كان التحكيم سواء أكان داخلياً أم دولياً يقوم على حرية الأطراف في المقام الأول، فإن التحكيم الداخلي يطبق فيه قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، في حين ان التحكيم الدولي قد يتعرض الى ثلاثة أنظمة قانونية مختلفة، يطبق الأول منها على شرط التحكيم، والثاني على إجراءات التحكيم، والثالث على موضوع العقد، والذي يتضمن المبادئ العامة وأعراف التجارة الدولية أو ما يسمى بقانون التجارة (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الكتاب الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨، ص ٨٠٦).

١- تعريف التحكيم التجاري الدولي

باستعراض التشريعات في الدول المختلفة، نجد أن أغلبها قد تجنب الإشارة إلى تعريف التحكيم لأسباب مختلفة، منها ما يتعلق في كون أغلبها قد استوحى أحكام قوانين التحكيم من القانون النموذجي للتحكيم، والذي تجنب الإشارة إلى تعريف التحكيم، ومنها وربما تكون محقة في ذلك من تركت أمر تعريف التحكيم إلى الفقه والقضاء.

إلا أن بعض التشريعات - على قلتها - قد أشارت إلى تعريف التحكيم في نصوصها التشريعية، ومنها قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة الرابعة فقرة " ١ " حيث جاء فيها " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أو لم تكن كذلك . (عبد الصادق، أحمد محمد، المرجع العام في التحكيم، مرجع سابق، ٢٠٠٨، ص ١٧).

وكذلك جاء في قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ في المادة الثانية "أن التحكيم اختيار الطرفين برضاها شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة فيما يقوم بينهما من خلافات ومنازعات" أما القانون التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ فعرف التحكيم بأنه " طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة الفصل فيها بموجب اتفاقية التحكيم . (الأحدب، عبد المجيد، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، مرجع سابق، ص ١١٦٠ - ١١٦١ وكذلك عبد الصادق، أحمد محمد، المرجع العام في التحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٨٥). أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت في المادة ١٧٩٠ على أنه " عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها" (مجلة الاحكام العدلية، ١٩٩٤، عمان، بلا ت).

وتجدر الملاحظة أن قانون التحكيم المصري بالتعريف المتقدم إنما أشار بطريقة أو بأخرى إلى أنواع التحكيم، ولم يرقم بتعريف التحكيم، وإن القانون النموذجي للتحكيم المستوحى منه قانون التحكيم المصري قصد به كل تحكيم سواء تم تنظيمه من خلال مؤسسة تحكيمية دائمة أم لا (حداد، حفيظة السيد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٤٠).

والملاحظ انه من خلال استعراض تعريف التحكيم في القانونين اليمني والتونسي، ان التعريف الوارد في القانون التونسي كان أكثر دقة وشمولاً وإحاطة بمضمون التحكيم، وخاصة عندما ذكر عبارة بعض أنواع النزاعات بمعنى انه استثنى النزاعات غير القابلة للتحكيم. أما تعريف القانون اليمني فقد جاء عاماً يفتقر الى التحديد. إلا انه وفي نهاية المطاف، فإن تعريف المصطلحات يفترض أن تترك للفقهاء والقضاء، حتى لا نضع هيئة التحكيم أمام تفسير ربما لم يقصده المشرع، ولإعطاء هيئة التحكيم فرصة استنباط روح القانون بعيداً عن المصطلحات الجامدة، لأن التطور التشريعي إنما هو نتاج الفقه والقضاء على حد سواء.

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم في الحكم الذي صدر بعدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ المنشئ لبنك فيصل الإسلامي، والتي كانت تجعل التحكيم الطريق الوحيد لحل أي نزاع قد ينشأ بين البنك وعملائه، وقد جاء في التعريف أنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بقرار نائياً 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 ٢٠٠٣/٥/١١) .

وبالرجوع الى قانون التحكيم الأردني نجد انه لم يعرف التحكيم - وحسناً فعل - شأنه في ذلك شأن الكثير من التشريعات العربية والدولية والتي تركت تعريف المصطلحات للفقهاء والقضاء ، ولذلك جاء في تعريف محكمة التمييز الأردنية للتحكيم بأنه " احتكام المتخاصمين إلى شخص أو أكثر لفصل نزاعاتهم القائمة أو التي ستقوم، (قرار تمييز حقوق رقم ٧٢/٣٧، مجلة نقابة المحامين، ص ٣٨٠ لسنة ١٩٧٣).

أما محكمة النقض المصرية فقد عرفت أنه طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصود حتماً على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم (نقض مدني، الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ قضائية جلسة ١٩٩٧/٢/٢٧).

وقد جاء أيضاً في حكم تحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأن التحكيم هو " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا في النزاع دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر، ليفصلوا به بحكم ملزم للخصوم (حكم تحكيم رقم ١٧٣/٢٠٠٠ تاريخ ٢٠٠٠/١٢/١٤).

أما الفقه فقد وجدت تعريفات كثيرة فقد عرفه الفقيه روبرت جين بأنه " نظام للقضاء الخاص ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بوساطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم كقاعدة ويسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات " (مطواع، احمد حسان حافظ، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٠).

وقد عرفه الفقيه فوستوكس بأنه " مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من نزاعات القانون الخاص بمقتضى الاتفاق بين المعنيين به عن طريق قضاة خاصين مختارين من قبلهم لا معينين من قبل القانون (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، ١٩٩٨، ص ٢٣).

أما الفقيه رينيه ديفد فقد عرفه بأنه " تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل إهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر والذي يتولاه شخص أو أكثر - محكم أو محكمان - يستمدون سلطتهم من إتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة"، وقد

عرفه الفقيه فيليب فوكارد بأنه " اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه". (مخلوف، احمد صالح علي، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٧ - ٩).

أما الفقيهان روبرت وميرو فيعرفان التحكيم بأنه " نظام للقضاء الخاص يتم بموجبه إخراج المنازعات من القضاء العادي ليتم الفصل فيها بوساطة أفراد يكتسبون مهمة القضاء فيها (مخلوف، أحمد صالح علي، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٨ - ٩).

ويرى الدكتور علي سالم إبراهيم بأن التحكيم هو اختيار الخصمين حكماً ليفصل فيما وقع فيها من نزاع دون التقيد بالقواعد التي يتوجب اتباعها أمام المحكمة، وانه الطريق الخصوصي للفصل في نزاع بوساطة الغير بمساعدة قضاء الدولة وتحت رقابته. (إبراهيم، علي سالم، ولاية القضاء على التحكيم، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٣٧٧).

وقد جاء في شرح المسطرة المدنية المغربية تعريف التحكيم بأنه مؤسسة قضائية اختيارية يوجد لها الخصوم باختيارهم لحسم نزاع قام فيما بينهم . (المومني، احمد سعيد، التحكيم في التشريع الارني، مرجع سابق، ص ٥٩).

٢ - الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي:

على الرغم من اتفاق الفقه على اعتبار التحكيم التجاري الدولي وسيلة مهمة لفض المنازعات في التجارة الدولية، ويحل فيها التحكيم محل الحكم القضائي في تحقيق الحماية للحق المتنازع فيه، إلا أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا حول تكييف وظيفة التحكيم وتحديد طبيعتها، وتشعبت الآراء حول ذلك، ولم يكن هذا الاختلاف قد جاء لاعتبارات نظرية محضة، وإنما لأنه يترتب عليه نتائج عملية كبيرة، وتؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقاً لمن تكون الغلبة لقانون الإرادة أم لقانون مكان التحكيم؟، وإذا كان الجدل الفقهي قد احتدم حول الطبيعة

القانونية للتحكيم التجاري الدولي

فإن مبعث هذا الجدل يكمن في ان التحكيم نظام تعاقدى في نشأته ونظام قضائي في وظيفته، وبمعنى آخر انه قضاء اتفاقي (المراكبي، السيد، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليج العربي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ص ٢٥ - ٢٨).

ولذلك فقد حاول جانب من الفقه تغليب الجانب التعاقدى على الجانب القضائي، والبعض الآخر وجد العكس، وجانب ثالث رأى الصفة المختلطة لطبيعة التحكيم، وهم أصحاب النظرية المختلطة الذين وجدوا أن التحكيم تمتزج فيه الطبيعة التعاقدية والقضائية على حد سواء، وأما الجانب الأخير فيرى بأن التحكيم نظام مستقل وله طبيعته الخاصة .(عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، ١٩٩٠ مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ص ٢١ وما بعدها).

بناء على ما سبق سنقوم ببحث الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي في نقاط اربع:-

- أ : النظرية الشخصية (التعاقدية).

- ب : النظرية الموضوعية (القضائية).

- ج : النظرية المختلطة للتحكيم.

- د : نظرية استقلال التحكيم.

أ : النظرية الشخصية (التعاقدية) :

وتقوم هذه النظرية على فكرة مؤداها، أن التحكيم أداة للعمل الحر تتجلى من خلاله حرية الارادة الفردية، وتستوعبه فكرة العقد في القانون الخاص والتي تستوعب اتفاق التحكيم وكامل فكرة التحكيم بما في ذلك العمل التحكيمي . (الصلاحي، أحمد أنعم، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مركز البحوث والدراسات اليمني، صنعاء ١٩٩٤، ص ٦٥ وكذلك حشيش، أحمد محمد، نظرية وظيفة القضاء، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٧١).

ويرى بعض الفقه المصري، أن فكرة التحكيم التعاقدية تتجسد في الحالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعاً لإجراءات مغايرة لتلك الواردة في قانون المرافعات، وهذا الغير لا يتصرف كقاض، فرأيه أو قراره يندرج في الإتفاق المبرم بين الأطراف، فيصير بنداً من بنوده. (شحاتة، محمد نور عبد الهادي، الرقابة على أعمال المحكمين، موضوعها وصورها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٦ وكذلك الزرقد، أحمد السعيد، عقد التحكيم، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم في المنصورة، ٢٠٠٠، ١-٢).

وقد أثر الفقه الفرنسي في أحكام محكمة النقض الفرنسية، ووجد صدها في حكم صدر عام ١٩٥٧ والذي قضي بأن أحكام التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع تلك المشاركة، وتشاركها في صفتها التعاقدية، (نقض فرنسي، باريس، ١٠ ابريل، ١٩٥٧ مشار اليه في ابراهيم، ابراهيم احمد، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٠ وكذلك التحوي، محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٦ وما بعدها).

يرى الفقه السائد في ايطاليا وجانب من الفقه في فرنسا ومصر أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وحكم التحكيم لا يعتبر وفقاً لذلك حكماً قضائياً، وذلك لأن اتفاق التحكيم وحكم التحكيم يمثلان كلاً لا يتجزأ، وهما يمثلان هرماً قاعدته اتفاق التحكيم وقمته حكم التحكيم، والذي يبدو مجرد عنصر تبعية لاتفاق التحكيم بالرغم من أهميته. (ساري، جورج شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ٣٥-٣٦ وكذلك المليجي، اسامة احمد شوقي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٩-٥٤). وعلى هذا النحو سارت محكمة التمييز الأردنية عندما قررت ان تعيين محكمين من قبل محكمة الأستئناف لا يعتبر قراراً قضائياً وإنما عملاً من أعمال الإدارة القضائية. (تميز حقوق رقم ٤٢٥٣/٢٠٠٥ تاريخ ٢٥/١٩/٢٠٠٦، منشورات مركز عدالة)

ويستند أنصار هذا الرأي إلى الحجج التالية:-

١. إن أساس التحكيم هو إرادة الخصوم ورغبتهم في حل النزاع بطريقة ودية. (بشايرة، محمد حسين، حكم، التحكيم المرسل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٣، السنة ٣١، ٢٠٠٧، ص ٢٥٠)
 ٢. إن مصدر سلطة هيئة التحكيم هو اتفاق التحكيم وإرادة الأطراف. (بريري، محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٩، ط ٢، دار النهضة العربية، ص ٧).
 ٣. إن هدف التحكيم يختلف عن هدف القضاء فالأخير يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة في حين ان التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة (يوسف، سحر عبد الستار امام، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص ٧-٩).
 ٤. لا تلتزم هيئة التحكيم بمراعاة إجراءات المرافعات ولا قواعد القانون الموضوعي إذا أعفاهم الخصوم من ذلك. (شحاتة، محمد نور عبد الهادي، الرقابة على اعمال المحكمين، مرجع سابق، ص ٣٦).
 ٥. إن حكم التحكيم بذاته لا يتمتع بقوة تنفيذية، بل يلزم لتنفيذه تدخل قضاء الدولة، ويمكن المطالبة ببطلانه في بعض الحالات بدعوى البطلان (المادة ٤٠، ٥٣ من قانون التحكيم الأردني والمادة ١٥٣ من قانون المرافعات السوداني، المادة ٤٤ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي، والمادة ١٨٥ من قانون المرافعات الكويتي).
- وقد وصل بأنصار هذه النظرية إلى القول إلى إنه حتى حكم التحكيم ككل هو عقد كسائر العقود . (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ٢٠٠٦، دار النهضة العربية، ص ص ٤٠-٤٢).
- وقد قررت محكمة النقض الفرنسية، بأن أحكام التحكيم التي تستمد أساسها من مشارطه التحكيم تندمج في هذه المشاركة، وتأخذ نفس طبيعتها التعاقدية، ويلتزم الخصوم بتنفيذها كما يلتزمون بتنفيذ العقود التي يبرمونها، (نقض فرنسي، صادر بتاريخ ١٥ يوليو ١٨١٢).

ب : النظرية الموضوعية (القضائية) :

يذهب الرأي السائد في الفقه الفرنسي والمصري والفقه الإسلامي إلى ان وظيفة هيئة التحكيم، لا تعدو ان تكون وظيفة قضائية، وان ما تصدره هيئة التحكيم من أعمال تعد إعمالاً قضائية، سواء أكانت صادرة طبقاً للقانون أم قواعد العدالة، ذلك ان هذه الأحكام وان كانت تستند إلى اتفاق التحكيم، إلا أن الأنظمة القانونية هي التي تعترف بها، ولن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي به. (هاشم، محمود محمد، النظرية العامة في التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٢ وكذلك التحويي، محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ٢٠٠٣، ص ٢٢٣ وما بعدها).

ولذلك يرى هؤلاء بأنه للتعرف على طبيعة التحكيم يجب تغليب المعايير الموضوعية والمادية، أي تغليب المهمة التي توكل إلى هيئة التحكيم، وذلك لأن الأشخاص عندما يتفقون على التحكيم لا ينزلون عن الدعوى، وإنما ينزلون عن اللجوء إلى القضاء الذي تنظمه الدولة لصالح قضاء إلى جانب قضاء الدولة، شأنه في ذلك شأن القضاء الأجنبي الذي يعترف به القانون الداخلي بأحكامه الحقيقية، والدليل ان هيئة التحكيم تقوم بتطبيق القانون الموضوعي ويكون لقرارها حجية الأمر المقضي . (والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٧، ص ٥٢-٥٥، وكذلك المليجي، اسامة احمد شوقي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص ٥٤-٥٧).

وينطلق أصحاب هذا الرأي من خلال مهمة المحكم التي تحمل طابعاً مزدوجاً، عقدي مباشر وقانوني غير مباشر، فهو ينطلق بحكم القانون وله سلطة الحكم كالقاضي، ومن هؤلاء الفقهاء جلاسون وتيسي وبارتان ومورال والذين يصفون التحكيم، بأنه نوع من الوظيفة العمومية الوقتية. (الصلاحي، أحمد أنعم، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧. وكذلك ساري، جورج شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات، مرجع سابق، ص ٣٧-٤٦).

ويندرج تصور الفقه الإسلامي في الغالب للتحكيم ضمن النظرية القضائية لجمهور الفقهاء الذين يذهب إلى أن المحكم بمنزلة الحاكم، وينزل حكمه منزل القاضي، وينقضي بما ينقضي به، وهو ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٨٤٨ حيث نصت على أن حكم المحكم مثل القاضي واجب النفاذ على الخصوم في حدود موضوع التحكيم. (محمود، سيد أحمد، نظام التحكيم، دراسة مقارنة، دار الإيمان، ٢٠٠٠، ص ٤٦).

بيد إن أنصار هذه النظرية يرون في قضاء التحكيم قضاءً مستقلاً إلى جانب قضاء الدولة، وإن تطور التحكيم وشيوعه وتنظيم إجراءاته والعدد الكبير والنوعي لمراكز وهيئات التحكيم، قد جعل قضاء التحكيم قضاءً خاصاً بالاستقلال، ولذلك تحظى الطبيعة القضائية للتحكيم بتأييد واسع في إحكام القضاء في فرنسا وبلجيكا ومصر والكويت وفي عدد كبير من إحصائياتها. (رضوان، أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٧٨، ص ٢٠، ٢٩)، وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الكويتية، والذي يحمل الرقم ١٤٨ / ١٨ / ٨٦ جلسة ١٨/٢/١٩٨٧، أن حكم المحكمين قضاء يفصل في خصومة وله حجته، إلا أنه عمل قضائي ذو طبيعة خاصة).

ج: النظرية المختلطة للتحكيم :

يرى أصحاب هذه النظرية ان كلا النظريتين قد أصابت جزءاً من الحقيقة، وان تبني أحدهما دون الأخرى يثير صعوبة، ولذلك فمن الصواب الجمع بينهما، والعيب في النظريتين إن كليهما أرادتا أن تسبغا على التحكيم وصفا واحدا في حين ان التحكيم في حقيقة الأمر هو نظام مختلط (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٧، ص ٢٠ وكذلك المليجي، اسامة احمد شوقي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص ٥٨-٦٠).

ولذلك فإن التحكيم يتعاقب عليه صفتان، الأولى هي الصفة التعاقدية، حيث تبدو واضحة في اتفاق الخصوم على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهم وعدم لجوئهم إلى قضاء الدولة،

وكذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والثانية هي الطبيعة القضائية، وذلك عندما يتدخل قضاء الدولة في حالة لجوء الأطراف إليه لإعطاء الحكم المتضمن في قرار التحكيم القوة التنفيذية، وعندها يتحول التحكيم إلى عمل قضائي (رضوان، أبو زيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري مرجع سابق، ص ٣٢، وكذلك التحويي، محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ٢٠٠٣، ص ٢٣٣ وما بعدها).

ويؤيد جانب من الفقه الطبيعة المختلطة للتحكيم التجاري، فمنهم من يرى أن التحكيم يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم، ومنهم من يرى مصلحة التجارة الخارجية في حرية الإتفاق على التحكيم في بدايته، ثم تحويله في مرحلته الأخيرة إلى قضاء. (المليجي، أحمد، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الكويت، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٥٢ وكذلك عبد الله، عز الدين، تنازع القوانين في مسائل التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، ١٩٧٧، ص ٢٠).

وقد رأى بعض المالكية مذهباً أقرب إلى التصور العقدي، حيث اعتبروا الحكم وكيلاً والتحكيم من باب الوكالة لا من باب الولاية، في حين ذهب بعض الحنفية مذهباً وسطاً بين العقدية والقضائية، حيث يرون أن المحكم يشبه القاضي من ناحية استقلاله عن إرادة من اختاره من الخصوم، بعكس الوكالة في حيث يشبه الوكيل في كون إرادة الخصوم هي المنشئة لسلطة الحكم لدى المحكمة. (محمود، سيد أحمد، نظام التحكيم دراسة مقارنة، دار الإيمان، ٢٠٠٠، ص ٤٦).

ومع ذلك وبالرغم من وجهة الأسانيد التي ركن إليها فقهاء النظرية المختلطة في الإطار الوصفي لعملية التحكيم إلا أن هذا التوصيف لا يدخل في عمق طبيعة التحكيم وذلك لأن أنصار هذا الرأي يعيدون الجدل القائم حول طبيعة التحكيم إلى المربع الأول سيما وأن تحديد طبيعة التحكيم يؤدي إلى تقرير أحكام تختلف بحسب ما إذا كانت الطبيعة تعاقدية أم قضائية أم مستقلة. (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٤٥ - ٤٧ وكذلك يوسف، سحر عبد الستار امام، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص ٢٦).

د : نظرية استقلال التحكيم :

يقيم أو يسند أنصار هذه النظرية رأيهم، على ان أصحاب النظريات الثلاث كانوا ينظرون إلى التحكيم من واقع المعاملات الداخلية، وبالتالي فأن تلك النظريات قد حاولت إسقاط الاعتبارات التي تحكم هذا النظام في المعاملات الدولية. (المليجي، اسامة احمد شوقي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، ص ص ٦٣-٦٧).

وإذا كان فقهاء القانون قد اتفقوا على استقلالية التحكيم عن كل ما يعتريه من عقود وتصرفات، فإن جانب من الفقه قرر أن تحديد طبيعة التحكيم القانونية لا يمكن إدراكها إلا من خلال معرفة الهدف من التحكيم ومنفعته الواقعية، وهو خدمة مجتمع التجار وهو في نظر هؤلاء ليس ظاهرة قانونية، وإنما يحقق غاية نفعية ومتحرراً من العناصر التعاقدية والقضائية على حد سواء، (الصلاحى، أحمد أنعم، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٣).

ويرى الفقيه محمد حشيش، أن التحكيم له طبيعة خاصة مركبة وهو بالتالي وأن كان موحداً حول عنصره الأساسي وهو المهمة التحكيمية، إلا أنه ذو طابع حضاري إجرائي استثنائي مستقل وعمومي، وهو ليس صناعة اليوم أو الأزدهار التجاري ولنا رمز من رموزها الحضارية الدائمة عبر العصور، ويجد أساسه في فكرة الحضارة، وهي فكرة إجرائية محضة وهو أسبق وجود من القانون الموضوعي، وتبرز حضارته من ارتباطه صحة وعدمه مع النظام العام، عوضاً عن كونه قد أصبح استثناء في عالم القانون الإجرائي فهو ليس على درجتين ولا يوجد اختصاص قضائي للمحكم، ويجسد استقلال التحكيم عن القضاء أكبر مظاهر الإستقلالية. (حشيش، أحمد محمد، طبيعة المهمة التحكيمية، مرجع سابق، ص ص ٣٥٠ - ٣٥٤). فأنصار مبدأ سلطان الإرادة يرون أن التحكيم يعتبر عقداً، ولكنهم لم يتفقوا على طبيعة هذا العقد، ولم يستطع آخرون التخلص من اعتبارات النظام القضائي الداخلي عند محاولة رصد طبيعة التحكيم التجاري الدولي. أما أصحاب النظرية

المختلطة فإن موقفهم يعتبر محاولة للهروب من مواجهة الحقيقة (راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاقية التحكيم، القاهرة، دار النهضة ١٩٨٤، ص ٥٥ وما بعدها) وهي ان التطور الحالي الكبير للتحكيم التجاري على المستوى الدولي قد مكنه من اعتباره قضاء أصيلا للتجارة الدولية، (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٣٤).

وتؤكد هذه النظرية على استقلالية وذاتية التحكيم بنظامه في حل المنازعات، وبأن له وظيفته المميزة ويتمتع بخصائص تميزه عن غيره من الوسائل الأخرى لحل المنازعات، وان إرادة الخصوم وان كانت أساس التحكيم إلا أنها لا تفسر شموله وتطوراته، وان هذه التطورات وان كانت تدخل التحكيم في القضاء إلا أنها لا تؤدي إلى فقدانته ذاتيته واستقلالها. (التحويي، محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ٢٠٠٣، ص ٣٤١ وما بعدها).

وما يدعم ذلك إن واقع التجارة الدولية تؤكد على استقلال التحكيم كقضاء لهذه التجارة وذلك من حيث مدى إذعان أطرافه لنا التحكيم التجاري، واستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التي تثار بمناسبة المنازعات التي تطرح على التحكيم، وتمتعه بقانون مستقل للإجراءات، وصيرورة قراراته مصدرا لقضاء المحكمين . (إبراهيم، إبراهيم احمد، التحكيم الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ط ٢، ص ٣٩).

وباستعراض الآراء المختلفة في طبيعة التحكيم فإنني أميل الى الأخذ بوجهة النظر القائلة بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة لأنني أرى فيه استثناءً موسعاً على الطبيعة القضائية للتحكيم فهو يخضع الى المراجعة القضائية عند التنفيذ او طلب الأبطال ويخضع الى بعض المبادئ الأساسية في أصول المرافعات، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يستمد مبرر وجوده من اتفاق الأطراف.

ثانياً: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة المشابهة

التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات عن طريق هيئة التحكيم باتفاق الاطراف على اللجوء إليه سواء عن طريق شرط التحكيم في العقد الأصلي أو كأتفاق مستقل أو ما يطلق عليه مشاركة التحكيم، وهو نظام يقوم على قيام الأفراد باختيار المحكمين وتميز بقواعده وأحكامه عن بعض الوسائل الأخرى المشابهة كالصلح والتوفيق والخبرة والوكالة.

وإذا كان هناك تشابه في بعض العناصر بين التحكيم والأنظمة المشابهة ومن زوايا مختلفة، فإن الميزة الأساسية للتحكيم تكمن في أنه يحسم النزاع بقرار التحكيم وبحوز حجية المقضي به ، كما هو الحال في الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم إلا أن هناك أختلافات بين التحكيم وتلك الأنظمة تستحق التوقف عندها.

ولذلك سنعالج هذا المحور في بنود ثلاثة :

- ١ : التحكيم والخبرة في التجارة الدولية.
- ٢ : التحكيم والتوفيق في التجارة الدولية.
- ٣ : التحكيم والوساطة في التجارة الدولية.

١ - التحكيم والخبرة في التجارة الدولية

تقوم الخبرة في التجارة الدولية على حسم مسألة فنية أو واقعية يتوقف فيها دور الخبير في معظم الحالات عند مجرد الرأي والمشورة، وحتى عندما يكون رأي الخبير ملزماً فهو يبقى يبحث في مسألة واقع ويعطي فيها رأيه الفني، وفي ذلك وقد نصت المادة ٨ من لائحة المركز الدولي للخبرة التابع لغرفة التجارة الدولية في باريس على أن تقارير وتوصيات الخبير ليس لها أثر ملزم إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

أما المحكم فهو يقوم بالبحث في مسألة قانونية وهو بالتالي يقوم بمهمة قضائية، حيث أبطلت محكمة استئناف باريس حكم تحكيم لأن المحكم قد أجرى بنفسه تقديراً للحصص، وكذلك قضت نفس المحكمة في حكم آخر لها عام ١٩٩٩، بأن التحكيم يفترض ان الغير تلقى مهمة محددة من الأطراف وهي حسم النزاع القائم بينهم، ويترتب على ذلك غياب فكرة التحكيم وانعدام حكم التحكيم نفسه إذا كان الغير المعين من الأطراف تنحصر مهمته في تحديد التزام تعاقدي أو يصبح قراره مجرد عنصر من عناصر العقد، (الحداد، حفيظة السيد، النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٦١-٦٧).

ويختلف التحكيم عن الخبرة، فالمحكم يقوم بوظيفة القضاء ويحسم النزاع، أما الخبير فلا يكلف إلا بمجرد إبداء رأي فني وهذا الرأي لا يلزم الأطراف أو القاضي، والعبرة هي بحقيقة المقصود من المهمة وليس الألفاظ التي يصاغ فيها المطلوب (أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والأجباري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، ص ٢٩).

وقد جاء في المادة ٨٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بقولها "للمحكمة في أي دور من أدوار المحاكمة أن تقرر إجراء الكشف أو الخبرة من قبل خبير أو أكثر، وفي الفقرة الثالثة وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تدعو الخبير الى المناقشة، ولها أن تقرر إعادة التقرير إليه لإكمال ما ترى فيه من نقص أو تعهد بالخبرة على آخرين، (الزعيبي، تيسير أحمد الجامع المتين للانظمة والقوانين، ٢٠٠٣، ص ٢٠٤).

والخبرة هي المعرفة في بواطن الأمور، ولذلك فالخبير يعطي رأيه الفني في الوقائع، بعكس المحكم الذي يعطي رأيه في المسائل الفنية والقانونية على حد سواء. (الأسطل، إسماعيل أحمد، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٣).

٢ : التحكيم والتوفيق في التجارة الدولية

يقوم نظام التوفيق في التجارة الدولية على قيام الموفق بتقريب وجهات النظر بين المتنازعين، بحيث يجعلهم يشتركون معه في إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع، أو على الأقل يحيطهم علماً بالقرار الذي سوف يتخذه في هذا الشأن، فإذا لم يقبل الأطراف اقتراح الموفق أو انسحبوا أو انسحب أحدهم أثناء سير عملية التوفيق فإن أي قرار يصدر منه لا يكتسب أية قوة إلزامية. (مخوف، احمد صالح علي، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص ١٨ - ١٩).

وقد أستخدمت المشرع المصري بمقتضى القانون ٧ لعام ٢٠٠٠ نظاماً جديداً لتسوية المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها دون اللجوء الى القضاء، من خلال لجنة تنظر وجوبياً تلك المنازعات وبمواعيد محددة دون التقيد بقانون المرافعات، وتصدر قرارها خلال ستين يوماً وبعد اكتسابه الدرجة القطعية يأخذ قرار اللجنة قوة السند التنفيذي.

ويختلف التوفيق بموجب هذا القانون عن التحكيم في أن الأول وجوبي، في حين أنه اختياري بالنسبة للتحكيم، وكذلك فإن القوة الإلزامية للتحكيم ذاتية، في حين أنه بموجب التوفيق فلا بد من موافقة الجهة الإدارية والطرف الآخر وإثبات ذلك في محضر، إضافة إلى أن نطاق التحكيم أضيق لأنه لا يشمل إلا المسائل التي يجوز فيها الصلح، وهي تلك التي لا تتعلق بالنظام العام، في حين أن التوفيق يشمل كافة المنازعات وحتى تلك المتعلقة بالنظام العام وذلك فيما عدا التي استثناها المشرع بنص صريح من مجال التوفيق. (العصار، يسري، التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٥٤ وما بعدها).

وقد وضعت غرفة التجارة الدولية في باريس لائحة خاصة بالتوفيق بدأ العمل بها عام ١٩٨٨، وتضمنت ان أليه التوفيق مستقلة تماماً عن التحكيم، وهي تتسم بالطابع الاختياري إلا إذا اتفق الأطراف خلاف ذلك، وكذلك قررت تلك اللائحة لتأكيد استقلال التوفيق عن التحكيم ان

الأطراف غير ملزمين بسلوك طريق التوفيق قبل اللجوء إلى التحكيم، أو اللجوء إلى التحكيم إذا فشلت جهود التوفيق في الوصول إلى حل. (الحداد، حفيفة السيد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٨٢-٨٤).

أما بخصوص قرار التحكيم فإن الأطراف يجهلون القرار الذي يصدر عن المحكم ولا يشاركون في إعدادة وإذا صدر يعتبر ملزماً لهم بغض النظر عن قبولهم أو رفضهم إياه. (الحداد، حفيفة السيد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٨٢-٨٤). وكذلك شرعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى وضع لائحة خاصة بالتوفيق والمصالحة وأنجزتها في عام ١٩٨٠.

٣ - التحكيم والوساطة في التجارة الدولية

تعتبر الوساطة هي الأساس الذي يقوم عليه نظام وسائل فض المنازعات في التجارة الدولية، وهي الوسيلة الأكثر شيوعاً في العقود الدولية الكبيرة وخاصة في مجال العقود الهندسية. وللوساطة أشكال منها الوساطة البسيطة وتقترب من التوفيق، والوساطة بشكل قضاء صوري، وفيها يتم تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن أطراف النزاع، وذلك للوصول إلى حل مقبول للطرفين. وقد ورد في المادة ٦٧ من الشروط العامة للاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC) نص على ضرورة اللجوء إلى الوساطة قبل اتخاذ طريق التحكيم. (والي، فتحي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص ص ٢٢، ٢٩، ٢٨).

وهناك الوساطة الاستشارية Mediation Consultation. وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولاً في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط، وهناك وساطة التحكيم وهي الوساطة التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا

فشلت مهمته في الوساطة، وكذلك الوساطة القضائية Judijal - Mediation وهي المعمول بها في الأنظمة الانجلوسكسونية حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة. (مخوف، احمد صالح علي، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٠).

وقد ولدت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية ويمتاز نظام الوساطة، بالسرعة ولكنها قد لا تنجح في بعض النزاعات وهي التي تتطلب تغييرا لمادة في العقد أو القانون، والمنازعات التي يكون فيها إخلال كامل ومرتبطة بشخصية الوسيط والأطراف أو في حالات الحاجة إلى حكم ولو كان خاسرا وغياب القواعد الأساسية للدفاع، ولكن مهمة الوسيط المحكم تعتبر أكثر الأشكال نجاحا في مجال التجارة الدولية وأدت إلى حل منازعات كبيرة في هذا المجال (الأحذب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٧٤٤ - ٧٥٢).

ولقد أدت هذه الفروق بين التحكيم والوساطة إلى جعلها آليتين مستقلتين كل منها عن الأخرى، ولذلك عمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى وضع لائحة خاصة للتوفيق والمصالحة أتمتها عام ١٩٨٠ كما قلنا سابقا، وهو ما تضمنته كذلك معاهدة واشنطن لعام ١٩٦٥ في وضع آلية للتوفيق.

ثالثا : مصادر التحكيم التجاري الدولي وأنواعه

يعتبر التحكيم التجاري من أكثر فروع القانون التي حظيت باهتمام خاص في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعددة وأحكام القضاء والمحكمين على حد سواء، وذلك لارتباطه بحركة التجارة الدولية التي تزداد اتساعا وسرعة، وتتطلب أحكاماً تلبى معالجة الألتزامات الناشئة عنها في كل الميادين، ولذلك لا نجد دولة لم تضع احكاما تتعلق بمعالجة أحكام التحكيم والقواعد المتعلقة به.

بل أكثر من ذلك فقد عقدت المؤتمرات، وأبرمت الاتفاقيات الدولية والاقليمية، لوضع قواعد للتحكيم التجاري الدولي وذلك لأن من أهم سمات التحكيم انه ذو طابع دولي، ويتعدى حدود الدولة الواحدة، وحتى الاتفاقيات الثنائية بين الدول فقد وضعت قواعد للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، وقد أضحت أحكام التحكيم من أهم مصادر التحكيم التجاري لأنها وضعت قواعد قد تؤدي تدريجيا الى وضع قواعد موحدة عالميا بخصوص القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

وكما للتحكيم مصادره فإن له أنواعه، فهناك التحكيم الاختياري والتحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح.

ولذلك سنبحث مصادر التحكيم التجاري الدولي وأنواعه في بندين :-

١: مصادر التحكيم التجاري الدولي.

٢ : أنواع التحكيم التجاري الدولي.

١ : مصادر التحكيم التجاري الدولي

أ : المصادر الداخلية :

وتتضمن التشريعات الوطنية ويتبين أن معظمها تتضمن تشريعات خاصة عن التحكيم التجاري الدولي واغلبها مأخوذ من القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي " اليونسترال"، ومنها القانون الأردني والبحريني والإماراتي والكويتي والمصري والجزائري والتونسي والإنجليزي والإيطالي والأسباني وغيرها .

ب : المصادر الدولية :

- الاتفاقيات الدولية

- بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ وما يزال ساري المفعول بالنسبة للدول التي لم توقع على اتفاقية نيويورك مثل مالطا والعراق .
- اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية
- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ .

- الاتفاقيات الإقليمية

- الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي - جنيف لعام ١٩٦١
- اتفاقية ستراسبورغ لعام ١٩٦٦ للقانون الموحد للتحكيم التجاري الدولي في أوروبا
- اتفاقية بنما لعام ١٩٧٥ بشأن التحكيم الدولي في أمريكا اللاتينية .
- اتفاقية عمان لعام ١٩٨٧ بشأن التحكيم التجاري الدولي بين الدول العربية .
- اتفاقية مورشيوس لعام ١٩٩٣ بشأن التحكيم الدولي في إفريقيا.
- **الاتفاقيات الثنائية :-** وهي كثيرة منها :
 - الاتفاقية الإيرانية الأمريكية لعام ١٩٩١ بشأن عقود البترول
 - اتفاقية كانتريري لعام ١٩٨٦ بين فرنسا وبريطانيا .
- **اتفاقيات أخرى:-** وتتعلق بالتحكيم التجاري الدولي بشكل غير مباشر
 - اتفاقية هامبورغ لعام ١٩٧٨ بشأن عقد النقل البحري .
 - اتفاقية هلسنكي لعام ١٩٧٥ بشأن الأمن والتبادل الأوروبي .

- أحكام التحكيم الدولية :- والصادرة عن مراكز التحكيم الدائمة

ومنها:

- المحكمة الدولية بغرفة التجارة الدولية بباريس
- جمعية التحكيم الأمريكية
- محكمة لندن للتحكيم الدولي
- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

٢ - أنواع التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم التجاري من الأهمية في فقه القانون ما جعله يحوي الكثير من الأنواع، وذلك لدوره الكبير في حل منازعات التجارة الدولية، فهناك التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري والتحكيم الحر والتحكيم المؤسسي والتحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح والتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ولذلك سنتناول أنواع التحكيم التجاري الدولي من حيث:-

- مدى حرية الأطراف في اللجوء إليه
- أ : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.
- من حيث جهة التحكيم
- ب : التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.
- من حيث نطاق التحكيم
- ج : التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي .
- من حيث صلاحية المحكم في تقييم الادعاءات المتقابلة.
- د : التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح.

أ : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

يكون التحكيم اختياري إذا تم اللجوء إليه باتفاق الأطراف وإرادتهم الحرة، ولا يؤثر في كون التحكيم خياراً أن يضطر إليه أحد الأطراف لأسباب اقتصادية أو غير ذلك حتى ولو كان يتضمن شروطاً غير ملائمة له.

أما التحكيم الإجباري فهو ذلك النوع من التحكيم الذي يفرض جبراً على الأطراف أو أحدهم، وذلك لحل نزاع يتعلق بروابط قانونية معينة، وفي الغالب الأعم من خلال قانون خاص أو نص يضعه المشرع فيلتزم الأطراف باللجوء إليه، وهو غالباً ما يكون في منازعات لها طابع عام من جهة الدولة، كالمنازعات المتعلقة بالعمل أو في المسائل الجمركية، وقد يكون هناك نظام للتحكيم فرضه قانون معين كقانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام في مصر وأوجب فيه الإلتجاء إلى التحكيم في النزاع المتعلق بها (الصانوري، مهند احمد، دور المحكم في خصومة التحكيم، دار الثقافة، ٢٠٠٥، ص ٤٦، ٤٧). وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية المادة ٥٧ من قانون الجمارك لسنة ١٩٦٣، والمادة ١٧ من قانون الضريبة العامة للمبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١، والمادة ٢/١٠ والمادة ٥٢ من قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

وقد جاء في منطوق قرار المحكمة الدستورية العليا بأنه " إذا ما قام المشرع بغرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية أمره دون خيار في الإلتجاء إلى القضاء، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن بنص مادته الثانية والستين، ولأن المقرر أن التحكيم لا ينزع من القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً، إلا إذا كان متولداً من الإرادة الحرة لأطرافه. (والي، فتحي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٣٢ - ٣٤).

والتحكيم الاجباري هو تحكيم بدون عقد برز في مصر في القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ في المادة ٦٠ من قانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، وطبق أيضاً في الكويت في التحكيم القضائي الاجباري لوزارة العدل، للنظر في الخلافات بين الأفراد والوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة، وذلك بموجب القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، وفي ليبيا بموجب القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٥، وجرى تعديله بموجب القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨١. وفي الجزائر جرى تطبيقه بموجب القرار رقم ١٩٧٥/٤٤. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ص ٧٠٥ - ٧٠٨).

والملاحظ أن هذا التحكيم هو تحكيم داخلي، وأن هذه الدول قد شرعت في تعديل تلك القوانين للعودة إلى التحكيم الاختياري، ولكن وفي التحكيم الدولي فقد بدأ يفرض نفسه على الدول المضيفة للاستثمارات، وقد أصبحت بعض المراكز التحكيمية الكبرى كمركز واشنطن وغرفة التجارة الدولية يعلنان عن نفسيهما مختصتين في نظر المنازعات دون عقد إستناداً إلى اتفاقيات حماية الإستثمار، وقد أصدر مركز واشنطن التحكيمي أول حكم تحكيم اجباري عام ١٩٩٠ على أساس اتفاقية الاستثمار الموقعة بين المملكة المتحدة وسيرلانكا، في نزاع بين شركة AAPL من هونغ كونج مؤجرة لأنكلترا وسيرلانكا وتوالت الأحكام بعدها، إلى أن أعادت محكمة باريس الأمور إلى نصابها في حكم لها صدر في ١/٦/١٩٩٩، عندما قررت أنه وفقاً للمبادئ الأساسية للتحكيم الدولي، فإن العقد التحكيمي هو الذي يجيز تنصيب المحكم. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ص ٧٠٨ - ٧١٨).

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على عدم دستورية النص التشريعي الذي يفرض التحكيم إجباراً على الخصوم، فقضت بأنه " لا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجبارياً يدعى إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره، ذلك إن التحكيم مصدره الاتفاق.

ولكن قانون التحكيم الأردني لم يعالج مسألة مدى قابلية العقود الإدارية للتحكيم وبذلك يكون قد استبعدتها ولكنه وسع في نطاق المنازعات التي يمكن أن تكون موضوعا للتحكيم فأجاز أن تكون عقدية ام غير عقدية ،خاصة ام عامتهمدنية او تجارية وذلك في المادة الثالثة منه .

ولكن جاء في قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٤ بأنه " بالرغم من كل ألتفاق مخالف تعتبر محاكم المحل الذي يمارس فيه الوكيل نشاطه هي المختصة في النزاعات الناشئة عن عقد الوكالة التجارية " . وقد ايدت محكمة التمييز الأردنية ذلك عندما أبطلت شرط تحكيم في اتفاقية لوكيل أردني يمارس نشاطه في الأردن ، وأعتبرت المحاكم الأردنية هي المختصة. (تمييز حقوق رقم ٢٠٠٦١٣٦٩ تاريخ ٢٠٠٦١١١١١ ، منشورات مركز عدالة) ،

ب : التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

يقصد بالتحكيم الحر هو التحكيم الذي يقوم به الأطراف بأنفسهم من خلال الاتفاق على المحكمين والقواعد الإجرائية بعيدا عن أي مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم، أما التحكيم المنظم فهو ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئات ومنظمات ومؤسسات دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات موضوعية ومعدة سلفا، تحددتها الاتفاقيات الدولية والقرارات المنشئة لتلك الهيئات.

ومن أمثلة هيئات التحكيم المؤسسي غرفة التجارة الدولية في باريس وغرفة تحكيم باريس ومحكمة لندن، ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وقد اصبح التحكيم المؤسسي حجر الأساس في التجارة الدولية، ومن عيوب تلك المراكز التكاليف الباهظة لعملية التحكيم والتي يتحملها الأطراف (شتا، احمد محمد عبد البديع، ٢٠٠٥، شرح قانون التحكيم، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ص ٥٥-٥٧) وقد أجاز قانون التحكيم الأردني في المادة ٥ التحكيم المؤسسي والحر على حد سواء.

والملاحظ أن طبيعة المنازعات التجارية الدولية وتشعبها وتعقيدها يتطلب في معظمها مؤسسات تحكيمية دائمة، لانها تتعلق بالتجارة الدولية والتي قد يصعب على الكثير من هيئات

التحكيم الحر الإحاطة بتفاصيل المنازعات، وذلك لأنها تحتاج الى كوادر فنية مؤهلة لتهيئة المعلومات التفصيلية المتعلقة بالنزاع وبسطها أمام هيئة التحكيم، ولهذا السبب نجد ان مؤسسات التحكيم الدائمة قد أضحت تتوسع في نشاطها على حساب هيئات التحكيم الحر وخاصة في المنازعات التجارية الدولية الكبيرة.

وقد أجاز قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ التحكيم الحر والمؤسسي على حد سواء عندما أجاز في المادة الخامسة للأطراف إعطاء الغير الأذن باختيار الإجراءات التي لم يمنعها نص ، وأعتبر من الغير كل مؤسسة او مركز للتحكيم داخل الأردن او خارجه .

ج : التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي :

التحكيم الداخلي هو ذلك النوع من التحكيم الذي تتصل به جميع عناصره في دولة واحدة، وذلك من حيث موضوع النزاع وجنسية الخصوم وجنسية المحكمين والقانون الواجب التطبيق والمكان الذي يجري فيه التحكيم وهنا يطبق القانون الوطني، أما التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي، فمن الشراح من يرى النوعين مترادفين من حيث إن عناصرهما تكون موزعة بين أكثر من دولة، ومن الفقه من يفرق بينهما بحيث إن التحكيم دوليا إذا اتفق عليه الأطراف بشأن علاقة تتعلق بمسائل التجارة الدولية، ويكون حكم التحكيم أجنبيا إذا كان مكان التحكيم في دولة أخرى غير الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، ويترتب على ذلك إن الطعن في الحكم الصادر في التحكيم الأجنبي يكون على صورة وقف التنفيذ، وللقاضي الوطني أن يرفض إصدار الأمر وفقا لاتفاقية نيويورك، أما إذا كان التحكيم دوليا فإنه يمكن أن يطعن فيه بالبطلان المهني للخصومة وفقا لقانون التحكيم الأردني (شتا، احمد محمد عبد البديع، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص ص ٦٦ - ٦٧).

ويعتبر الأردن من بين الدول العربية الست الأولى التي وضعت معاهدة تنفيذ الأحكام بين البلاد العربية سنة ١٩٥٢، والتي ألغيت بموجب اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣،

وكذلك صادق الأردن على معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ دون تحفظ، ونشط على مستوى التحكيم النظامي الدولي وفي هيئاته التحكيمية الدائمة، مثل غرفة التجارة الدولية ومؤسسات التحكيم التابعة لغرفة التجارة المختلطة الأوروبية العربية، وتمت المصادقة في عام ١٩٧٢ على اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير. والمتضمن إنشاء المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين دول ورعايا دول أخرى ICSID، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها إن المحكمة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية هي المختصة لتسمية المحكمين الذين يتمتع الأطراف عن تسميتهم وفقا للشرط التحكيمي وبالتالي فإن المحاكم الأردنية غير مختصة في هذا الموضوع. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٩١، ٩٢).

د : التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح

التحكيم بالقانون هو التحكيم العادي والذي يعطي هيئة التحكيم سلطة الحكم في النزاع مع التقيد بالقواعد الموضوعية والإجرائية للقانون الواجب التطبيق، وتعتبر سلطة التحكيم في هذه الحالة مقيدة، أما التحكيم مع التفويض بالصلح أو ما أطلق عليه الفقه بالتحكيم الطليق، فيعتبر استثناء على الأصل ولذلك يتوجب النص عليه صراحة في شرط أو مشارطة التحكيم، (شرف الدين، احمد، قواعد التحكيم، ماس للطباعة، ٢٠٠٧، ص ٢٣-٢٤).

ويعطي التحكيم مع التفويض بالصلح هيئة التحكيم سلطة الفصل بالنزاع دون التقيد بأية قواعد موضوعية، (الحواري، أسامة محمد، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة ٢٠٠٨، ص ٣٠-٣١).

وقد أجاز قانون التحكيم الأردني التحكيم الطليق ونص عليه في المادة ٣٦/د بقولها " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف" وكان المشرع الأردني قد أورد في الفقرة ج في نفس المادة بأنه

" وفي جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع، وتأخذ بعين الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين" وبذلك أصبح التحكيم الطليق يتطور بدرجة كبيرة وخاصة في مجال منازعات التجارة الدولية، وسوف نبحث هذا الموضوع لاحقاً بشكل مستفيض .

رابعاً : معايير دولية التحكيم

إن المعايير التي استند إليها الفقه والتشريعات والمعاهدات الدولية تتوزع بين معايير تقليدية ومعايير حديثة، تهدف في مجملها إلى تحديد متى يعتبر التحكيم دولياً أو داخلياً. والحقيقة أن المعايير التقليدية توزعت بين جنسية أطراف التحكيم أو المحكمين أو مكان التحكيم، فيعتبر التحكيم دولياً متى كان أطراف النزاع من جنسيات مختلفة والأمر ينطبق على المحكمين، وبخصوص مكان التحكيم فقد أثار جملة من التساؤلات حوله، فهل المقصود به مكان تنفيذ الإلتزام الجوهري أم مكان سير إجراءات التحكيم أم مكان محكمة التحكيم؟.

وهناك معايير أخرى تعرضت إلى نقد شديد تتمثل في معيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومعيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لتحديد دولية التحكيم، ولكن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يعد عاملاً حاسماً لتحديد دولية التحكيم لأنه مستقل عن مسألة تحديد دولية التحكيم، أما إجراءات التحكيم فقد تتم في أكثر من دولة مما يتعدد معها القوانين (الحواري، أسامه محمد، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوع المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٤٢-٤٤).

وقد أخذت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بمعيار جنسية أطراف النزاع ومكان التحكيم لتحديد دولية التحكيم، بحيث يعتبر التحكيم دولياً متى كان أطراف النزاع أو المحكمون من أكثر من جنسية دولة واحدة، وبخصوص مكان التحكيم فيعتبر التحكيم دولياً إذا جرى خارج الدولة التي

يحمل الأطراف جنسيتها ولو تعلقت بعقد وطني، أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فإنه وإن كان قد اخذ بالمعيار الجغرافي وفقا لنص المادة ٣/١ في تحديد دولية التحكيم، إلا أنه لم يضيف صفة الدولية وفقا لمكان صدور حكم التحكيم . (الحواري، أسامه، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على المنازعات الخاصة الدولية مرجع سابق، ص ٤٤، ٤٥).

وبرز في الفقه الحديث المعياران القانوني والتجاري لتحديد دولية التحكيم وذلك من خلال الإطار الموضوعي وهو مدى فاعلية وتأثير العنصر الأجنبي في العلاقة بين أطراف النزاع. (إبراهيم، احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٥٢).

وقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقات المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعية العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيميا تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه الى هذا القانون ". (الحداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، منشورات الطيبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٠٧).

وقد أسبغت المادة الثالثة صفة الدولية على التحكيم متى كان يتعلق بالتجارة الدولية ثم تابعت بالقول وذلك في الأحوال الآتية:-

١- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقعان في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم.

٢- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يكون مقره داخل مصر أو خارجه.

٣- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

ويرى الفقه هنا، إن المشرع المصري تطلب شرطا واحدا لدولية التحكيم وهو أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية كالقانون الفرنسي، وكأن المشرع قد اكتفى بتحقيق أي من الاحوال الواردة في متن نص المادة الثالثة، وربما يكون المشرع أراد أن يقتفي أثر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي استمد منه قانون التحكيم المصري معظم نصوصه، وإن القانون النموذجي قد حاول رصد دولية المنازعة من خلال هذه الضوابط وهذا المعيار هو المعيار القانوني، ويرى بعض الفقه أن المشرع المصري أخذ بالمعيار المزدوج. (الحداد، حفيفة السيد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٩٦-١١٢). بينما يرى جانب آخر انه يتوجب لاكتساب التحكيم صفة الدولية شرطان: الأول إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن واقعا خارج الدولة: أ) مكان إجراء التحكيم ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع والثاني توافر أحد الضوابط الواردة في المادة الثالثة، بحيث إن دولية التحكيم مرتبطة بموضوع النزاع (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول، ١٩٩٨ مرجع سابق، ص ٧٣-٨٠).

وأرى إن الأخذ بوجهة النظر الأولى والمتعلقة باعتبار التحكيم دوليا متى تعلق بمصلحة التجارة الدولية أكثر وجاهه من تحديده بشرطين، ذلك إن التحكيم الدولي قد أصبح يتخذ مفهوما واسعا مع تنامي التجارة الدولية من جهة، وبروز التحكيم الطليق كأحد أنواع التحكيم الذي بدأ يفرض نفسه على منازعات التجارة الدولية من جهة أخرى. إما المعيار التجاري فبموجبه "يعتبر التحكيم دوليا إذا كان يتعلق بعملية تجارية تتضمن حركة للأموال والتجارة عبر الحدود"، وقد أخذت بالمعيار التجاري الكثير من الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥

والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١، وهو ما أكد عليه القضاء الفرنسي (نقض فرنسي، ١٧ مايو ١٩٢٧، منشور في ١٩٢٨/١/٢٥. الحداد، حفيفة السيد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ١٠٣) وقد نص القانون الفرنسي في المادة ١٤٩٢ على انه "يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية" وهو ما جاء في المادة ٨٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني . ويرى جانب من الفقه إلى وجود معيار مختلط يأخذ بالمعيارين القانوني والاقتصادي، كقانون التحكيم المصري واتفاقية جنيف بحيث يكون التحكيم دوليا إذا ارتبط بأكثر من دولة ويتعلق بمصالح التجارة الدولية. (البطانية، عامر فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ص ٤٣-٤٧).

أما قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ فإنه لا ينطبق إلا على أحكام التحكيم الصادرة في الأردن، أما إذا كان صادرا خارج الأردن فيكون حكما أجنبيا يخضع الى قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ ومعاهدة نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الدولية.

ولكي يتم تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في الأردن يجب إن يكون حائزا على صيغة تنفيذ الأحكام القضائية في البلد الذي جرى فيه التحكيم وللمحاكم الأردنية رفض تنفيذ تلك الأحكام في الحالات التالية :-

- ١- إذا كانت المحكمة الأجنبية التي أعطت صيغة التنفيذ غير مختصة.
- ٢- إذا لم يبلغ الطرف الخاسر في الدعوى بوساطة المحكمة الأجنبية.
- ٣- إذا اكتشفت المحكمة الأردنية أن الحكم الأجنبي غير نهائي.

ولكن اتفاقية نيويورك وتطبيق أحكامها في الأردن دون تحفظ وعدم اشتراطها إعطاء حكم التحكيم صيغة التنفيذ في بلد صدوره ، قد جعل من مفهوم التحكيم الأجنبي مرادفا للتحكيم الدولي في

الأردن (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ١٣٦-١٣٨).

الفصل الأول: تطبيق هيئة التحكيم لقانون الإرادة

تقديم وتقسيم:-

الأصل أن التحكيم بحد ذاته قد نشأ انتصاراً لمبدأ سلطان الإرادة والتخلي عن القاضي الطبيعي في قضاء الدول، والركون إلى محكمين تتسم أعمالهم وإجراءاتهم بالسهولة واليسر والسرعة استجابة لمتطلبات التجارة الدولية التي تقوم على السرعة والائتمان والتجارة الالكترونية، (شرف الدين، احمد، قواعد التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٥).

ولذلك لا يكاد يخلو تشريع أو اتفاقية دولية أو نظام أساسي لمركز من مراكز التحكيم من النص الصريح على ضرورة احترام حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. (إبراهيم، إبراهيم احمد، التحكيم الدولي الخاص، ١٩٩٧، مرجع سابق، ص ٣-٦، وكذلك السالمي، الحسين، التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، موسوعة مجد للدراسات، ص ٦٥ وما بعدها).

ولكن وبالرغم من ذلك، أدت طبيعة الاتفاقات التي يبرمها الأطراف والمتعلقة بالتحكيم وطبيعة بعض التشريعات والمهمات التحكيمية، إلى بروز جملة من الإشكالات العملية والقانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء، من حيث فهم المحكم لطبيعة المهمة الملقاة على عاتقه، مما يجعل من مسألة البحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة مطلباً أساساً لصدور القرار التحكيمي، على نحو يحترم إرادة أطراف النزاع. (إبراهيم، إبراهيم احمد، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٦٦).

وتبرز كذلك جملة من التساؤلات بخصوص قانون الإرادة، من حيث ما هو المقصود بالقانون المتفق عليه؟ وإلى أي مدى يتمتع الأطراف بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق؟ وهل يشترط أن يكون القانون المتفق عليه له صلة بموضوع النزاع؟ وما هو الحل عندما يعترض

النظام العام أو الغش نحو القانون على فحوى التطبيق، ويقف حائلاً أمام إمكانية تنفيذ القرار التحكيمي؟.

ولذلك يتوجب الحديث عن مبدأ خضوع العقد إلى قانون الإرادة المستقلة، من حيث تطور فكرة قانون الإرادة تاريخياً وقانونياً والأحكام التحكيمية التي تبرز هذا التطور، وكذلك لا بد من البحث في دور الإرادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وموقف التشريعات وأحكام التحكيم من هذا الدور، إلا أن ذلك يستدعي البحث في دور الإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق، لكن هناك قيوداً على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق من حيث الغش نحو القانون والنظام العام، وسنتعرض لكل تلك المسائل بإسهاب تباعاً. وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى محورين:-

أولاً : خضوع العقد لقانون الإدارة المستقلة.

ثانياً: القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

اولاً: خضوع العقد لقانون الإرادة المستقلة

تعتبر أو تشكل قاعدة حرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي الأساس والمنطلق الذي تنطلق منه هيئات التحكيم عند نظر أي نزاع تحكيمي، ولكن هذه القاعدة لم تأت من فراغ، بل كانت نتاج مسار طويل لجهود رجال الفقه والفكر القانوني، ونتاج تحولات اقتصادية واجتماعية وسياسية في العالم أوجدت أرضاً خصبة لتلك القاعدة، بل أكثر من ذلك فإن اللجوء إلى التحكيم بحد ذاته هو نتاج انتصار حرية الأطراف في تعيين المحكمين أو ما يسمى "بالقاضي الاتفاقي". (إبراهيم، احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص مرجع سابق،

ص ٥، وكذلك عبد العال، عكاشة محمد، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٧٥٥).

ولكن هل إرادة الأطراف محل البحث هل مطلقة أم نسبية؟ وهل هناك قيود على تلك الحرية؟ وهل ثمة أهمية لوقت تحديد الإرادة؟ ولذلك فإن هذه التساؤلات وغيرها تقودنا إلى البحث في نشأة قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة والقيود الواردة على تلك الحرية وطريقة تحديد طبيعة ومضمون وفحوى تلك الإرادة.

هذه النقاط سنبينها مفصلة في بنود ثلاثة: -

١. : تطور فكرة قانون الإرادة.

٢. : دور الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

٣. : دور الإرادة الضمنية في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

١ : تطور فكرة قانون الإرادة

تعود فكرة قانون الإرادة إلى مصر القديمة البطلمية، وكذلك مدرسة الأحوال عندما قررت أن حالة الأشخاص وأهليتهم تخضع إلى قانون موطنهم، على أساس ارتضاء المتعاقدين ضمناً لذلك القانون، وفي القرن السادس عشر بلور الفقيه الفرنسي ديمولان فكرة قانون الإرادة عندما قرر أن النظام المالي للزوجين يخضع إلى قانون موطن الزوجية على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية اتجهت إلى ذلك. (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ١٠٥٩-١٠٦٠. منصور، مصطفى، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ١٩٨٦، الكويت، ص ١٥٨ الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، ١٩٩٥، ص ١٤٩ وما بعدها).

وقد برزت في الفقه والقوانين المعاصرة إشارات ودلائل على التوجه نحو الانتصار لمبدأ سلطان الإرادة، كما هو الأمر في القانون الفرنسي الذي ظل يعتبر قانون محل إبرام العقد الدولي هو قانون الإرادة الضمنية للأطراف، إلى أن جرى تحول عام ١٨٦٤ عندما أصبح القضاء يتحول إلى القانون المختار من قبل الأطراف، إلا أن التحول الحقيقي جاء بعد صدور قرار محكمة

النقض الفرنسية والصادرة بتاريخ ٥/ كانون الثاني/ ١٩١٠ الذي قرر أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أو بشروطها هو القانون الذي يتبناه الأطراف. (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ١٠٦٠ عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٣٧).

ولذلك فقد تبنت اغلب التشريعات العالمية مبدأ سلطان الإرادة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبأوضاع مختلفة ومتقاربة كالقانون النمساوي والتركي والألماني والسويسري والكندي والأمريكي والانكليزي والمصري والسوري والعراقي، والأمر ذاته أنطبق على الكثير من الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ واتفاقية السوق الأوروبية المشتركة لعام ١٩٨٠. وتقوم فكرة قانون الإرادة على أسس فنية تكمن في أن القانون أعطى الأفراد حرية صياغة وصناعة العقد باعتبار قانوناً لهم، فمن باب أولى يتوجب أن يعطي هؤلاء الأفراد حق اختيار القواعد القانونية عند نشوء نزاع بينهم، وكذلك لأن العقد هو أداة تبادل الثروات وأطرافه وهم الأولى بالقانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية، يضاف إلى ذلك أن الإشارة إلى القانون الذي يرتضيه الأطراف يغني عن تضمين تلك الأحكام الواردة في العقد. (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ص ١٠٦٤-١٠٦٥).

إلا أن تلك الفكرة لم تسلم من النقد، على اعتبار أن إعطاء الأفراد حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يعطي الأفراد مجالاً للتهرب من القواعد الآمرة للقانون، وعلى اعتبار أن تلك الحرية المطلقة تعني الاعتداء على حق السلطة في تنظيم الروابط القانونية لتحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي، وتفشل خطط الدولة في سياسة التوجيه الاقتصادي. (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ص ١٠٦٤-١٠٦٥ وكذلك الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٠٥ وكذلك الرومي، محمد امين، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ١٢ وما بعدها).

ويرى جانب من الفقه، أن الصفة الفنية لقاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية يطبقها القاضي مباشرة على النزاع، وكذلك فإن شيوع تلك القاعدة في كافة النظم القانونية يعطيها الصفة الموضوعية، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد على اعتبار، أن شيوع القواعد في النظم القانونية لا يعني إعطاءها الصبغة الموضوعية، وإلا لكان يمكن اعتبار قواعد الإسناد قواعد موضوعية، إلا أن الراجح هو أن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة تنازع، (مصيلحي، محمود صلاح الدين وجمال الدين، صلاح الدين، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٦ وما بعدها).

ويرى جانباً من الفقه أنه "فمن ناحية لا يتفق هذا التكييف لقاعدة قانون الإرادة والمفهوم الفني للقاعدة الموضوعية أو المادية، فتلك القاعدة تقدم الحل الموضوعي للمسألة المثارة بنحو مباشر بالنظر لصفاتها الدولية كشرط الدفع بقية الذهب، وهذا الوصف لا ينطبق على قاعدة قانون الإرادة، لأنها لا تعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع، بل هي قاعدة غير مباشرة أو إرشادية، لأنه إذا كان ذبوع قاعدة معينة وانتشارها بين النظم القانونية يجعل منها قاعدة موضوعية، فإنه يجب أن نعترف بالضرورة بالصفة الموضوعية وليست الإسنادية لغالب قواعد تنازع القوانين"، ونصل إلى القول إن التكييف السليم لقاعدة الإرادة هو أنها قاعدة من قواعد تنازع القوانين"، (سلامه، أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ص ١٠٦٧ - ١٠٦٨).

وإذا كانت الإرادة هي الأساس في اختيار القانون الواجب التطبيق، فما هو الدور الذي تلعبه تلك الإرادة؟ وهل هو دور مطلق أم نسبي؟ ومن هنا فقد ظهرت في هذا الإطار نظريتان، الأولى نظرية الوحدانية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، من خلال الفقيه الفرنسي "باتيفول" وتسمى نظرية توطين العقد بمعنى أن المتعاقدين يقومان بتحديد أو توطين العقد في دولة معينة، ومن ثم يأتي دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق.

وبالتالي فإذا اختار الأطراف قانوناً معيناً ولم ينسجم هذا الاختيار مع توطين العقد وعناصره، فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تستبعد ذلك الاختيار، وتعمل قاعدة توطين العقد على اختيار القانون الواجب التطبيق، ولهذه النظرية أنصارها منهم جوردين وشميدت وبريدان وثيفان، وباعتبار أنها تتلافى تحايل المتعاقدين على القواعد الآمرة في قانون العقد والتعامل معه كشرط تعاقدي، والتقليل من الجدل حول أعمال نظرية الإحالة، وخاصة في مجال العقود الدولية ورفع التناقض بين التنظيم الموضوعي للعقد وكيفية حل تنازع القوانين. (عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٤٠٩).

والأصل انه في ظل غياب سلطة دولية تضع قواعد قانونية ملزمة للدول، وتتوافر فيها شروط التشريعات الوطنية، فقد بقي تأثير القوانين الوطنية فعالاً حتى في مجال التجارة الدولية، سيما وأن قانون الإرادة يكمن في الاختيار من قبل الأطراف في تطبيق قانون هذه الدولة أو تلك. وبالرغم من ذلك فقد برزت الكثير من آراء الفقه وأحكام القضاء التي تشير إلى قصور القوانين الوطنية عن الإيفاء بمتطلبات التجارة الدولية، ولكن النظم القانونية الوطنية بقيت تلعب دوراً بارزاً ومؤشراً على وجود رابطة بين القانون الذي تم اختياره وأطراف العلاقة العقدية، وبما أن اختيار قانون وطني معين مؤشر على رغبة الأطراف في تطبيق ذلك القانون بما يحويه من نصوص أو أعراف فإن ذلك يعتبر دليلاً على انهيار النظرية التقليدية التي تشترط وجود علاقة مباشرة وعضوية بين القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع والعلاقة العقدية.

وقد أشارت الكثير من التشريعات في نصوصها إلى ذلك ومنها القانون الإسباني والإنجليزي والأمريكي والمصري، وفي ذلك تنص المادة ١٠/٥ من القانون الدولي الخاص الإسباني " تسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي تخضع إليها الأطراف صراحة "

وتنص المادة ١/١٩ مدني مصري " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي تحوي محل ابرام العقد.

وهناك الكثير من الاتفاقيات الدولية التي أجازت لجوء الأطراف إلى قانون وطني كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥، التي قررت في المادة ٤٢ على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الخصوم، فإن لم يتم الاتفاق تطبيق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة".

وقد أشارت أيضاً إلى ما سبق اتفاقية لاهاي المتعلقة ببيع المنقولات لعام ١٩٥٥، حيث تنص المادة ٣ من الاتفاقية على أنه، "يطبق قانون دولة البائع الذي يقيم فيها بصفة دائمة" والمادة ٢٨ من الفصل السادس من نموذج الأمم المتحدة "اليونسترال" التي تنص "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني، يجب أن يؤخذ على أنه إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة". وقد أفتى هذا الرأي الكثير من التشريعات منها قانون التحكيم الأردني والمصري وغيرهما، (بريري، مختار، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٩، والي، فتحي، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص ٤١٨).

واختيار قانون وطني له مزايا يتمثل في أن القاعدة القانونية المراد تطبيقها، تكون معروفة سلفاً ويسهل تطبيقها وتفسيرها بشكل متكامل ومتسق، ويضمن إلى حد معقول عدم وجود أخطاء في تطبيق القانون، ولكن اختيار قانون وطني لا يخلو من النقد لما يحمل من مخاطر تتمثل في حالة عدم الصياغة الدقيقة لهذا الشرط، كما هو الحال في الدول الفدرالية ووجود أكثر من قانون لمصادر النظم في الدولة وصحتها وتدرجها، وقد لا توائم تلك النظم متطلبات التجارة الدولية، لأن القوانين الوطنية عادة ما تكون انعكاساً للبيئة والثقافة الداخلية، وتعبير عن الحاجات الاقتصادية

والاجتماعية والسياسية لدولة ما، سيما وأن بعض هذه القوانين قديمة لا تواكب التطورات التي لحقت بالتجارة الدولية. (خليفة، عمرو محمد ابراهيم، سلطة المحكم في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص ١٤٠ وما بعدها).

وقد تختلف الأيديولوجيات التي تستند إليها تلك القوانين، كالدول التي تتبع اقتصاد التخطيط في الدول الاشتراكية، والدول التي تتبع اقتصاد السوق كالدول الرأسمالية، ولكل منها مفهوم يضيق ويتسع مع متطلبات التجارة الدولية، مما يجعل من اختيار قانون ما إخلالاً بالمبادئ والمرتكزات الأساسية التي تقوم عليها متطلبات التجارة الدولية. (خليفة، عمرو محمد ابراهيم، سلطة المحكم في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها).

وإذا كانت القوانين الوطنية قد تعرضت الى لنقد لعدم مواكبتها متطلبات التجارة الدولية، وإيجاد قواسم مشتركة بين قوانين الدولة المختلفة، يرى البعض في ملاءمة اختيار قواعد قانونية جديدة غير وطنية أكثر ملاءمة، وتتمثل في العقود النموذجية وفي الشروط العامة والأعراف والعادات التجارية المستقرة في التجارة الدولية، ويرى البعض أن قانون التجارة بين الشعوب يمكن أن يشكل نظاماً قانونياً في مجال التجارة الدولية، وأن كان بعضها يفتقد إلى عنصر الالتزام والاستقرار كالعادات التجارية، إلا أنها بمجملها يمكن أن تفي بالغرض الكافي لتحقيق الاستقرار في مجال معالجة منازعات التجارة الدولية. (خليفة، عمرو محمد ابراهيم، سلطة المحكم في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، مرجع سابق، ص ١٤٤).

ويرى البعض الآخر جواز اللجوء لقانون محايد لا يرتبط بالأطراف أو العلاقة العقدية، كما جاء في القانون الفرنسي للمرافعات الذي منح الأطراف حرية اختيار القواعد القانونية المناسبة، ولم يشترط وجود رابطة بين الأطراف والعلاقة العقدية، سيما وأن اختيار قانون محايد ليس بالضرورة لوجود نقص في القوانين الوطنية وإنما لضمان حياد هيئة التحكيم، لكن بعض

التشريعات كالتشريع الصيني قد أوجد تشريعاً خاصاً يتعلق بالتجارة الدولية وتشريعاً آخر يعالج عقود التجارة الداخلية. (خليفة، عمرو محمد إبراهيم، سلطة المحكم في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، مرجع سابق، ص ١٤٥).

وقد صدرت بعض أحكام التحكيم التي رأت وجود قصور في القوانين الوطنية، جعلت هيئة التحكيم تستبعد تطبيق القانون الوطني المتفق عليه، ومثال ذلك قضية شيخ أبو ظبي حيث منح الشيخ شخبوط حاكم أبو ظبي شركة تنمية البترول امتيازاً للبحث والتنقيب عن البترول عام ١٩٣٩، واستغلال البترول في الإقليم البري والجزر التابعة له وفي المياه الإقليمية، وعندما منح الشيخ شخبوط شركة أخرى امتيازاً للتنقيب عن البترول في الجرف القاري نازعته في ذلك شركة تنمية البترول، ولجأ الطرفان إلى التحكيم وتم تعيين المحكم أسكويث (Asquith) محكماً وحيداً في هذه القضية. وعندما شرع المحكم في مهمته وجد أن عقد الامتياز لا يتضمن القانون الواجب التطبيق، وبما أن العقد تم إبرامه في أبو ظبي ويتم تنفيذه في أبو ظبي فإذا كان هناك قانون داخلي يطبق فإن قانون أبو ظبي هو الأولي بالتطبيق، ولكن المحكم رفض الأخذ بهذه النتيجة، وقرر أنه لا يمكن التقرير بوجود مثل هذا القانون لأن شيخ أبو ظبي يستند إلى عدالة تقديرية مصدرها القرآن ولا يمكن لمجتمع بدائي كمجتمع أبو ظبي أن يوجد فيه مبادئ قانونية تصلح لمعالجة منازعات التجارة الدولية الحديثة. (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٦٩٩-٧٠٠).

وبعد استبعاد تطبيق قانون أبو ظبي اتجه إلى تطبيق ما أطلق عليه "المبادئ الراسخة في العقل السليم والممارسة المشتركة في الأمم المتحضرة كنوع من القانون الطبيعي الحديث" حيث قام بتفسير شروط العقد وفق رؤيته، وعلى اعتبار أن الطرفين اتفقا على تنفيذ وتفسير العقد وفقاً لمقتضيات حسن النية، والثقة المتبادلة والتفسير المعقول، وانتهى إلى تطبيق القانون الإنجليزي

باعتباره نموذجاً للقانون الطبيعي الحديث، (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ص ٦٩٩-٧٠٠).

ويرى بعض الفقه إلى أن لجوء المحكم إلى استبعاد قانون أبو ظبي لم يكن له ما يبرره، سيما وأن الإشارة التي استند إليها لا تعني بالضرورة استبعاد القانون الوطني، وأن الاستناد إلى القرآن الكريم لا يعني عدالة تقديرية، لأن نصوص القرآن الكريم جامعة مانعة، ولن القول باللجوء إلى المبادئ العامة للقانون الطبيعي الحديث لم تكن سوى غطاء لتطبيق القانون الإنجليزي، (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول مرجع سابق، ص ص ٧٠٠-٧٢٠) وقد أثار ذلك تساؤلات ما تزال مشروعة في مجال التحكيم التجاري والدولي حول السبل التي تضمن حياد المحكم في النزاع المعروض أمامه.

وفي قضية أخرى للتحكيم بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو الأمريكية عام ١٩٥٨، وجدت هيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم قد تضمن تطبيق القانون السعودي في المسائل التي تدخل في اختصاصه، وطبقاً للقانون الذي تراه هيئة التحكيم بالنسبة للمسائل التي لا تدخل في اختصاص القانون السعودي، في بحثها عن القانون الواجب التطبيق، وأنه يجب تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص التي توجب احترام مبدأ سلطان الإرادة وتطبيق القانون الذي اتفق على تطبيقه الأطراف، وفي حال غياب الإرادة الصريحة يتم تطبيق الإرادة المفترضة، وأن القانون الاحتياطي يمكن أن يكون قانون الجنسية المشتركة، أو قانون محل الإبرام أو قانون موطن المدين أو قانون محل التنفيذ، أو القانون الذي يوجد بينه وبين العقد صلة وثيقة.

ويمكن الأخذ بنظرية تجزئة العقد بمعنى إخضاعه إلى أكثر من قانون، وقد رأت هيئة التحكيم أن العقد ذو طابع دولي، وأنه يخضع إلى القانون الذي اتفق عليه الأطراف بخصوص المسائل الداخلة في اختصاص القانون السعودي، أما في المسائل التي لا تخضع إلى القانون السعودي،

فقد رأت أنه يمكن تطبيق الحلول السائدة في القضاء السويسري والإنجليزي، باعتبار أنه توجد بينه

وبين العقد صلة وثيقة. (ابو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٧١٧ - ٧٢٠).

ولكنها أكدت في الوقت نفسه أن القانون السعودي لم يتضمن إلى الآن قاعدة محددة بشأن

استغلال البترول قبل توقيع عقد الامتياز، الأمر الذي يتوجب معه الاعتراف لعقد الامتياز بأهمية

خاصة باعتباره القانون الأساسي للأطراف، وفي حال أية شكوك حول مضمون الاتفاق أو معناه،

فإنه يتم اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص

٧٢٠).

من المتفق عليه أن القانون الذي يتفق عليه الأطراف، هو القانون الذي ينظم العقد، وتطبق

أحكامه عليه، ولكن نظراً لبروز آراء متعددة في إطار التجارة الدولية أدت إلى قصور القوانين

الوطنية، ولمكانية إيجاد تعديلات تشريعية تحد من القصد الذي هدف إليه الأفراد عند إبرام العقد

في تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ونظراً لأن التعديلات التشريعية هي مسألة تتعلق

بسيادة الدول ولا يمكن الحد منها، فقد برزت آراء فقهية تقوم على توقيف قانون العقد أو تجميده

باعتبار أن ذلك يعتبر تطويماً لقانون الإرادة، وتقوم فكرة التوقيف أو التجميد على سريان القواعد

القانونية وقت إبرام العقد بغض النظر من أية تعديلات تطراً عليه، ويكون التجميد من خلال

الاتفاق على ذلك في صياغة بنود العقد أو طريقة تشريعية، وخاصة في العقود التي تبرم بين

الدول والأشخاص المعنوية الخاصة أو الأطراف تتعهد الدولة بمقتضاها ومن خلال نصوصها

التشريعية إن لا تعدل أو تلغي قانون واجب التطبيق، فأن عدلت أو ألغيت اعتبر ذلك كأن لم يكن

(سلامه، أحمد عبد الكريم، الاصول في التنازع الدولي للقوانين مرجع سابق، ص ١٠٧٦-١٠٧٨).

وقد ورد في توصيات معهد القانون الدولي عام ١٩٧٩ إلى جواز أن يقوم الأطراف بالاتفاق على أن نصوص القانون الداخلي المشار إليها في عقد ما يجب أن تفهم في مضمونها وقت إبرام العقد، مما يجعل معه إمكانية ورود شرط التثبيت الزمني للتشريع.

وقد جاء في حكم التحكيم الصادر في قضية سافير (Sapphire) بين إيران وشركة بترول أجنبية ما مفاده، أن المادة ٣٨ من العقد تنص صراحة على أنه " أية إجراءات تشريعية عامة أو خاصة أو أية إجراءات إدارية أو أية إجراءات أخرى أياً كانت طبيعتها، سواء أكانت 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، وأن أي إلغاء للعقد أو تعديله أو إصلاحه لا يمكن أن يتم إلا برضاء الطرفين (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٧١١).

وقد صدرت أحكام تحكيم متعددة في هذا الشأن أهمها حكم تحكيم تكساسكو الصادر في ١٩ يناير ١٩٧٧. وحكم تحكيم ليامكو الصادر في ٢ إبريل ١٩٧٧. وكلاهما بين الحكومة الليبية من جهة وشركات أمريكية وحكم تحكيم أجيب الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٧٩ بين الكونغو وشركة إيطالية وحكم التحكيم أمينويل بين أمير الكويت وشركة أمريكية. (لمزيد من التفاصيل حول تلك الأحكام أنظر أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ١٢٦ - ١٤٠).

ويرى جانب من الفقه، أنه وأن كان تجريد العقد له مبرراته في احترام توقعات الأطراف لمدى انطباق القانون على العقد، إلا أن ذلك يؤدي إلى مخالفة الأصول الفنية لقواعد التنازع، وذلك لأن التعديلات التشريعية قد تتضمن قواعد أمره الأمر الذي يصبح معه العقد في حالة التوقيف الزمني عقداً طليقاً، وقد برز الرأي في تحويل قانون العقد أو إدماجه فيه، بمعنى أن

قانون العقد يصبح له سلطته وطابعه الملزم، ويكتسب الطابع التعاقدي، وبالتالي يصبح قانون العقد بحد ذاته شرطاً من شروط العقد.

إلا أن تلك الفكرة قد لاقَت انتقادات كبيرة ليس أقلها، أنه يتضمن مصادره المطلوب عندما يصر الأطراف بالإبقاء على قوة قانون العقد الملزمة إذا كان فيه دفاعاً عن مصالحهم، سيما وأن القاضي لا يأتمر بأوامر الأطراف، ولنما يقوم بتطبيق قانون العقد سواء أكان ذلك باختيار الأطراف أم باختياره هو، ويرى بعض الفقهاء إلى عدم ممانعة أن يتضمن العقد الدولي شروطاً تتضمن أحكاماً وارده في قانون ما، ولكن ذلك لا يمكن أن يعفي الأطراف من اختيار قانون لتطبيقه على موضوع النزاع.

وتقوم فكرة تهميش قانون الإرادة على مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، بمعنى أن العقد الدولي بما يمتاز به من أهمية، فإن صياغته تكون محكمة وشروطه تتسم بالدقة، مما يجعل من العقد بحد ذاته كافياً للحكم على شروطه وأحكامه، ودون حاجه إلى قاعدة قانونية يستند إليها، وبمعنى آخر يصبح العقد بحد ذاته تشريعاً للمتعاقدين وقانوناً خاصاً يتضمن أحكاماً وقواعد فردية ومستقلاً عن القانون الدولي، ويرى الفقه أن وجود العقد الذي يتضمن شروطاً تفصيلية وأحكاماً كافية يؤدي إلى التسهيل على المحكمة لإصدار حكماً في النزاع، وإن العقود النمطية الدولية هي كافية لتحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي وتكريس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. إلا أن فكرة الكفاية الذاتية للعقد لم تسلم من النقد، باعتبار أنها تغالي في أهمية دور الإرادة وسموها على القانون، وتحاول تحقيق استقلال غير مبرر للإرادة عن القانون، وتؤدي إلى الإضرار بمبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن القانون هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة، سيما وأن العقد الدولي مهما كان محكماً لا يمكن إن يحيط بكل مسائل النزاع، وبرز رأي آخر يرى أن لقانون العقد دوراً احتياطياً بمعنى أن القانون الواجب التطبيق يقوم بسد النقص في العقود الدولية.

٢ : دور الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق

إن خضوع العقد لقانون إرادة الأطراف من المبادئ المهمة في مجال التحكيم التجاري الدولي، أما بوصف تلك الإرادة وسيلة لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون أو إخضاعها لسلطانه. وتعد الإرادة ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود، ومنها عقود التجارة الدولية، ولذلك يتعين على أطراف العقد إخضاعه إلى القانون الذي تتفق إرادتهم على اختياره، وبمقتضى هذا الاختيار يتضمن القانون الذي يتوقعون الرجوع إليه والقواعد القانونية التي يرغبون في انطباقها على أي نزاع قد يحدث بينهم ولذلك فمن الغالب أن يتضمن شرط التحكيم أو أمله مشارطة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لأن إغفال ذلك يثير الكثير من المنازعات بين الأطراف (صادق، هشام علي، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٣٣٣).

وتكمن أهمية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، انه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النص الوارد في هذه العقود، ويحدد القواعد التي يتم بمقتضاها تفسيرها وبشكل حماية لكل الأطراف.

ولذلك فإنه من حق الأطراف المتعاقدين في عقود التجارة الدولية اختيار النظام القانوني المناسب لتطبيقه على موضوع النزاع، وبالتالي فإن هيئة التحكيم ملزمة باحترام اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، ولا يجوز تطبيق قانون آخر، إلا إذا امتنع الأطراف عن تحديد ذلك القانون بطريقة أو أخرى، ولا شك أن للأطراف إمكانية اختيار أكثر من قانون واحد لحكم الرابطة العقدية، حيث إن لهم تجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه إلى قانون يختلف عن القانون الذي يحكم الجزء الآخر. (السمدان، احمد ضامن، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، الكويت، السنة

ولقد أقرت هذا المبدأ اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة ٣ فقره ١، وأقر ذلك قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ٩٤ في المادة ٣٩ فقره ١ والتي تنص على انه " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف "، ومثل هذه الصياغة تسمح بإمكان اختيار المتعاقدين لقواعد قانونية لحكم العقد تنتمي إلى قوانين دول مختلفة، وهو ما يؤدي إلى تجزئة العقد وإخضاعه إلى أكثر من قانون واحد (صادق، هشام علي، الموجز في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص٧٩). وقد جاء في قانون التحكيم الأردني في المادة ٣٦/ ١ نص مشابه حيث نصت تلك المادة " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان".

والملاحظ أن ما ورد في قانون التحكيم المصري كان أكثر انسجاماً مع متطلبات التجارة الدولية والمنازعات المتعلقة بها، حيث جاء في المادة ٣٩/١ " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف".

أما قانون التحكيم الأردني فقد وردت فيه عبارة "القواعد القانونية" وبالتالي فإن هيئة التحكيم مقيدة بأن تكون القواعد القانونية تشريعية أو عرفية، أما القواعد بشكل عام فقد تكون اتفاقية أو قانونية أو قضائية، وهو أمر نأمل من المشرع الأردني محاولة تلافيه في ظل التطور الهائل في عقود التجارة الدولية.

وثمة اتجاه ينادي في إطار قرارات التحكيم إلى صياغة الأطراف بند القانون الواجب التطبيق في العقد بصيغة معينة، من شأنها إلزام هيئة التحكيم باحترام القانون، ووضع هذا القانون، فوق كل الشروط التعاقدية الواردة في العقد، باعتبار إن القانون يعلو فوق العقد . (الحداد،

حفيظة، الموجز في النظرية العامة في الحكم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٩).

وهناك اتجاه ينادي بعزل العقد عن أي قانون وإسناده إلى إرادة الأطراف، وهو رأي يهدف إلى أن تسمو الإرادة إلى مرتبة القانون، بحيث تغني عنه وتصبح بديلاً له، إلا أن هذا الرأي مجرد أمني في واقع الحال، لأن الإرادة تحتاج إلى قانون يقرها ويفرض احترامها، كي لا تصبح مجرد تعبير فقهي وإطار نظري (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٠).

وهناك عدة قيود يفرضها البعض على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، منها أن لا يصطدم هذا القانون بالنظام العام في الدولة، أما القيد الآخر بأن لا يكون التحكيم لا ضابط له، وإنما يجب أن تكون هناك صلة بين القانون الذي اختارته الأطراف وبين اتفاق التحكيم، أما الاختيار المطلق فهو غير مقبول لدى قضاء التحكيم، وبخاصة في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية وهو قد يتضمن أحيانا مفهوم الغش نحو القانون. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١١٢).

وقد أخذت الاتفاقيات الدولية والتشريعات المختلفة بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع منها الاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١، التي نصت في المادة ٧ منها على أنه، " للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع"، وقد ذهب رأي من الفقه ومنهم فوكارد إن الاتفاقية الأوروبية سألقة الذكر قد كرست الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف، بحيث يجوز لهم اختيار أي قانون وطني، ولو لم يكن له أية صلة بالعقد أو بموضوع النزاع.

كما ذهب رأي آخر إلى أن استخدام النص لاصطلاح القواعد بدلا من مصطلح القانون يعبر عن إرادة واضحة لهذه الاتفاقية في الاعتراف للأطراف ليس فقط باختيار قانون وطني، بل أيضا القواعد المهنية والعادات والأعراف والمبادئ المشتركة في قانون التجارة الدولية، إلا إن الاتجاه الغالب في الفقه يجيز استبعاد بعض نصوص القانون التي يختارها الأطراف لحكم النزاع،

وبإمكانهم بالتالي اختيار بعض نصوص القانون واستبعاد الأخرى . (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ١٣٢-١٣٣).

وقد أخذت بذات المبدأ قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية الواردة في المادة ٢٨ من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥ عندما قررت بأنه، "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبه التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني، يجب إن يؤخذ على انه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة، وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة خلاف ذلك.

ونلاحظ هنا إن القانون النموذجي قد اخذ بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القواعد القانونية واجبه التطبيق على موضوع النزاع، ولكنه يلاحظ عليه أيضا انه قد منع أو رفض اللجوء إلى الإحالة، وبالتالي فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يعني وجوب تطبيق القواعد الموضوعية فيه، وليس قواعد الإسناد، هذا بالإضافة إلى إن النص قد استخدم مصطلح القواعد القانونية وليس القانون، الأمر الذي يعني معه إمكانية إعطاء هيئة التحكيم صلاحية تطبيق قواعد غير وطنية مثل المبادئ العامة للقانون والمبادئ المشتركة في الأنظمة القانونية للأطراف . (إبراهيم، إبراهيم احمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ١٧٢-١٧٣).

كما أخذت بنفس المبدأ قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٧٦، إذ جاء في المادة ٢٢ منها على انه " تطبق محكمة التحكيم القانون المختار بوساطة الأطراف بوصفه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا إن تلك القواعد وان كرسست مبدأ استقلال الإرادة، إلا أنها قد ذكرت اصطلاح القانون وليس القواعد القانونية.

أما قانون غرفة التجارة الدولية في باريس فقد أورد في المادة ١/١٣ أحكاماً جاءت على نفس منوال القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لعام ١٩٧٦ فقد أشارت إلى انه " للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على الحكم تطبيقه على موضوع النزاع، " وكذلك قواعد التحكيم النافذة في الجمعية الأمريكية للتحكيم لعام ١٩٩٢، التي نصت في المادة ١/١٩ على انه " تطبق محكمة التحكيم القانون او القوانين الموضوعية المختارة بوساطة الأطراف لتحكم موضوع النزاع".

وقد أخذت القوانين الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم بمدى استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومنها القانون الفرنسي للتحكيم الدولي الذي نص في المادة ١٤٩٦ منه على انه " يفصل الحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف " وكذلك الأمر بالنسبة للقانون السويسري الذي جاء في المادة ١/١٨٧ منه " تفصل محكمة التحكيم وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف " والقانون الايرلندي في المادة ١٠٥٤ منه على أن " تفصل محكمة التحكيم وفقاً للقواعد القانونية المختارة بوساطة الأطراف " والقانون الهولندي في المادة ١٠٥٤.

وكذلك جاء في القانون الجزائري في المادة ٣٥٨ مكرر ١٤ من هذا القانون على أن " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي اختارها الأطراف، " والقانون البحريني في المادة ١/٢٨ والقانون العماني في المادة ١/٣٩ بقوله، " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان " مقتفيان بذلك اثر المشرع المصري في ذكر مصطلح القواعد، والقانون اللبناني في المادة ٧٧٦ والقانون اليمني في المادة ٤٥ التي جاء فيها " على لجنة التحكيم أن تفصل في النزاع استناداً إلى القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ". أما المشرعان المصري والأردني ويوافقهما نصوص أخرى في تشريعات مختلفة سبق ذكرها، فإنهما قد أخذوا بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث جاء في قانون التحكيم المصري رقم ٣٩ لسنة ١٩٩٤ في المادة ٢٧ فقرة ١ على أنه "تطبق هيئة التحكيم على

موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

أما قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ فقد جاء في المادة ٣٦ فقرة ١ منه على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين".

ومن هنا فإن المشرع المصري قد منح الأطراف حرية اختيار القانون أو القواعد القانونية دون اشتراط أي صلة بين القانون المختار وموضوع النزاع، ورفض الإحالة إلا باتفاق الخصوم، وبالتالي فإن ما ورد في النص يتفق مع فلسفة نظام التحكيم، الذي يستمد وجوده من مبدأ حرية الأطراف وسلطان الإرادة، ذلك أن ذكر اصطلاح قواعد هي أعم من مصطلح قانون، الأمر الذي يبنني عليه إمكانية تطبيق الأطراف لقواعد خاصة أو شروط نموذجية أو شروط تعاقدية، أو إلى قواعد محددة مثل قواعد اليونسترال وقواعد غرفة التجارة الدولية وقواعد الفيدك، مع وجود مراعاة ما يتعلق بقواعد النظام العام حتى لا يكون ذلك سبباً في عدم تنفيذ القرار التحكيمي وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨. ويلاحظ هنا أن القانون المصري قد أجاز اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد التنازع، إذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة في حين أن القانون الأردني لم يجز ذلك.

إن المشرع المصري وإلى حد ما المشرع الأردني، يفرقان عند تحديد ما تطبقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع، وذلك بين القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وبين اتفاقهما على تطبيق قانون دولة متعاقدة من جهة أخرى، وعليه قد يضع الأطراف في مجال عقود التجارة الدولية تنظيمًا خاصاً أو قواعد مستقاة تواجهه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها ووضع حلول لها، وقد لا نجد لها مصدراً في قانون معين، وإنما من إرادة الأطراف مباشرة أو من خلال

المزج بين عدة مصادر، أو يستخلصونها من تشريعات وطنية أو أجنبية أو عقود نموذجية، وفي كل هذا لا توجد إشارة إلى تطبيق قانون دولة معينة (بريري، محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٣٢ - ١٣٣).

إلا أن المشرع الأردني وإن كان قد قيد تلك القواعد باعتبارها قانونية بخلاف المشرع المصري الذي ذكر كلمة قواعد وهي مصطلح عام واسع يشمل مضمون أي اتفاق أو عقد أو نموذج، إلا أن المشرع الأردني خالف نهج المشرع المصري في أمرين الأول : عدم جواز الإحالة إلى قواعد التنازع في قانون الدولة الذي اتفق الأطراف على تطبيقه ولو بالاتفاق، في حين أن المشرع المصري أجاز الإحالة باتفاق الأطراف، والثاني أن المشرع الأردني قد أضاف في الفقرة جـ في الأمور التي يتوجب على هيئة التحكيم مراعاتها على ما جاء في القانون المصري، وهي العادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، وهو توسع من المشرع الأردني ينسجم مع ما تهدف إليه التطورات في التحكيم التي ترافق تنامي التجارة الدولية .

وإذا كانت الكثير من التشريعات قد توافقت مع التشريعات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وعلى الأخص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فإن ما ورد في نصوص القانون المصري والقانون الأردني والكثير من التشريعات بخصوص القواعد القانونية، فإنه ينطبق على التحكيم الدولي وليس الداخلي، لأن هيئة التحكيم تتقيد بتطبيق القانون الوطني في التحكيم الداخلي (الشرقاوي، محمود سمير، العقود التجارية الدولية، دارالنهضة، 1992، ص ٤٥٢ - ٤٥٣ وكذلك

العنزي، ممدوح عبد العزيز، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، ٢٠٠٦، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٣٩٠).

أما القانون الأردني فإن قانون التحكيم ينطبق على كل تحكيم تجاري يجري في المملكة الأردنية الهاشمية، حتى وإن كان أطرافه أو أحدهما غير أردنيين أو تعلق بمصالح التجارة الدولية أما بخصوص أحكام التحكيم الدولية، التي تجري خارج المملكة فإنه ينطبق عليها قانون تنفيذ الأحكام

الأجنبية لعام ١٩٥٢ ومعاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ وبالتالي فإن حكم التحكيم الدولي الذي يجري خارج الأردن يعامل معاملة الحكم الأجنبي.

وإذا كان الأصل هو حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أن ذلك لم يمنع المشرع المصري من الخروج على هذه القاعدة عن طريق إصدار قوانين خاصة أو نصوص في قوانين، ومنها ما ينشأ من منازعات بمناسبة تفسير أو تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا، وذلك سواء أكان النزاع منظوراً أمام المحاكم الوطنية أم هيئات التحكيم.

و جاء في المادة ٨٧ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على "أن تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة ٧٢ من هذا القانون، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري، وفي جميع الأحوال يكون الفصل في النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق بخلاف ذلك يقع باطلاً." ومن هنا وعلى خلاف مشروع قانون نقل التكنولوجيا جاء نص المادة ٢/٨٧ من قانون التجارة معبراً عن السياسة التشريعية المصرية التي جعلت تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المصري إلزامياً ومتعلقاً بالنظام العام، وذلك حتى مع وجود نص يجيز التحكيم في تلك العقود، فقد ربط بين اللجوء إلى التحكيم ومكان انعقاد هيئة التحكيم الذي يجب أن يتم في مصر ووفقاً لأحكام القانون المصري، وهناك مثال آخر القانون النيجيري لسنة ١٩٧٩ وقرار مجلس الوزراء السعودي لسنة ١٩٦٤ بشأن العقود البترولية (جمال الدين، صلاح الدين،

التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص ص ٢٢٠ - ٢٢٢).

وقد ورد في الاتفاقيات الدولية تكريس لمبدأ استقلال الإرادة لما لهذا المبدأ من أهمية، حيث ورد في اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ولكن بطريقة غير مباشرة حيث أشارت إلى ذلك في حديثها عن تنفيذ قرار التحكيم، عندما عدت في المادة الخامسة الحالات التي يجوز فيها رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

وهذه الحالة هي تلك الواردة في الفقرة أ، من المادة الخامسة "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أ- أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً 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 صدر فيه الحكم" وبموجب ذلك صدر فيه هذا الحكم أو في البلد الذي صدر هذا الحكم بموجب قانونه (عبد الله، عز الدين، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٨).

وقد أقرت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار مبدأ سلطان الإرادة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في المادة ٤٢ فقرة ١ بقولها، "تحكم الهيئة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان"، أما اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية لعام ١٩٧٤ فلم تقر مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ولا يوجد نص يتعلق بذلك وبالتالي تكون قد جعلت لإرادة الأطراف دوراً محدداً ومقصوراً على اتفاقهم على أن تطبق المحكمة على النزاع ما تراه مناسباً دون التقيد بأحكام قانون الدولة المضيفة (الأحبد، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص ٨٢-٨٣).

أما اتفاقية عمان العربية لعام ١٩٨٧ مادة ٢١ فقد نصت على هذا المبدأ بقولها "تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد،

وإلا فوفقاً لأحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعي القواعد والأعراف التجارية الدولية المستقرة".

وقد اعترفت اتفاقية عمان بإرادة أطراف النزاع الصريحة والضمنية في تحديد هذا القانون، وتمتد حرية الاختيار إلى أي قانون، ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانوناً وطنياً معيناً، ووفقاً للفقرة الثانية فقد أجازت الاتفاقية لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك، وبموجب ذلك فإن الأطراف غير مقيدتين باختيار قانون وطني معين بل أن لهما الإشارة إلى مبادئ العدالة التي بإمكان هيئة التحكيم استخلاصها من أي مصدر كان ولو لم يكن قانوناً وطنياً معيناً وتطبق على العقد كقانون مختار ويحتوي ذلك على تحرير العقد من الارتباط بأي قانون (السمدان، أحمد ضامن، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٥ - ١٨٦).

وتعتبر اتفاقية عمان سباقة في الأخذ بمتطلبات الاتجاه الحديث في التحكيم التجاري الدولي الذي يهدف إلى الركون على إرادة الأطراف في استخلاص القواعد الواجبة التطبيق على منازعات التجارة الدولية (الحواري، أسامة، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١٧٠).

وبخصوص أحكام التحكيم فقد كرست أحكام كثيرة مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ففي حكم تحكيم صدر عام ١٩٨٥ بين شركتين هولندية وبولندية يتضمن توريد القطن بموجب خطابات اعتماد مستنديه، وعندما لجأت هيئة التحكيم إلى بحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وجدت أن الطرفين كانا متفقين على تطبيق القانون الفرنسي الذي يجعل مدة التقادم عشر سنوات.

وفي حكم تحكيم آخر بين الكاميرون والولايات المتحدة الأمريكية بخصوص بناء محطة أقمار صناعية عام ١٩٨٥، واتفقا على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا على موضوع النزاع وبالفعل تم

تطبيق المادة ٢٦٠٨، ٢٧١٢ من القانون التجاري الكاليفورني باعتباره القانون المتفق عليه بين

الأطراف. (علم الدين، محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، ١٩٨٦، ص ١٨، ١٧٨).

وفي حكم آخر عام ١٩٨٥ بين شركة فنلندية والعراق لتشييد قصر المؤتمرات في بغداد قضت

غرفة التجارة الدولية في باريس بتطبيق القانون البلجيكي على موضوع النزاع باعتباره القانون

المتفق عليه بين الأطراف (علم الدين، محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٧٨، ١٨،

٢٦١، ٢٦٤، ٢١٧).

وفي حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية التحكيمية رقم ١٥١٢ عام ١٩٧١

أكدت هيئة التحكيم على مبدأ استقلال الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع

النزاع، من خلال القول "في المسائل التعاقدية من الممكن الحديث عن قانون دولي خاص مشترك

أو عالمي، وعلى الأقل عندما يتعلق الأمر بمعرفة القانون الذي يحكم العقد في حالة الاختيار

الصريح من قبل الأطراف، حيث يوجد مبدأ مسلم به عالمياً في القانون الدولي الخاص يقضي،

بأن القانون الذي يحكم العقد هو القانون المختار من قبل الأطراف، وأن الاختلافات التي يمكن

أن تلاحظها في القوانين الوطنية المختلفة تتعلق فقط بالقيود، التي ترد على حرية الأطراف في

اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وليس بالمبدأ ذاته المسلم به عالمياً". (أبو زيد،

سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٥٧٠).

وكذلك حكم التحكيم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم ١٥٨١ في عام ١٩٧١ الذي أكدت فيه

هيئة التحكيم بأنه "بما أن محكمة التحكيم تستمد من عقد تولية المحكمين كامل سلطاتها

واختصاصاتها وبما أنها - وعلى عكس المحكمة القضائية - ملزمة بإرادة الأطراف عندما تكون

متطابقة فإنه لا يمكنها إلا أن تعلن أن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق في القضية"، (أبو زيد،

سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٥٧٠).

٣ : دور الإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق

من النادر أن يسكت أطراف النزاع في عقود التجارة الدولية عن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وأمام هذا الواقع المتمثل في عدم الاختيار الصريح، أو عندما يكون هذا القانون غير كافٍ لحسم المنازعات الماثلة في النزاع، تتصدى هيئة التحكيم لاستظهار الإرادة الضمنية أو المفترضة في تحديد هذا القانون من خلال وجود دلائل عليها، ويجب على هيئة التحكيم أن تحترم إرادة الأطراف وبيانها من خلال الدلائل والظروف المحيطة بالعقد، وتتمتع هيئة التحكيم في هذه الحالة بسلطة تقديرية، وتحاول استظهار مؤشرات معقولة وموضوعية لهذه الإرادة في كل حالة ووفقاً للظروف المحيطة بالعقد وعباراته. (الرفاعي، اشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، ص ٢٠٠٦، ص ٢٩ - ٣٢).

وجوهر عمل هيئة التحكيم هو محاولة الوصول إلى إرادة الأطراف لبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ولكن يختلف موقف هيئات التحكيم لأنه لا يوجد لهيئة التحكيم قانون اختصاص، ويترتب على التصدي إلى تلك المسألة من خلال واقع العلاقة، البحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها إلى توافق إرادة الأطراف المتعاقدة باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وعندها فإن الذي يطبق هو قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

وأخذت اتفاقية عمان لعام ١٩٨٧ 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".

(الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٠٢٠ - ١٠٣٩).

وقد أخذ القانون السويسري لعام ١٩٨٧ بقانون مقر التحكيم حيث ورد في المادة ١/١٧٨ من مجموعة القانون الدولي الخاص في أحكامها بشأن التحكيم بأنه "عند غياب الاختيار الصريح

للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وهو قانون العلاقة الأصلية وجب تطبيق القانون السويسري، وقد تبني ذلك أيضا قانون التحكيم الجزائري لعام ١٩٩٣ في المادة ٥٨٨ مكرر إجراءات مدنية، وبخصوص اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ فقد ورد في المادة ٥ فقرة ١ أ. "أنه يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو عدم تنفيذه إلا إذا قدم الخصم دليلاً على أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر به".

وقد جاء في قانون التحكيم السويدي لعام ١٩٩٩ من خلال نص المادة ٤٨ على أنه "ولذا لم يتفق الأطراف على القانون المختص يكون واجب التطبيق، وأعمالاً للاتفاق المبرم بين الأطراف قانون الدولة التي تمت فيها أو يجب أن تتم فيها إجراءات التحكيم".

وبالرغم من صدور قرار تحكيم عن غرفة التجارة الدولية ويحمل الرقم ٥٧١٧، والذي تضمن أن اختيار لندن كمقر للتحكيم واللغة الإنجليزية كلغة للعقد، لا يشكل في حد ذاته معبراً عن نية الأطراف بإخضاع العقد إلى القانون الإنجليزي، وخلاصة الأمر أن النصوص السابقة وغيرها تكاد تتفق على ضابط إسناد احتياطي بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند تحلف الاختيار الصريح، وهو قانون مقر التحكيم وهو اتجاه رائج في قضاء التحكيم (سلامه، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ١٨٦ - ١٩٠).

وقد أخذ المشرع المصري بالإرادة الضمنية للأطراف في المادة ١٩ فقرة ١ من القانون المدني، حيث جاء فيها "يسري على العقد القانون الذي يتفق عليه الأطراف، وعند تخلف الاتفاق الصريح يسري القانون الذي يتبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه" أما في قانون التحكيم المصري فلم يرد نص يشير إلى الإرادة الضمنية، وبخصوص القانون الأردني فقد خلا كل من

قانون التحكيم والقانون المدني، من أية نصوص تتعلق بكيفية استتباط الإرادة الضمنية . (راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة، ١٩٨٤، ص ١٣٥).

والملاحظ أن الإرادة الضمنية لا تحتاج إلى نصوص واضحة، لأنه يمكن استتباطها من خلال تفسير اتفاق التحكيم بخصوص القانون الواجب التطبيق، لأن عملية استتباطها بحد ذاته تأتي كمعالجة، لعدم وضوح النص في شرط أو مشارطه التحكيم حول القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وهي متروكة لهيئة التحكيم، ولكن يتوجب أن يكون استتباطها مبنياً على معطيات حقيقية ملموسة وموضوعية وأسباب سائغة ومقبولة .

وفي هذا فقد قررت محكمة النقض الفرنسية "أن 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" (رضوان، أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٤٥).

وأما قرارات التحكيم الدولي فقد كرست مبدأ الأخذ بالإرادة الضمنية عند سكوت الأطراف عن الاختيار، وقد درجت غرفة التجارة الدولية في الكثير من أحكامها عند سكوت الأطراف عن الاختيار إلى تطبيق قانون الدولة الذي يحكم علاقة العقد الأصلية.

وفي حكم تحكيم بخصوص نزاع بين الحكومة الليبية وشركة تكساكو، استخلصت هيئة التحكيم من وجود شرط التحكيم لتسوية المنازعات بين الطرفين وجود شرط الثبات التشريعي والإشارة إلى مبادئ القانون الدولي بأنها دلائل على أن إرادة الأطراف اتجهت إلى اختيار القانون الدولي ليحكم موضوع النزاع. (الرفاعي، اشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مرجع سابق، ص

وفي قرار تحكيم قضية سافير، استخلص المحكم من شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي ومفهوم القوة القاهرة إرادة ضمنية لاختيار تطبيق القانون الدولي (راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ١٣٥).

وفي قرار آخر صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس ICC في ديسمبر عام ١٩٨٥، بشأن النزاع الذي وقع بين إحدى الشركات العامة في الجزائر مع شركة أمريكية، بشأن إجراء دراسات حول خط سكك حديدية في الجزائر، وعندما عرض النزاع على هيئة التحكيم وجدت أن الأطراف لم يختاروا قانون العقد، وقامت هيئة التحكيم بتطبيق القانون الجزائري على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع، استنادا إلى الإرادة الضمنية للأطراف التي اتجهت إلى تطبيق القانون الجزائري بوصفه مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه . (علم الدين، محي الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص ٣٠٧).

وبخصوص وقت تحديد الإرادة لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن الأصل إن مبدأ سلطان الإرادة يتعلق بحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وقت إبرام هذا العقد، إلا إن هذا قد يؤدي إلى التضييق على الأطراف، حيث جاء في حكم تحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس إن اتفاق الأطراف على القانون الأرجنتيني على أنه هو القانون الواجب التطبيق على عقود المسرة بين الأطراف رغم أنهم لم يختاروه إلا عند نظر دعوى التحكيم، ويعتبر الاتجاه الذي أخذت به غرفة التجارة الدولية هو الأقرب إلى الصواب من أجل تمكين الأطراف من تعديل التزاماتهم وفقاً لإرادتهم المشتركة.

وكما قلنا فإن بعض الفقه يرى أن هناك مؤشرات لتوافر الإرادة الضمنية، وقرائن تحتكم إليها هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومنها محل إبرام العقد ومحل تنفيذ العقد، وقرينة لغة العقد ومكان التحكيم وقرينة اختيار العملة وقرينة الجنسية أو الموطن، إلا أن

هذه القرائن أو المؤشرات لا يمكن إعتبارها معايير ثابتة، بل كانت مثار نقد وجدال في الفقه بخصوص مدى جدواها من جهة، وفي مدى كونها مؤشرات فعلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (الحواري، أسامة أحمد، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١١١ - ١١٥).

ثانيا : القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

إن الحديث عن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهل هي حرية مطلقة أم نسبية؟ وهل يجب توافر رابطة بين العقد والقانون المتفق عليه بين الأطراف يتطلب تأصيل مفهوم هذه الحرية وبيان القيود الواردة على تلك الحرية وضوابط تلك الرابطة؟.

وقد ثار الجدل حول هذا الأمر بين اتجاهين، يرى الاتجاه الأول أن دور الإرادة يقتصر على توطين العقد أو تركيزه على حدود قانون دولة معينة، وبالتالي لا يرقى دور الإرادة إلى اختيار قانون وطني معين أيا كان هذا القانون، وإنما يقف على حد توطين العلاقة العقدية في حدود دولة معينة مما يترتب عليه انطباق قانون تلك الدولة على العلاقة العقدية والمنازعات الناشئة عنها، في حين يرى الاتجاه الثاني أن إرادة الأطراف لها مطلق الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وأن واقع المنازعات التجارية الدولية يؤكد إن المتعاقدين غالبا ما يتجنبان إخضاع العقد بينهما إلى قانون مقطوع الصلة به (عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٠٩).

وقد أظهر واقع التجارة الدولية وإبرام العقود الدولية وفق عقود نموذجية، وخاصة مع انتشار تلك العقود في المعاملات التجارية الدولية، وهي عقود أو قواعد لا علاقة بينها وبين القوانين التي كانت ينتظر الاختيار بينها وبعد أغلبها خاضعا إلى القانون الإنجليزي، والتي قد

يكون لا علاقة لها بالعلاقة العقدية ومثالها عقود اتحاد تجارة القطن، وأن يكون اختيار الأطراف لقانون محايد ليطبق على نزاعهم، تحفظا منهم بعدم إخضاعه إلى قانون وطني لأحدهم، اعتقادا منهم بأنه القانون المحايد الذي يكفل المساواة بين الأطراف، وباعتبار إن القانون الوطني قد يهدم تلك المساواة (إبراهيم، إبراهيم احمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٧٩).

وإذا كان الاتجاه الأول يعيبه تجاهل إرادة الأطراف الصريحة ومخالفته لواقع التجارة الدولية ومنافاته للحاجات الاقتصادية الدولية وتقليل حجم التبادل التجاري الدولي، فإن الاتجاه الثاني يعيبه بأنه قد يكون فرصة للأطراف لمن أراد التهرب من أحكام نظام قانوني معين، وذلك بإعطائهم فرصة اصطناع العنصر الأجنبي في عقدهم، ولكن يرد على هذا الرأي بأنه يمكن درء مخاطره بأعمال مبدأ الغش نحو القانون، كأحد القيود الواردة على حرية الأطراف وبالتالي فإن كونه محايداً قد يحقق مساواة بين الأطراف واحتراماً لحرية الاختيار (سلامة، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ١٧٣).

وقد تبنى المشرع الفرنسي الاتجاه الثاني الذي يعطي الحرية للأطراف مجالا واسعا وذلك في المادة ١٤٧٧ من قانون المرافعات المدنية، حيث يتولى المحكم حل النزاع طبقا لقواعد القانون الذي يختاره الأطراف وطبقا للقواعد التي يقدر ملاءمتها في حال عدم اتفاقهم .

وقد لاقى هذا النص تأييدا من الفقه الفرنسي، الذي استحسن موقف المشرع الفرنسي في إصداره لقيود الارتباط بين العقد وقانون الإرادة، لأن ذلك سيؤدي في حال تبني رأي الربط والارتباط إلى عرقلة حركة التجارة الدولية، سيما وان العاملين في مجال التجارة الدولية يحاولون دوما اختيار قانون محايد غير قوانينهم الوطنية، ويحاولون الابتعاد عن القوانين التي ينتمي إليها العقد، وخاصة في بعض المجالات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم والذي هو ثمرة عملية التحكيم

برمتها .(سلامة، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ١٩١).

وفي حكم لغرفة التجارة الدولية في باريس من خلال محكمة التحكيم التابعة لها جاء فيه " ليس للمحكم سلطة استبدال اختيار صريح وواضح وان كان لهذه الأطراف المتعاقدة حرية اختيار القانون، إلا إن تلك الحرية مقيدة بقيدين أولها قيد الغش نحو القانون والثاني قيد النظام العام ولذلك سنعالج هذا الأمر في بندين :

١ : قيد الغش نحو القانون.

٢ : قيد النظام العام.

١ : الغش نحو القانون

يرد قيد الغش نحو القانون على إرادة الأطراف، وذلك للحد منها في اختيارها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومعناه إن كل طرفي العقد وفي محاولة منهم للإفلات من الأحكام الأمرة في النظام القانوني المفترض خضوع العقد المبرم بين الطرفين في الأصل له يتم الهروب نحو أحكام قانون آخر يجافي تعاقداً اشتراطات حسن النية، من خلال محاولة الهروب من القواعد الملزمة لقانون البلد الذي تؤدي إليه جميع المؤشرات، ويرتبط بالعقد ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يمكن تجنبه أو تفاديه الا باختيار قانون آخر للعقد .

والغش في سائر فروع القانون يفسد كل شيء، والغش نحو القانون يجب ان يعاقب والقانون الدولي الخاص لم يغفل هذا المبدأ والقضاء لن يقبل ويتفرج على التلاعب بقواعد الاسناد. هذا في تنازع القوانين وايضا في باب التحكيم ، ومثال ذلك السفر إلى بلد معين للاتفاق فقط على إبرام عقد أو عملية التحكيم إذا كان هذا العقد يعتبر باطلاً في بلد آخر، والتغيير في ضابط الإسناد لم يقصد لذاته وإنما قصد به أساساً الإفلات من أحكام قانون معين بهدف التحايل على

أحكام قانون معين آخر (الحواري، أسامة، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ص ١٠٦ - ١٠٧).

ويجد بعض الفقهاء أن فكرة الغش نحو القانون تعتبر مظهراً من مظاهر فكرة النظام العام، ولكن إذ كان الدفع بالنظام العام يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص، فإن الدفع بالغش نحو القانون يؤدي إلى المحافظة على القانون المختص، والذي أراد الأطراف استبعاده، بالإضافة إلى ذلك فإن الدفع بالغش نحو القانون قد يتعلق بقانون وطني أو أجنبي في حين إن الدفع بالنظام العام يهدف إلى حماية المصالح الوطنية (البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤، ص ١٨٥) . وعليه وبالرغم من قلة التطبيقات العملية في مجال المنازعات التجارية الدولية إلا ان الغش نحو القانون يعتبر من أخطر الوسائل ويصعب إثباته من الناحية العملية.

يشكل الدفع بنظرية الغش نحو القانون والدفع بفكرة النظام العام مانعاً من موانع تطبيق القانون الذي اختاره أطراف النزاع و الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في موضوع تنازع القوانين. ولذلك فإن هذين السببين يشكلان حائلاً ومانعاً دون تحقق التطبيق النهائي لقاعدة الاسناد- والتي تعتبر قاعدة أمره بالنسبة لغالبية الفقه- على حرية الاطراف المتعاقدة في اختيار القانون في مجال التحكيم.

وتشكل قضية الأميرة دي بوفرون مثالا على مسلك الغش وكيفية التصدي له وتتلخص في ان السيدة البلجيكية تزوجت بأمر فرنسي وحصلت على الجنسية الفرنسية وحصل شقاق بينهما ولما كان القانون الفرنسي يحظر الطلاق فقد قامت بالتجنس بجنسية إحدى الولايات الألمانية التي تبيح الطلاق، وتزوجت بآخر، وعادت للأقامة في باريس، وأقام الزوج الأول دعوى أشار فيها أن تجنس زوجته السابقة بالجنسية الألمانية كان بقصد التهرب من تطبيق القانون الفرنسي، وأن ذلك يشكل تحايلاً وغشاً نحو القانون، فأستجابت المحكمة له وأبطلت الطلاق والزواج الثاني إستناداً إلى ذلك. (عبد العال، عكاشة محمد، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، بيروت، لبنان، ص ٤٨٩ - ٤٩٠، وكذلك الحداد، حفيظة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ص ٣١٤ - ٣١٥).

وإذا كان المثال السابق يشير إلى أن الغش نحو القانون قد تم من خلال التغيير في ضابط الإسناد، فإن الغش قد يكون من خلال التغيير في تكييف الرابطة القانونية، كما هو الحال في قيام شخص أقرب أجله وبقصد حرمان أولاده من الميراث بتحويل عقاره الواقع في فرنسا إلى حصة عينية في شركة للتهرب من تطبيق القانون الفرنسي - قانون موقع العقار - وتطبيق القانون الأمريكي قانون الموطن، ومن هنا يمكن تعريف الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين بأنه كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد ذاتها تغير مقصود يتم بطريقة قانونية بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة وإحلال قانون آخر بدلاً منه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها. (عبد العال، عكاشة محمد، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٤٩٠ - ٤٩١).

ويجب لتحقيق هذا الشرط أن يكون التغيير في ضابط أو طائفة الإسناد إرادياً بمعنى أن يكون للإرادة دور فيه، كما هو الحال في تغيير الجنسية بقصد التهرب، أما إذا كان تغيير الجنسية لسبب لا يد للأطراف فيه فإنه لا يتحقق قيد الغش نحو القانون، وكذلك لا بد أن يكون التغيير فعلياً لا صورياً، لأنه إذا كان صورياً فيمكن التمسك بالصورية، إضافة إلى ضرورة أن يكون سليماً من الناحية القانونية وليس لمجرد اصطناع العنصر الخارجي، إذا تبين عدم وجود صلة بين التصرف والعنصر المصطنع أو لم يترتب أي أثر، وأخيراً لا بد أن يكون التغيير مشروعاً أما إذا كان غير مشروع كما لو تم عن طريق الغش في اكتساب الجنسية الجديدة فلا يعتد بالغش هنا لأن العبرة في هذه الحالة بالجنسية الأولى. (البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٨٧ - ١٨٨).

وهناك من يؤسس نظرية الغش نحو القانون باعتبارها من تطبيقات النظرية العامة في التعسف في استعمال الحق، ولكن تم الرد عليه بان التعسف في استعمال الحق يأتي في مجال استعمال

الحق أما الغش نحو القانون، فيأتي في معرض استعمال الرخص بقصد التهرب (صادق، هشام علي، القانون الدولي الخاص، ١٩٩٣، ص ٣٥٧).

ومنهم من يعيدها إلى فكرة السبب غير المشروع، وقد اعترض البعض على الآخذ بفكرة الغش نحو القانون، باعتبارها تتعلق بالنوايا لا يجوز للقاضي أو هيئة التحكيم البحث فيها، لأنها تتعلق بأمور كامنة في النفس الإنسانية لا يمكن الكشف عنها، كما إن استعمال الرخصة التي حولها إياه القانون لا تجوز المحاسبة عليه، ولكن الفقه يجيب عن ذلك بأنه لا يجوز استخدام الرخصة بصورة تخالف قصد المشرع، وتهدر ما استند عليه من اعتبارات عندما وضع قواعد الإسناد . (إبراهيم، إبراهيم احمد، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٦٣).

شروط أعمال الدفع بالغش نحو القانون:

- التغيير في الاختصاص التشريعي باستخدام قواعد الإسناد:-

الأصل إن المشرع يبين بقواعد الإسناد حدود سلطان القانون الوطني، كما يبين بها متى كانت قاعدة الإسناد مزدوجة حالات تطبيق القانون الأجنبي، وعندما يضع المشرع هذه القواعد فإنه يضع بعين الاعتبار حاجات المعاملات الدولية واعتبارات العدالة، وإن الغش نحو القانون يكون عندما يقصد أحد أطراف النزاع التحكيمي تجنب الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق من خلال اصطناع عنصر أجنبي. (عبد الله، عز الدين، القانوني الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٥٦٢)

أما في حالة قاعدة الإسناد المزدوجة فإن الغش نحو القانون يكون من خلال تغيير العنصر الأجنبي في العلاقة بحيث تصبح وطنية أو بحيث يصبح القانون الواجب التطبيق فيها قانوناً أجنبياً آخر وهذا ما يعطي هيئة التحكيم صلاحية عدم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف. (عبد الله، عز الدين، القانوني الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٥٦٢-٥٦٣).

- نية التحايل أو الغش نحو القانون:-

ويشترط هنا أن يهدف أحد أطراف العقد التحكيمي من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على موضوع النزاع وهذا هو العنصر المعني في الغش أي نية الغش والتحايل، فتجنس الأميرة دي بوفرمون بالجنسية الألمانية بقصد الطلاق قصد منه الإفلات من القانون الفرنسي الذي يحظر الطلاق، ويستطيع القاضي أو هيئة التحكيم استخلاص نية الغش نحو القانون بوسائله المتعددة .(عبدالله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، فقرة ٩٢ الحداد، حفيظة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣١٦ - ٣١٧).

وإذا كانت أحكام التحكيم التجاري لم تجد تطبيقات كثيرة، إلا انه في مجال معاملات الأحوال الشخصية والمدنية قد وجدت تطبيقات، ومنها قرار محكمة استئناف اكس أو بروفاس عام ١٩٩١ والذي تضمن بأن انتقال فرنسيين إلى الكيان الصهيوني للزواج في حين لا يمكنهما ذلك في فرنسا يشكل تحايلاً على القانون . (البيستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٤). واستخلاص نية التحايل هي من مسائل الواقع التي لا تخضع إلى رقابة محكمة النقض ويستخلصها القاضي من الوقائع المطروحة أمامه (السيد، حفيظة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣١٧).

٢ : قيد النظام العام

يعتبر النظام العام قيماً على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويرى جانب في الفقه إن تعارض القانون الذي يختاره الأطراف مع النظام العام في بلد التنفيذ يجيز للقاضي وهيئة التحكيم إن لا تطبق ذلك القانون ما دام لا يتفق مع القواعد الآمرة في بلد التنفيذ أو حتى إذا تعارض مع أي قانون آخر على صلة وثيقة بالعقد.

وتبرز فكرة النظام العام بشكل خاص في مجال المعاملات المالية فيما يتعلق بقواعد تداول النقد الأجنبي وعمليات السمسرة، لان الدول غالباً ما تضع من المعايير ما هو ادنى وأقصى لتلك المعاملات، وما يتعلق بأنظمتها الاقتصادية التي تشكل جزءاً هاماً من النظام العام الذي يهدف حماية المصالح العليا للدولة، الأمر الذي يعني أن العقد لا يجوز أن يرتب إلا في حدود ما يسمح به القانون وبما يتلاءم مع تلك المصالح (صادق، هشام علي، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٠٤-٣٠٥، وكذلك سلامة، أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ٥٩٠- وما بعدها، وكذلك عبد العال، عكاشة محمد، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٥٢١ وما بعدها). وقد أشارت الكثير من التشريعات إلى النظام العام في باب تنازع القوانين، وانه في حال مخالفة القانون الأجنبي له وجب استبعاده.

وقد جاء في القانون المدني الأردني وفي المادة ٢٩ على انه "لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية، (وقد تكررت هذه الإشارة في نص المادة ٢٨ من القانون المصري وفي المادة ٢٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٢٧ إذا كانت تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة ولهذا الموقف مثل في ليبيا م ٢٨ وسوريا في المادة ٣٠ والعراق في المادة ٣٢، والقانون الاسباني في المادة ٣/١٢، والتركي في المادة ٥ والسويسري في المادة ١٧).

ومن هنا يمكن تعريف الدفع بالنظام العام بأنه دفع موضوعي يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة وفجة أسس القانون الوطني (عبد العال، عكاشة محمد، تنازع القوانين ٢٠٠٧، مرجع سابق، ص ٥٥٣-٥٥٤)، وقد ورد في المادة ١٦٣ من القانون المدني الأردني انه يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في وقف العقار وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية. والذي يمكن ان يكون مرناً.

ولذلك تعتبر تلك المسائل من القواعد الآمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها لتعارضها مع النظام العام، ويبدو انه من الصعوبة ضبط فكرة النظام العام ويبقى الأمر متروكاً للقاضي لتقدير مدى مخالفة مضمون القانون الأجنبي للنظام العام . (الهداوي، حسن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٨٥-١٨٦، وكذلك البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ٢٠٠٩، ص ٧٣٥ وما بعدها).

وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية بأن الدفع بعدم جواز تخلي المحاكم الأردنية عن صلاحية النظر في الدعاوى المعروضة عليها لصالح محكمة تحكيم أجنبية لمخالفة ذلك للنظام العام ليس صحيحاً لأن المادة ٢٧ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ قد أجازت لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة او خارجها (تمييز حقوق رقم ١٣٣٥ ٢٠٠٤ هيئة خماسية تاريخ ١٧١٥ ٢٠٠٤ ، منشورات مركز عدالة).

وبالرغم من أن التشريعات والمعاهدات وأحكام التحكيم ما تزال تؤكد على أهمية احترام النظام العام، إلا أن الفقه استقر أيضاً على ضرورة جعل فكرة النظام العام مرنة ولا يتم التمسك بها إلا في حالات استثنائية، ولقد أيد القضاء في العديد من الدول الأخذ بتفسير ضيق لفكرة النظام العام في مجال التحكيم بشأن المعاملات الدولية، وقد أخذت المحاكم الأمريكية بمبدأ التفسير الضيق، وكذلك قرارات محكمة النقض الفرنسية ومنها الحكم الصادر عام ١٩٨٠ والذي قررت فيه "وفي مجال القانون الدولي الخاص فإن عدم تسبب حكم التحكيم لا يعتبر بحد ذاته مخالفاً للنظام العام، وذلك بالنسبة للتحكيم الدولي الذي تخضع إجراءاته إلى قانون أجنبي (إبراهيم، إبراهيم احمد، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٥-٤٦) .

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها عام ٢٠٠٦ بقولها "حيث إن القوانين المتعلقة بالرسوم والضرائب تعتبر من القوانين الآمرة لتعلقها بالنظام العام، فإنه يتوجب على المحكمين احترامها، ويكون للمحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان أن تحكم من تلقاء

نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة طبقاً لأحكام الفقرة ب من المادة ٤٩ من قانون التحكيم (تميز اردني حقوق رقم ٢٠٠٦/٢٠١ تاريخ ٢٠٠٦/٨/٢١) .

وإذا كان النظام العام كفكرة قانونيه قد خطا خطوات مهمة حين فرق بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، فإنه يخطو خطوة أخرى ولن كانت في بدايتها وما يزال قضاء التحكيم يتردد في الآخذ بها وهو النظام العام عبر الدول، ولكن المحكم الدولي وباعتباره ليس حامياً لأي نظام قانوني أو قضائي لأية دولة فهو يطبق قواعد لها طابع النظام العام تخص المجتمع الدولي بأسره. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٦٩)

ومن هنا يأتي النظام العام عبر الدول، وهو دولي المصدر ومن مجتمع التجارة الدولية ويتضمن قواعد منتشرة بين مختلف الأنظمة القانونية، ولذلك يمكن تعريفه بأنه "نظام يرسى القواعد الشاملة في مختلف فروع القانون الدولي والعلاقات الدولية بهدف خدمة المصالح العليا للمجتمع الدولي والمصالح العليا للإنسانية"، وهو ترجمة لمسائل أخلاقيه عالمية وبالتالي فإن مهمة المحكم الدولي هو مراقبة النظام العام عبر الدول ومعاقبه ما يخالفه سواء بإبطال العقد أو استبعاد القانون المطبق، وهو نظام قيم إنسانية يشمل العالم اجمع وله مرتبة أعلى من أي نظام قانوني عائد إلى أية دولة، وللنظام العام عبر الدول مصادر عامة ومصادر خاصة ومن مصادره العامة المعاهدات والاتفاقيات الدولية ومنها المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية.

والمحكم عندما يستند إلى الموائيق الدولية المكتوبة والاستشارات والقرارات التي تتبناها الهيئات الدولية مثل منظمة الأمم المتحدة ومنظمة التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون المشتركة فهذا يشكل سنداً موضوعياً وليس ذاتياً للمحكم. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري

الدولي، مرجع سابق، ص ٧٦٩-٧٧٠).

ومن مصادر النظام العام عبر الدول الخاصة، تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و تطبيق قانون متفق على تطبيقه، وحسن النية في إبرام العقود وهي أهم قاعدة من قواعد النظام العام عبر الدول واحترام نظرية الظروف الطارئة وحماية المنافسة في الأسواق الدولية ومكافحة الرشوة واحترام حقوق الإنسان وحماية حق الملكية وحضر المقاطعة العرقية ومحاربة تجارة الأسلحة النووية والكيميائية والجرثومية وبيع الأعضاء وحماية البيئة الثقافية، وبالتالي فان النظام عبر الدول يجب أن يراعي حاجات التجارة الدولية ليكون فعالاً، وحماية تلك التجارة من عوامل التباطؤ وإضفاء المرونة على إجراءات ومقتضيات التحكيم التجاري الدولي. (الأحدب، عبد الحميد،

موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٧١-٧٧٧) .

الفصل الثاني : تطبيق هيئة التحكيم لقانون وطني من خلال أعمال قاعدة تنازع القوانين

تطرقنا في الفصل السابق إلى كيفية تعامل هيئة التحكيم مع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ووجدنا أن التشريعات المختلفة والمعاهدات الدولية قد تواترت في نصوصها على ضرورة احترام هيئة التحكيم للقانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف، ورأينا كيف أن هيئة التحكيم تتولى البحث عن الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق ولكن المشكلة تزداد صعوبة عندما لا تستطيع هيئة التحكيم الوصول إلى الإرادة الضمنية، خاصة وان بعض التشريعات أو المعاهدات قد أوجبت أن تكون الإرادة صريحة في المقام الأول أو يمكن استنباطها بشكل مؤكد في اختيار القانون الواجب التطبيق ومنها اتفاقية روما التي جاء في مادتها الثالثة على انه " يجب أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق صريحا أو يكتشف بطريق أكيد من نصوص العقد أو ظروف الدعوى".

وتلك الصعوبات التي قد تواجه هيئة التحكيم تدفعها إلى اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين لتسترشد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وقد جاء في قانون التحكيم الأردني في المادة ٣٦ على انه " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد القانونية الخاصة بتنازع القوانين، وأستدركت الفقرة الثانية فنصت " وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع، وأضافت الفقرة الثالثة " وفي جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند

الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين".

وبالرجوع إلى النص السابق الوارد في قانون التحكيم الأردني والتشريعات المقارنة وفي مقدمتها أحكام المادة ١٤٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي، يتبين أن المشرع أعطى هيئة التحكيم حرية كبيرة وصلاحيات واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مع قيد بسيط وهو أن يكون الاختيار ملائماً للحالة المعروضة أمامه، أو تطبيق القواعد القانونية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

وحسناً فعل المشرع الأردني عندما ذكر عبارة القواعد القانونية ولم يقل نصوص القانون لأن عبارة القواعد القانونية تعطي هيئة التحكيم مجالاً أوسع لتطبيق الأعراف والمبادئ العامة وقواعد العدالة والقضاء والفقه باعتبارها جميعها من مصادر القانون، وهو ما يجد سنداً له في المادة الثانية من القانون المدني الأردني.

ولا تعتبر الحرية والصلاحيات التي منحها القانون لهيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق هي وحدها التي تؤيد استخدامه لقواعد تنازع القوانين، بل لغيبية قانون الاختصاص، لأن هيئة التحكيم ليست قاضياً تصدر أحكامها باسم دولة معينة، بل أن لها مطلق الحرية في اختيار قواعد التنازع التي تساعد في اختيار قانون لينطبق على موضوع النزاع، ولذلك فإنه يتوجب أن تدرك هيئة التحكيم أن من التزاماتها أن يكون القرار المزمع تطبيقه معبراً فعلاً عن رغبات الأطراف، وذلك لكي يلقي قرار التحكيم احترام أطراف النزاع، ويكون القانون المختار مؤهلاً للقبول في دولة التنفيذ، باعتبار أن التنفيذ هو ثمرة

التحكيم. (الحواري، أسامه، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١٢٢-١٢٣).

وهذا الأمر قد يجعل من استخدام قواعد تنازع القوانين بمثابة السبيل الذي يعبر من خلاله للقانون الواجب التطبيق، شريطة أن يكون قرار هيئة التحكيم منسجماً مع موضوع النزاع وأساس العلاقة العقدية وأعراف التجارة الدولية، (الحواري، أسامه، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ص ١٢٢-١٢٣).

وقد انقسم فقهاء التحكيم التجاري الدولي في هذا الخصوص إلى اتجاهين الاتجاه الأول : ويرى ضرورة استخدام الأسلوب التقليدي في استخدام قواعد تنازع القوانين الوطنية بأشكالها المختلفة عن طريق استخدام عدة معايير.

في حين يرى الاتجاه الثاني : إلى انه من الواجب الفصل بين قواعد التنازع المنصوص عليها في القوانين الوطنية وطبيعة المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، من أجل إضفاء مزيد من الحرية والمرونة لهيئة التحكيم لتناول القانون الواجب التطبيق وبخاصة مع بروز قاعدة إن المحكم لا يملك قانون اختصاص، ولأن المتعاملين في مجال التجارة الدولية لا يحدون اللجوء إلى القوانين الوطنية، وخاصة إذا كان هذا القانون قانون أحد أطراف النزاع، وهذا الأمر قد يؤدي إلى محاباة أحد الأطراف وهدم القواعد التي يركز عليها حكم التحكيم وهو مبدأ المساواة بين الأطراف. وقد أبرز هذا الاتجاه وسائل لا تهتم بالقوانين الوطنية وترتكز على العلاقة العقدية ذاتها ومن هذه المعايير نظرية التركيز الموضوعي وفكرة الأداء المميز والقانون المناسب للعقد والطريقة الجامعة والمبادئ العامة في القانون.)

زمزمي ، ابراهيم احمد سعيد ، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية ، رسالة دكتوراة ، ٢٠٠٧ ، جامعة عين شمس ، ص ١٩٧ وما بعدها)

ولذلك سنحاول معالجة موضوع تطبيق هيئة التحكيم لقانون وطني من خلال أعمال قاعدة تنازع القوانين، وذلك بالتوقف عند مفهوم تنازع القوانين والمعايير التقليدية والقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع وهذا في المحور الأول ثم نتعرف على متطلبات الاتجاه الآخر المتعلق بالهروب من أزمة تنازع القوانين ومنهجيتها وذلك من خلال دراسة النظريات التي تم ذكرها وذلك في المحور الثاني.

اولا : ماهية قاعدة التنازع

يمكن اعتبار قاعدة التنازع قاعدة قانونية وهي تشترك مع القواعد القانونية العامة، ومرد منشأها إلى أشتمال العلاقات الخاصة الدولية على عنصر أجنبي يجعلها على صلة بأكثر من دولة يجعلها تأخذ طابعاً دولياً تستدعي قواعد قانونية دولية، ولكن وفيما عدا بعض القواعد القانونية الموحدة التي اشتملتها بعض الاتفاقيات الدولية العامة، فإن تلك القواعد الدولية غير موجودة في ظل الوضع الراهن، لأنعدام وجود سلطة عالمية التي يمكن أن تنهض في مهمة وضع تلك القواعد، فقد ترك للدول بوضع القواعد الموضوعية الداخلية تاركة العلاقات ذات العنصر الأجنبي. (سلامة، أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ٢١).

ولكن الدول المختلفة استشعرت أن عدم معالجة هذا الأمر من خلال وضع قواعد قانونية لمعالجة العلاقات ذات العنصر الاجنبي سيؤدي إلى غياب العدالة والإضرار بمصالحها الخاصة والمشاركة، ولذلك أوجدت منهاجاً غير مباشر يقوم على قاعدة أو مجموعة قواعد تشريعية أو قضائية مهمتها اختيار القانون الوطني او الأجنبي الذي يتكفل بالتنظيم الموضوعي للعلاقات ذات العنصر الأجنبي من خلال قاعدة التنازع، وهو ما يشكل خروجاً على مبدأ أقلية القوانين والأخذ استثنائياً بمبدأ شخصية القوانين. (البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٩).

١ : مفهوم قاعدة التنازع

إن المنازعات الناشئة عن ممارسة الحقوق والمراكز المتعلقة بالعلاقات والروابط القانونية ذات العنصر الأجنبي قد تستدعي وجود أكثر من قانون في دولة لحسم النزاع الأمر الذي يستوجب معه اختيار أحد هذه القوانين لتطبيقه بأعتباره القانون الأكثر صلة بالنزاع، ويتلاءم تطبيقه مع أحكام ومعطيات العلاقة القانونية.

وإذا كان الكثير من الفقه قد تحاشى تعريف قاعدة التنازع والأكتفاء بأن مهمة القاعدة تكمن في حل تنازع القوانين عن طريق الإرشاد للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. (فؤاد، رياض وراشد، سامية، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ١٠١ وما بعدها)، إلا أنه يمكن تعريفها بأنها القاعدة التي تحدد القانون واجب التطبيق بالنسبة لعلاقة قانونية أو مركز قانوني يشتمل على عنصر أجنبي. (عمر، محمد عبد الخالق، القانون الدولي الخاص الليبي، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٢٦٧، ص ٥). أو هي القاعدة التي تحدد بالنظر إلى صياغتها المزدوجة حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي. (عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٤١).

وقاعدة التنازع قاعدة وضعية وهي غالباً مع صنع السلطة المختصة في كل دولة على حدة، وهي قاعدة ذات طابع فني وتتضمن أن الحل الموضوعي للنزاع لا تقدمه تلك القاعدة، بل يحدده القانون الوطني أو الأجنبي الذي تشير إليه وهي بالتالي قاعدة وسطية أدائية بين القاضي المختص والقانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع. (سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، القسم الأول، دار النهضة العربية، ص ٢٥٢ - ٢٥٣).

٢ : شروط تحقق الصفة الدولية الخاصة بتنازع القوانين

تعتبر الصفة الدولية من أهم مكونات التنازع وخصائصه لأنه من خلالها يتم إعمال قواعد الإسناد التي تؤمن الحلول لذلك التنازع، والاهم في ذلك فأن القواعد التي يمكن أن تكون موضوعا للتنازع الدولي هي القواعد بمعناها الواسع بموجب المبادئ الدستورية والقانونية أيا كان مصدرها وشكلها، مكتوبة أم عرفية أم وليدة اجتهاد قضائي مختص يسمو إلى مرتبة إن يكون مصدرا للقواعد القانونية، ولذلك يتوجب إن تكون القواعد القانونية في دولة تتمتع بوصف الدولة والشخصية الدولية وفقا لقواعد القانون الدولي العام، وان تكون عائدة إلى دولة معترف بها وأن يكون التنازع بين القوانين

الخاصة ووجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية. (البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٠٩ - ١١٠، وكذلك ديب، فواد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١١ وكذلك منصور وعبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٦٩).

أ: التنازع وشرط الشخصية الدولية :

يشترط لقيام التنازع الدولي الخاص قيامه بين دول مكتسبة لصفة الدولة وفقا للقانون الدولي العام، بمعنى إن تتوافر في الدولة عناصرها الثلاثة الإقليم والشعب والسيادة، ولذلك لا يقوم التنازع بين دولة وحكومة في المنفى أو بين دولة وكيان مؤقت، ولذلك قضت إحدى المحاكم الانجليزية بهذا المبدأ في نزاع نشأ نتيجة لزواج رجل إنجليزي بأمرأة من القبائل الإفريقية وأنجبت منه ولدا، ولما توفي طالبت المرأة بحقها في التركة باعتبار أن الزواج قد تم صحيحا وفقا لعادات القبيلة وهو ما يتفق مع قاعدة الإسناد التي تخضع الزواج في شكله إلى قانون بلد إبرامه وقضت بتطبيق القانون الانجليزي لعدم إمكانية وجود تنازع بين قانون دولة وعادات قبيلة وقررت أن الزواج غير شرعي وان المولود غير شرعي، (البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١١٠ - ١١١).

وكذلك قضت محكمة في ألمانيا بتطبيق القانون الألماني بموضوع وصية لأن الدولة الفلسطينية غير معترف بها دولياً، وان كان الفقه الحديث قد بدأ يتصور قيام تنازع بين مختلف الشرائع والنظم الدينية والقبلية واللاجئين، مما دفع بالباحثين في القانون الدولي الخاص إلى دراسة موضوع تطبيق نظم قانونية شخصية بحته لا تستند إلى سلطة دولة كما في المثال الذي يحكم اللاجئين الفلسطينيين . (

البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١١٠-١١١، وكذلك منصور، وعبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٧٠).

ب : التنازع ومسألة الاعتراف بين الدول وحكوماتها :

إن الاعتراف يعد مسألة أساسية ونتيجة طبيعية لحصر نطاق التنازع بين قوانين الدول المعترف بها وفقا لمتطلبات القانون الدولي العام، فالاعتراف متطلب أساس للاعتراف بقانون الدولة الأخرى، وعدم الاعتراف يعني إنكار وجود الدولة الأخرى في الجماعة الدولية وعدم الاعتراف بوجودها وشخصيتها في المجتمع الدولي وقوانينها الصادرة عنها، فلبنان والسعودية لا تعترفان بالكيان الصهيوني وبالتالي لا يمكن تطبيق القوانين الصهيونية في لبنان أو السعودية . (البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١١٢)، وابخازيا واسويتا الجنوبية غير معترف بها من قبل جورجيا ومعترف بها من قبل روسيا وفنزويلا وبالتالي لا يمكن تطبيق القوانين الابخازية في جورجيا ولكن يمكن ذلك في روسيا وفنزويلا. وقد ثار جدل في الفقه حول مدى ضرورة الاعتراف بالحكومة كشرط مضاف للاعتراف بالدولة لتطبيق القانون الأجنبي، ويرى جانب ضرورة ذلك ومثال ذلك قضية حرير أوديسا حيث باع شخص كمية من الحرير إلى تاجر فرنسي وأثناء شحنها صادرتها السلطة البلشفية في روسيا وقامت ببيعها إلى شخص آخر وتم شحنها إلى مرسيليا، وعند وصولها استطاع المالك الأصلي إيقاع الحجز عليها وتم تثبيت ملكيته لها، وقرر القضاء الفرنسي عدم تطبيق قانون موقع المنقول وهو القانون السوفيتي وذلك لعدم الاعتراف بالسلطة التي وضعت القانون السوفيتي من قبل الحكومة الفرنسية.

"(البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص ١١٢-١١٤).

أما الرأي الآخر فيرى أن العبرة هو في الدولة، ولذلك حكم القضاء النمساوي و الألماني بتطبيق القانون السوفيتي رغم عدم الاعتراف بالحكومة البلشفية على أساس انه القانون المعمول به فعلا، وهو اتجاه أيدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها عام ١٩٧٣ حيث قررت " بأن عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يسمح للقضاء الفرنسي بعدم الاعتراف بقوانين القانون الخاص التي تصدرها تلك الحكومة قبل الاعتراف بها "(البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص ١١٢-١١٤).

٣ : نطاق تنازع القوانين

إن التعريف بقواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد) من خلال فهمها وإدراك ودورها وطريقة استخدامها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، تقتضي منا أن ندرك المقصود بتنازع القوانين والشروط التي يجب توافرها لكي نكون بصدد عملية تنازع، بدءاً من تعدد الدول ووجوب أن يكون التنازع بين القوانين الخاصة وضرورة وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية، وفي ذات الوقت تحديد نطاق تنازع القوانين من حيث الصفة الخاصة والصفة الدولية لتنازع القوانين. (منصور، سامي بديع وعبد العال، عكاشة، القانون الدولي الخاص، بيروت، ص ٧٣).

وقد ثار جدل محتدم في الفقه حول تلك المسألة وبرزت نظريات وحلول يمكن أعمالها تم تضمينها في التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة القانونية، ومن تلك المدارس التي ظهرت المدرسة الإيطالية والمدرسة الفرنسية والمدرسة الهولندية، وفي القرن التاسع عشر ظهرت اتجاهات فقهية تقوم على أسس ومنطلقات تكمن في طبيعة نظرية تنازع القوانين وهل ستكون النزعة لإيجاد الحلول عالمية أم لكل دولة؟ وهل سيكون الأسلوب تحليلياً أم يعتمد مبدأ عاماً؟ وهل يعتبر التنازع تنازع سيادات أم تنازع مصالح؟ وهل سيستمر الأخذ بالإقليمية أم ستتحول إلى الشخصية؟ وهل سيؤخذ بنظرية المجاملة الدولية أم بنظرية العدالة الدولية لتطبيق القانون الأجنبي في التحكيم التجاري الدولي، ولذلك فإن التنازع الذي تعنى بحله قواعد القانون الدولي الخاص إنما ينشأ بين قوانين دول مختلفة يطبق كل منها في حدود مكانيه فيه، (البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٩٠، ١٠١).

وقواعد الإسناد باعتبارها الوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين تمثل القواعد القانونية التي ترشد القاضي أو المحكم إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم ذي العنصر الأجنبي. ولذلك لجأ الفقه إلى دراسة مشكلة تنازع القوانين عن طريق تقسيم العلاقات إلى أنواع أو أفكار أطلق

عليها الفكرة المسندة وتقوم قاعدة الإسناد على ثلاثة عناصر هي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند إليه (عبد العال، عكاشة محمد، الأصول في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١١-١٣).

وتقوم الفكرة المسندة على مجموعة من العلاقات والمسائل المتقاربة التي تتشابه في أوصافها وأحكامها، ولكل مشرع أنماط في تحديد الحالات القانونية المشابهة لتصنيفها كأفكار مسندة كالقانون الأردني الذي أخضع الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية، وكذلك الأمر فيما يتعلق بأهلية القاصر وقانون جنسية الزوجين وقت انعقاد العقد وقانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى وفي الوصية وقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وفي القانون السوري فإنه يسري على الملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، وفي القانونين المصري واللبناني فإن فكرة الحالة والأهلية تخضع لقانون الجنسية وفكرة شكل التصرفات لقانون بلد الإبرام والالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة (ديب، فواد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ١٩٨١، ص ٨).

ولم يعد القانون الدولي الخاص باعتباره الناظم للعلاقات الخاصة الدولية يكتفي بالأساليب التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو على متطلبات العلاقات الدولية الخاصة بشكل عام، وذلك لأنه تأثر بعوامل متعددة منها شيوع التجارة الدولية بسرعة مذهلة وبروز ظاهرة التكتلات الدولية الاقتصادية والسياسية، مما تطلب معها البحث عن منهجية جديدة وقواعد حديثة تتناسب العضلات الناشئة عنها وتواكب حلولها، وبالتالي لم تعد قواعد تنازع القوانين تتناسب مع متطلبات المرحلة الراهنة، سيما وأن المجتمع الدولي الخاص التجاري قد أضحى مفتوح الحدود وأصبحت الضغوط التجارية والسياسية والأحلاف الجديدة تتطلب قواعد جديدة منها ما يتعلق بتوحيد قواعد التنازع ومنها ما يتعلق بتوحيد بعض القواعد الموضوعية من خلال المعاهدات ومنها ما يتعلق بتوحيد جهتي القانون والقضاء لحكم المنازعات التجارية الدولية عبر نظام التحكيم وأدواته. (البستاني، سعيد يوسف، مرجع

سابق، ص ٢٤١-٢٤٢).

إن التنازع قد يأخذ صوراً مختلفة فقد يكون بين قوانين داخلية تستند إلى سلطة واحدة أو بين قوانين دول مختلفة، وقد قلنا سابقاً إن ما يعنينا في دراستنا هو التنازع الذي يثور في إطار العلاقات الدولية الخاصة وهو التنازع الدولي كالتنازع بين القانون الإيطالي والقانون السوري أو الأردني بحيث إن وجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية ينشأ عنه نزاع في حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، ولحل النزاع لا بد من وجود قواعد تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، وقد برز اتجاه حديث إلى تقليص الفروق بين قواعد القانون العام والقانون الخاص استناداً إلى الفكر الليبرالي والرأسمالي من خلال إيجاد توازن بين مصلحة الأفراد ومصلحة المجتمع . (الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٠-٢٤). وبما أن المشكلة الأساسية في تنازع القوانين الدولي هي التطبيق الفعلي للقانون الذي يولي الاختصاص وطنياً كان أم أجنبياً، فإن العلاقات في مسائل القانون الخاص هي التي يتوجب مناقشة حل التنازع القائم بينها، وهي العلاقات التي تنشأ بين الأفراد أو بين الدولة بصفتها شخصاً عادياً وليست صاحبة سلطة أو سيادة وبين الأفراد، وهي تتضمن العلاقات الواردة في القانون المدني والتجاري، ولذلك فإن العلاقات الناشئة عن القانون العام وهي التي تكون الدولة فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة وهي القواعد الدستورية والإدارية والمالية والجنائية لا تثير مشكلة في اختيار القانون الواجب التطبيق لأنه لا يتصور تطبيق قانون غير وطني في هذه الحالة لأنها تتعلق بالمصلحة العامة وسيادة الدولة، ولذلك فإن التحكيم في القضايا الجنائية غير وارد والأمر ذاته ينطبق على القانون الإداري (الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٣-٢٤). أما التحكيم في المسائل الجمركية الناشئة عن القانون المالي فإن تلك الفكرة ما تزال غير ناضجة وفي ذات الوقت فإن الدولة يتم التعامل معها كشخص عادي، ولا ينطبق عليها نظام التحكيم الإلزامي المطبق في مصر بل إنه حتى في التحكيم الإلزامي في مصر فقد صدرت قرارات كثيرة تقرر فيها عدم دستورية النصوص المتعلقة بالتحكيم الإلزامي لأن من أهم أركان التحكيم هو الاتفاق الحر بين الأطراف.

وقد قلنا في السابق إن هيئة التحكيم تطبق القانون الذي يختاره الأطراف في حالة الاختيار الصريح وتبحث عن الإرادة الضمنية عند وجودها، ولكن المشكلة تزداد صعوبة عندما تفشل هيئة التحكيم في تحديد الإرادة الضمنية وخاصة وأن بعض الاتفاقيات الدولية قد شددت على مسألة الاختيار الضمني للقانون كما هو الحال مع اتفاقية روما التي أوجبت أن يكون اختيار القانون واجب التطبيق صريحاً أو يكتشف بطريقة أكيدة من نصوص العقد أو ظروف الدعوى، وهذا الأمر يجعل مهمة هيئة التحكيم في الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بحاجة إلى البحث عن وسائل أخرى لتلك الغاية ومنها اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين.

وبالرغم من الحرية التي قررتها الكثير من الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات لهيئة التحكيم مع بعض القيود البسيطة وهي أن يكون الاختيار مناسباً لواقع النزاع، إلا أن تلك الحرية ليست هي المبرر فقط لاستخدام قواعد تنازع القوانين دائماً وإنما لغياب قانون الاختصاص شريطة أن يكون القانون المنوي تطبيقه يعبر فعلاً عن رغبة الأطراف ويحظى باحترامهم ويصبح قابلاً للتطبيق في دولة التنفيذ لأن التنفيذ هو ثمرة التحكيم. (الحواري، أسامة أحمد، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١٢٩ - ١٣٠).

وبما أن استخدام قواعد التنازع هي ضرورة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق في حال عدم قدرة هيئة التحكيم على الوصول إلى الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، فقد أصبح استخدامها شائعاً في مجال التحكيم بنوعية المؤسسي والحر، ولذلك أنقسم الفقه بين اتجاهين الأول يرى في ضرورة الحفاظ على الأسلوب الكلاسيكي في استخدام قواعد التنازع الوطني عن طريق استخدام معايير لا تتعدى في جذورها إلى القوانين الوطنية، بينما يرى اتجاهاً آخر إلى ضرورة الفصل بين قواعد التنازع المنصوص عليها في القوانين الوطنية وطرق حل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، سيما وأن هيئة التحكيم لا تملك قانون اختصاص. (سامي، محمود فوزي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٨٣).

ولذلك يرى أنصار الرأي الأول إلى استخدام قواعد التنازع لبلد مقر التحكيم أو لقانون البلد المختص أصلاً بنظر النزاع، أو لقانون الدولة الذي يسري قانونها على إجراءات التحكيم أو لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد، أو لقانون بلد جنسية المحكم أو لقانون البلد الذي يقيم فيه الأطراف إقامة مشتركة، أو يحملان جنسيتها أو لقانون البلد الذي تم فيها إبرام العقد، في حين يبني أنصار الرأي الآخر نظريات ومعايير أخرى منها نظرية التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية وفكرة الاداء المميز ونظرية القانون المناسب للعقد والطريقة الجامعة لقواعد القانون الدولي الخاص.

٤ : المعايير التقليدية لاستخدام قواعد تنازع القوانين

لقد استخدم الفقه معايير للوصول الى القانون الواجب التطبيق من خلال استخدام قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد تنازع القوانين، وسنستعرض المعايير التي عرضها أنصار الاتجاه التقليدي، والآراء المتعددة حولها. وسنبداً بمعيار تطبيق قواعد تنازع القوانين لبلد مقر التحكيم، والذي يمكن استخدامه بشكل احتياطي، حيث إنه يعييه تعدد أماكن التحكيم أو عدم وجود ارتباط بينها وبين موضوع التحكيم، أو جاء بناء على مزاج هيئة التحكيم.

وأما المعيار الثاني فهو معيار تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد المختص أصلاً في نظر النزاع، وذلك تغاضياً عن اتفاق التحكيم، ولكن هذا المعيار لا يمكن قبوله وذلك لأن التحكيم بدون اتفاق لا وجود له، وأما المعيار الثالث، والذي يطبق فيه قواعد التنازع للدولة التي يسري قانونها على إجراءات التحكيم، وهو ما لم يلق قبولاً لأن قانون الإجراءات لا يشترط أن يكون متصلاً بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم.

أما المعيار الرابع فيمكن في استخدام قواعد تنازع القوانين السارية في بلد تنفيذ العقد، وهذا وإن كان يمكن تطبيقه عملياً إلا أن الصعوبة تكمن عند تعدد أماكن تنفيذ العقد، وثمة معيار خامس والمتمثل في تطبيق قواعد تنازع البلد الذي يحمل المحكم جنسيته، إلا أنه يعاب بأنه يمكن أن

يكون هناك أكثر من محكم ومن جنسيات مختلفة، هذا بالإضافة إلى أن هذا القانون قد لا يكون مرتبطاً بموضوع النزاع أو أطرافه.

وبخصوص معيار الإقامة المشتركة فلم يلق قبولاً أيضاً، لأنه يقوم على اعتبارات شخصية وليست موضوعية تتعلق بموضوع النزاع، وبرز معيار التنازع لبلد محل إبرام العقد والذي وجد قبولاً لدى هيئات التحكيم لأنه يتفق مع قاعدة حرية المحكم في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع حالة غياب الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق.

أ : استخدام قواعد تنازع القوانين لبلد مقر التحكيم :

ويعتبر هذا المعيار من أكثر المعايير رواجاً في مجال التحكيم التجاري، ويعود نشؤه إلى الفقيه سوزر هول "Sauser Hall" وذلك في اجتماعات معهد القانون الدولي في هولندا عام ١٩٥٧، حيث دعا إلى تبني معيار مقر التحكيم على سند من القول بأن للتحكيم طبيعة قضائية، فالمحكم كالقاضي ولذلك يجب عليه أن يطبق القواعد القانونية للبلاد الذي يمارس فيه التحكيم. ولذلك تبني معهد القانون الدولي هذه التوصية من ضمن قواعد أمستردام، وقد نصت المادة ١١ من تلك التوصيات على أن " قواعد الإسناد النافذة في الدولة مقر محكمة التحكيم هي التي يجب اتباعها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . (سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٤ - ١٨٥).

ولذا يرى أنصار هذا الرأي أن تبني معيار مقر التحكيم يؤدي إلى تحقيق التماسك في النظام القانوني 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 الأرجح، لأنه غالباً ما يكون القانون المطبق على الإجراءات والقانون الموضوعي واحداً. ويحاول أنصار هذا الرأي فلسفة وجهة نظرهم بقولهم إن الأطراف عندما اتفقوا على اختيار دولة ما كمقر للتحكيم فإنهم ارتضوا بنظامها التشريعي والقانوني على اعتبار أن اختيار القاضي هو اختيار لقانون بلده، وذلك من

أجل خلق شعور بالرضا بين الأطراف حيث إن اختيار دولة ما كمقر للتحكيم وخاصة عندما تفشل هيئة التحكيم في الوصول إلى الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، فإنه وخاصة في حالات التحكيم المؤسسي يؤشر على اختيار قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم. . (سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٤)

وقد جاء في معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في المادة ١/٥ " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على ، د - إن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق. ونلاحظ هنا إن اتفاقية نيويورك قد أعطت أولوية لاتفاق الأطراف، وفي غياب هذا الاتفاق يطبق قانون مقر التحكيم، ناهيك عن إن الاتفاقية المذكورة قد وحدت بين القانون الإجرائي والموضوعي بالربط بين تشكيل محكمة التحكيم وهي من المسائل الموضوعية وبين إجراءات التحكيم وهي من المسائل الإجرائية، بما يعني تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف أو قانون مكان التحكيم على كل من الموضوع والإجراءات .

وقد أخذ بمؤشر مكان التحكيم في قضاء التحكيم البحري بحيث يطبق القانون الفرنسي إذا اتفق الأطراف على التحكيم البحري في باريس والقانون الانجليزي إذا اتفق الأطراف على التحكيم البحري في لندن، وفي حكم التحكيم البحري رقم ١١٦ الصادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحري في باريس في عام ١٩٧٤ قررت هيئة التحكيم تطبيق المادة ٦ من المرسوم الفرنسي الصادر عن ١٩٦٦ والمتعلق بعقود إيجار السفن والنقل البحري، وفي حكم التحكيم رقم ٨٤٥ الصادر عن ذات الغرفة عام ١٩٩٤ قررت هيئة التحكيم تطبيق أحكام المادة ١٤٦١ من القانون المدني الفرنسي المتعلق بالعيب الخفي،(الفي، عاطف محمد، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ص ٤٩٣ - ٤٩٤).

وقد جاء في قانون التحكيم القطري في المادة ١٩٨ على انه "وإذا تم الاتفاق على التحكيم في قطر كانت قوانين دولة قطر هي الواجبة التطبيق على عناصر المنازعة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

وقد تعرض هذا المعيار إلى جملة من الانتقادات يمكن ذكرها كما يلي :

١. إن توصيف مهمة المحكم توصيفاً قضائياً محل نظر ولا يمكن مطابقته لعمل القاضي ذلك أن

عمل القاضي يستمد سلطته من القانون والتنظيم القضائي للدولة، في حين فإن هيئة التحكيم

تستمد سلطتها من الإرادة المشتركة للأطراف ولا يمكن أن يكون للتحكيم جنسية، الأمر الذي لا

يلزم المحكمة باستخدام قواعد التنازع لبلد مقر التحكيم.

٢. إن إتباع معيار بلد مقر التحكيم يؤدي إلى التركيز على القوانين الوطنية بعكس ما تهدف إليه

متطلبات التجارة الدولية والعقود الدولية من محاولة الهروب من القوانين الوطنية، ومحاولة

الوصول إلى العقد الدولي الطليق كأساس لحل منازعات التجارة الدولية.

٣. إن اختيار قانون دولة مقر التحكيم لا يعبر بالضرورة عن أساس منطقي للقانون الواجب التطبيق

على موضوع النزاع، سيما وأنه قد يتغير مقر التحكيم لأكثر من دولة وبخاصة في مجال التحكيم

الحر حيث ينتقل المحكم من دولة إلى أخرى وعندها نكون أمام تساؤلات مشروعة عن بلد مقر

التحكيم، هل هو البلد الذي صدر به حكم التحكيم؟ أم الذي ابتدأ فيه؟ أم غير ذلك. (عبد الرحمن،

هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٥).

وقد سارت على هذا النهج محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس عام ١٩٨٩ حيث

رأت "أن محكمة التحكيم استقرت على أنه لم تكن ملزمة باتباع قواعد تنازع القوانين في البلد الذي يقع

فيه مقر التحكيم"، وقد تواترت أحكام كثيرة بهذا الخصوص من غرفة التجارة الدولية، ومنها الأحكام

ذوات الأرقام ٤٣٩٢ و ٤٥٠٤، ٥٠٦٥، وغيرها وجميعها صادرة عن ذات الغرفة (إبراهيم، إبراهيم احمد، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٧٣).

وقد أوضح أحد المحكمين بمناسبة إحدى المنازعات انه لا يعتد بمكان التحكيم كضابط لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذا كان اختياره لا دخل للأطراف فيه، كما لو استقلت هيئة التحكيم باختياره، أو عندما تستقل الهيئات التنظيمية في المؤسسات التحكيمية باختياره، وفي قضية ليامكو ضد ليبيا انتهى الحكم إلى انه في حال غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يقع على عاتق المحكم تحديد القواعد استقلالا عن مكان التحكيم واسترشد بقواعد الأمم المتحدة لعام ١٩٥٨ وانتهى إلى تطبيق القانون الدنماركي. (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم مرجع سابق، ص ٢٧٥ وما بعدها).

وفي قضية ارامكو رفضت هيئة التحكيم الأخذ بقانون محل التحكيم حيث رأت هيئة التحكيم إلى أن هذا المعيار لا يتفق مع السمات الخاصة في النزاع، وفي قضية تكساكو رفضت هيئة التحكيم الأخذ بهذا المعيار قائلة إن تيسير تنفيذ الحكم لا يبرر اختيار قانون مكان التحكيم وقررت تطبيق أحكام القانون الدولي . (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم مرجع سابق، ص ٢٧٥).

ب : معيار تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد المختص أصلاً بنظر النزاع

ويطلق على هذا المعيار مصطلح توطين العقد، بمعنى أن الاختصاص يكون لقانون الدولة التي ستكون مختصة أصلاً بنظر النزاع لوجود شرط التحكيم. وبالرغم من أن عملية التحكيم بحد ذاتها تعني تجريد الدولة من اختصاصها القضائي، فإن عجز المحكم عن الوصول إلى الإرادة الصريحة أو استنباط الإرادة الضمنية للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو عدم اتفاقهم على ذلك، يعني استرداد الدولة لاختصاصها الذي صودر منها باتفاق الأطراف

مما يجعل من قانون هذه الدولة هو الأجدر بالتطبيق وبسط سلطته على موضوع النزاع، بمعنى أن شرط التحكيم يمنع اختصاص الدولة وبزوال المانع يعود الاختصاص. (رضوان، أبو زيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ١٥٧-١٥٨).

ويرى الفقيه كولدمان أن تعيين الأطراف للقانون سوف يحترم في جميع الأحوال ولكن بالإضافة إلى ذلك وبالنسبة للمسائل التي لا تدخل في نطاق القانون المذكور يتم الرجوع فيها إلى قواعد القانون الدولي الخاص لذلك البلد، ويؤيد الفقيه فرجاتس هذا الرأي بقوله إن "هذا القانون إذا طبق على التحكيم فإنه يطبق على المشاكل الخاصة يتنازع القوانين وبالتالي يجب على المحكمين تطبيق القانون الدولي الخاص في البلد الذي يخضع التحكيم إلى قانونه فالأطراف عندما تحدد القانون الواجب التطبيق على التحكيم فإنها في نفس الوقت تعين قواعد القانون الواجبة التطبيق على نزاعها". (سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ١٨٣).

ولكن هذا الرأي كان معرضاً إلى النقد لأنه - كما يرى بعض الفقه - يحمل إرادة الطرفين في النزاع تفسيراً أكثر مما يجب، لأن الأطراف قد لا يختارون قانوناً معيناً وإنما قواعد متفرقة من قوانين متعددة، ويلاحظ هنا إن القانون النموذجي للأمم المتحدة لعام ١٩٨٥ نص في الفقرة الأولى من المادة ٢١ على إن اختيار الطرفين لقانون دولة أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على إنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة خلاف ذلك، (سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٦، مرجع سابق، ص ص ١٨٣-١٨٤).

وقد تعرض هذا الرأي إلى نقد شديد لأنه يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة من خلال تطبيق قانون الدولة التي كانت مختصة أصلاً في نظر النزاع، وذلك لان مهمة هيئة التحكيم يتوجب عليها أولاً أن تبحث وبكل الوسائل المتاحة عن الطريقة التي تتحدد على أساسها المحكمة التي كان من

المفروض أن تتصدى إلى الفصل في النزاع حال عدم وجود شرط أو اتفاق تحكيم ثم يطبق قانون هذه المحكمة، لتصل هيئة التحكيم من خلاله إلى القانون الذي يتوجب تطبيقه على موضوع النزاع، وبالتالي فإن هذا المعيار لم يلق ترحيباً من المؤسسات التحكيمية ومن الهيئات القضائية التي تراجع أحكام التحكيم. (الكردى، جمال محمود، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة، ٢٠٠٣، ص ١٦٧-١٦٨).

ج : استخدام قواعد التنازع للدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد :

يتضمن هذا الاتجاه أن التنفيذ هو ثمرة التحكيم وهو غاية الأطراف من التعاقد، لأن تطبيق قانون محل التنفيذ عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق أو عجز المحكم عن الوصول إلى إرادة الأطراف، إنما يعتبر تطبيقاً صحيحاً لقواعد الإسناد في الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد والقوانين، سيما وأن مركز الثقل في الرابطة العقدية هو محل التنفيذ وتعبير منطقي عن مصالح الأطراف ويسهم في عدم تجزئة العقد وجعله وحدة واحدة، ويسهم في تبديد قلق هيئة التحكيم عن مصير قرار التحكيم بعد إصداره ومدى إمكانية تنفيذه، لأن عملية التحكيم تهدف في المقام الأول إلى إصدار قرار تحكيم يتحقق له إمكانية التنفيذ دون إشكالات يمكن أن تثار من قبل الأطراف، ومن قبل الدولة التي سيتم فيها التنفيذ، وبموجب إجراءات التنفيذ المعمول بها لديها. ولكن ما السبيل إذا كنا بصدد عقد دولي متعدد الأطراف ومتعدد الأداءات ومتعدد أماكن التنفيذ فكيف يمكن تطبيق هذا المعيار؟. (الحواري، أسامه، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١٣٥). لقد حاول الكثير من الفقه البحث في جدوى هذا المعيار ووضع حلول ملائمة، ولكن كانوا في كل مرة يدورون في حلقة مفرغة حتى وإن تم اختيار مكان تنفيذ العقد وخاصةً مع سرعة متطلبات التجارة الدولية وتشابكها وتعددتها. (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقد البترول، مرجع سابق، ص ٥٧٩-٥٨٠).

وقد جاء في اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي صادقت عليها معظم الدول ومنها الأردن في المادة الخامسة فقرة ٢/ب " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين فيه إن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها :- ب - إن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد "

ومن هنا ووفقاً لهذا النص وحرصاً على تحقيق ثمره التحكيم وهو تنفيذ القرار التحكيمي، فقد رأى جانب من الفقه تطبيق معيار استخدام قواعد التنازع للدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد . ولكن هذا الرأي تعرض إلى النقد من حيث إنه يستبق مهمة هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قبل البحث في ضرورة تحديد الدولة التي سينفذ فيها حكم التحكيم . (الحواري، أسامه، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١٣٥).

ويرى أنصار هذا الرأي أن هذا المعيار هو من أكثر المعايير بعداً عن واقع التحكيم الدولي وبخاصة إذا ما أدركنا أن طبيعة العقود الدولية قد تتطلب أماكن تنفيذ متعدد وقد يضطر الطرف المحكوم له في حكم التحكيم إلى طلب تنفيذه في أكثر من دولة، وبذلك نكون بصدد أكثر من نظام لحكم التحكيم مما يجعل من تلك المهمة صعبة للغاية.

د : تطبيق قواعد التنازع لبلد إجراءات التحكيم :

ربما يكون هذا المعيار من أكثر المعايير التي واجهت انتقاداً وأقلها التي لاقت ترحيباً في تطبيقات هيئات التحكيم من جهة والتطبيقات القضائية من جهة أخرى، ومرد ذلك إلى الصعوبات الجمة التي تواجه تطبيق هذا المعيار. ويرى من نادى بهذا المعيار إلى أن عملية التحكيم وبما تتضمنه من إعطاء مساحه واسعه لحرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق فقد نكون بصدد عدة قوانين تطبق عليها ولذلك هناك قانون يطبق على إجراءات التحكيم وقانون آخر على

اتفاق التحكيم وقانون ثالث على موضوع النزاع. (سلامه، احمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٣٣٦).

ولذلك يرى جانب من الفقه أن عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع اذا لم تستطع هيئة التحكيم استنباط الإرادة الضمنية للأطراف فإن المعيار المناسب لتطبيقه هو قانون البلد الذي يسري على إجراءات التحكيم وسند ذلك بأنه قد تكون هناك علاقة عضوية بين إجراءات التحكيم، وموضوع النزاع لأن من يختار القانون الإجرائي يقصد تطبيق القانون الموضوعي، ولن تطبيق قانون موحد للإجراءات والموضوع يؤدي إلى تحقيق فكرة الاقتصاد في الإسناد وتجنب هيئة التحكيم تقطيع أوصال خصومه التحكيم بين الموضوع والإجراءات. (سلامه، احمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٣٣٦).

وبالرغم من أن هذا المعيار قد يكون وجد تطبيقاً في حكم يتيم باعتبار أن هيئة التحكيم رأّت وجوب توحيد القانون المطبق على الإجراءات والقانون المطبق على الموضوع، إلا أن مؤسسات التحكيم الدولية لم تتبن تطبيق هذا المعيار وذلك لإعطاء مساحة أوسع لحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ولعدم جدوى الطرح الفقهي القائل بأن القانون الذي يطبق على إجراءات النزاع يمكن تطبيقه على موضوعه. (الحواري، أسامه، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١٣٣-١٣٤).

والملاحظ في هذا الرأي أنه يفتقد إلى المبررات القانونية والعملية، سيما وان غالبية هيئات ومراكز التحكيم الدولية لا تطبق إلا القواعد المنظمة للإجراءات لديها والمقررة في لوائحها الخاصة ومنها غرفة التجارة الدولية في باريس حيث ورد في المادة ١/١٥ من نظامها بأنه " تخضع الإجراءات أمام محكمة التحكيم إلى هذا النظام وفي حال إغفاله يخضع سير الإجراءات إلى القواعد التي يحددها الأطراف أو تحددها محكمة التحكيم نفسها إذا توافرت الأطراف عن تحديدها

وذلك استنادا إلى قانون إجرائي وطني يطبق على التحكيم أم لا". (الأحدب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، الكتاب الثالث ، مرجع سابق ، ص ٧٩٣).

أما الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ فقد أشارت في مادتها الرابعة إلى "جواز قيام رئيس غرفة التجارة أو اللجنة الخاصة ببناء على طلب المدعي وغياب اتفاق الأطراف بتحديد القواعد الإجرائية مباشرة أو بالعودة إلى نظام إحدى المؤسسات التحكيمية". (الأحدب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، الكتاب الثالث ، مرجع سابق ، ص ص ٥٦٨ - ٥٧١) .

ه : معيار قانون جنسية المحكم :

فحوى هذا الرأي أن المحكم هو الأقدر على تطبيق القانون على موضوع النزاع، وأن عدم الاتفاق على القانون واختيار المحكم يعني اختيار قانون جنسية المحكم أو الذي يوجد بها محل إقامته كونه الأكثر معرفة بقانون بلده، كما انه يعد النظام المختار ضمناً من الأطراف فاختيار الأطراف لمحكم معين يدل بشكل غير مباشر على رغبة هؤلاء في تطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار . (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٥٧٨).

ولكن هذا الرأي سرعان ما واجه انتقادات كثيرة تتمثل في أن هيئة التحكيم قد تكون من أكثر من جنسية، وبالتالي ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في هذه الحالة، وكذلك قد تكون القوانين المتعلقة بجنسيات المحكمين ليس لها صلة بموضوع النزاع فكيف يرتضي الأطراف تطبيق قانون ليس له صلة بموضوع النزاع ؟ هذا بالإضافة إلى أن المحكم يتوجب عليه أن يكون ملماً بقوانين متعددة لأن ذلك يمثل الحد الأدنى لأن يكون مؤهلاً للتصدي إلى المهام التحكيمية. (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٣).

ويعتبر هذا الرأي من أكثر المعايير التي لاقت انتقاداً، بل إن جانباً كبيراً من الفقه وشرح القانون قد تجاهلوا الإشارة إليه باعتباره معياراً عديم الجدوى ولم يلق تطبيقاً لدى هيئات التحكيم

ومؤسسات التحكيم الدولية من جهة، وباعتبار انه حتى ولن أخذنا بوجهه النظر هذه في التحكيم الحر وفي حالة المحكم الفرد، إلا انه مع ذلك تبقى الفكرة غامضة ويصعب تطبيقها للاعتبارات سألها الذكر من جهة اخرى (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٥٧٨).

وان كان من يعتبر إن هذا المعيار يستند إلى فكرة الإرادة المفترضة لتطبيق قانون البلد الذي يحمل المحكم جنسيته، إلا أن فكرة الإرادة المفترضة بحد ذاتها قد وجدت من ينكرها فالإرادة إما أن تكون موجودة أم لا وبالتالي لا يمكن افتراضها . (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٤).

و : قانون الإقامة والجنسية المشتركة للأطراف :

تبنى هذا الرأي بعض فقهاء القانون ويتضمن أن المحكم يستخدم قواعد التنازع للبلد الذي يحمل الأطراف جنسيته المشتركة أو قانون البلد الذي يقيم فيه الأطراف إقامة مشتركة. ويعتبر هذا الرأي ضعيفاً لأنه يتناقض مع طبيعة التحكيم التجاري الدولي الذي غالباً ما يحمل أطرافه جنسيات مختلفة، ذلك أن اختلاف الجنسية هو ما يجعل الأطراف عادة يلجأون إلى التحكيم التجاري الدولي، فلو كان الأطراف من جنسية واحدة لكان أنسب لهم أن يختاروا تطبيق التحكيم الداخلي لأنه يحقق لهم فوائد أكبر . (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٥٧٩).

وينطبق الأمر ذاته على الإقامة المشتركة للأطراف، ويضاف إليه أن ذلك القانون قد لا يكون على صلة وثيقة بالنزاع، سيما وأن مهمة المحكم تقوم على الاستخدام الأمثل للخروج من دوامة تنازع القوانين ومحاولة الوصول إلى تطبيق القانون الأنسب واحترام توقعات الأطراف وهذا ما أكدت عليه لائحة التحكيم الدولي لغرفة زيورخ التي تحيل في مادتها الرابعة إلى قواعد التنازع في القانون السويسري ما عدا قواعد التنازع للمقر أو للإقامة المعتادة لكل طرف. (الحواري، أسامه،

القواعد القانونية التي يطبقها المحكم، مرجع سابق، ص ١٣٣-١٣٤).

وقد ورد في المادة ٤٥ من قانون التحكيم اليمني " في حال تنازع القوانين وعدم اختيار الاتفاق التحكيمي للقانون الواجب التطبيق، طبق المحكمون قواعد تنازع القوانين اليمنية لتحديد القانون المطبق، وقد جاء في القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ في المادة ٢٣ على ان " القانون اليمني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها " كما نصت المادة ٢٩ من ذات القانون على انه " يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلف موطن كل منهما فالإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد " ويعتبر إحالة قانون التحكيم إلى قواعد التنازع في القانون اليمني مؤشراً على إمكانية اختيار قانون الموطن المشترك. (الثلايا، عبد الكريم احمد محمد، التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه معهدالبحوث والدراسات العربية ، القاهرة، مرجع سابق، ص ص ٦٧-٦٨).

والملاحظ أن هذا المعيار ومعه أغلبية المعايير السابقة هي معايير فقهية في المقام الأول لم تلق موافقة أو ترحيباً في أحكام هيئات التحكيم الدولية، وقد جاءت في وقت مخاض الفقه الدولي الذي كان يتلمس طريقه في تحديد القانون الواجب التطبيق باستثناء معيار مقر التحكيم ومعيار قانون البلد الذي أبرم فيه العقد اللذين لقيتا بعض التطبيقات لدى هيئات التحكيم، وان كان دورهما أيضاً قد بدأ يتضاءل مع بروز التحكيم الطليق والمحاولات الجادة لتطبيق قانون التجارة الدولية الجديد تطبيقاً مباشراً عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ز : تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد الذي تم إبرام العقد فيه:

إذا كانت المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم من الناحية الشكلية تخضع وفقاً للقواعد التقليدية وإسنادها إلى مكان إبرام العقد فإن الجوانب الموضوعية في النزاع التحكيمي لا يمكن إخضاعها بذات السهولة إلى قانون محل إبرام العقد. (الحداد، حفيظة، السيد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ١٧٥).

وقد كان هذا المعيار من أكثر المعايير التي لاقت رواجاً في العقود الدولية وخاصة من جانب القضاء الإنجليزي والقضاء الفرنسي على اعتبار أنه أكثر المعايير تعبيراً عن وجود صلة مع العقد التجاري الدولي. وبالرغم من أن محل إبرام العقد قد يأتي بمحض الصدفة إلا أنه لقي تطبيقات عديدة في أحكام التحكيم.

وقد يكون معقولاً ما سبقت الإشارة إليه في نطاق التجارة التقليدية التي تتطلب أن يجري إبرام العقد مواجهة بين الأطراف، ولكن ومع السرعة المذهلة في مجال التجارة الدولية وشيوع ظاهرة التجارة الإلكترونية أصبحت هناك صعوبات جمة تعترض هذا المعيار فهل مكان الإبرام هو المكان الذي صدر منه الإيجاب أم قانون البلد الذي جرى فيه القبول؟. (الحداد، حفيظة، السيد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص ١٧٦).

وبالرغم من رواج هذا المعيار في أحكام التحكيم إلا أنه قد واجه انتقادات تتمثل في عدم قدرة هذا المعيار على مواكبة العقد الدولي الجديد من جهة، وكون أنه ليس بالضرورة أن يكون قانون محل إبرام العقد معبراً عن مصالح الأطراف، بل أن الأطراف عادة ما يحاولون الهروب من قانون الدولة التي جرى فيها التعاقد من أجل تقليل النفقات التي تفرضها الرسوم، وأن الحديث عن قانون محل إبرام العقد يعبر عن حرص الأطراف على البحث عن قانون يضمن سلامة شروطهم التعاقدية، سيما وأن هذا الحرص لا يثور بشكل عام إلا عند بروز نزاع بين الأطراف

أما عند إبرام العقد فإن الهدف الأساس هو تنفيذ العقد من أطرافه. (الكردي، جمال محمود، القانون

الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص ص١٦٧-١٦٨).

وقد لقي هذا المعيار انتقاداً شديداً لعدم صلاحيته للتحكيم المؤسسي لعدم وجود قوانين موضوعية في هيئات التحكيم المنتظمة، ولأنه يؤدي بالنتيجة إلى حلقة مفرغة، إذ يتعين على هيئة التحكيم البحث أولاً عن الطريقة التي تتحدد على أساسها المحكمة التي كان من المفروض أن تتصدى للفصل في النزاع في حال عدم وجود شرط أو اتفاق تحكيم ثم يطبق قانون المحكمة ليصل من خلاله إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. (الكردي، جمال محمود، القانون الواجب

التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص ص١٦٧-١٦٨).

٥ : حلول فقهية للخروج من أزمة تنازع القوانين

لقد أوضحنا فيما سبق أن المحكم، قد يلجأ إلى معايير أخرى عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، أو عند عجز المحكم عن استنباط الإرادة الضمنية للأطراف، وعندها قد يلجأ إلى قانون بلد إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة للأطراف أو مقر التحكيم أو غيرها، ووصلنا إلى نتيجة مؤداها أن هذه المعايير تعرضت إلى الانتقاد من الفقه لاعتبارات كثيرة، منها أنه قد يتضارب الإسناد في النزاع الواحد، فنكون بصدد قواعد متعددة للتطبيق تزيد مهمة هيئة التحكيم صعوبة، وأن أعمال قواعد التنازع واعتماد هذه المعايير لا تلائم طبيعة التجارة الدولية الحديثة، التي تتعدد فيها الجنسيات والعناصر وتتعدد فيها الشروط، وتحتاج إلى معايير تسهم في سرعة الحسم في القضايا المتنازع عليها، وأن القواعد التي يضعها المشرعون الوطنيون لا تلائم العقود الدولية، سيما بعد أن فشلت المحاولات في توحيد

قواعد الإسناد. (صادق، هشام، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص ٤٥ - ٤٦).

ولكل ما تقدم برزت محاولات فقهية جديدة من خلال نظريات تحاول الهروب من قواعد التنازع، نجحت أحياناً وفشلت في أحيان أخرى، ومن هذه النظريات نظرية التركيز الموضوعي، ونظرية الأداء المميز، ونظرية القانون المناسب للعقد، والقواعد الجامعة لقواعد القانون الدولي الخاص، والمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

أ : نظرية التركيز الموضوعي :

وفقاً لهذه النظرية يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق حسب المكان الذي تتركز فيه المصالح الجوهرية للمتعاقدين، وهي في الغالب مكان تنفيذ العقد، وقد تبني الفقيه سافيني هذه النظرية عندما اعتبر البحث عن القانون الواجب التطبيق بمثابة البحث عن السببية، وهي تتمثل في العلاقة المتصلة بالعقد وغالباً ما تكون محل التنفيذ.

ويلاحظ أن هذه النظرية تمنح المحكم حرية واسعة في البحث عن أكثر الروابط اتصالاً بموضوع النزاع، وهو محل التعاقد في هذه الحالة. وقد تبني المشرع المصري هذه النظرية عندما قرر أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق يسري على الالتزامات قانون الموطن المشترك للأطراف فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي جرى فيها التعاقد. (صادق، هشام، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص ٤٥-٤٦).

وعندما تتعدم الإرادة الصريحة للأطراف حول اختيار قانون العقد، ويصبح من الصعب الكشف عن الإرادة الضمنية، لا يجوز للمحكم أن يسارع في تطبيق قانونه الوطني، مثلما تسمح بذلك النظم القانونية الانجلوسكسونية، على أساس افتراض تماثل أحكام القانون الأجنبي مع أحكام قانون القاضي، ولا يجوز أن يرفض الفصل في النزاع، وإنما يتوجب أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد، وفي اجتهاده يبحث القاضي عن القانون الذي يرتبط به العقد على نحو وثيق وجدي، وهو ما جاء في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المادة ١/٤ التي ورد فيها " في الحدود التي لم

يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق... فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً"، وهو الحكم الذي نقله القانون الدولي الخاص الألماني والسويسري، حيث يلجأ القاضي إلى توطين أو تركيز العقد في دولة معينة ينتج فيها العقد أثره، وهذا هو مجال نظرية التركيز الموضوعي . (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ص ١١٠١-١١٠٢).

والميزة في فكرة التركيز الموضوعي أنها تتجنب جمود ضوابط الإسناد التقليدية، وتمكن المتعاقدين من التوقع المسبق للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رغم السكوت عن اختياره صراحة أو ضمناً، (جمال الدين، صلاح الدين، القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص ٢٩٣) ويرى جانب من الفقه، إن هذا الحل له مزايا تكمن في انه يعطي حلاً قانونياً يتبعه المحكم، ويحصنه من الانجرار وراء الإرادة المفترضة للأطراف، (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ١١٠٣).

ويلاحظ على هذه النظرية أنها تحمل ذات مساوئ المعايير التقليدية، فهي تعيدنا إلى معيار محل إبرام العقد عند عدم إيجاد موطن متعاقدين، بل أكثر من ذلك فهي تضع هيئة التحكيم أمام خيارين لا ثالث لهما، وتغلق الطريق أمام المحكم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، على إن فكرة التركيز الموضوعي والبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة تترك مجالاً كبيراً لاجتهاد القاضي وتقديره، الأمر الذي يخشى معه الخطأ أو التجاوز، ولذلك تلجأ التشريعات الوطنية إلى إيراد ضوابط يلتزم القاضي بتطبيقها ومراعاتها، هذا بالإضافة إلى أن القانون المختار من قبل الأطراف يبقى محتفظاً بصفته القانونية - ولا يعامل كشروط تعاقدية - وأعمال ذلك القانون وفقاً للحالة التي هو عليها، (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص ٢٤٥ - ٢٤٦).

ب : نظرية الأداء المميز في العقد :

تبنى هذه النظرية الفقيه شنايتزر، وتقوم فكرتها على أن يكون تحديد القانون الواجب التطبيق لكل عقد، على أساس تحديد أهم الأداءات الرئيسية لكل عقد، وقد تختلف تلك الاداءات الرئيسية من عقد إلى آخر، وتسهم إلى حد بعيد في التخلص من عنصر المكان برابط أساسي من الروابط المتصلة بالنزاع المطروح.

وقد تبني القانون المدني السويسري هذه النظرية بقوله، "يسري على العقد في حال غياب اختيار قانون الدولة التي بها روابط أكثر وثوقاً، وتتوافر تلك الروابط مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الواجب عليه تقديم الأداء المميز"، (عبد المجيد، منير، التنظيم القانوني في التحكيم، مرجع سابق، ص ١٩١).

وجاء في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ "في حال انعدام الاختيار الصريح للأطراف يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً، وتتوافر تلك الروابط مع البلد الذي يقيم فيه عادة وقت إبرام العقد الطرف الذي يقدم الأداء المميز"، وهو نص تم نقله من القانون الدولي الخاص الألماني، وكذلك اخذ بتلك الفكرة القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ ، وكذلك جاء في القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ في المادة ٢٩ على انه " إذا لم يستطع تحديد القانون الواجب التطبيق يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية"، ويتم تحديد الأداء المميز عند إبرام العقد، ويرى الفقه أن هذه النظرية تحقق الأمان القانوني دون فقدان المرونة المطلوبة في الإسناد، ذلك أن تطبيق النظرية سيؤدي غالباً إلى تطبيق قانون لا يخرج عن توقعات الأطراف. (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين مرجع سابق، ص ص ١١٠٤-١١٠٦).

وغالباً ما يسهل تحديد الأداء المميز ويتمثل في محل إقامة المدين لسهولة تحديده، 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 إلى قانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية، ويخضع عقد المحامي مع موكله إلى قانون الدولة التي يباشر فيها نشاطه المهني، (عوض، علي جمال الدين، الأعمادات المستندية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٣٧، وكذلك صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ١٩٩٥، ص ٤٥٤).

ولضوابط الإسناد دور في تحديد وتشخيص فكرة الأداء المميز في العقد، فمن ناحية محل الإبرام، فإنه من أول الضوابط التي وافقت لتنظيم العقود الدولية منذ نظرية الأحوال الايطالية، وبالرغم من أهمية هذا المعيار إلا انه لا يلبي متطلبات التعاقد بين غائبين، وهو ضابط عرضي وفجائي يعتمد على الملاءمات التي يقدرها الأطراف، وبخصوص عقد الوكالة فإن الوكيل هو صاحب الأداء المميز. (سلامه، احمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ص ١١٠٥-١٠٠٨).

ج : التطبيق الجامع لقواعد القانون الدولي الخاص :

قد تتبع هيئة التحكيم طريقاً آخر غير نظرية التركيز الموضوعي أو الأداء المميز في العقد، ولذلك فقد أوجد الفقه وأحكام التحكيم طريقة أخرى هي طريقة التطبيق الجامع لأنظمة وقواعد القانون الدولي الخاص، ومعناه اتجاه هيئة التحكيم نحو فحص قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية التي لها صلة بالنزاع المطروح أمامه حتى تجمع على قانون وطني معين تقوم بتطبيقه. وقد برز اتجاهان في شأن تحديد هيئة التحكيم لأنظمة التنازع المرتبطة بالنزاع.

الاتجاه الأول: وفيه تقتصر هيئة التحكيم على التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين في الدول التي لها صلة بالعقد موضوع النزاع، باستثناء تلك النافذة في دولة مقر التحكيم (الكردي، جمال محمد القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٨٢).

وقد جاء في أحد أحكام التحكيم الصادرة في باريس عام ١٩٨٦ في القضية رقم ٥١١٨، حيث فحصت محكمة التحكيم التي اتخذت من باريس مقرا لها قاعدة الإسناد التونسية، فوجدت أنها تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي، ثم تطرقت إلى قاعدة الإسناد الإيطالية، فوجدت أنها تؤدي إلى نفس النتيجة، حيث تنص على تطبيق قانون البائع وقانون مكان إبرام العقد، وكانت تونس وإيطاليا هما الدولتان المرتبطتان بالنزاع، وبالتالي فلم يكن للنزاع من ضوابط الإسناد سوى مع هاتين الدولتين، دون الإشارة إلى ما تقضي به قواعد الإسناد في البلد مقر التحكيم، أي قواعد الإسناد الفرنسية. (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقد البترول، مرجع سابق، ص ٥٩٠-٥٩١).

أما الاتجاه الثاني: فيرى فيه هيئة التحكيم ضرورة وجود تطابق بين قواعد التنازع في الدول المرتبطة بالنزاع وتلك النافذة في دولة مقر التحكيم، ومن الأحكام التحكيمية الصادرة بهذا الخصوص الحكم الذي صدر عام ١٩٨٧، في القضية رقم ٤٣٣٠ في النزاع الذي ثار بين شركة تحمل جنسية دولة جنوب إفريقيا وأخرى تحمل جنسية دولة ألمانيا، واتخذت محكمة التحكيم من باريس مقرا لها، وعندما فحصت هيئة التحكيم انظمه تنازع الدول الثلاث ألمانيا وجنوب إفريقيا وفرنسا تبين أنها تؤدي إلى ذات النتيجة وهي تطبيق القانون الفرنسي، (الكردي، جمال محمود، القانون الدولي الواجب التطبيق على دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٨٣-١٨٤).

وقد تستخدم هيئة التحكيم هذه الطريقة، حتى وإن ترتب عليها تطبيق قانون داخلي واحد، وذلك من أجل اختيار قاعدة تنازع القوانين الملائمة من بين قواعد تنازع القوانين المرتبطة بموضوع النزاع. وفي هذا الصدد نذكر حكم التحكيم الصادر عام ١٩٨٥، بين شركة إيطالية وأحد فروعها

في فرنسا، واتخذت هيئة التحكيم من سويسرا مقراً لها، وقد تبين لهيئة التحكيم وجود قاعدتين للتنازع، إيطالية باعتبارها مكان إبرام العقد، وفرنسية باعتبارها مكان التنفيذ، ومن أجل اختيار القاعدة الملائمة، فقد قررت هيئة التحكيم تطبيق قاعدة التنازع الأكثر ملاءمة في القضية، وهي تلك التي تسند العقد إلى قانون الدولة محل التنفيذ، باعتبار ذلك الأداء المميز للعقد، وقررت تطبيق القانون الفرنسي. (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٥٩٤).

ثانياً: تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع

تحدثنا سابقاً عن تطبيق هيئة التحكيم لقانون وطني من خلال أعمال قاعدة تنازع القوانين، وتطرقنا إلى مفهوم التنازع وتعريفه وشروطه ونطاقه، وقلنا أن هناك معايير تقليدية فقهية للخروج من أزمة تنازع القوانين، أثبتت معظمها عدم جدواها من خلال أحكام التحكيم، ومنها من لقي تطبيقاً بعض الشيء في أحكام التحكيم، كمعيار مقر التحكيم ومعيار محل إبرام العقد، وأشرنا إلى بعض المحاولات الفقهية للخروج من أزمة تنازع القوانين والتي نادي بها الفقه الغربي ومنها نظرية التركيز الموضوعي ونظرية الأداء المميز في العقد وغيرها، (الرفاعي، اشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٥ وما بعدها).

وكل المحاولات السابقة قد أسست لإعطاء هيئة التحكيم دوراً مباشراً في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق أو عند عدم استطاعة هيئة التحكيم استنباط الإرادة الضمنية للأطراف.

وإذا كانت التشريعات والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، قد تقاربت في إعطاء هيئة التحكيم دوراً مباشراً في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب اتفاق الأطراف من خلال قواعد موحدة، إلا أنها تفاوتت في مدى تلك الصلاحية، فمنها من أعطى هيئة التحكيم صلاحية تطبيق القواعد القانونية الموضوعية بشكل مباشر، وفقاً لنظرية الطريق المباشر،

ومنها من أعطت هيئة التحكيم اختيار قواعد التنازع التي تراها ملائمة، ولكنها متى حددت تلك القواعد فإنها ملزمة بتطبيق القواعد الموضوعية التي ترشد إليها قواعد التنازع، (راشد، سامية، التحكيم في إطار المركز الأفريقي بالقاهرة، ١٩٨٦، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١١٩).

ويعتبر الفقه الأمريكي السباق في الإشارة إلى نظرية الطريق المباشر، وطبقها هيئات التحكيم في جملة من المنازعات المعروضة عليها، ولذلك سنقوم بمعالجة تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع من خلال، التمهيد لذلك بالتطرق إلى الجوانب الفقهية وأحكام التحكيم ونظرية الطريق المباشر والدعامات التي تقوم عليها، واتجاهات القضاء وأحكام التحكيم في تحديد ضوابط القانون الأنسب أو الأكثر ملائمة أو الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، (الفاقي، عاطف محمد، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ٤٩٣).

ولكن يتوجب التفرقة بين الأساس الفقهي الذي تقوم عليه نظرية الطريق المباشر، والتي تقوم على افتراض تطبيق هيئة التحكيم لقانون مقر التحكيم دون تفويض، وبين استناد هيئة التحكيم في تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع إلى تفويض تشريعي، ولذلك نجد أنه قد ورد في قواعد تحكيم اليونسترال في المادة ٢٨ فقرة ٢، بأنه تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي يعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق في الدعوى، (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص ٦١٣ وكذلك الفاقي، عاطف محمد، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ٤٩٣).

ونلاحظ هنا أن الاتفاقية أعطت هيئة التحكيم صلاحية في اختيار قواعد التنازع، وليس في اختيار القواعد الموضوعية، وهنا نتساءل هل يعتبر ذلك طريقاً غير مباشر للتطبيق المباشر للقواعد القانونية الموضوعية، سيما وأن هيئة التحكيم عندما تحدد قواعد التنازع فهي تكون على علم

بما هي أو ما هي عليه القواعد الموضوعية التي سترشد إليها قواعد التنازع. وعليه فسنعالج تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع من خلال خمسة بنود:

١ : الاتجاه الحديث واستخدام أسلوب الطريق المباشر.

٢ : موقف المعاهدات الدولية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملائمة.

٣ : موقف مراكز التحكيم الدولية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملائمة.

٤ : موقف التشريعات الوطنية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملائمة.

٥ : ضوابط تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع.

١ : الاتجاه الحديث واستخدام هيئة التحكيم لأسلوب الطريق المباشر

ظهر هذا الاتجاه بهدف التحرر من تطبيق القوانين الوطنية، لتخفيف عبء المنازعات وتلبية متطلبات التجارة الدولية، ويعتمد على مبدئين هما، مبدأ غيبة شريعة القاضي، ومبدأ حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق. فعندما يقوم القاضي الوطني بمهامه، وعند وجود عنصر أجنبي يقوم بدراسة نظام تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق، وهو ما يطلق عليه شريعة القاضي، وبالتالي فإذا رضيت الدولة بانعقاد التحكيم على أرضها، وتقوم بوضع سلطاتها في مساعدة هيئة التحكيم، فإنه يعد ذلك تنازلاً منها عن تطبيق قانونها فيصبح المحكم بلا شريعة ولا يحق للدولة أن تراجع حكمه إلا إذا كان مخالفاً للنظام العام.

ويمكن اعتبار هذه النظرية تطويراً لمعيار تطبيق قانون دولة مقر التحكيم، حيث يتوجب هناك على المحكم أن يبحث في قواعد التنازع، في حين أنه وفقاً لهذه النظرية فإن المحكم غير ملزم بتطبيق تلك القواعد وله الحق في استخدام نظرية التطبيق المباشر، وإن كانت هناك آراء حول مدى تلك الحرية، فثمة رأي يقول أن المحكم مقيد باتفاق التحكيم حيث يلتزم باختيارات الأطراف ما دامت غير مخالفة للنظام العام.

إلا أن هناك رأياً آخر يعطي المحكم حرية مطلقة، استناداً إلى أن الأطراف حينما لم يحددوا القانون الواجب التطبيق، فإنهم ارتضوا إعطاء هيئة التحكيم الحق في اختيار القانون الذي يراه مناسباً، ويستند هؤلاء إلى المادة ١٤٧٧ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الذي يرى "في غيبة اختيار الأطراف للقانون، يطبق المحكم القواعد التي يراها مناسبة"، (خليفة، عمرو محمد إبراهيم، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٢١٥-٢٢١).

وتقوم نظرية الطريق المباشر على قيام هيئة التحكيم، باستخدام أقصر الطرق لتحديد القانون الواجب التطبيق بعيداً عن قواعد التنازع، من خلال خلق قواعد مستقلة عن الأنظمة القانونية الوطنية وقواعد تنازع القوانين. وقد سارت غرفة التجارة الدولية على هذا المنهج في كثير من أحكامها، واتخذت اتجاهين الأول يتمثل في الاتجاه الصحيح من خلال إجراء مقارنة بين القواعد القانونية الموضوعية والعناصر المتصلة بالنزاع للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد لاقى هذا الاتجاه رواجاً كبيراً في أحكام التحكيم الدولي. (الفاقي، عاطف محمد، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ٤٩١).

أما الاتجاه الآخر، والمتمثل في التطبيق الضمني لأسلوب الطريق المباشر من خلال هيئة التحكيم، وذلك بتطبيق النظرية واختيار قانون موضوعي مباشر دون إعطاء مبرراً لتطبيق قواعد التنازع، ولذلك تنصب مهمة المحكم وفقاً لهذه النظرية لتحديد القواعد القانونية الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة دون الحاجة إلى استخدام قواعد التنازع، وإنما استخدام القواعد الملائمة، (خليفة، عمرو محمد إبراهيم، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٢١٧-٢١٩).

ويعتبر القانون الفرنسي أول من اعتمد نظرية الطريق المباشر، وفقاً لنص المادة ١٤٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي التي تنص على أنه "يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية

المختارة من قبل الأطراف، وفي حالة تخلف هذا الاختيار يفصل وفقاً للقواعد التي يقدر أنه من المناسب تطبيقها، وتراعى في جميع الأحوال الأعراف التجارية" وهذا النهج طبقه القانون الألماني

الصادر ١٩٩٨ بنص مشابهه.(الفاقي، عاطف محمد، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ٤٩١).

وقد وجدت نظرية التطبيق المباشر تطبيقاً واسعاً في أحكام التحكيم، من خلال مبادئ القانون الدولي والقوانين الوطنية وقانون التجارة، ففي مجال التطبيق المباشر للقانون الدولي، نجد أن هيئات التحكيم قد شرعت في تطبيق القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون، فقد ورد في اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير وبالذات في المادة ٤٢ على أنه "في حال انعدم الاتفاق بين الأطراف تطبق هيئة التحكيم القانون الدولي".

إلا أن هذا النص قد أثار لبساً وغموضاً يجافي مفهوم التطبيق المباشر، فهل تعتبر مبادئ القانون الدولي مصدراً احتياطياً في ظل جواز تطبيق القوانين وفقاً لهذا النص، سيما وإن هذا النص يخالف الاتفاقيات الدولية؟، وبالتالي فإن بقي النص على حاله يبقى اللبس والغموض يحيطان في مفهومه، ويلقي بظلال من الشك على مدى انطباقه على مفهوم نظرية التطبيق المباشر.

وقد جرت تطبيقات لنظرية الطريق المباشر على القوانين الوطنية، دون الالتفات إلى قواعد تنازع القوانين، ودون الإشارة إليها في حكم التحكيم، حيث يمكن للأطراف التنبؤ بالقانون الذي يطبقه المحكم، ولكن ما يزال الجدل قائماً حول توقعات الأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق، وأن كان ذلك يوافق التوقعات من حيث النتائج، كالقواعد المتعلقة بسعر الفائدة وتحمل التبعة.

ولكن ما هو الحل إذا تضمن اتفاق التحكيم شرطاً يجبر المحكم على استخدام قواعد تنازع القوانين؟، وهنا يرى البعض أن المحكم في هذه الحالة يطبق القانون الوطني مباشرة، ولم تكثف نظرية التطبيق المباشر بإمكانية تطبيقها على القانون الدولي والقوانين الوطنية، بل تعدت ذلك إلى قانون التجارة وخاصة مع تطور العقود الدولية (Lex Mercatoria) ويتكون " القانون

الدولي للتجارة" من أعراف التجارة وعاداتها والعقود النموذجية والمبادئ العامة للقانون والعهود والمواثيق الدولية.

وقد لاقى تطبيق قانون التجارة رواجاً كبيراً، وسعى إليه الفقه الغربي بحماس، لأنه بموجب هذا القانون تصبح هيئة التحكيم غير ملزمة بأي قانون وطني، وقد وجدت هذه الفكرة تطبيقاً تعدى مستوى الفقه إلى هيئات التحكيم الدولية، ومنها غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في الدعوى رقم ٤١٣٢٠ عام ١٩٨٣، والمتعلقة بنزاع بين شركة كورية وأخرى أجنبية بمناسبة عقود توريد، حيث قررت محكمة التحكيم تطبيق القانون الكوري، وعللت ذلك بأن الجزء الأكبر من العقود سيتم تنفيذه في كوريا، وذلك دون استخدام قواعد التنازع. (خليفة، عمرو محمد إبراهيم، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٢٢١ - ٢٢٤).

ويتساءل الفقه: هل تعتبر نظرية الطريق المباشر مجرد منهج جديد للتنازع؟ ويجب بعضهم عنه، بأنه مجرد أسلوب لمواجهة منهج التنازع، ولكن ما يميز هذه النظرية، أنها تتجه بشكل مباشر لاختيار القاعدة، بعكس المنهج المادي الذي يفرض نفسه على هيئة التحكيم، ويرى فريق آخر أن أسلوب الطريق المباشر هو النموذج لتطبيق قواعد التنازع الدولية، لأن المحكم حينما يلجأ إليه لا يستخدم سلطة التحكيم بل يكفيه الاسترشاد به وبمجموعه من السوابق التحكيمية والمبادئ العامة للقانون، ويرى فريق ثالث أن استخدام المحكم لأسلوب الطريق المباشر، هو مجرد رخصة للمحكم يستطيع باستخدامه لها، القيام بتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع بشكل مباشر، دون اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، وبالتالي لا يصبح الطريق المباشر منهجاً للتنازع، (خليفة، عمرو محمد إبراهيم، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٢٢١ - ٢٢٦).

٢ : موقف المعاهدات الدولية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملاءمة

لم تأخذ الاتفاقيات الدولية موقفاً موحداً، بخصوص موقف هيئات التحكيم من استخدام طرق البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد ورد في الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف لعام ١٩٦١ في المادة ٧ "أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكمين تطبيقه بصدد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة في هذا الصدد، وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف الجارية، وقد منحت الاتفاقية صلاحية واسعة للأطراف في اختيار الحقوق والموجبات القانونية، فالنص الفرنسي يشير إلى لفظ الحق وليس القانون (كوجان، احمد، التحكيم في عقود الأستثمار، منشورات زين، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٣٨).

وقد أوجد هذا النص خلافاً فقهيّاً حول ماهية قواعد تنازع القوانين المناسبة، وما هو المعيار لاعتبارها مناسبة؟ فرأى اتجاه أول، أنها قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولة مقر التحكيم وخاصة لأنها تعد مناسبة لكونها أكثر قرباً بالنزاع المطروح، وقد تكون تلك الدولة هي التي سيجري فيها تنفيذ التحكيم وهو ثمرة عملية التحكيم، إلا أن الاتجاه الثاني وهو الأرجح يرى ان المحكم يستخدم قواعد تنازع القوانين التي يراها مناسبة لحل النزاع المعروض عليه، ولا يعني هذا التناسب أن يتفق مع دولة المقر، فكثيراً ما يكون غير مناسب مع النزاع المعروض على المحكم لعدم اتصاله به، ولذلك يكون للمحكم اختيار القانون المناسب للنزاع المطروح عليه دون التزام بقاعدة تنازع القوانين التي يعرضها عليه قانون دولة المقر وهذا الاتجاه يتميز بفتح باب الاجتهاد، وللمحكمين

الوصول إليه دون اشتراط التوافق مع دولة المقر،(خليفة، عمرو محمد إبراهيم، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ص ٢٢٩-٢٣٠).

وتنص المادة ٤٢ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار الموقعه عام ١٩٦٥ في واشنطن على أنه " في حال عدم اتفاق الأطراف، تقوم هيئة التحكيم بتطبيق قانون هذه الدولة، وكذلك مبادئ القانون الدولي . (كوجان،لما احمد،التحكيم في عقود الأستثمار،مرجع سابق،ص ٢١٧).

ويلاحظ وضوح نص اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار الذي يوجه المحكم في حالة عدم اختيار أطراف النزاع لقانون معين ليطبق على موضوع النزاع،وذلك بتطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع والذي يشمل تطبيق قواعد تنازع القوانين لتلك الدولة.(إبراهيم، إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٧١).

وإن كان هناك اتجاه فقهي يرى، أن المشاركين في وضع هذا النص قد أصابوا في تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد، نظراً لأن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب، دائماً ما تستمد قوتها الإلزامية من النظام القانوني الوطني للدولة الطرف في العلاقة العقدية، إلا أن هذا الاتجاه يبرر الأسباب في وضع قواعد تنازع القوانين للدولة الطرف في النزاع لهيئة التحكيم لتطبيقها، للوصول إلى القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك لإمكانية تطبيق هيئة التحكيم لقانون أجنبي في النزاع الذي تكون الدولة طرفاً فيه، وهذا ما يسمى بالاتجاه الذي يسعى إلى هروب المتعاملين مع الدولة من الخضوع إلى قانونها بحجة تدويل العقد وعدم تطبيق القانون الوطني، (خليفة، عمرو محمد إبراهيم، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق،ص ٢٣١ وما بعدها).

وقد ورد في مضمون نص المادة ٤٢ من الاتفاقية قيد على سلطة المحكم، مضمونه الالتزام بقواعد القوانين للبلد الطرف في النزاع المعروض عليه، وبالتالي لا يمكن لهيئة التحكيم استخدام

أي أسلوب آخر للوصول إلى القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، (كوجان، لما احمد، التحكيم في

عقود الأستثمار، مرجع سابق، ص ١٤٠-١٤٩).

وقد كان لاتفاقية روما التي نظمت المسائل التي تحكم العلاقات العقدية الدولية الموقعة عام ١٩٨٠، والتي جاء نص فيها توجيهاً للمحكم في حالة عدم اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع الناشئ عن العلاقة العقدية وهو أن يطبق قانون محل العقد أو قانون محل تنفيذ العقد، وهذا يؤكد أيضاً أن الاتفاقية ورغم حداثها الا انها ما تزال متمسكة باستخدام قواعد تنازع القوانين في حالة عدم وجود اختيار صريح من أطراف قانون محل العقد أو قانون محل تنفيذ العقد، ولقد تفادى القانون النموذجي لعام ١٩٨٥، والذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الإشارة إلى قواعد الإسناد في الدولة التي تطبق قانونها، وذلك في المادة ٢٨ والتي جاء نصها :-

١. تفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفقاً لقواعد القانون التي يختار من الطرفين بوصفها واجبة التطبيق في موضوع النزاع، وأن اختيار قانون دولة يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعدا الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

٢. " إذا لم يحدد الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد

تنازع القوانين، التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق"، (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة

الدولية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦، ص ٥٤٣).

ويلاحظ أن النص السابق يحمل اتجاهاً واضحاً، في كيفية تصدي هيئة التحكيم إلى القانون

الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في حالة عدم الاختيار الصريح للقانون الذي ينطبق على

موضوع النزاع، بوجود استخدام قواعد تنازع القوانين"، (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة

الدولية، مرجع سابق، ص ٥٤٣).

وكذلك فقد جاء في اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ في المادة ٢١ بأنه

"١- تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد، وإلا فوفق القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع، على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة. (الأحدب ، عبد الحميد ، موسوعة التحكيم ، ج ٣ ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢)

والملاحظ أن الاتفاقية قد تطرقت إلى تطبيق شروط العقد وأحكام القانون المتفق عليه بين الأطراف، وفي حال غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، أعطت الاتفاقية لهيئة التحكيم صلاحية تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع وفقاً لمعايير موضوعية وليست شخصية، وهيئة التحكيم لها صلاحية واسعة في تحديد ضوابط هذا المعيار"، (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٠٣٠).

وقد ورد في اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لعام ١٩٧٤ والموقعة من الأردن والسودان وسوريا والعراق ومصر والكويت واليمن في المادة ١٦ بأنه:-

(أ) تفصل المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد التي نصت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التي يقررها المجلس، وفي حال عدم وجود نص فيما سبق، تطبق المحكمة قانون الدولة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها، وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي.

(ب) لا يجوز للمحكمة أن تمتنع عن النظر في الدعوى، أو إصدار حكم ينهي النزاع بحجة سكوت القانون أو غموضه.

لا تمنح الفقرتان السابقتان المحكمة الفصل في النزاع بما تراه مناسباً دون التقيد بأحكام قانون الدولة المضيفة، إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك". (الأحدب ، عبد الحميد ، موسوعة التحكيم ، ج ٣ ، مرجع سابق ، ص ٣٦٤).

وتجدر الملاحظة هنا، أن الاتفاقية قد رفضت رفضاً قاطعاً التطبيق المباشر للقواعد القانونية في حال عدم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع، وهو نهج خالفت فيه الكثير من اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي وأحكام التحكيم، بل أكثر من ذلك، فهي لم تشر إلى حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجب التطبيق إلا على استحياء وفي نهاية الفقرة الثالثة.

وقد جاء في قواعد تحكيم اليونسترال على أنه في المادة ٢٨ ١ ٢ "١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى أنها واجبة التطبيق في الدعوى". (الأحدب ، عبد الحميد ، موسوعة التحكيم ، ج ٣ ، مرجع سابق ، ص ٦١٣).

٣ : موقف هيئات ومراكز التحكيم الدولية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملائمة

لقد اتفقت لوائح ومراكز التحكيم الدولية إثر المعاهدات الدولية على إعطاء هيئة التحكيم سلطة واسعة، وإذا كانت معظم مراكز التحكيم الدولية تشترط تطبيق أنظمتها عند اتفاق الأطراف على إحالة التحكيم إليها، فإنه وبالرجوع إلى نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي L.C.I.A في المادة ٢/٢٢ " تحسم المحكمة التحكيمية النزاع بناء على القانون، أو قواعد القانون

التي اختار الأطراف تطبيقها على أساس النزاع، وإذا رأت المحكمة التحكيمية أن الأطراف لم يشيروا إلى هذا الخيار، تطبق القانون الذي تراه مناسباً.

وبالتدقيق في النص الوارد أعلاه، يبدو واضحاً أن واضعي قواعد محكمة لندن للتحكيم، قد أطلقوا يد هيئة التحكيم في اختيار القواعد القانونية الواجب التطبيق بالأسلوب المباشر، ووفقاً للنزاع المطروح أمامها ورؤيتها في هذا النزاع، وبالطريقة التي تراها مناسبة، وأن هيئة التحكيم غير ملزمة باستخدام قواعد التنازع بل تقوم باختيار القواعد القانونية التي تراها مناسبة بشكل مباشر.

أما قواعد التحكيم للمنظمة العالمية للملكية الفكرية "الويبو"، فقد أشارت في المادة ٥٩ على أنه "تبت محكمة التحكيم في موضوع النزاع وفقاً لما اختاره الطرفان من قانون وقواعد قانونية، ويفسر كل تعيين لقانون دولة ما على أنه يشير مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعدهما بشأن تنازع القوانين ما لم يتم التعبير خلاف ذلك، وإذا تخلف لطرفان عن الاختيار، وجب على محكمة التحكيم أن تطبق القانون أو القواعد القانونية مما تعتبره مناسباً، مع مراعاة شروط العقد والأعراف الجارية". وفي قواعد الهيئة الأمريكية للتحكيم A.A.A جاء في المادة ٢٩ بأنه "تطبق المحكمة التحكيمية على موضوع النزاع القانون أو القوانين التي عينها الأطراف لتسري على النزاع فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون وجب أن تطبق المحكمة التحكيمية القانون أو القوانين التي ترى أنها واجبة التطبيق"... (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، ج ٣، مرجع سابق ص ٩١٣).

وعلى ذات الاتجاه، سارت أحكام نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية I.C.C وتعديلاتها لعام ١٩٩٨، حيث جاء في المادة ١٧ "للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجبة على محكمة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع، فإذا لم يتفقوا على ذلك طبقت محكمة التحكيم القواعد التي تراها ملائمة" (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٥٤٥).

ونجد هنا، أن النصوص الواردة أعلاه تؤكد على منهج التطبيق المباشر للقواعد القانونية من قبل هيئة التحكيم، وهي محاولة جادة وموفقة نحو التخلص من قواعد تنازع القوانين، التي قد تؤدي إلى تطبيق قانون ليس له صلة بموضوع النزاع، أو قاصراً عن تناول أحكامه ومتطلباته.

وقد جاء في القواعد السويسرية للتحكيم الدولي (نظام التحكيم الدولي لغرف بازل، بيرن، جنيف، تسينو، فود، زيورخ) وذلك في المادة ١/٣٣ "تقضي هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، فإذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية الأقرب صلة بالنزاع" .. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، ج ٣، مرجع سابق ص ٨٧٥).

أما نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فقد جاءت في المادة ٣٣ منه، موافقة قواعد تحكيم اليونسترال فنصت " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق في الدعوى".

وكذلك جاء في نظام تحكيم مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي G.C.C في المادة ٢٩ " تفصل الهيئة في النزاع طبقاً لما يلي:- (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، ج ٣، مرجع سابق ص ٤٦٥)..

١. العقد المبرم بين الطرفين، وأي اتفاق لاحق بينهما.

٢. القانون الذي يختاره الطرفان.

٣. القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، وفق قواعد تنازع القوانين التي تراها الهيئة مناسبة.

٤. الأعراف التجارية المحلية والدولية.

ومن خلال استعراض أنظمة ولوائح مراكز التحكيم الدولية نلاحظ، أن مراكز التحكيم في الدول الغربية قد اقتربت أكثر من مفهوم التحكيم الطليق، من خلال إعطاء هيئة التحكيم صلاحية تطبيق القواعد القانونية بما تتضمنه من قواعد وأعراف ومبادئ القانون الدولي والعادات التجارية الدولية مباشرة على النزاع.

أما مراكز التحكيم العربية، فإنها وإن كانت قد خطت خطوة في الاتجاه المطلوب، من خلال إعطاء هيئة التحكيم صلاحية تحديد قواعد التنازع التي تراها ملائمة أو مناسبة، فإنها تكون قد اقتربت من اختيار القواعد الموضوعية مباشرة، لأن اختيار قواعد التنازع يعطي هيئة التحكيم رؤية مسبقة للقواعد الموضوعية التي سترشد إليها قواعد التنازع، سيما وأن التشريعات الوطنية قد أضحيت تعدل في تشريعاتها، بما يجعلها تحاول التخلص من قسوة النصوص الجامدة، والتخليق نحو أفق التجارة الدولية وقواعدها الموضوعية المنسجمة مع متطلباتها.

٤ : موقف التشريعات الوطنية من سلطة هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الملائمة

لقد تباينت التشريعات الوطنية في مدى السلطة أو الصلاحية الممنوحة لهيئة التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الدولي الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وخاصة تلك التشريعات المرتبطة بالاقتصاد الحر، والتي تم إقرارها في العقدين الماضيين، سيما وأن تلك التشريعات التي أعطت هيئة التحكيم صلاحية واسعة لتطبيق القواعد القانونية الملائمة، إنما أنتهجت الأسلوب المباشر في التطبيق، بعيداً عن العوائق التي تثيرها قواعد تنازع القوانين، والحلول الشائكة التي تقدمها في العادة.

فقد جاء في قانون التحكيم الأردني في المادة ٣٦ "أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبع

القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين. ب- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم الأردني، أن التطور الكبير الذي شهدته المملكة في العلاقات التجارية الداخلية والخارجية، أدى إلى إعداد مشروع جديد للتحكيم، يستند إلى القانون النموذجي للتحكيم الدولي لعام ١٩٨٥.

وقد وجدت اللجنة، أن قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ هو أقرب إلى القانون النموذجي من جهة البنية التشريعية الأردنية، ومن جهة أخرى فقد عمدت اللجنة إلى تبني أحكامه بما يناسب الواقع الأردني. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٩٠-٩١).

ويرى بعض الفقه، أن تفسير كلمه القواعد في نية المشرع الأردني تشير إلى النصوص القانونية لقانون ما، وطريقة تفسير المحاكم لها بالاجتهاد المستقر إلى جانب الأعراف التجارية، حيث بدأ هذا النص غير متفق مع القانون النموذجي، فالقانون النموذجي يقول "إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على المحكمة التحكيمية أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى المحكمة التحكيمية أنها واجبة التطبيق" بينما لم يأخذ القانون الأردني بهذه القاعدة الاحتياطية، (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ١٢٢).

والواقع أن النص الوارد في قانون التحكيم الأردني أتى موافقاً للقانون المصري، وأكثر تطوراً من أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ويأخذ بمنهج التطبيق المباشر من قبل هيئة التحكيم للقواعد الموضوعية الأكثر صلة بالنزاع، وفقاً لرؤية هيئة التحكيم التي تستخلصها وفقاً لقناعاتها والظروف الموضوعية للدعوى وطبيعة النزاع وشروط العقد والأعراف الجارية والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين. ولكن المشرع المصري كان أكثر

تطوراً ووضوحاً في استخدامه لمصطلح القواعد بدلاً من النصوص، وهو إصلاح يعطي هيئة التحكيم مجالاً أوسع لتطبيق قواعد التجارة الدولية. أما قانون التحكيم البحريني، فقد جاء في المادة ٢٨ والتي مائل فيها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وذلك في الفقرة الثانية بأنه "إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرر قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق". وبذلك يكون قانون التحكيم البحريني، قد كرس حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على موضوع النزاع، وأعطاهم حرية الإحالة إلى قواعد القانون لتطبيقها، وقواعد القانون لا تعني نصوص قانون دولة معينة فقط، بل مبادئ وقواعد عامة وأعراف وعادات التجارة، (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٣٣).

وفي قانون التحكيم التونسي جاء في المادة ٧٣ بأنه ١- تبت هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لأحكام القانون الذي يعينه الأطراف. ٢- وإذا لم يجد الأطراف القانون المطبق، فإن هيئة التحكيم تعتمد القانون الذي تراه مناسباً" ولذلك فإن المبادئ التي تحكم الإجراءات التحكيمية التونسية يمكن تلخيصها بمبدأ الليبرالية، إذ إن القانون يعطي الأطراف حرية واسعة للاتفاق على الإجراءات التي يجب إتباعها، وإذا لم يحدد الأطراف القانون المطبق فإن هيئة التحكيم تعتمد القانون الذي تراه مناسباً، وبذلك يكون المشرع التونسي قد اتبع ما يسمى بالمنهج المباشر والذي سبق واتبعه الفقه الأمريكي دون المرور بقواعد التنازع الواردة في القانون الوطني.

وقد كرست محكمة الاستئناف التونسية ذلك في قرار لها سنة ١٩٧٠ أن العقد الدولي يخضع إلى القانون الذي يختاره الأطراف. وقد أكدت نفس المحكمة في قرارها الصادر عام ١٩٩٩ على عدم وجود رقابة قضائية على اجتهاد هيئة التحكيم في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع. (قرار استئناف ٣٢/٣١-٩٩، الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٨٧-

أما القانون الجزائري فقد قرر في المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ بأنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقاً لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" ويلاحظ هنا أيضاً أن قانون التحكيم الجزائري قد وسع من صلاحية هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق عند عدم اتفاق الأطراف، وطبق المنهج المباشر في تطبيق القواعد القانونية، وتأثر بقانون التحكيم التجاري الدولي الفرنسي، الذي أصبح يشكل عماد حل المنازعات التجارية الدولية من خلال تطبيق العقد الدولي الطليق وقواعد التجارة الدولية، سيما وأن نصوص القوانين الوطنية الجامدة لم تعد في معظمها تلبّي طموحات أطراف النزاع في مجال المنازعات التجارية الدولية.

أما القانون اللبناني فقد اقتفى أثر المشرع الفرنسي، وقرر في المادة ٨١٣ الخاصة بالتحكيم الدولي أن "المحكم يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يختارها الخصوم، وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة، وهو يعتد في جميع الأحوال بالأعراف التجارية" وهو نص يعطي هيئة التحكيم سلطة واسعة في تطبيق القواعد المناسبة، وتأكيد على المنهج المباشر الذي اتخذه المشرع اللبناني متأثراً كما قلنا بالمشرع الفرنسي.

وعلى هدي المشرع الفرنسي جاء القانونان السويسري والهولندي في تطبيق المنهج المباشر، حيث نصت المادة ١٨٧ من القانون السويسري على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي اختارها الأطراف، أو في حال انتفاء هذا الخيار وفقاً لقواعد القانون الأكثر ارتباطاً بالقضية". أما القانون الهولندي فقد جاء في المادة ١٠٥٤ بأنه "إذا اختار الأطراف القانون المطبق تبت المحكمة التحكيمية وفقاً لقواعد القانون المختار من قبل الأطراف، وفي حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق حول القانون المطبق تبت المحكمة التحكيمية وفقاً لقواعد القانون التي تراها ملائمة للقضية".

وفي القانون الفرنسي نصت المادة ١٤٩٦ بأنه "يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة ويأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال".

مما تقدم نجد، أن كثيراً من التشريعات قد أخذت بالمنهج المباشر في تطبيق القواعد القانونية على موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم، وقد كان عماد التشريعات التي طبقت هذا المنهج القانون الفرنسي، والذي فتح آفاق التحكيم التجاري الدولي من خلال التطبيق المباشر للقواعد القانونية من جهة، وإعطاء هيئة التحكيم سلطات واسعة في اختيار القواعد القانونية بمفهومها الواسع عند غياب اتفاق الأطراف من جهة أخرى، ولذلك يعتبر القانون الفرنسي الأساس الفعلي لشيوع التحكيم الطليق.

٥ : ضوابط تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع

الأصل كما قلنا، هو اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على مراحل النزاع، ولكن قد لا يتفق الأطراف على ذلك، وقد تعجز هيئة التحكيم عن استنباط الإرادة الضمنية للأطراف. ولمواجهة هذا الأمر، اتجهت التشريعات الحديثة في مجال التحكيم إلى وضع حلول من خلال النص على تفويض هيئة التحكيم عند غياب اتفاق الأطراف على تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع، كما جاء في القانون المصري والأردني والعماني.

وقد تطبق هيئة المحكمة القواعد التي تراها ملائمة، وفي كلا الحالتين، فإن هيئة التحكيم تملك الصلاحية في تطبيق القواعد القانونية بصفة مباشرة على النزاع، دون المرور بقواعد تنازع القوانين، وقد منحت غرفة التجارة العربية الأوروبية في المادة ٨/٢٣ هيئة التحكيم، سلطة احتياطية في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق في حال غياب اتفاق الأطراف.

ولكن ما هو الأساس القانوني لسلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق؟ وهل يعتبر هذا الاختيار من قبل هيئة التحكيم اختصاصاً أصيلاً أم نيابة عن الأطراف؟. ويرى جانب من الفقه، أن سلطة هيئة التحكيم في اختيار القانون، هي من قبيل استكمال العقد ولكمال الثغرة، حتى لو كانت هذه الثغرة نموذجاً خاصاً، وذلك عندما لا توجد معارضة في القانون الوطني تجاه تكملة النقص بوساطة المحكم، ولا يتصور أن لا تعترف القوانين الوضعية للمحكمة بسلطة التكملة، وإلا كان ذلك هدم لفكرة التحكيم الدولي، وإذا نشب نزاع حول نقطة خاصة في العقد، فإن المحكم يكمل النقص في غياب أو عند عدم وجود نزاع حول هذه النقطة المحددة، وهو منطق يجب أن لا يسمح للقانون الوضعي من استعادة الطريق الذي رسمه هو بنفسه.

وهذا ما ذهب إليه الفقيه برنيني دون أن يأخذ في الحسبان قانوناً معيناً إلى القول، بأن المحكم يمكنه أن يكمل الثغرات الطارئة، وهذه الوظيفة من الطبيعة التحكيمية بالمعنى الدقيق، وهذا الرأي يعد استجابة للاتجاه الذي نادى به الفقيه مينولي في مؤتمر موسكو عام ١٩٧٣ عندما نادى بفكرة التحكيم بالعدالة لتكملة الثغرات، المستوحاة من الفقه الإيطالي والتي يراها الفقه الفرنسي، (شحاتة، محمد منصور عبد الهادي، النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، ١٩٩٣، ص ٤٢٢-٤٢٤).

لكن يؤخذ على هذا الرأي، باعتبار أن سلطة المحكم في تكملة اتفاق الأطراف هي أصلاً محل شك وجدل، بالإضافة إلى تدخل المحكم لاستكمال العقد مشروط بوجود نزاع يتطلب تدخل المحكم لحسمه، وهو ما لا يتحقق بالضرورة عند اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق، سيما وأن أصحاب الرأي بسلطة المحكمة بتكملة العقد، اشترطوا وجود نزاع لتقرير سلطة المحكم في تكملة العقد، ثم اعتبر هذه الحالة استثناء على الأصل، وتنازلاً عن شرط وجود النزاع في معرض تبريره لرأيه، (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٦٩).

ويرى جانب آخر من الفقه، أن الأساس القانوني لسلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، عند عدم اتفاق الأطراف على تحديده، تتبع من الدور الإيجابي الذي تمارسه هيئة التحكيم باعتبارها قاضي النزاع، فتمارس دوراً هاماً في سد الفراغ الذي خلقه عدم تحديد القانون الواجب التطبيق تمهيداً لحسم النزاع، بحيث تصبح مسألة أولية يجب حسمها، (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٠).

ومن المتفق عليه، أن الحرية التي منحها القانون لهيئة التحكيم، لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف، هي حرية وظيفية يجب أن يكون الاختيار بموجبها وفقاً لأسس موضوعية، وليس مجرد اختيار تحكيمي أو عشوائي، ولكن هل هناك ثمة قيود أو ضوابط تحكم هذه السلطة في الاختيار؟.

بالرجوع إلى قانون التحكيم المصري، نجد أنه قد نص في الفقرة الثانية من المادة ٣٩. "وإذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى الهيئة أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، وفي الفقرة الثالثة نجد أنها نصت "ويجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

وفي قانون التحكيم الأردني، نجد أن المادة ٣٦ قد شابته إلى حد كبير النص المصري، باستثناء أنها أضافت في الفقرة الثالثة إلى الأمور التي يتوجب على هيئة التحكيم مراعاتها عند الفصل في موضوع النزاع، شروط العقد موضوع النزاع، والأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

وبما أن معيار تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، باعتباره الأنسب للنزاع والأكثر اتصالاً به هو معيار موضوعي، وليس شخصياً يستند إلى تقرير هيئة التحكيم، ولذلك

فهذا المعيار يختلف باختلاف ظروف النزاع، ومن تلك المؤشرات قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو قانون مكان التحكيم، ووفقاً لما سبق، قضت إحدى هيئات التحكيم في غرفة التجارة الدولية في الدعوى رقم ١٤٢٢/١٩٨٦، بأن القانون الإيطالي يعتبر القانون الأنسب لحكم النزاع، لأنه يمثل مكان إبرام العقد وتنفيذه. (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٣).

ويرى جانب من الفقه أن قانون العقد هو الأكثر اتصالاً بالنزاع، وهو القانون الموضوعي الذي يتوجب على هيئة التحكيم تطبيقه، لأن العلاقة القانونية بين الأطراف نشأت في ظله، وهو الأنسب لحكم المنازعات التي تثور بشأن هذا العقد وغالباً ما يكون محل التنفيذ، وهو نفس الحكم الذي أخذت به غرفة التجارة الدولية في حكمها رقم ١٥٢٦ لسنة ١٩٦٨، (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٣).

ويرى جانب آخر أن القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع هو قانون محل التحكيم، واختيار الأطراف لقانون آخر يعتبر بمثابة شرط تعاقدية، لا يجوز أن يخالف الأحكام الآمرة في قانون محل التحكيم، وذلك لأسباب كثيرة من بينها الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام. (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٦).

ويرى جانب ثالث أنه يتعين على المحكم أن يسترشد بضوابط موضوعية مستمدة من ظروف التعاقد على نحو يضمن ارتباطاً حقيقياً بين موضوع النزاع وبين القانون الذي تختاره هيئة التحكيم وهذا يعتمد على كفاءة المحكمين وخبرتهم القانونية، وهو ما يضع عبئاً على هيئة التحكيم ويتعين عليهم الاستعانة بالخبراء لتحديد القانون الواجب التطبيق. (الكردي، جمال محمود، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٧٠ - ١٧٢).

وقد أخذ مركز تحكيم القاهرة الإقليمي في نزاع بين شركة نمساوية ووزارة الزراعة المصرية عام ١٩٨٥ بهذا الاتجاه، عندما قررت هيئة التحكيم في إطار قواعد اليونسترال البحث

في قواعد التنازع عن القانون الموضوعي الواجب التطبيق، نظراً لعدم اتفاق الأطراف عليه، وانتهى إلى أنه تطبق قواعد الإسناد في المادتين ٢٠،١٩ 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، وبالتالي فإن الاستعانة بقواعد الإسناد هنا جاء لتحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع.

وهناك جانب رابع يرى في ضرورة تطبيق قواعد موضوعية بصفة مباشرة من الاتفاقيات الدولية، ولكن يرد عليهم إلى أنه حتى الاتفاقيات الدولية تحتاج أحياناً إلى قواعد إسناد، وقد ابتدعت محكمة استئناف باريس عام ١٩٧٧ قاعدة تنازع جديدة، تعد بمثابة قاعدة تنازع تحدد ضمناً قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم في مسألة اختيار الأطراف لرئيس هيئة التحكيم لتحديد المحكم الثالث، (عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧٦-٢٧٧).

إلا أن الفقه الحديث يرى أن عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، يعطي هيئة التحكيم سلطة واسعة، بحيث تطبق القواعد التي تراها مناسبة، فقد تختار قانوناً وطنياً مناسباً من خلال قواعده الموضوعية، وقد تختار قواعد متفرقة من القوانين الوطنية، وقواعد وأعرافاً وعادات تجارية مستقره، وقد تختار بشكل مستقل قواعد أو أعراف التجارة الدولية والعقود النموذجية.

وبخصوص الأخير، فقد انقسم الفقه بين مدافع عن العقد الدولي الطليق غير المرتبط بنظام قانوني معين، والاكتفاء بالتنظيم الوارد في العقد الدولي الذي تبناه الطرفان بإرادتهما الحرة، وجانب آخر رأى ضرورة الاستعانة بقانون وطني، لتكملة النقص وإعطاء العقد قوته الملزمة، في حين يرى الجانب الثالث، ضرورة أن يستند العقد الدولي إلى نظام قانوني غير وطني يتمثل في

صورة مبادئ مشتركة للأمم المتعدنة وأعراف وعادات التجارة الدولية الحديثة (الكردي، جمال محمود، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص ص ١٧٠-١٧٢).

وقد ثار تساؤل عن الحكم فيما إذا كان القانون الأكثر اتصلاً بالنزاع، لا يجيز التحكيم بالصلح وبمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، وهنا يرى جانب من الفقه بأن التحكيم يكون صحيحاً حتى وأن كان القانون الأكثر اتصلاً بالنزاع لا يجيز ذلك، (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، عكاشة محمد، مرجع سابق، ٢٧٩).

ثالثاً : سلطة هيئة التحكيم في تطبيق شروط العقد والأعراف والعادات التجارية الوطنية والدولية والمبادئ العامة للقانون

لقد أسهم تطور التجارة الدولية في إعطاء هيئات التحكيم سلطات واسعة في تطبيق القواعد الملائمة على موضوع النزاع، سواء أكانت تلك القواعد تشريعات وطنية، أم المبادئ العامة للقانون، أو شروط العقد، أو أعرافاً وعادات التجارة الوطنية والدولية، (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٥٤٣).

وإذا كنا قد أشرنا، أن هيئة التحكيم قد تستخدم أحياناً قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق، فإن الكثير من التشريعات قد أشارت بشكل واضح إلى إمكانية تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصلاً بالنزاع، وهذه القواعد قد تكون نصوصاً تشريعية، وقد تكون أعرافاً وعادات تجارية، وقد تأخذ صفة شروط العقد وخاصة في مجال العقود النموذجية، التي أضحت تأخذ حيزاً واسعاً بالتطبيق في العقود الدولية.

ولهذا سنتطرق في البند الأول إلى سلطة هيئة التحكيم في تطبيق شروط العقد وعادات وأعراف التجارة الوطنية والدولية، وفي البند الثاني سنتحدث عن المبادئ العامة في القانون.

١ : سلطة هيئة التحكيم في تطبيق شروط العقد والعادات والأعراف التجارية والدولية

ربما يكون من البديهي القول، إن شروط العقد والعادات والأعراف التجارية الوطنية والدولية، تعتبر من المصادر الأساسية للقواعد الموضوعية التي تحكم منازعات التجارة الدولية القضائية، تتبلور منها القواعد الملائمة لحل مشاكل العقود الدولية، ولذلك فإن تلك القواعد، غالباً ما تكون خاصة في مجال أو حرفة معينة كتجارة الحبوب والصوف والجلود والحريير وتحصيل الأوراق التجارية والعادات المصرفية"، (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٩٤-١٩٦)..

وقد قننت تلك العادات من خلال العقود النموذجية، وبالرغم من أن تلك الأعراف لا تحتاج إلى نص، لاعتبارها مصدراً من تلك المصادر، إلا أن الكثير من التشريعات الوطنية والدولية وأنظمة التحكيم التجاري قد أشارت بالنص الصريح إليها، ووجوب مراعاتها من قبل هيئة التحكيم، ومنها القانون المصري والأردني والفرنسي (الحواري، أسامه محمد، القواعد التي يطبقها المحكم في دعوى التحكيم، مرجع السابق، ص ١٤٤).

وقد جاء في المادة "١٤٧٤" من قانون المرافعات الفرنسي بأنه، "يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون"، وكذلك جاء في قانون التحكيم الأردني في المادة ٣٦/ج "في جميع الأحوال يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع، شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين".

وبالرغم من أن النص الفرنسي لم يشر إلى ضرورة مراعاة هيئة التحكيم لشروط العقد أو الأعراف عند الفصل في الموضوع، إلا أنه يتعين على هيئة التحكيم التقيد بمراعاة هذا الأمر،

لأن قواعد القانون لا تشمل فقط القواعد التشريعية، وإنما إرادة الأطراف والعادات والأعراف التجارية، (صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٥٩).

وقد وردت في الكثير من اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي، نصوص تؤكد على ضرورة مراعاة تلك الشروط والأعراف بأوجه مختلفة، كما وردت في المادة "١٤٩٦" مرافعات فرنسي "يجب على المحكم سواء أكان مقيداً بالقانون أم مفوضاً بالصلح مراعاة العادات التجارية، فإنه يكون قد ألزم هيئة التحكيم من باب أولى بمراعاة شروط العقد والأعراف التجارية، لأنها مقدمة على العادات التجارية من حيث القوة القانونية، فالأولى تعبر عن إرادة الأطراف، بينما تعبر الأخرى عن تعامل مستقر مدة طويلة جعل من ديمومة تطبيق قاعدة قانونية لها صفه ملزمة. (العكيلي، عزيز، القانون التجاري، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص ص ٤٣ - ٤٥).

إلا أنه ليس هناك ما يمنع هيئة التحكيم في القانون المصري من مراعاة العادات التجارية، إذا كان هناك حاجة إلى تطبيقها على موضوع النزاع بسبب غياب قاعدة تحكيمية تشريعية كانت أم عرفية، بل أن ذلك واجب عليها في هذه الحالة، وهذا بالرغم من عدم الإشارة إلى العادات التجارية في نص المادة ٢/٣٩، (النمر، أبو العلا، المركز القانوني للمحكم، دار أبو المجد، ٢٠٠٦، ص ٤٠٠).

وربما يكون المشرع المصري قد قصد تجنب ذكرها، باعتبار أن العادة في الفقه القانوني الداخلي، لا تملك قوة ملزمة ولا ترقى إلى درجة القاعدة القانونية الملزمة، بالرغم من تنامي دور العادات التجارية كمصدر مهم في القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص ١٨١-١٩٨).

وتستمد الشروط العقدية شرعيتها من مبدأ سلطان الإرادة الذي ازدهر في القرن التاسع عشر، وبمقتضاه كان العقد يمثل الشكل القانوني المتمخض عن الحرية، وأكثر من ذلك فقد كان القانون كله لا يستمد وجوده إلا من خلال تنامي حريات الأفراد، وخاصة بعد الثورة الفرنسية

وتنامي دور الإرادة واقتصاد السوق،(صادق،هشام،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،مرجع سابق،ص ١٥٩ وما بعدها).

وإذا كانت التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية قد أسهمت بدرجة كبيرة في ظهور ما يعرف بالعقود النموذجية الداخلية والدولية، كعقود التأمين والتوريد وبعض عقود البيع، التي تجري على نمط واحد تفرضه طائفة معينة من التجار أو فئة ما ينتمون إليها، كالنقابات والغرف التجارية، قد يقال إن المتعاقدين يفقدون حريتهم أو يكادون في إبرام هذه العقود، حيث لا يكون لهم سوى الانصياع إلى شروطها القهرية الموضوعة سلفاً، وليس لهم حرية مناقشتها وتعديلها أو إضافة أو إلغاء أي منها، فتضعف فيها إرادتهم بل وتكاد تزول،(صادق،هشام،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،مرجع سابق،ص ١٥٩ وما بعدها).

إلا أن الفكر القانوني، ولئن اعترف بشرعية هذه العقود من حيث المبدأ، نظراً لما تحققه من مصلحة مشتركة للأفراد والشركات التجارية، الذين ينتمون إلى طائفة معينة تحترف نوعاً معيناً من التجارة، فإنه يتصدى إلى فكرة الإذعان عن طريق إبطال الشروط المجحفة، التي قد تتضمنها تلك العقود أو إعفاء الطرف المذعن منها كلياً، (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٦٢).

وهو أمر قد لا يجد له صدى كبيراً في مجالات التجارة الدولية، ذلك أن العقود النموذجية تطبق بصورة متكاملة لأن المتعاملين في إطار التجارة الدولية يتسمون بالوعي وإدراك مخاطري إبرام العقود، ولذلك فهم أكثر إدراكاً للمزايا والمخاطر الناشئة عن تبني مفهوم العقود النموذجية. وعلى ذلك فمتى اتخذ العقد صورة العقد النموذجي، أخذت فيه الرضائية شكلاً جديداً بحلول الإرادة الجماعية للطائفة التي ينتمي إليها المتعاقد بما لها من قوة واعتبار، محل إرادته الفردية بما قد يعترها من وهن وضعف، فإن الفرصة تكون متاحة لهيئة التحكيم للتدخل في هذه العلاقة،

لإصلاح ما قد يكون قد اعترها من إخلال بالمساواة وإعادة التوازن بينهما، في نفس الوقت الذي لا يجوز فيه لهيئة التحكيم تجاهل الشروط العقدية بين الطرفين عند الفصل في النزاع الناشئ

عن العقد الذي تضمنها. (شتا، أحمد محمد البديع، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص ص ٣٢٧-٣٢٨).

وقد صدرت عن جمعية لندن لتجارة الحبوب عقود نموذجية نشأت عن تجارة الحبوب، وقد أوسع

العمل بالعقود النموذجية، وقامت لجان متخصصة بصياغة الشروط العامة لبعض العقود الدولية،

مثل عقود التوريدات، والإنشاءات الصناعية، والعقود الواردة على النقل، والترخيص باستخدامات

التكنولوجيا، والنقل الجوي والنقل البحري والتأمين، (حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، منشورات

الخطي، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٧، ص ص ٤٨-٥٣).

كما ويجب على هيئة المحكمة مراعاة شروط العقد، فإنه يتوجب عليها مراعاة العرف المتعلق

بموضوع النزاع، سيما وأن العرف يعد مصدراً مهماً وراسخاً من مصادر القانون التجاري بمفهومه

الواسع، وله عنصران أحدهما مادي وهو تكرار السلوك والثاني معنوي وهو الشعور بالالتزام

بالقاعدة العرفية. (كريم، زهير عباس، مبادئ القانون التجاري، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص ٢٥)

وقد نشأ قانون التجارة الدولي نشأة عرفية في العصور الوسطى، عندما ترسخت أعراف التجارة،

وعلى الأخص البحرية منها، وإذا كانت حركة التقنين التي ظهرت فيما بعد، قد أسهمت في

إضعاف الطابع العرفي للقانون التجاري، إلا أن الأعراف التجارية لم تفقد أهميتها مع ذلك

كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، حيث توجد الأعراف دائماً من خلال الممارسات التجارية

ذاتها، فتأتي مستجيبة لمتطلباتها المتعلقة بالسرعة والمرونة والفعالية، وتؤدي إلى ترسيخ مفهوم

العرف بصورة أكثر سرعة من المعتاد عليه، وذلك لطبيعة المبادلات التجارية الدولية والقائمة على

السرعة، وتعتبر الأعراف القانونية، وهي التي درج التجار على الخضوع إليها في معاملاتهم

التجارية وشعروا بأهمية احترامها والالتزام بها وأحكامها، حتى وأن لم تذكر في العقد أو القانون.

(صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٥٩ وما بعدها).

ولذلك لا يتوجب لإعمال القاعدة العرفية تجاه إرادة المتعاقدين إلى العمل بموجبها، ولا يجوز

لأحدها الاعتذار بالجهل بها، لأنها والقاعدة القانونية الواردة في التشريع سواء، من حيث القوة

الملزمة ووجوب تنفيذها. (كريم، زهير عباس، مبادئ القانون التجاري، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ص ٢٥ - ٢٦).

والعرف قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً، ويقصد بالعرف العام العرف السائد في مختلف أنحاء

الدولة أو الدول، وفي مختلف أنواع التجارة أو الصناعة، أما العرف الخاص فهو الذي يسود في

إقليم معين أو تجارة معينة، أو يتعلق بنوع معين من التجارة والصناعة أو بسلعة معينة من السلع

المتداولة بشكل دائم، وعند تعارض العرف العام مع العرف الخاص يقدم العرف الخاص بقدر

خصوصيته. ، (العكيلي، عزيز، مبادئ القانون التجاري، مرجع سابق، ص ص ٤٠-٤١).

كذلك قد يكون العرف التجاري وطنياً أو دولياً، ويطبق العرف الوطني على علاقات التجارة

الداخلية، بينما يطبق العرف الدولي على علاقات التجارة الدولية، فإذا تعارض العرف الوطني مع

العرف الدولي، قدم العرف الدولي على العرف الوطني، لأنه الأكثر شيوعاً في التجارة الدولية،

(العكيلي، عزيز، مبادئ القانون التجاري، مرجع سابق، ص ص ٤٠-٤١).

أما العادات التجارية التي يجب على هيئة التحكيم مراعاتها عند الفصل في موضوع النزاع،

فهي القاعدة التي تنشأ من خلال تواتر العمل بها في مهنة معينة وهي تتميز بعمومية الاستخدام

والتطبيق في هذا النوع من النشاط التي اعتاد عليها الأطراف، وهي قابلة للتطبيق من كل الذين

يعملون في ذلك النشاط، وثمة اتجاه يرى أن العادات التجارية ذات طابع اتفاقي، لا تكتسب

الصفة الملزمة، ومخالفتها لا ترتب أي أثر قانوني إلا عند وجودها كشرط من شروط العقد.

في حين يرى اتجاه ثالث إمكانية تطبيق العادات التجارية إذا اتفق الأطراف على ذلك، ومن أمثلة العادات التجارية الجارية إضطراد العمل على طريقة معينة في فحص البضائع في بعض البيوع التجارية، أو تحديد مهلة معينة لقبول الصفقة أو تحديد ربح حصة رأس المال في الشركة بنسبة معينة تختلف عن نسبة صاحب الشركة، على ذلك كما هو الحال في حصة العمل بالثلث إلى الثلثين والذي يجري تطبيقه كعادة جارية هناك. (كريم، زهير عباس، مبادئ القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٢٧).

وتعتبر العادة التجارية في مرتبة أدنى من العرف التجاري، إذ إن قواعد الأخير تعتبر قواعد قانونية لها صفة الإلزام، نجد أن العادة الاتفاقية مثلاً تعتبر شرطاً من شروط العقد ويجب على من يتمسك بها إثباتها. (كريم زهير، عباس، مبادئ القانون التجاري، مرجع سابق ص ٢٧). ومن ثم لا يجوز إعمالها إذا أثبت أحدهما عدم علمه بها، وهو فارق يأتي من أن العادة - عرف ناقص - إذ ينقصها شعور المتعاملين بها بالزامها لتصبح عرفاً بتوافر العنصر المعنوي، مع ذلك يفترض تجاه إرادة المتعاقدين إلى العادة التجارية حتى يثبت عكس ذلك. " (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص ١٨٦ - ١٨٨).

ويجوز استبعاد تطبيق العرف التجاري والعادة التجارية الجارية بالاتفاقات الصريحة غير المخالفة للنظام العام والآداب، ولذلك فالأولوية للشروط الواردة في العقد، في التطبيق على العرف والعادات التجارية، فإذا غاب الشرط العقدي الصريح فعلى هيئة التحكيم تطبيق العرف بما له من إلزام، حتى وأن لم تتجه إليه إرادة الأطراف بشرط صريح، وتطبق هيئة التحكيم العادات التجارية إذا اتفق عليها الأطراف صراحة أو ضمناً.

ويرى جانب من الفقه أن هيئة التحكيم تلتزم بالترتيب المتقدم في تطبيقها للشروط العقدية والأعراف والعادات التجارية الجارية على موضوع النزاع المعروض عليها ما دام مقيداً بالحكم

وفقاً لأحكام القانون، وليس تحكيمياً مع التفويض بالصلح أو ما يسمى بالتحكيم الطليق، حيث يعني هذا الترتيب اختلاف القوة القانونية الملزمة لكل من العقد والعادة التجارية الجارية، وبغض النظر فيما إذا كان التحكيم وطنياً أو دولياً لأن النتيجة في كليهما واحدة. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٦٤).

أما في المنظور الدولي فإن اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي لا تعطي الأطراف دوراً كبيراً في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، وهو ما يترتب عليه ضرورة احترام هيئة التحكيم لشروط العقد، سيما وأن التحكيم التجاري له أصول تاريخية دولية، حيث نشأ منذ ذلك ما يسمى بقانون التجار "Lex mercatoria"، وهو مزيج من الأعراف والعادات التجارية السائدة، (رضوان، ابو زيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٠ وما بعدها).

وفي هذا يشير الفقيه ديرنز أن أعراف وعادات التجارة الدولية تعتبر بمثابة نظام قانوني مختص، يمكن أن يطبق على العقد بذات الدرجة التي يتم فيها تطبيق قانون وطني، أما العقود النموذجية فيمكن إسنادها إلى القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، سواء وجدت مصدرها في المبادئ المشتركة للأمم المتمدنة أم أعراف وعادات التجارة الدولية، مما يعطيها صفة الإلزام. (عبد المجيد، منير، التنظيم القانوني للمحكم، مرجع سابق، ص ٢٤٦).

وقد أدى ذلك إلى ورود هذه القواعد في بعض الاتفاقيات الدولية، ومنها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لعام ١٩٦١، حيث جاء في المادة السابعة من تلك الاتفاقية "على أن يراعي المحكم سواء حدد الطرفان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو حدده المحكم نفسه شروط العقد والعقود التجارية الجارية"، وكذلك ما ورد في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة وغرفة التجارة الدولية والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بنصوص تحمل ذات المعنى، (

الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٩١-١٩٢).

فقد جاء في المادة ٥/١٣ من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ICC، " وفي كل الأحوال تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد والعادات التجارية ذات الصلة، (عبد الصادق، أحمد محمد، المرجع العام في التحكيم، ط١، 2008، ص ٧٢٨). وأما في القواعد السويسرية للتحكيم الدولي فقد ورد في المادة ٣/٣٣ بأنه وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وبمراعاة الأعراف التجارية السارية على المعاملة". وفي قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فقد جاء في المادة ٣/٣٣ أيضاً نص مطابق تماماً لما ورد في القواعد السويسرية، وأما في قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة ٤/٢٨ بقولها " وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة". (الأحبد، عبد الحميد، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ٥١٦، ٦١٤، ٨٧٦).

٢ : المبادئ العامة في القانون

إذا كان الأصل أن الكثير من اتفاقيات التحكيم قد سمحت بتطبيق القواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف فإن بعض هذه الاتفاقيات قد سمحت أيضاً لهيئة التحكيم بتطبيق قواعد غير مستمدة من قانون وطني وإنما من المبادئ العامة للقانون.

وقد ورد في اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ من خلال المادة ٤٢ على أنه "إذا لم يوجد إتفاق بين الطرفين على قواعد القانون التي يطبقها على موضوع النزاع، وجب على محكمة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المتعاقدة للطرف في النزاع بما يشمله من قواعد تنازع القوانين، فضلاً عن مبادئ القانون الدولي بخصوص المنازعة". (عبد الصادق، أحمد محمد، المرجع العام في

التحكيم، مرجع سابق، ص ٥٨٥).

ويشير الفقه إلى أن المبادئ العامة في القانون تقسم إلى ثلاث مجموعات بحسب الغرض منها :-
الأولى: وهي التي يشير إليها أطراف العقد بغرض إعفاء العلاقات الناشئة عنها من الخضوع إلى أي قانون وطني.

الثانية: هي التي تمثل في مجموعها نظاماً عاماً عبر الدول لا يجوز للأطراف الخروج عليه.

الثالثة: تمثل مجموعة المبادئ العامة التي تمثل العناصر المكونة لقاعدة جديدة تملأ

الفرغ القانوني في علاقات التجارة الدولية. (المصري، حسين، التحكيم التجاري الدولي، مرجع

سابق، ص ص ٣٧٨-٣٨٢).

أ : مجموعة المبادئ العامة للقانون التي يشير إليها أطراف العقد :

قد لا يتفق أطراف التعاقد على تحديد قانون معين للتطبيق مفوضين هيئة التحكيم صراحة على تطبيق المبادئ العامة للقانون، أو عملاً بمبدأ حسن النية والمنطق القانوني، وهو أمر جرى تطبيقه في أحكام التحكيم في قضايا لينا جولد فيلدز عام ١٩٣٠، وأبو ظبي عام ١٩٥١، وسافير عام ١٩٦٣، حيث اعتبرت هيئة التحكيم أن الاستناد إلى مبدأ حسن النية يشكل تعبيراً عن رغبة الأطراف في تطبيق المبادئ العامة للقانون. (المصري، حسين، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٣٧٨-٣٨٢).

وفي قضية أرامكو بين الحكومة السعودية وشركة البترول الأمريكية تمثل هذه المجموعة الوسيلة الإرادية لتحديد القانون الواجب التطبيق التي يشير إليها الأطراف ويستمدتها المحكم عندها من إرادة الأطراف ذاتها وليس باعتبارها قاعدة قانونية مختارة من الأطراف، ومنها عقود الدولة كعقود الاستغلال والامتياز، وعقود التنمية البترولية، والنوع الثاني هي عقود التجارة الدولية التي تبرم بين الأفراد والشركات. (جمال الدين، صلاح الدين، التحكيم في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص ص ٢٤٦-٢٤٩).

ويثير تطبيق المبادئ العامة في القانون تفسيرات في تحكيم الحالات الخاصة ومؤسسات التحكيم الدائمة، ففي مجالات تحكيم الحالات الخاصة فقد يشار إلى المبادئ العامة للقانون إلى جانب تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك النزاع الذي نشأ بين الحكومة الليبية وشركات البترول الأمريكية، حيث ورد في العقد على أنه يخضع من حيث القانون الواجب التطبيق إلى مبادئ القانون الليبي ومبادئ القانون الدولي والمبادئ العامة في القانون، وقد تم تطبيق المبادئ العامة للقانون رغم وجود نص يسند العلاقة إلى القانون الليبي. . (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٧٠٠).

وفي قرار التحكيم الذي صدر في النزاع الناشئ بين شيخ أبو ظبي وشركة التنمية الدولية المحدودة عام ١٩٥١، حيث استبعد المحكم الإنجليزي سكويث قانون أبو ظبي بحجة أنه قانون متخلف لا يمكن الرجوع إليه لتفسير أو لحكم المعاملات التجارية الحديثة، وقامت هيئة التحكيم بتطبيق المبادئ المستخدمة والمطبقة في الدول المتحضرة أو ما أسماه بالقانون الطبيعي الحديث وهي تلك التي وجدها في ثنايا القانون الإنجليزي. (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٦٩٩ - ٧٠٠).

وفي قرار تحكيم أرامكو ضد السعودية الصادر عام ١٩٥٨، حيث رفضت هيئة التحكيم تطبيق القانون السعودي المستمد من الشريعة الإسلامية باعتبارها غير كافية، وعملت على تطبيق المبادئ العامة للقانون وخاصة مبدأ الحقوق المكتسبة بوصفه أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي والقانون الداخلي لمعظم الدول المتمدينة. (أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٧٢٠). وقد اتخذت هيئة تحكيم أخرى الأسلوب التدريجي لمصادر القانون لتدويل القانون الواجب التطبيق ترسيخاً لمفهوم تدويل النزاع، باعتبار العقد من عقود التنمية الاقتصادية التي تحتاج إلى نظام قانوني ضامن، سيما وان هيئة التحكيم استطاعت استبعاد تطبيق القانون الليبي باعتباره

يتعارض مع مبادئ القانون الدولي في مفهوم الحقوق المكتسبة، بالرغم من أن المادة ٢٨ من عقد الامتياز تنص على الخضوع إلى المبادئ العامة من القانون الليبي، عندما قررت أن أعمال المبادئ العامة للقانون يقصد منها حماية المتعاقد الأجنبي من التغييرات التي تقرها الدولة. في تشريعاتها الداخلية، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي. (المواجد، مراد محمود حماد، التحكيم في عقود الدولة، مرجع سابق، ص ص ٢٥٢-٢٥٣).

وأما تطبيق المبادئ العامة للقانون في مؤسسات التحكيم الدائمة فقد تبناه مركز تحكيم تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة ورعايا الدول الأعضاء في اتفاقية واشنطن. فقد تضمنت المادة ٤٢ من الاتفاقية المذكورة على أنه "عند عدم الاتفاق بين الطرفين على القانون الواجب التطبيق يجب على محكمة التحكيم تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع. وكذلك مبادئ القانون الدولي بخصوص النزاع". (الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٢٩ وما بعدها).

ولا بد من القول أن مشكلة تفسير هيئة التحكيم الدولية لإرادة الطرفين عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد تثور وتلقى صدى فقهيًا، مثلما ثارت في قضية الحكومة الليبية المشار إليها، إذا كان هناك اتفاق مشابه بين إحدى الدول المضيفة للاستثمار وأحد رعايا الدول الأعضاء في اتفاقية واشنطن المذكورة، وذلك بخلاف ما لو كان عقد الاستثمار المبرم بين الأطراف يخلو من مثل هذا الاتفاق، حيث يجب على محكمة التحكيم في الحالة الأخيرة، احترام نص المادة ٤٢ من الاتفاقية فيما قضت به من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ومبادئ القانون الدولي على موضوع النزاع الناشئ عن ذلك العقد، وذلك لأن تطبيق تلك الأحكام يؤدي إلى نتائج تتوافق مع مضمون الاتفاقية. (صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص ١٧٢-١٧٣).

ولكن ما المقصود بمبادئ القانون الدولي الذي نحن في صدد البحث عنه؟ أختلف الفقه في مفهوم مبادئ القانون الدولي، فمنهم من يرى - وعلى رأسهم الفقيه كان (khan) أن المقصود هو مبادئ القانون الدولي العام التي تطبقها محكمة التحكيم الدائمة على منازعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول الأعضاء في الاتفاقية والدول المضيفة، بحيث تتخلى الدولة المضيفة عن اللجوء إلى قانونها وقضائها الوطني واللجوء إلى مركز التحكيم الوارد في الاتفاقية مقابل أن تتخلى رعايا الدولة الموقعة على اتفاقية واشنطن عن حمايتهم الدبلوماسية وعن رقابتها على الأحكام الصادرة. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٨٣).

وتختلف المبادئ العامة للقانون عن المبادئ العامة للقانون الدولي والتي تستخلص من روح الأعراف والمعاهدات المعمول بها على المستوى الدولي، والتي تعد مصدراً من مصادر القانون الدولي وفقاً لنص المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. "الرفاعي، اشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٢٩ وما بعدها).

وهناك رأي آخر يرى انه بالرغم من ان كفالة سيادة الدول المضيفة للاستثمار تكون أفضل نظرياً بخضوعها إلى القانون الدولي العام، إلا أنه من الصعوبة بمكان إخضاع العلاقات العقدية للدولة إلى هذا القانون بشكل كامل، وذلك لخلو القانون الدولي العام من المبادئ الكافية التي تحكم قواعد إبرام العقود. أما الرأي الثالث - وعلى رأسهم الفقيه "باتيفول" (Batiffol) - فيرى أن المقصود بمبادئ القانون الدولي الوارد في المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن هو إخضاعها إلى القانون الواجب التطبيق عند عدم وجود إتفاق بين الأطراف أو تطبيق العادات التجارية والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من قانون التجارة الدولية (Lex Mercatoria) عند الاتفاق، وذلك لكون مراكز التحكيم والاتفاقيات الدولية قد أصبحت تتجه نحو تطبيق قانون التجارة الدولي الجديد، واستبعاد تطبيق القوانين الوطنية.

ويجدر الذكر أن الدور الذي تلعبه هذه المبادئ في تنظيم العقد الدولي يختلف وفقاً للدور الذي تلعبه تلك المبادئ العامة بصفة أصلية أو احتياطية. ففي نص ورد في العقد المبرم بين الحكومة الليبية وشركة بترول عام ١٩٧٥ أُلزمت تلك المادة هيئة التحكيم بالرجوع أولاً إلى القوانين الليبية مع إجازتها لهم بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون في حكم التحكيم لتحقيق اعتبارات العدالة، وهو ذات الاتجاه الذي سارت إليه القضية التحكيمية بين الحكومة الجزائرية وشركة جيتي، وجاء في اتفاق بين هيئة قناة السويس وصندوق أبو ظبي ما يشير إلى تطبيق المبادئ العامة المشتركة بين قوانين الدول العربية، والعقود المبرمة بين البنك الدولي للإنشاء والتعمير والأفراد في الدول المختلفة، ولكن يجب عدم التعسف في تطبيقها، ولذلك يرى جانب من الفقه أنه إذا كان حكم التحكيم يستند فقط إلى المبادئ العامة للقانون دون نظام قانوني لدولة معينة، فإن ذلك يؤدي إلى عدم إمكانية تنفيذه إلا في الحدود التي تتفق فيها هذه القواعد مع عادات التجارة الدولية، (عبد المجيد، منير، التنظيم القانوني للتحكيم، مرجع سابق، ص ص ٢٢٦-٢٢٧).

ومن المبادئ العامة التي يمكن تطبيقها في مجال عقود التكنولوجيا مبادئ تتعلق بحرية متلقي التكنولوجيا في استخدام التكنولوجيا والتصرف بها وفي منتجاتها، فملتقي التكنولوجيا الحق في تصدير وبيع السلع التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها، ويقع باطلاً كل شرط يقيد حريته في البيع والاستخدام والبحث والتطوير لمخالفة ذلك لمبدأ من المبادئ العامة للقانون يمكن استخلاصه من تواتر النظم القانونية على النص عليه، ومنها المحضر العاشر من المدونة الدولية في نقل التكنولوجيا، والمادة ٧٥ من قانون التجارة المصري، والمادة ٢٨ من قانون الاستثمار الأجنبي البرتغالي، والمادة ١/٥ من القانون المكسيكي والمادة ١/٨٥ من معاهدة روما لسنة ١٩٥٧ المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة (جمال الدين، صلاح الدين، التحكيم في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع

سابق، ص ص ٢٤٨-٢٥٢).

ب : المبادئ المكونة للنظام العام عبر الدولي :

وتقوم هذه المجموعة على المبادئ والمرتكزات الأساسية التي لا يجوز لهيئة التحكيم تجاوزها أو استبعادها، ولا ترتب عليها بطلان التحكيم وقد أثار الفقه تساؤلاً ومنهم الفقيه "كان" هل يمكن تحديد المبادئ الأساسية التي تعرض نفسها على هيئة التحكيم، أو التي تفرضها هيئة التحكيم على الأطراف؟ وقد أجابوا عنها بالقول أنه وإن كانت هناك مبادئ أساسية فعلية إلا أن أحكام التحكيم المختلفة في تناقضها وتضاربها قد أوجدت اضطراباً لما يمكن تحديده كمبادئ أساسية يعتمد عليها في مجال التجارة الدولية، الأمر الذي قد يضطر هيئات التحكيم إلى استخلاص تلك المبادئ من النظم العامة الوطنية. (المصري، حسني، التحكيم في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص ٣٨٦).

ولذلك فقد أسهم قضاء التحكيم في تطويع فكرة المبادئ العامة للقانون دون الخروج عن مضمونها، وذلك وفقاً لمقتضيات عقد التجارة الدولية التي قد تختلف بعض الشيء عن العقود المدنية، ومثال ذلك نظرية الظروف الطارئة وما إذا كانت القوانين الوطنية تعطي هيئة التحكيم صلاحية تعديل الالتزامات إذا أصبح التزام أحد الأطراف مرهقاً إلى الحد المعقول، فإن قضاء التحكيم قد يحجم عن تطبيق هذه النظرية في إطار بعض عقود التجارة الدولية، والتي تجري في مجتمع مهني محترف يتوقع أفرادها عادة الظروف الاستثنائية ومخاطر ارتفاع الأسعار كعقود التوريدات الدولية والعقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل، (عبد المجيد، منير، التنظيم القانوني للتحكيم، مرجع سابق، ص ٢٣٢).

وحتى المبادئ التي تصنفها بعض أحكام التحكيم باعتبارها مستخلصة من النظام التجاري الدولي، فإن تلك المبادئ يكتنفها الغموض وتعوزها الدقة، إلا أن هناك بعض المبادئ التي لاقت استحساناً متدرجاً، كمبدأ الأخلاق السائد في الأعمال الدولية، أو مبدأ النظام العام أو الأخلاق،

وكذلك المبادئ المعترف بها لدى الأمم المتحدة أو مبادئ الأخلاق الدولية. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٣٨٦-٣٨٧).

ويمكن لأحكام التحكيم بالاستناد إلى تلك المبادئ تقرير بطلان الاتفاقات المخالفة للنظام العام الداخلي، مثل الاتفاق على العمولة بما يخالف القواعد الآمرة أو التهريب الجمركي، ويرى باتيفول أن أساس البطلان هنا ينبع من كون هذا السبب منافياً للأخلاق، لأن المسألة تشكل مسلكاً يتم على إقليم دولة معينة مخالفة للقواعد القانونية الآمرة المطبقة على ذلك الإقليم مما يترتب عليه البطلان، إلا أن تلك المبادئ قد تتعارض في النزاع الواحد كما حدث في قضية هضبة الأهرام" حيث تعارض مبدأ القوة الملزمة للعقود مع مبدأ حماية التراث الإنساني المشترك، وبالرغم من أن هيئة التحكيم أهدرت المبدأ الثاني وانتصرت للأول، إلا أن حكم التحكيم قد تم إبطاله ولن كان ذلك لسبب آخر. (عبد المجيد، منير، التنظيم القانوني للتحكيم، مرجع سابق، ص ص ٢٣٢-٢٣٣).

ويرى جانب آخر من الفقه، أن فكرة النظام العام الدولي الحقيقي هي الكفيلة بإبطال مثل هذه العقود بالمخالفة لقوانين أجنبية لا تحكمها ولا تنطبق عليها ولم يتم تحديدها طبقاً لقواعد التنازع، ومثالها حكم لمحكمة السين في فرنسا عام ١٩٥٦ حيث جاء فيه " أن أعمال التهريب التي تتم بالغش نحو القوانين الأجنبية تعد أعمالاً غير مشروعة، ولا تنتج أثراً وإن النزاع يمس النظام العام الدولي، ويجوز لهيئة التحكيم أن تثير البطلان المتعلق بالنظام العام الدولي من تلقاء نفسها دون حاجة إلى التمسك به من الخصوم كونه يتعلق بالأخلاق الدولية والآداب العامة المشتركة. (عبد المجيد، منير، التنظيم القانوني للتحكيم، مرجع سابق، ص ص ٢٣٢-٢٣٣).

والنظام العام عبر الدولي يعتبر ترجمة قانونية لمشاكل أخلاقية، ولذلك فإن مهمة هيئة التحكيم الدولية هو حماية مبادئ النظام العام عبر الدول ومعاينة ما يخالفها سواء بإبطال العقد أو باستبعاد القانون المطبق، وإذا كان قضاء الدول أكثر تردداً في الأخذ بفكرة النظام العام عبر

الدول فإن التحكيم الدولي قد تقبله بدرجة أسرع وبصورة تتوافق مع متطلبات منازعات التجارة الدولية الحديثة لأن هيئات التحكيم لا تهدف إلى حماية النظام القانوني لدولة ما، وإنما تهدف إلى مراعاة النظام العام ذي الطابع الدولي والمشارك بين الأمم، ولذلك فإن مصدر قواعد النظام العام عبر الدول نابع أو قادم من المجتمع الدولي ومجتمع التجارة الدولية، وهو نابع من نظام قيم يشمل الإنسانية بأسرها (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٦٩ - ٧٧٠).

وقد أصبحت فكرة النظام العام الدولي وضرورة المحافظة عليها سبباً كافياً لإبطال الأحكام الوطنية، أو رفض تنفيذ القانون الأجنبي متى كان مخالفاً للنظام العام الدولي، وقد يكون النظام العام عبر الدول وصفاً عاماً للبيئة الدولية، وقد يكون ذا مضمون اقتصادي أو ثقافي أو سياسي، وقد أثرت فكرة النظام العام أمام القضاء الألماني والفرنسي بخصوص تهريب الآثار ومخالفتها لتوجيهات اليونسكو وتوصياته وعدم جواز الاعتداد بعقد التأمين عليها. وقد ظهرت فكرة النظام العام الدولي منذ قرارات الحظر التي فرضها مجلس الأمن الدولي على كل من العراق وليبيا ويوغسلافيا من خلال إبطال العقود التي تمت خلال فترة الحظر، وعدم تنفيذ العقود السابقة بسبب الاستحالة المادية والقانونية، وفكرة النظام العام الدولي فكرة مرنة فقد تشمل تحريم القرصنة والرق الأبيض والاتجار بالعملة والمخدرات وغسيل الأموال. (الاشعل، عبد الله، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص ص ٩٨-١٠١).

ومن المصادر العامة للنظام عبر الدولي الاتفاقات والمعاهدات الدولية والمبادئ العامة الواردة في المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية العامة للقانون المشترك، والتي اعتمدت وجمعت والشاملة لمعظم الأنظمة القانونية في العالم كجريمة الرشوة التي اعتبرتها غرفة التجارة الدولية محظورة في الدول المعنية بالنزاع. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص ص ٧٦٩-

(٧٧٧).

ومن المصادر الخاصة أعراف التجارة الدولية وكذلك استبعاد تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين واستبعاد تطبيق قانون متفق على تطبيقه ومخالفة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ونظرية الظروف الطارئة وحماية المنافسة في الأسواق الدولية ومكافحة الرشوة، واحترام حقوق الإنسان وحماية حقوق الملكية وحظر المقاطعة العرفية والاتجار بالأسلحة النووية والكيميائية والجرثومية وبيع أجزاء الجسم الإنساني، وحماية البيئة الثقافية والتراث ومن هنا فإن النظام العام عبر الدولي يجب أن يراعي حاجات التجارة الدولية ليكون فعالاً. (الأحدب، عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص ص ٧٦٩-٧٧٧).

ج : المبادئ العامة التي يتكفل المحكمون بوضعها لملء الفراغ القانوني لبعض جوانب التجارة الدولية :

وتتكون هذه الفئة من هذه المبادئ العامة التي تضعها هيئات التحكيم في أحكامها لملء الفراغ القانوني لبعض جوانب التجارة الدولية، وهي تلك التي لا يوجد بشأنها اتفاق أو قاعدة تجارية أو عرف أو عادة تجارية أو مبدأ من المبادئ الأساسية للتجارة الدولية، من خلال خلق القاعدة المناسبة لحل النزاع إذا افتقر إلى نص أو سابقة قانونية.

وبالتالي فإن هيئة التحكيم هنا لا تخلق قاعدة من فراغ، وإنما تستخلصها من الأعراف وعادات وعقود التجارة الدولية، ومثال تلك المبادئ مبدأ احترام الظروف التي تقتضي مراجعة العقود، ويعتبر الفقيه ماكنيز أول من نادى بإخضاع العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الخاصة الأجنبية إلى المراجعة، وأنه يجب التخلص من فكرة أن الاختيار الوحيد للقانون ينحصر بين القانون الدولي العام والنظام القانوني الوطني، لأن القانون الدولي الخاص لا يشمل قواعد موضوعية، ويكون اختيار النظام القانوني المناسب من خلال استخلاص نية الأطراف في

نصوص العقد أو بنوده، وإذا لم يحدد الأطراف ذلك فإن نيتهم اتجهت إلى تطبيق المبادئ العامة.

(أبو زيد، سراج حسين، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٦٧٢-٦٧٤).

وقد قضت غرفة التجارة الدولية من خلال إحدى الهيئات التحكيمية فيها بحل النزاع على أساس التعويض ألتفاقي، باعتباره يمثل عادة تجارية معترفاً بها دولياً، إلا ان بعض الفقهاء قد حاول التفرقة بين هذه المبادئ العامة التي تعتبر مصدراً مستقلاً من مصادر قانون التجارة الدولية، والعادات التجارية المهنية، إذ تتسم الأولى بدرجة أكبر من العمومية والتجريد وقابليتها للتطبيق بصورة مستقلة، إلا أن طبيعة الأنظمة القانونية قد تؤثر في مدى تطبيق هذه المبادئ كالنظام اللاتيني والنظام الأنجلوسكوني من حيث مفهوم العمومية في تلك المبادئ. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٩٠-٣٩٢).

وبالرغم من أن المبادئ العامة تمتاز بدرجة عالية من العمومية والتجريد، إلا أنه من الممكن الأخذ بها في تسبيب الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، ولكن لا تكفي وحدها لاعتبارها قواعد موضوعية يمكن حسم النزاع من خلالها ولا تقدم حلاً مباشراً له، وإنما يترك الأمر لهيئة التحكيم في اختيار بديل من البدائل التي تتساوى في تحقيق مضمون هذا المبدأ. (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٧٤٤-٧٤٦).

ولذلك قد تظهر طائفة من المبادئ الأقل تجريداً والأكثر اقتراباً من المعطيات الفنية للنظم القانونية، وتقدم الخيارات الممكنة لأعمال المبادئ العامة، ومثالها المطالبة بالعطل والضرر الناشئ عن الإثراء بلا سبب، من هنا فإن استخلاص المبادئ القانونية من النظم القانونية تفقد الرابطة بتلك النظم ويكون لها كيانها المستقل الذي يمكن إعماله في إطار التجارة الدولية ومنها المبادئ المستخلصة من عقود الاستثمار والتنمية. (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٧٤٤-٧٤٦).

ومن العثرات التي قد تعترض المبادئ العامة في القانون ضرورة أن يكون لهذه القاعدة مضمون محدد مسبقاً، وأن يكون لتطبيقها نظام معين، وفي هذا الإطار يرى البعض وجود واجب الإعلام كمبدأ من مبادئ القانون في حين يعتبره البعض الآخر تطبيقاً لمبدأ حسن النية الأمر الذي جعل احكام التحكيم تختلف بشأنه بسبب الخلاف حول وجوده من عدمه كمبدأ من المبادئ العامة في القانون، وقد وجهت انتقادات إلى فكرة تطبيق المبادئ العامة للقانون في عقود التجارة الدولية بالرغم من المحاولات الجادة والحثيثة لاشتقاقها من النظم القانونية المختلفة.

ولذلك يرى بعضهم أن تلك المبادئ مجرد مقترحات عامة كأساس لمختلف الأنظمة القانونية، مما يتعذر معه على الأطراف معرفة حقوقهم والتزاماتهم مسبقاً إذا تم إخضاع العقد إلى تلك المبادئ، مما يعطي أفضلية للقواعد القانونية الداخلية، لأنه من السهل إثارة العديد من المشاكل حول تحديد مضمون تلك المبادئ، سيما عندما يشار معها إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي أو مبادئ القانون الداخلي، وبخاصة وأن تلك المفاهيم لا تشكل نظاماً قانونياً ثابتاً يمكن أن يحل محل الأنظمة القانونية الداخلية والدولية في ظل التطور التشريعي الذي بدأ يتنامى في مجال التجارة الدولية، (المواجهه، مراد محمد حماد، التحكيم في عقود الدولة مرجع سابق، ص ٢٥٠).

الفصل الثالث : التحكيم مع التفويض بالصلح (الطليق)

يعتبر التحكيم نوعاً من القضاء الخاص ويهدف في النتيجة الى إصدار حكم قابل للتنفيذ، وينقسم التحكيم من حيث مدى التزام المحكم بأحكام القانون في تقييم الأدعاءات المتقابلة الى تحكيم بالقانون وتحكيم مع التفويض بالصلح أو ما يسمى عند بعض الفقه بالتحكيم الطليق.

(علم الدين، محي الدين اسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٨).

وقد جاء التحكيم مع التفويض بالصلح استجابة لمقتضيات التجارة الدولية الحديثة، والتي رغبت في التخلص من تطبيق أحكام القانون الموضوعي استجابة لرغبة الاطراف، والتزاما بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار الإجراءات والقواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع القائم. (الجمال،

مصطفى، وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٠٧).

وانطلاقاً من أهمية هذا الموضوع سنقوم بدراسته في محاور ثلاثة:-

■ **اولا : مفهوم العقد الدولي الطليق.**

■ **ثانيا : شروط صحة التحكيم مع التفويض بالصلح (الطليق).**

■ **ثالثا : قواعد العدالة والإنصاف الواجبة التطبيق.**

اولا : مفهوم العقد الدولي الطليق ومهمة هيئة التحكيم الطليق

يعتبر العقد الدولي الطليق وما يرافقه من انفكاكه من تطبيق النظم القانونية الوطنية واجب التطبيق، وهو ما قد يؤسس قاعدة تركز عليها هيئة التحكيم المفوضة بالصلح (الطليق) في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، بالإضافة الى قيام هيئة التحكيم في بعض الأحيان بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولي الجديد والذي سنتعرض له لاحقا.

وقد رأينا أن نمهد لمفهوم التحكيم مع التفويض بالصلح (الطلاق) بالحديث عن مفهوم العقد الدولي الطليق، لما لذلك من أهمية في تعزيز دور هيئة التحكيم في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف وفقاً للاتفاق الصريح بين أطراف النزاع.

وبناء على ما سبق فسنعالج هذا المحور من خلال التطرق إلى بندين:-

١ : مفهوم العقد الدولي الطليق.

٢ : مهمة هيئة التحكيم مع التفويض بالصلح (الطلاق).

١ : مفهوم العقد الدولي الطليق

تعني فكرة العقد الدولي الطليق انفكاك العقد الدولي عن النظم القانونية الوطنية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع بموجب قاعدة الإسناد، ولذلك فإن فكرة تحرير العقد لا يجب أن تفسر على غير معناها الحقيقي وإذا كان العقد يخرج من سلطان القانون بمعناه الضيق فإنه لا يخرج من دائرة القانون بمعناه الواسع، فهو قانون من صنع القضاة في مجال العقود الدولية. (جمال الدين، صلاح الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ص ١٩٥-١٩٧). وفكرة العقد الدولي الطليق لم تنشأ من فراغ، وإنما من خلال أدوات قانونية والمتمثلة في إرادة الأطراف، وإذا كانت تلك الإرادة سبباً كافياً في إعطاء الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم، فإن تلك الإرادة ذاتها استخدمت لتحرير العقود وتحقيق الكفاية الذاتية في مجال التجارة الدولية. فمن جهة فإن قاعدة الإسناد أصبحت غير قادرة على مجابهة الأساليب الحديثة في مجال التجارة الدولية من حيث إن علاقات القانون الدولي الخاص ما هي إلا علاقات القانون الداخلي معكوسة على مسرح الحياة الدولية، ومن حيث النتيجة فإن أعمال منهج التنازع يؤدي إلى تطبيق قواعد قانون دولة على الروابط الدولية، وتلك

القواعد في الغالب الأعم تكون قواعد بدائية لا تصلح لأن تكون أساساً لمعالجة منازعات التجارة الدولية. (سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي التطبيق، مرجع سابق، ص ٣٥-٣٨).

ويخضع العقد الدولي إلى القانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم وليس في العقد الدولي قانون محدد بذاته لحكم العقد، وإنما يتوقف ذلك على إرادة الأطراف وأن تلك الإرادة يمكن أن يكون لها قوة مساوية لقوة إلزام القانون، وقد تؤدي تلك الإرادة إلى تحديد عدم اختصاص قانون القاضي، وبالمقابل عدم تحديد تطبيق قانون آخر، وهو ما أدى إلى محاولة التخلص من الخضوع إلى أي قانون وطني من خلال تحقق الكفاية الذاتية للعقد الدولي، وذلك أن العقد الدولي عندما يكون متضمناً للالتزامات واضحة يكفي بحد ذاته لإلزام الأطراف، ويعني من تطبيق قانون معين. (صادق، هشام، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٦٤٥-٦٥٤).

إلا أن هذا الرأي قد تم الرد عليه بالقول إن نصوص القانون لا تخلق الحقوق بل تقرها وتعتمدها، وهو ما أتاح لبعض أنصار الأخير إلى القول بضرورة وجود القانون بما له من قوة ملزمة ليطبقه المحكم على أحكام التحكيم، (سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي التطبيق، مرجع سابق، ص ٤٣-٤٨).

وبخصوص دور الأوساط المهنية، فإن العادات ذات الطابع الدولي وخاصة في مجال الأسواق المالية والاعتماد المستندية وتشابك العلاقات المعقدة في ذلك التعامل قد أوجد قواعد وضعها أصحاب الاختصاص تتعلق بالمنازعات والمعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية. وقد أكدتها الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقيات فينا لعام ١٩٨٠ المتعلقة بالبيع الدولية، والمادة ٢/٣٣ من القانون التجاري الدولي الذي وضعت الأمم المتحدة في عام ١٩٧٥، حيث ورد فيها "يتعين على محكمة التحكيم في كل الحالات أن تأخذ بعين الاعتبار عادات التجارة واجبة التطبيق على التصرف". (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٥).

وكذلك فإن ذات الأمر ينطبق على لائحة غرفة التجارة الدولية واتفاقية عمان للتحكيم بحيث تصبح العادات والشروط العقدية والأعراف التجارية الدولية جزءاً من القواعد الداخلية الواجبة التطبيق في المنازعات التجارية الدولية، ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار تلك العادات هي قواعد قانونية تولدت مع الوقت من خلال الواقع العملي. (سلامه، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٣٣٠).

٢ : مهمة هيئة التحكيم الطليق

إن ما يدفع الطرفين إلى الاتفاق على التحكيم بالصلح يرجع في أغلب الأحيان إلى أن الأحكام الواردة في القوانين الوطنية قد لا تكفي، بل وقد لا تصلح لإعطاء حلاً منصفاً للنزاع بسبب تعقد العلاقات القانونية الناشئة عن العقد أو مجموعة العقود مثار النزاع أو تعدد أطرافها أو اختلاف مراحل تنفيذها أو لغير ذلك من أسباب لم تأخذها تلك القوانين الوطنية بعين الاعتبار، الأمر الذي يستدعي إعفاء الخصوم من الخضوع إلى قوانين طالما لم تر هيئة التحكيم أنها توفر حلاً عادلاً للنزاع، ذلك إن الركون إلى الحل العادل أو إلى حكم العدالة وكأنه يغير في التراتبية التي يعرفها علم القانون فيما يعرف بـ (هرم كلسن) أي حيث تصبح الأفضلية والأولوية لقواعد الانصاف والعدالة على حساب النصوص التشريعية الجاهزة. (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٥-٧٦).

ومتى توصل المحكم الطليق إلى هذه النتيجة، تعين عليه البحث عن الحل العادل والمنصف الذي يرغب فيه الطرفان في هذا النوع من التحكيم، ومن ثم إصدار حكمه متوافقاً مع هذه النتيجة. (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٥-٧٦).

ويظهر من ذلك أن قواعد العدالة في التحكيم بالصلح، ليست وسيلة لتفسير نصوص العقود أو القوانين، ولا هي وسيلة لحل تنازع القوانين أو للحكم في النزاع، وإنما هي غاية تسعى إليها هيئة التحكيم الطليق وهي غاية نهائية تتجاوز التفسير المباشر والحال لقانون موضوعي معين، ويترتب عليها الاعتراف بقانون يعلو القوانين الوطنية بحكم العدالة التي يوفرها للخصوم ولم يمكن استمداها من هذه القوانين الوطنية، وهو نظام تأخذ به التشريعات اللاتينية، أما الأنظمة الانجلوسكسونية فتلتزم فيها هيئات التحكيم بالأخذ بأحكام القانون (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية وكذلك شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٥١).

وقد لا يهدف الطرفان من تخويل المحكم مهمة التحكيم بالصلح تعطيل تطبيق قواعد القانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع النزاع أصلاً بسبب عجز هذا القانون عن إعطاء حلاً عادلاً، بل يهدفان إلى إتاحة الفرصة للمحكم الطليق للبحث عن الحل العادل للنزاع المعروض عليه ولو لم يستمد من هذا القانون، ذلك أن هيئة التحكيم الطليق حين تحاول تطبيق الحل العادل تضطر إلى تجاوز القانون الوطني، الذي لا تجد فيه هذا الحل، إنما تفعل ذلك باسم القانون ذاته، لأنه هو نفسه يجيز له القيام بتلك المحاولة إعمالاً لإرادة الطرفين التي اتجهت إلى ذلك. ويعني ذلك قيام التحكيم الطليق على فكرة مؤاها أن الأطراف قد ارتضوا عدم صدور حكم التحكيم وفقاً للقواعد المباشرة لقانون وطني معين دون أن يكون لهيئة التحكيم باسم العدالة رفض تطبيق اتفاق أبرماه وفقاً للقانون، بحيث يتعين على هيئة التحكيم مراعاة شرط هذا الاتفاق في حكمه دون إلغائها أو تحريفها أو تجاوزها طالما جاءت موافقة للقانون الذي استندت عليه.

وبالتالي فإنه يجب عدم النظر في الصلاحية التي منحها الأطراف لهيئة التحكيم في التحكيم الطليق بأن لا تطبق قواعد القانون بتفاصيلها، على أنها تعني تنازل من جانبها بعدم الرضوخ لأي قانون، بل يجب النظر إلى هذه الصلاحية على أنها تسمح بنوع من التكامل بين مجموعة أو

تركيبية من المعايير المختلفة التي تستطيع هيئة التحكيم الطليق أن تستخلص من مجموعها قاعدة يراها أكثر ملاءمة لحل النزاع المعروض عليها. مما يعني في المحصلة تعظيم سلطات هيئة التحكيم بشأن طريقة حل هذا النزاع.

وعلى أساس هذا المفهوم، لا ينبغي القول بتعارض العدالة مع القانون، بل يمكن القول باتجاه القانون نحو توسيع مصادره بما يسمح بحل النزاع على ضوء الاعتبارات أو الظروف المتباينة التي لا يمكن مراعاتها فيما لو أخضعته هيئة التحكيم إلى القواعد المحضة للقانون الوطني دون سواه.

وبالتالي فالتحكيم الطليق يعني تكامل العدالة والقانون واتحاد كل منهما مع الآخر بحيث تبدو العدالة مع القانون كوجهين لشيء واحد هو العدل في أجل صوره، أو ما يمكن التعبير عنه بالعدل المثالي أو الذي يمثل الهدف الأسمى للتحكيم الطليق، ولذلك فالصياغة المعروفة بهذا المنهج أو الطريقة تقترب كثيرا من صياغات مادة فلسفة القانون في تقديمها للنظريات المثالية على أساس القانون وكيفية تطبيقه، ولقد ظهرت العدالة لمعالجة قصور نصوص القانون بغرض تحقيق العدل للأطراف الذين لا يستطيعون الحصول على حقوقهم طبقاً لتلك القواعد القانونية.

(المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٢٥-٢٦).

وقد بدأت تلك المفاهيم تبرز في العصور الوسطى حين كان يلجأ الأطراف إلى الملك لطلب العدالة عندما يعجزون عن الحصول على تلك الحقوق من المحاكم العادية التي كانت تطبق القانون المشترك سواء بسبب قصوره أو قسوته أو بسبب إنكار العدالة أو لحرمانهم من اللجوء إلى تلك المحاكم، وكان الملك في ذلك الوقت صاحب سيادة تخوله التدخل في مثل هذه الحالات لحل النزاع، فعمل الملك آنذاك على إحالة طلبات هؤلاء الخصوم إلى وزير العدل لكي يحكم في النزاع

وفقاً لقواعد العدل والإنصاف المستمدة من أخلاق أرسطو ومبادئ الكنيسة وخاصة مبدأ "الحكم

باسم الضمير". (أبو صوفي، طالب، تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ص ٢٥٢-٢٥٣).

وأخذ وزير العدل باعتباره مستشار الملك على عاتقه تأليف محكمة برئاسته عرفت باسم محكمة

المستشار للفصل في طلبات العدالة المحالة إليه من الملك ولم تتقيد هذه المحكمة بعكس محاكم

القانون المشترك الذي كان يتسم بصرامة شديدة بحكم طابعه - المحافظ - بنصوص قانونية

محددة أو بسوابق قضائية معينة بل كانت محكمة المستشار تبني أحكامها على ما تراه محققاً

للعدالة بالنسبة لأطراف النزاع بخصوص القضية المعروضة عليها حتى ولو لم تقض هذه

الأحكام بنفس الحقوق المقررة في القانون المشترك، إذا حرصت هذه المحكمة على تفادي تعسف

الأطراف في استخدامهم للمزايا أو الحقوق التي يقررها لهم هذا القانون. (المصري، حسني، التحكيم التجاري

الدولي، مرجع سابق، ص ص ٢٥-٢٦).

ولم تكن محكمة المستشار تكتفي بالأدلة التي يقدمها الخصوم لإثبات ما لهم من حقوق وإنما

كانت تبحث عن الحقيقة بالطريقة التي تراها ملائمة مثل توجيه الأسئلة إلى الخصوم والزامهم

بتقديم ما لهم من مستندات للفصل في النزاع وتوجيه اليمين إلى المدعي عليه بالحق.... الخ، فإذا

رأت أن المدعي عليه بالحق مخالف لمقتضيات الضمير والعدالة أصدرت المحكمة حكمها وفقاً

للعدالة تأسيساً على أنه خالف ضمير الملك. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٦).

وهكذا نشأت فكرة العدالة من حالة الازدواج القضائي في إنجلترا، وهو الازدواج المتمثل في وجود

محاكم العدل الملكية إلى جانب محاكم القانون المشترك إذ بينما كانت الأخيرة تفصل في المنازعات

طبقاً للقانون المشترك فإن الأولى كانت تفصل فيها طبقاً لقواعد العدل والإنصاف، وكأنها محاكم

طليقة غير مقيدة بذلك القانون، الأمر الذي يقرب - في العصر الحديث تبين قضاء العدالة بهذا

المعنى والتحكيم الطليق الذي يدور المحكم الطليق في فلكه وتتحدد مهمته على ضوءه.

ويزيد من تقارب التحكيم الطليق من قضاء العدالة وفقاً للمفهوم المتقدم، أن كلا منهما لا يتكرر للقانون ولا ينكره، ذلك أن قضاء العدالة قد أسفر بمرور الزمن - عن طريق محكمة المستشار - عن خلق قواعد خاصة شكلت في مجموعها هذا القضاء، كقضاء متميز له ذاتيته واستقلاله عن قضاء محاكم القانون المشترك، إلا أن قضاء العدالة كان دائماً محاولة لتفسير قواعد القانون المشترك الذي أوجبه الضرورات المتعلقة بمحاولة تجنب الحدة والقسوة التي كانت تتضمن تلك القواعد (أبو طالب، صوفي، تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ٣٥٤).

وفي ذلك يتفق قضاء العدالة مع التحكيم الطليق، حيث لا يعدو هذا التحكيم بدوره أن يكون أسلوباً للبحث في القانون و العدالة معا وهذا طبعاً يشكل بحثاً في "أصل القانون وفي غاية القانون"، وهو بحث لطالما كان محور انشغال اساسي لعلماء فلسفة القانون. للوصول إلى الحل الأكثر عدلاً للنزاع المعروض على هيئة التحكيم من كافة الجوانب في محاولة لتوسيع مصادر القانون الموضوعي بما يسمح ببناء حكم التحكيم على قواعد أكثر عدالة من تلك التي ينبنى عليها الحكم غير الطليق. (Lawrence W Newman Richard D Hill 2004 The Leading Arbitrators Guid To International Arbitration London p 10) وعلى هذا الأساس يكون للتحكيم الطليق مفهوم موضوعي وليس مجرد مفهوم شخصي يعتمد على الفهم الشخصي أو الذاتي لهيئة التحكيم لتقرير الحلول الموضوعية للنزاع. ويستقيم المفهوم الموضوعي للتحكيم الطليق مع الجانب النفسي للمتعاقدين، فهما يريدان العدالة في إطار القانون، فأطراف النزاع وأن أخرجوا النزاع من نطاق اختصاص قضاة المحاكم الوطنية خشية من تطبيقهم للقوانين الوطنية القاسية التي لا تعطي حلاً عادلاً للنزاع.

(Albert Jan Van Den Berg , International Comerceial Arbitration ICCA, International Arbitration Congress London 2002 p 3)

إلا أنهما لا يهدفان من ذلك إلى تجاوز المحكم الطليق وظيفته القضائية، ولا يعني ذلك رغبتهم في أن تكون مهمة هيئة التحكيم بالمساعي بين الأطراف وفقاً لأراء هيئة التحكيم الشخصي وإنما يريدان تحكيمياً حقيقياً ينتهي بحكم متكامل له أسبابه ومضمونه، وهما بذلك وكأنهما يسعيان إلى تطبيق روح القانون وليس نصوصه الصارمة التي لا تعطي حلاً عادلاً يؤدي إلى إرضاء الطرفين. (بريري، محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٣٦).

وبالتالي فإنه الهدف من كل تلك العملية هو توسيع مصادر القانون، بحيث يتم تطبيق القواعد التي تؤدي إلى حكم منصف متوافق مع منطق العدل ومتطلبات العدالة وليس شخصاً من الغير لعمل صلح بينهما عن طريق مساعيه الحميدة ووفقاً لمفاهيمه الخاصة أو الذاتية للعدالة (بريري، محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٣٦).

وتطبيق روح القانون وليس نصوصه فكرة هامة تقود وزيادة على منبتها ونشأتها من ارض فلاسفة القانون الى بحث له صلة بـ

- بين مدرسة التطبيق الحرفي للنصوص أي الشرح على المتون والمدرسة الاجتماعية التاريخية التي تأخذ منحى تفسيريّاً مختلفاً وهذه وتلك ضمن مدارس تفسير القانون.
- طبيعة دور القاضي في تفسير القانون.
- التوقف عند روحية الدساتير والقوانين وعند المقاصد الحقيقية للمشرع. ولا يجوز فهم التحكيم الطليق على أن المحكم إنما يقوم بدور المصالح، ويقرر صلحاً دون قواعد، لأن ذلك لا ينسجم مع مفهوم التحكيم بالصلح.

وبناء عليه، فإنه ليس صحيحاً ما ذهب إليه البعض من أن المحكم المصالح (الطليق) يجري صلحاً ولا يحكم، ويترتب على هذا الرأي بأنه ما دام المحكم يجري صلحاً فإنه لا يملك تجريد أحد الطرفين من كامل ما يتمسك به من حقوق، وإلا كان هذا الصلح مصيدة غير معقولة وكان أداة

للنزول عن كامل حقوق الخصم، وهو لم يتنازل وما رغب في النزول عنها جميعاً، وإنما شاء فقط أن ينزل عن بعضها مقابل أن ينزل خصمه أيضاً عن بعض ما يتمسك به أو يعترف له بحقه أو بعضه. (أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٢).

وهذا الرأي غير صائب لأن وظيفة المحكم الطليق هي أن يقضي بناء على العدالة، أي يحكم وفقاً لها بحكم مفروض على الخصمين ولو تضمن هذا الحكم الاعتراف لأحدهما بكل حقوقه والحكم له بكل طلباته دون الطرف الآخر ودون أن يتوقف هذا الحكم على إرادته، والسبب في ذلك أن المحكم الطليق ليس وكيلًا مشتركاً بين الخصمين ولا يملك إنشاء التزام جديد على عاتق أي منهما، بل يتمتع بوظيفة قضائية هي حسم النزاع مع التزامه ببيان اعتبارات العدالة التي قادته إلى الحل الذي تبناه. (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، جامعة الكويت، ١٩٩٠، ص ص ٢٤٤-٢٤٥).

وتؤكد نصوص القوانين الوطنية أن المحكم الطليق لا يجري صلحاً وإنما يفصل أو يبيت أو يحكم في نزاع، وهو ما نصت عليه باللفظ المادتان ٤٧٤ و ١٤٩٧ مرافعات فرنسي والمادة ٣٣/د من قانون التحكيم الأردني والمادة ٤/٣٩ من قانون التحكيم المصري التي قالت أن هيئة التحكيم في التحكيم (الطليق) تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

كما نصت المادة ٢/١٨٢ مرافعات كويتي على أن يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح، فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام، بالرغم من أن النص قد استخدم اصطلاح الصلح في قوله إلا إذا كان (المحكم) مفوضاً بالصلح.

إلا أن هذا الاصطلاح يعد ترجمة عربية غير دقيقة للاصطلاح الفرنسي أي المحكم المصالح أو أي التحكيم بالصلح، فهذا الاصطلاح أو ذلك لا يعني الصلح بالمعنى القانوني الدقيق للاصطلاح، (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٤٤) وهو الصلح الذي يقتضي تنازل

الطرفين على وجه التقابل عن جزء من الحق الذي يدعي به كل منهما قبل الآخر، وهو ما أشارت إليه المادة ٥٤٩٥ من القانون المدني المصري.

وقد وردت في النصوص التشريعية عبارة التحكيم بالصلح، إلا أن المقصود أن الحكم يكون من خلال التفويض بالصلح و الحكم على مقتضى قواعد القانون، إذ يفيد اصطلاح "الحكم" يحكم ولا يصلح ولو تسمى بالمحكم المصالح لذا يؤثر بعض الفقهاء التعبير عن هذا النوع باصطلاح "التحكيم الطليق" كما نؤثر اصطلاح المحكم هنا - " بالمحكم الطليق"، وهو اصطلاح استخدمه بعض الفقهاء الذين أطلقوا على الحكم الذي يصدره اصطلاح الحكم "الطليق"، (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٣- وما بعدها).

إلا أن المحكم الطليق لا يتمتع بمجرد سلطة، وإنما يقوم بمهمة حقيقية شأنه في ذلك شأن قاضي المحاكم القضائية، وهي مهمة الفصل في النزاع باستخدام جميع سلطاته التي يستمدّها من ولايته بالنزاع كمحكم طليق ويكون قد ارتكب خطأ إذا لم يباشر هذه السلطات. (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١١٤ - ١١٦). وترتيباً على ذلك، إذا كان المحكم طليقاً واقتصر على تطبيق قواعد القانون برغم ما فيها من صرامة، كما يفعل المحكم المقيد، فإنه قد يواجه حكمه بدعوى التعويض عن هذا الخطأ، كما يواجه حكمه بدعوى البطلان متى كان على مقتضى تلك القواعد قد تعارض مع العدالة، لأنها هي الهدف النهائي أو الغاية الأخيرة لاتفاق الطرفين على التحكيم الطليق. (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١١٤ - ١١٦).

ولاشك أن تلك السلطات التي يباشرها المحكم الطليق، في نطاق مهمته المذكورة، أوسع بكثير من تلك التي يتمتع بها المحكم المقيد، الأمر الذي استوجب توافر شروط خاصة لصحة التحكيم الطليق. (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١١٤ - ١١٦).

ثانيا : شروط صحة التحكيم مع التفويض بالصلح (الطلاق)

لكي يكون التحكيم الطلاق صحيحا فان ثمة شروط يتوجب إن تتوافر، لان هذا النوع من التحكيم وان كان مطلقا في تعاطي هيئة التحكيم وتقييم اداءات الاطراف وطريقة الوصول الى حكم التحكيم من خلال تطبيق قواعد العدل والانصاف، الا انه توجد ثمة شروط يتطلب توافرها ليكون التحكيم الطلاق صحيحا.

ولذلك سنقوم بمعالجة هذا المحور من خلال بنود خمسة :-

١ : وجود اتفاق صريح بين الأطراف على التحكيم الطلاق

٢ : تقيد المحكم الطلاق بحدود النزاع المعروض عليه

٣ : احترام المحكم الطلاق للمبادئ الموجهة إلى خصومة

التحكيم

٤ : مراعاة القواعد الاجرائية الاتفاقية وتلك الواردة في باب

التحكيم.

٥: مراعاة قواعد النظام العام المتعلقة بموضوع النزاع.

١ : وجود اتفاق صريح بين الأطراف على التحكيم مع التفويض بالصلح (الطلاق)

وبما أن هيئة التحكيم مفوضة بالصلح لها ولاية الفصل في النزاع المطروح عليها وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف وعدم إخضاعه إلى أي قانون وطني، فإنه يتوجب منح هيئة التحكيم تلك الولاية بموجب اتفاق صريح بين الطرفين من خلال شرط التحكيم الوارد في العقد أو باتفاق مستقل، ولذلك يترتب على قيام هيئة التحكيم بالفصل بالنزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون وجود اتفاق صريح بطلان حكم التحكيم (أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٥، وكذلك

القصاص، عيد محمد، حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص ٢٦٧).

وقضت محكمة استئناف باريس بأنه إذا فصل المحكم بالنزاع دون وجود اتفاق صريح مكتوب، وكان الحكم مستنداً على قواعد العدالة والإنصاف كان حكم التحكيم باطلاً، (قرار محكمة استئناف باريس، تاريخ ٤ شباط ١٩٦٦، وكذلك قرار محكمة النقض المصرية رقم ٥٥٢٩ لسنة ١٩٦٦، جلسة ١١/٧/١٩٩٨).

وكذلك فإنه لا يكفي لإبطال حكم التحكيم استخدام هيئة التحكيم لعبارة تحكيم طليق وإنما العبرة بأن يكون الحكم مستنداً على قواعد العدالة والإنصاف دون وجود اتفاق صريح، (أبو ألوف، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ٨٧) .

ويعني ما سبق، أن جوهر مفهوم البطلان يقتضي أن يصدر قرار تحكيم مختلف عن قرار التحكيم فيما لو كان مقيداً بتطبيق القانون على موضوع النزاع من حيث النتيجة، وذلك نتيجة لاختلاف القواعد المطبقة على الدعوى التحكيمية. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٩٩٥/٢٩٤ حقوق "بصحة ما نعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال على سند من إن الحكم الابتدائي بالتصديق على حكم المحكم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف وفقاً لاحكام القانون الإماراتي لأن المحكم كان مفوضاً من الخصوم بالصلح ولأنهم كانوا قد اتفقوا بوثيقة التحكيم على اعتبار الحكم باتاً وملزماً، كما إن اتفاقهم بوثيقة التحكيم على التزام المحكم بقواعد وأحكام القانون وهذا يعني إن المحكم لم يكن مفوضاً بالصلح"، (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٢١ - ١٢٢) .

ولقد قدمنا أن الاتفاق على التحكيم يجب أن يكون مكتوباً ولا وقع باطلاً، ويجب أن يتوافر شرط الكتابة في التحكيم الطليق من باب أولى نظراً لخطورته، كما يجب استخلاص الاتفاق عليه بحذر شديد وتفسيره تفسيراً ضيقاً لحقوق الخصوم، (أبو ألوف، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٥) وتشتترط بعض التشريعات لصحة الاتفاق على التحكيم الطليق أن

يذكر المحكمون بأسمائهم وإلا كان الاتفاق باطلاً، وهو ما نصت عليه المادة ١٧٦ مرافعات كويتي بقولها "لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم". (أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٧٩).

٢ : تقيد المحكم الطليق بحدود النزاع المعروض عليه

يجب على المحكم الطليق شأنه شأن المحكم المقيد احترام مبدأ محدودية النزاع، فلا يجوز له أن يمد ولايته إلى مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، وبالتالي يجب عليه التقيد بطلبات الخصوم، كما يجب عليه أن يفسر الطلب الضمني تفسيراً ضيقاً، بحيث لا يفصل في طلب ضمني لأحد الخصوم ما لم يكن هذا الطلب نتيجة حقيقية مباشرة للطلب الأصلي.

ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الموجهة إلى خصومة التحكيم شأنها شأن الخصومة القضائية حين يتعلق بمبدأ آخر، هو مبدأ احترام حقوق الدفاع. (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١١٣).

وفي هذا الصدد قضي ببطلان حكم تحكيم كان قد أعتبر أحد الطرفين مسؤولاً عن عدم تنفيذ العقد مثار النزاع بسبب تجاوز هذا الحكم لموضوع النزاع الذي كان محصوراً في نزاع الطرفين حول تفسير هذا العقد، (استئناف باريس بتاريخ ٢٥ شباط ١٩٧٢). ومن أجل ذلك يجب على المحكم - ولو كان طليقاً - التعبير عن العقد الذي استخدمه الطرفان لتجسيد النزاع المعروض عليه وإلا تعرض حكمه إلى البطلان إذا تجاوز هذا التعبير.

وكذلك فقد قررت محكمة التمييز الأردنية بأنه "استقر الاجتهاد على أنه إذا فوض طرفاً عقد التحكيم المحكم بأن يحكم في النزاع دون التقيد بالأصول والقانون فيلزم فريق النزاع بهذا العقد ما دام أنه غير ممنوع بقانون أو نظام وليس مخالفاً للنظام العام والآداب عملاً بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين" (تميز حقوق ١٩٩١/٢٥٧ بتاريخ ١٦/٣/١٩٩١).

ومع هذا يتمتع المحكم الطليق بحرية الحركة في نطاق موضوع النزاع فيقرر بعض المسائل التي يقتضيها سعيه نحو الوصول إلى حل عادل له ولو لم يثر الخصوم تلك المسائل في طلباتهم، كما لو قرر المحكم المقاصة بين حقوق الطرفين بما لم يخرج عن موضوع النزاع أو قرر قيام التضامن في الدين ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم، أو قرر عدم التزام رئيس الشركة بإرسال صورة من جدول الأعمال مع الدعوة التي يوجهها لعقد جمعيتها العمومية متى لم ينشأ هذا الالتزام من قاعدة متعلقة بالنظام العام. (عبد الفتاح، عزمي، التحكيم في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٥٠-٢٥١).

وتستند الحرية التي يتمتع بها المحكم الطليق إلى اعتبارات مختلفة، منها أن يتمتع بنفس السلطات التي يستمدّها الخصوم من القواعد المكملّة أو المفسرة في القانون ومن ثم يملك استبعاد هذه القواعد بغير اتفاق، ومنها أن المحكم الطليق مطالب كالمحكم المقيد بحل جميع المشكلات التي يكون حلها مسبقاً لازماً للفصل في النزاع الذي يتصدى له والمشكلات التي يعتبر حلها مسألة فرعية تابعة أو مسألة لا ملاذ من تعرضه لها بحسب طبيعة النزاع المعروض عليه باتفاق التحكيم الذي يعتبر قانون الأطراف (عبد الفتاح، عزمي، التحكيم في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٥٠-٢٥١).

٣ : احترام المحكم الطليق للمبادئ الموجهة إلى خصومة التحكيم

من الواجب أن يتقيد المحكم الطليق المفوض بالصلح كما هو الحال من قبل المحكم المقيد بالقواعد المتعلقة بالنظام العام، وهي فقط القواعد المتعلقة بالنظام العام الموضوعي وكذلك المتعلقة بالنظام العام الإجرائي. وبالتالي يلتزم المحكم الطليق المفوض بالصلح باحترام المبادئ الأساسية الناظمة لخصومة التحكيم. (أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ص ١٧٩ - ١٨٣)

ويترتب على مخالفة المحكم لهذه المبادئ بطلان إجراءات التحكيم ومن ثم بطلان حكم التحكيم بطلاناً مطلقاً. وفي هذا الإطار نصت المادة ١٤٦٠ مرافعات فرنسي على أن "المبادئ الموجهة لإجراءات التحكيم، تكون واجبة التطبيق دائماً على خصومة التحكيم" (أبو الوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ص ١٧٩ - ١٨٣).

وتعليقاً على نص المادة ١/١٨٢ مرافعات كويتي على عدم تقيد المحكم الطليق - كالمحكم المقيد - بإجراءات المرافعات، قالت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الكويتي أنه " غني عن البيان أن إعفاء المحكم من التقيد بقواعد المرافعات لا يسري على المبادئ الأساسية في التقاضي". بمعنى أنه يتعين عليه - سواء أكان مفوضاً بالقضاء أم بالصلح - أن يلتزم بالمبادئ الأساسية في التقاضي ولو لم تكن واردة في باب التحكيم، كاحترام حق الدفاع ومعاملة الخصوم على قدم المساواة، وعدم اتخاذ إجراء في غفلة من الخصوم أو من بعضهم، إلى غير ذلك من المبادئ الإجرائية الأساسية في التقاضي التي وردت في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الكويتي.

وبنفس المعنى نصت المادة ٢٦ من قانون التحكيم المصري على أن "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه" وذلك دون تفرقة بين التحكيم المقيد والتحكيم الطليق، كما تضمن الباب الرابع من هذا القانون نصوصاً منظمة لإجراءات

التحكيم وتكفل احترام المبادئ الأساسية لخصومة التحكيم، كمبدأ المساواة في معاملة الخصوم ومبدأ المواجهة ومبدأ احترام حقوق الدفاع سواء تعلق الأمر بالتحكيم المقيد أو بالتحكيم الطليق.

(أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٤).

وتأكيداً لذلك نصت المادة ٢/٥٣ من هذا القانون على أن تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. (شتا، احمد محمد عبد البديع، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٣١). وبالتالي لا يجوز للمحكم الطليق المفوض بالصلح مباشرة ولايته بالنزاع دون إعطاء الخصوم حق الدفاع وإعلامهم علماً بمواعيد الجلسات في الوقت المحدد لتمكينهم من المثل أمام هيئة التحكيم، كما يجب عليه تمكين كل من الطرفين من العلم بدفاع ومستندات الطرف الآخر في الوقت المناسب أيضاً لإعداد دفاعه (أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٤).

لكن ليس هناك ما يمنع المحكم الطليق من أن يلجأ مباشرة إلى بعض الإجراءات، ولو لم يطلب أحد الأطراف اتخاذها كأن تستمع هيئة التحكيم إلى أحد الشهود أو تستجوب أحد الخصوم أو تستشير أحد الخبراء وذلك كله دون إخلال بمبدأ المواجهة، لا سيما بعد إقفال باب المرافعة، حيث يتمتع على هيئة التحكيم - ولو كان طليقاً - قبول أي دفاع أو أي مستند أو القيام بأي عمل إجرائي آخر في غيبة الخصوم فإذا حدث شيء من هذا فيتوجب على هيئة التحكيم إعادة الدعوى إلى المرافعة لكفالة مبدأ المواجهة. (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة

الدولية، مرجع سابق، ص ١١٦ - ١١٧).

٤ : مراعاة القواعد الإجرائية الاتفاقية والقواعد الإجرائية الواردة في باب التحكيم

تنص القوانين الوطنية على إعفاء المحكم من قواعد المرافعات بما يعني اعترافها له بحرية تحديد الإجراءات الواجبة الإلتباع أمامه في خصومة التحكيم إلا إذا اتفق الطرفان على الإجراءات التي يلتزم بإتباعها. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٠ مرافعات فرنسي من أنه "يحدد المحكمون إجراءات خصومة التحكيم ما لم يقرر الطرفان غير ذلك في الاتفاق على التحكيم" وبنفس المعنى أيضاً ما نصت عليه المادة ١/١٨٢ مرافعات كويتي من أن "يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب.

ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم"، وهذا أيضاً ما نصت عليه المادة ٢ من قانون التحكيم المصري من أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم . فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مراعاة أحكام هذا القانون وأن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

ولكن نجد أن الإجراءات الواجب إتباعها هي الإجراءات الأساسية في حقوق الخصوم، وعلى ما قرره محكمة التمييز الأردنية بقولها "إن مواد قانون أصول المحاكمات المدنية نصت على سريان أحكامه على جميع المسائل التي ترفع إلى المحاكم ولم تنص على سريانه على إجراءات التحكيم كما لم ينص قانون التحكيم على وجوب تحرير محضر بإجراءات التحكيم، وأن عدم تحرير محضر لإجراءات التحكيم لا يجعل القرار باطلاً أو مخالفاً للنظام العام" (تمييز حقوق رقم ١٩٩١/٢٥٧ تاريخ ١٩٩١/٣/١٦).

ولم تفرق النصوص المتقدمة - في هذا الخصوص - بين التحكيم المقيد والتحكيم الطليق مما يعني التزام المحكم الطليق بالقواعد الإجرائية التي يتفق عليها الطرفان وبالقواعد الإجرائية المقررة بشأن التحكيم ويتوجب التزام المحكم الطليق باحترام القواعد الإجرائية الاتفاقية، لأن الشروط

الاتفاقية التي يقررها الطرفان تتكامل مع اتفاق التحكيم، ومن ثم لا يجوز أن يصدر المحكم الطليق حكمه بالمخالفة لهذه الشروط وإلا كان حكمه باطلاً لتجاوزه حدود ذلك الاتفاق.

ولقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية بقولها أنه "لا يجوز للمحكمن استبعاد القواعد الإجرائية المحددة في شرط التحكيم وإلا خالفوا القانون الذي توافق عليه الطرفان باعتباره قانوناً مفروضاً على المحكمن. ومع ذلك يرى البعض أن حكم المحكم الطليق لا يتعرض إلى البطلان بسبب مخالفته للقواعد الإجرائية الاتفاقية ما لم يكن أحد الطرفين قد أعترض على هذه المخالفة أثناء الإجراءات ويكون الأمر كذلك أيضاً فيما لو خالف المحكم الطليق القواعد الإجرائية المقررة في باب التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلافها، حيث تمثل تلك القواعد الحد الأدنى من الإجراءات التي يجب على المحكم احترامها في خصومة التحكيم، مما يبرر إبطال حكم التحكيم إذا بني على إجراءات مخالفة اعترض عليها أحد الخصوم. ومن بين القواعد الإجرائية المنصوص عليها في باب التحكيم، في القوانين الوطنية، تلك التي تتعلق بالنظام العام الإجرائي، كالقاعدة التي توجب تسبيب الحكم، ذلك أن تسبيب حكم المحكم - ولو كان طليقاً، يعد هو الوسيلة الوحيدة التي تسمح لقاضي الدولة بالرقابة على هذا الحكم لضمان عدم تأسيسه على أسباب تحكيمه من جانب المحكم، أو عدم اعتماده على إجراءات لم تراع فيها المبادئ الأساسية الموجهة إلى الخصومة كمبدأ المواجهة ومبدأ كفالة حقوق الدفاع، (أبو أوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٤).

ومع ذلك يلاحظ أن المحكم سواء أكان مقيداً أو طليقاً لا يلتزم بتسبيب حكمه إذا اتفق الطرفان على عدم ذكر الأسباب، سواء ورد هذا الاتفاق في شروط تحكيم أو مشارطه تحكيم أو في اتفاق مستقل، كما يلاحظ أن المحكم الطليق وإن التزم بتسبيب حكمه، إلا أنه يتمتع بقدر من المرونة في ذكر أسبابه، إذ يكفي فيها أن تكون كافية لفهم الحكم ولو لم تتضمن بالتفصيل جميع العناصر التي اعتمد عليها الحكم. (والي، فتحي، التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٧-٨).

٥ : مراعاة قواعد النظام العام المتعلقة بموضوع النزاع

لا يعني تخويل المحكم مهمة المحكم الطليق ومن ثم إعفاؤه من التطبيق الجامد أو المتشدد لقواعد القانون بغية الوصول إلى حل عادل وملائم للنزاع. إذ إنه يستطيع - والحال كذلك - غض الطرف عن القواعد المتعلقة بالنظام العام في خصوص موضوع النزاع، ولذلك يلتزم المحكم الطليق باحترام هذه القواعد تماماً كما يلتزم باحترام القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، (والي، فتحي، التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ص ٨-٩).

ولقد أكدت ذلك المادة ٢/١٨٢ مرافعات كويتي عندما نصت على أن لا يتقيد المحكم الطليق بقواعد القانون " عدا ما تعلق منها بالنظام العام"، كما نصت المادة ٢/٥٣ من قانون التحكيم المصري على أن "تقضي المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذ تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية" يستوي في ذلك النظام العام الإجرائي أو النظام العام الموضوعي.

ويبنى على ذلك أنه لا يجوز للمحكم الطليق وهو يفصل في موضوع النزاع، أن يتصدى إلى المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم كمسائل الحالة والإفلاس وحقوق الملكية الفكرية... الخ، فإذا تضمن اتفاق التحكيم تخويل المحكم مهمة الفصل في مثل هذه المسائل وجب عليه الحكم ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام، فإذا لم يقرر هذا البطلان وفصل في تلك المسائل تعرض حكمه إلى البطلان المطلق بسبب مخالفته لقواعد النظام العام.(والي، فتحي، التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٤).

ولقد أكدت ذلك المادة ١٤٨٤ مرافعات فرنسي بقولها إنه "لا يجوز مواجهة حكم التحكيم " بدعوى البطلان الأصلية ولو وجد اتفاق مخالف، إذا فصل المحكم في موضوع النزاع بدون اتفاق على التحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل.

ثالثاً : قواعد العدالة والإنصاف الواجبة التطبيق على موضوع النزاع

وبما أن المحكم الطليق مطالب بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف فإن السؤال يثور عن مضمون هذه القواعد، فهل هي قواعد العدالة والإنصاف بمفهومها الذي كان سائداً في العصور الوسطى، أم هناك مفهوم آخر لها؟.

لقد تمثل مضمون العدالة في العصور الوسطى في الأفكار التي طبقتها محكمة المستشار في إنجلترا على الدعاوى التي كان يحيلها إليه من الملك ويفصل في تلك الدعاوى دون التقيد بشكليات القانون المشترك، ودون الاصطدام بجموده وشدته، ووفقاً لهذه المفاهيم كان يجب أن يكون سلوك الأطراف مطابقاً لما يوجبه الضمير الحي والخلق القويم. (علي، عبد الجليل محمد، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والانظمة القانونية المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ص ٢٧-٢٨).

فإذا كانت الحقوق المقررة لأحد الأطراف في القانون المشترك تجيز له القيام بأعمال قانونية معينة في مواجهة الطرف الآخر، وكان من شأن تلك الحقوق الإضرار بهذا الأخير، فإن قواعد العدالة توجب امتناع ذلك الخصم عن القيام بتلك الأعمال من تلقاء ذاته، فإن لم يمتنع عن ذلك استناداً إلى ضميره هو توجب إخضاعه إلى عقوبة بدنية يكون من شأنها إيقاظ ذلك الضمير. وهذه العدالة لا تنكر الحقوق التي يقرها القانون المشترك وإنما توجب أن تراعي المحكمة حالة الخصوم وسلوكهم، وقد عرفت هذه العدالة بالعدالة الوجدانية أو العدالة المثالية، إذ كانت تمثل أعلى مراتب العدل وتضحى من أجل ذلك بشكليات القانون من أجل هدف أسمى، كما أنها كادت تنسب إلى الضمير. وتأخذ بعين الاعتبار مخافة الله من ثم كانت تبلغ بالقاضي الذي يحكم على مقتضاها مرتبة يعجز القاضي الذي يطبق القانون بحذافيره عن بلوغها، إلا وهي مرتبة العدل المطلق الذي أرساه "جستينيان" على مبادئ ثلاثة هي: عش شريفاً، ولا تؤذ غيرك، وأعد لكل ذي حق حقه، (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٧-٢٨).

وهي مبادئ اشتهرت كذلك لدى الفقيه الروماني "البيانوس"، (أبو طالب، صوفي، تاريخ القانون، مرجع سابق، ص ص ٣٢٧-٣٥٤).

كذلك عرفت إنجلترا في العصور الوسطى فكرة الإنصاف، وهي الفكرة التي نشأت من عادة المنافع" فقد كان الأمير يفرض ضرائب شديدة على عوائد الملكية الإقطاعية ولو للوراثة عند وفاة الملك المورث، كما أن القانون المشترك لم يكن يسمح بانتقال الملكية، وفي غير حالة الميراث إلا بإجراءات صارمة ومعقدة إذ ظهر عقد المنافع في القرن الثاني عشر الميلادي ليخلص الملك من تلك الأوضاع، وبمقتضى هذا العقد كان الملك يختار الثقات من حوله - فيخولهم - حقوق المالك القانوني لأمواله التي يريد جعل منافعها للغير، مع تعهد الأخير باحترام هذا الفرض. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٨ - ٢٩).

بيد أنه لما كان المنتفع لا يتمتع بصفة قانونية تسمح له بإقامة دعواه أمام محاكم القانون المشترك عندما يخل الصديق الأمين بالعرض من عقد المنافع ويمتنع عن نقل منافع تلك الأموال إلى المستفيد، فإنه لم يكن مناص أمام الأخير من رفع دعواه أمام محكمة المستشار، ولم يكن أمام هذه المحكمة خيار بدورها سوى الاعتراف بحقوق المنتفع ليس على أساس قواعد القانون المشترك التي لا تعترف بأية حقوق سوى المالك القانوني، وإنما على أساس قواعد العدل المطلق الذي يوجب الضمير الحي. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٩).

وعلى هذا الأساس ذهبت محكمة المستشار إلى أن المنتفع ولئن لم يكن المالك القانوني إلا أنه يتمتع بصفته المالك الانصافي، وهي صفة توجب الاعتراف له بحقوق انصافية تتمثل في منافع الأموال التي يتمتع عليها الأمين بصفة المالك القانوني وبإيجاز استطاع قضاء العدالة أن يفرض على الأمين - المالك القانوني - واجب احترام الثقة انطلاقاً من فكرة الضمير الحي الذي يوجب احترام واجبات الثقة والأمانة ولا يستجيب إلا لصوت الحق، الأمر الذي اقتضى جعل

الحقوق القانونية على الأموال - محل العقد - للأمين والحقوق الإنصافية للمستفيد. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٢٨-٢٩).

وكان المنتفعون يشرحون في دعاويهم المقاصد الحقيقية لأطراف عقد المنافع والظروف المختلفة التي كانت تلابس إبرامه، وكانت الأحكام تصدر باسم الملك باعتباره ينبوع العدالة، وبالرغم من إن هذه الأحكام كانت تقرر حقوقاً انصافية للمستفيدين إلا أنها لم تسلب الأمانة حقوقهم القانونية التي كانوا يستمدونها - بموجب هذا العقد - من نظام الملكية القانونية المقرر في القانون المشترك. (علي، عبد الجليل محمد، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والانظمة القانونية المعاصرة، مرجع سابق، ص ص ٢٨-٢٩).

وعليه، فإنه يتضح أن قضاء العدالة والإنصاف في العصور الوسطى، يقترب إلى حد كبير من فكرة التحكيم الطليق بمفهومه الواسع، إذ يهدفان إلى تجاوز الأسس الشكلية للقانون وجموده من أجل الوصول إلى حل عادل ومنصف لطرفي النزاع، ولذلك فإنه يجب النظر إلى العدالة التي تحكم هيئة التحكيم بمقتضاها باعتبارها الهدف النهائي الذي يحاول الوصول إليه، وليس باعتبارها وسيلة يستخدمها لحل النزاع بأية طريقة. (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري، مرجع سابق، ص ٧٤ وما بعدها).

وإذا كانت العدالة "كهدف" تبدو كفكرة تبرر أحياناً تجاوز بعض نصوص القانون أو تطويعه ليتلاءم مع طبيعة النزاع، بل وقد تبدو وكأنها القانون ذاته، فمرد ذلك أنه ينظر إلى مضمونها بأنها العدالة المثلى أو العدالة النموذجية التي تحقق التوازن بين المتعاقدين كما تمثل المعيار الذي يهدي هيئة التحكيم الطليق في تصديره لمهمته في النزاع. (علي، عبد الجليل محمد، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والانظمة القانونية المعاصرة، مرجع سابق، ص ص ٢٨-٢٩).

وما دامت العدالة غاية وليس وسيلة، فإن هيئة التحكيم الطليق تتمتع بحرية اختيار الوسائل التي تقودها إلى تحقيق هذه الغاية، وتبحث هيئة التحكيم الطليق عن هذه الوسائل بطريقة تجريبية تفترض وجود مصادر متعددة ومتنوعة للقاعدة القانونية التي يترتب على تطبيقها تحقيق العدالة. فقد تحاول هيئة التحكيم البحث عن القاعدة في العادات التجارية الجارية وقد يجدها راسخة في فكرة التوازن العقدي بين الأطراف، وقد تتلمسها في حرصها على تحقيق أعلى مراتب العدل للأطراف. علي، عبد الجليل محمد، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والانظمة القانونية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٢٨-٢٩).

ولا يوجد ما يمنع هيئة التحكيم الطليق أن تطبق إذا طبق قاعدة مستمدة من العادات والأعراف التجارية أو من المبادئ المشتركة في القانون أو من قواعد قانون دولة أجنبية معينة أو من قواعد القانون الوطني ذاته الذي كان ينطبق أصلاً على النزاع فيما لو لم يتفق الطرفان على التحكيم الطليق (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري، مرجع سابق، ص ٧٤- وما بعدها).

ولذلك نجد أن الحرية الكبيرة التي تتمتع بها هيئة التحكيم الطليق في اختيار القواعد المحققة للعدالة تجد سندها في أن اتفاق التحكيم الذي لا يلزمه في التقيد بقواعد القانون الموضوعي، ولا يفرض عليه التزاماً بعدم تطبيق هذه القواعد على موضوع النزاع، وإنما يخوله صلاحية تتيح لها الخيار بين تطبيقها وعدم تطبيقها حسب ما يراه محققاً للعدالة، ومن ثم قد لا تجد هيئة التحكيم الطليق هذه العدالة في تطبيق قواعد القانون الوطني ذاته الذي ينطبق أصلاً فيما لو لم يتفق الطرفان على تخويلها تلك الصلاحية، (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٥٠).

وعلى ذلك يجوز لهيئة التحكيم الطليق استبعاد قواعد القانون الموضوعي التي كانت تنطبق أصلاً إذا رأت أنها تجافي العدالة، كما يجوز لها أن تطبق من هذه القواعد ما تتوافر فيها

كاملة بدرجة أكثر من سواها وكل الذي يهم في - هذا الصدد - أن تضمن هيئة التحكيم الطليق حكمها الأسباب التي جعلتها تعتقد بعدالة الحل الذي انتهت إليه، بحيث يكون حكم التحكيم فعلاً معللاً وإفياً. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤١٨).

وسنقوم بمعالجة قواعد العدالة والانصاف الواجبة التطبيق في بندين اثنين:-

١ : نطاق تطبيق التحكيم الدولي الطليق.

٢ : قواعد العدالة التي يطبقها المحكم الطليق.

١ : نطاق تطبيق التحكيم الدولي الطليق

لقد أجازت اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي المتعددة للأطراف الاتفاق على إعطاء هيئة التحكيم الدولية مهمة المحكم الطليق. فقد نصت المادة ٢/٧ من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ على أنه " يفصل المحكمون في النزاع كمحكمين طلقاء، إذا اتجهت إلى ذلك إرادة الطرفين وكان التحكيم الطليق جائزاً وفقاً للقانون المنظم لإجراءات التحكيم. ونصت المادة ٣/٤٢ من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٦ بشأن تسوية منازعات الاستثمار على إعفاء محكمة التحكيم من التقيد بقواعد القانون ومبادئ القانون الدولي" متى استخدمت رخصة التحكيم الطليق بناء على اتفاق الطرفين" كما نصت المادة ٤/١٣ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية على أن " يتمتع بسلطات المحكم الطليق إذا اتفق الطرفان على تخويله هذه السلطات". (عبد الصادق، احمد محمد، المرجع العام في التحكيم، مرجع سابق، ص ٥٦٦ وما بعدها ، ص ٥١٧ وما بعدها).

وباستعراض هذه النصوص نجد أنها تجيز التحكيم الطليق في النزاع المعروض شريطة وجود اتفاق بين الطرفين يخول هيئة التحكيم هذه المهمة. وبالرغم من أن النصوص لم تشترط أن يكون اتفاق التحكيم الطليق صريحاً إلا أن هذا الشرط يمكن فهمه ضمناً باعتبار أن هذا النوع من التحكيم يخول هيئة التحكيم سلطات واسعة لا يتمتع بها المحكم المقيد، مما يستوجب أن يكون

ذلك الاتفاق صريحاً لخروجه على الأصل العام والذي درجت عليه اتفاقات التحكيم. " (عبد

الصادق، احمد محمد، المرجع العام في التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٠٧ وما بعدها).

ومن أجل أن تقطع قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الطريق على أي خلاف حول الشرط المذكور فإنها قد ذكرته صراحة فيما نصت عليه المادة ٢/٣٣ بقولها بأن "لا يفصل المحكم النزاع كمحكم طليق إلا إذا رخص له الطرفان ذلك صراحة شريطة جواز ذلك في القانون المطبق على إجراءات التحكيم.

وكذلك فقد أكدت المادة ٣/٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري شرط الاتفاق الصريح على التحكيم الطليق بقولها بأن " لا تفصل محكمة التحكيم في النزاع على مقتضى التحكيم الطليق إلا إذا أجاز الطرفان ذلك صراحة". (عبد الصادق، احمد محمد، المرجع العام في التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٠٧ وما بعدها).

ولا تكاد تختلف شروط التحكيم الطليق عن شروط التحكيم الطليق في النظام الداخلي وهي فضلاً على وجود الاتفاق الصريح، تقيد هيئة التحكيم الدولية بحدود النزاع المعروف عليها واحترام المبادئ الأساسية الموجهة إلى خصومة التحكيم، ومراعاة قواعد النظام العام في الدولة التي يطلب إليها تنفيذ حكم التحكيم فيها تستوي في ذلك القواعد الإجرائية أو القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام، ولا تعرض حكم هيئة التحكيم الدولي إلى البطلان أو إلى عدم تنفيذه في إقليم تلك الدولة. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٤٢٠ - ٤٢١).

كذلك تختلف مهمة هيئة التحكيم الدولية عن مهمة هيئة التحكيم الطليق في النظام الوطني إلا بخصوص الحكم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف باعتبار ذلك الهدف النهائي من التحكيم الطليق. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٤٢٠ - ٤٢١).

وقد لاحظت الأمانة العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في وثيقتها الصادرة بتاريخ ٢٥/مارس ١٩٨٨ أن التحكيم الطليق "غير معروف وغير مستخدم، في الوقت الراهن في جميع النظم القانونية الوطنية كما لا يوجد فهم موحد بشأن النطاق الدقيق لسلطة هيئة التحكيم التي تحكم على مقتضاه" وقد يرجع ذلك إلى الشكوك التي أثارها البعض حول وجود ما يسمى بالعقد الطليق الذي يفترض قدرة طرفيه على استبعاد إخضاعه إلى أي قانون وطني، إذ يرى هذا البعض أن مثل هذا العقد لا وجود له في معاملات التجارة الدولية، حيث لا يتصور وجود أي عقد يتحرك في فراغ تشريعي بل لا بد أن يستند كل عقد إلى قانون دولة معينة. (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٧٤ - ٧٥). الأمر الذي ينتهي بهذا الرأي إلى القول بأن كل تحكيم يجب أن يأخذ بعين الاعتبار شروط العقد وأن كان يرتبط بنظام قانوني معين أو أن يخضع إلى قوانين أو قواعد وطنية معينة، (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ص ٧٤ - ٧٥).

إلا أن هذه الشكوك لا تقوى على إنكار الاعتبارات التي تبرر وجود التحكيم الطليق في علاقات التجارة الدولية إذ فضلاً على أن هذا التحكيم بوسعه التغلب على مشكلة تنازع القوانين فإن ما يبرر وجوده هو أزمة القانون ذاته بما فيه من شكليات وما يطبعه من صرامة لا تستجيب لضروريات ومقتضيات التجارة الدولية، الأمر الذي قد يلجئ الطرفين إلى التحكيم الطليق لإعفاء النزاع من الخضوع إلى أي قانون وطني تتعارض قواعده مع هذه الضرورات والمقتضيات وإتاحة الفرصة للمحكمن الدوليين للوصول إلى حلول عادلة ومنصفة قد لا تكون مستمدة من أي قانون وطني أو أية معاهدة دولية (أبو أوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، مرجع سابق، ص ٩٤ وما بعدها). وهنا لا بد من الإشارة إلى أن التحكيم الطليق لاتحبه جميع منازعات التجارة الدولية فهناك منازعات تبرز فيها أهمية هذا التحكيم وهناك منازعات تبدو فيها خطورته.

وتندرج في الطائفة الأولى من المنازعات تلك التي تنشأ عن العقود طويلة الأجل كعقود امتياز الصيد وصيانة الموانئ واستخراج البترول وعقود الإنشاءات الكهربائية وصيانتها وعقود توريد التكنولوجيا وتقديم الخبرة والمساعدة الفنية وعقود إنشاء المطارات وصيانتها إلى غير ذلك من العقود المركبة والمعقدة التي يستغرق تنفيذها وقتاً طويلاً نسبياً.

وتندرج الطائفة الثانية من المنازعات تلك التي تنشأ عن عقود قصيرة الأجل، ومثالها البيوع التي ترد على المثليات من المنقولات المادية إذ عاده ما تنصب هذه البيوع على سلع أو بضائع تكون محلاً لبيوع متعددة ومتعاقبة في رحلتها من المنتج أو تاجر الجملة إلى المستهلك الأخير. وعليه فإن أكثر ما يهم البائع والمشتري إخضاع عقد البيع إلى نصوص واضحة ومحددة ومعينة في قانون وطني معين أو لأعراف وعادات تجارية محددة سائدة في سوق البضاعة أو السلعة أو الشروط الواردة في العقد المتفق عليها كالتي تحدد مثلاً - على وجه التبادل - طبيعة المبيع وصفاته وكميته ومواعيد التسليم ومصاريف النقل والشحن والتفريغ غيرها فضلاً على بيان ثمن المبيع ومكان التسليم وميعاد الوفاء ونوع العملة التي يجب الوفاء بها وطريقة الوفاء.

وقد تجد هذه التفرقة تبريرها في مجال التحكيم الطليق في أن المنازعات الناشئة عن العقود طويلة الأجل هي التي قد يصدم حسمها بجمود القواعد القانونية وشكلياتها وصرامتها بل وفراغها من قواعد مناسبة لحل النزاع وذلك بعكس المنازعات الناشئة عن العقود قصيرة الأجل إذ غالباً ما تتضمن القوانين الوطنية القواعد التي تحكمها فضلاً على اعتبارها عقوداً عادية نشأت بمناسبتها أعراف وعادات تجارية تجد فيها هيئة التحكيم قواعد محددة مسبقاً تصلح لحل النزاع وتعفيه من مهمة البحث عن قواعد تحقق العدالة لأطراف العقد وهي المهمة التي قد تحتار فيها هيئة التحكيم الطليق وهي بصدد البحث عن تلك القواعد. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق،

٢ : قواعد العدالة التي يطبقها المحكم الطليق

تستمد هيئة التحكيم الطليق الدولي قواعد العدالة من مصادر مختلفة ومتنوعة بين عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة المشتركة في القانون فضلاً على نصوص القوانين الوطنية ذاتها سواء تلك التي تنطبق أصلاً على النزاع فيما لو لم يتفق على التحكيم الطليق أو تلك التي تراها هيئة التحكيم الطليق أكثر عدالة أو ملائمة لحل النزاع . هذا الأمر يفرض على الهيئة إتباع طريقة التجربة والقياس لتحديد القواعد التي تراها كذلك وقد تؤدي بها هذه الطريقة إلى تطبيق عادات أعراف التجارة الدولية أو تطبيق شروط العقد الموضوعية أو تطبيق أية قواعد تستمدها من مصدر آخر إذا رأتها محققة للعدالة.

وسنقوم ببحث ما سبق في نقطتين اثنتين :-

أ :- عادات وأعراف التجارة الدولية.

ب:- الشروط العقدية وفكرة توازن العقد.

أ : عادات وأعراف التجارة الدولية :

يرى بعض الفقه أن التحكيم الطليق هو الذي ينتهي بحكم تحكيم طليق إلا من عادات وأعراف التجارة الدولية وأن هذه العادات والأعراف تكون بمثابة قانون اختصاص (رضوان، أبو زيد،

الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٣ - ٧٤).

وإذا كانت قواعد العدالة والانصاف تشكل مصدراً من مصادر القانون تساعد القاضي في الوصول الى الحل عند غياب النص والعرف فهي هنا بمثابة المصدر الرسمي الشكلي أي عندما ينص القانون على الاحالة اليها.

وهذه القواعد تتحول عند السؤال عن "مصدرها العادي" أي عملية تأصيل وتجذير منبعها وتكون مادتها الاولية وفكرتها الى مجموعة العادات والاعراف المهنية والتجارية، وعلى ذلك تاخذ

فكرة العدالة في التحكيم التجاري الدولي غالباً منشأها ومنبعها من مصدر مهني تجاري وليد المعاملات والاحتكاكات المادية بينما نتذكر على سبيل المقارنة إن فكرة العدالة في القانون لظالما انبثقت من ينباع فلسفية مجردة ويبدو هذا ما ابقى الهوة قائمة بينها وبين القوانين الوضعية.

وهذا الرأي قد يدفع إلى الاعتقاد بأنه لا يجوز للمحكم الطليق أن يستمد قواعد العدالة من مصدر آخر سوى عادات وأعراف التجارة الدولية التي تعتبر على حد تعبير البعض "بمثابة قواعد ذات معايير عامة من صنع الفئات ذات العلاقة التجارية أو المهنية وليست من صناعة جهاز تشريعي لدولة ما" أو بمثابة قانون جديد للشعوب يرتقي ويعلو بالضرورة فوق الدول أو بمثابة بعث جديد لقانون التجارة الدولية القديم. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٢٤).

بيد أن هذا الرأي ولئن كان يبرز أهمية وقدم عادات وأعراف التجارة الدولية في مجال التحكيم الطليق إلا أنه لا يجوز القول بأن هذه العادات والأعراف الدولية تمثل المصدر الوحيد لقواعد العدالة التي تطبقها هيئة التحكيم الطليق إذ يجوز لها أن تستمد القواعد التي تراها عادلة من مصادر أخرى متعددة ومتنوعة. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٢٤).

كما أن استهداف هيئة التحكيم للعدالة قد يجعلها تتأى بعيداً عن عادات وأعراف التجارة الدولية فلا تطبقها إذا رأت أنها لا تحقق العدالة المنشودة وذلك فضلاً على أن تطبيق هذه العادات والأعراف ليست مقصورة على هيئة التحكيم الطليق الدولية أو الوطنية، إذ قد تطبقها أيضاً هيئة التحكيم غير الطليق سواء بسبب اختيارها من جانب الأطراف أو بسبب اعتبارها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بحسب قواعد الإسناد أو بسبب الطبيعة التجارية الدولية للتعامل موضوع النزاع، وتتفق معظم القوانين الوطنية مع اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي على إلزام هيئة التحكيم بمراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية، سواء كانت هيئة التحكيم

طليقه أو غير ذلك. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٢٤).

فقد جاء في المادة ١٠٥٤ فقرة ٣ من القانون الهولندي أنه "تبت المحكمة التحكيمية بصفقتها مفوضة بالصلح إذا اتفق الأطراف على إعطائها هذه المهمة". وفي الفقرة الرابعة التي جاء فيها، "وفي جميع الأحوال تأخذ المحكمة التحكيمية بعين الاعتبار العادات التجارية الواجبة التطبيق".

وقد جاء في قانون التحكيم الأردني في الفقرة د من المادة ٣٦ "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح في موضوع النزاع أن تحكم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، وكان قد أورد في الفقرة ج " في جميع الأحوال يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ بعين الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين".

ونلاحظ هنا من ظاهر النص وترتيب فقراته أن المشرع الأردني قد خالف معظم التشريعات الأخرى في هذا الشأن لأن الفقرة المتعلقة بضرورة الأخذ بعين الاعتبار الأعراف الجارية والعادة المتبعة قد جاءت بعد الحديث عن القانون الواجب التطبيق في الفقرة أ عند اتفاق الأطراف وبعد الفقرة ب عند عدم اتفاق الأطراف بحيث تطبق القواعد الأكثر اتصالاً في النزاع وبذات الوقت فقد سبقت الفقرة د التي تتحدث عن التحكيم مع التفويض بالصلح الأمر الذي يعني وفقاً للتفسير الموضوعي أنها تتسحب على الفقرتين أ، ب ولا تشمل الفقرة د مما يعني معه أن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح غير ملزمة بالأخذ بعين الاعتبار الأعراف الجارية والعادات المتبعة دون أن يمتنع عليها ذلك.

وبذلك يكون المشرع الأردني قد خالف معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية وأنظمة ولوائح مراكز التحكيم الدولية، مع ذلك وبعد التمعن فالمشرع الأردني ربما لم يقصد أن لا تشمل أحكام الفقرة ج التحكيم مع التفويض بالصلح الصادر في الفقرة د سيما وأن كان قد أعطى هيئة

التحكيم مراعاة العادات والأعراف في التحكيم بالقانون فمن باب أولى أن يعطى هذه الصلاحية لهيئة التحكيم الطليق (التحكيم مع التفويض الصلح) .

ولكن تفسير هذه الفقرة وموقعها وترتيبها في المادة ٣٦ يؤشر بشكل واضح على فهمها بهذه الطريقة وفقاً لأسس التفسير القانوني الواسع والضيق سيما وان أي حكم في العادة يرد يشمل ما سبق إلا إذا تم النص صراحة على أنه يشمل ما لحق.

وعليه فإن المشرع الأردني مدعو إذا أراد اقتفاء الأحكام الواردة في التشريعات والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم أن يعيد ترقيم الفقرات الواردة في المادة ٣٦ من قانون التحكيم بحيث تصبح الفقرة د في موقع الفقرة ج وتصبح الفقرة ج الفقرة الأخيرة في تلك المادة وتسميتها بالفقرة د.

ويجوز لأطراف النزاع الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من الالتزام بأحكام القانون بحيث تخرج الخصومة من إطار التحكيم بالقضاء إلى التحكيم بالصلح ولكن يتوجب أن تلتزم هيئة التحكيم باحترام قواعد النظام العام وقد أخذت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة ولوائح هيئات التحكيم بهذا النظام.

فقد جاء في قانون التحكيم الأردني في المادة ٣٦/د "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون". ويطابق هذا النص المادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم المصري والمادة ٣/٢٨، ٤ من قانون التحكيم البحريني، ونفس الموقف أكدته المادة ٧٧٧ من قانون التحكيم اللبناني التي جاء فيها " في التحكيم المطلق يعفى المحكم أو المحكمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية ويكون بمقتضى الإنصاف ويستثنى من الإعفاء قواعد القانون المتعلقة بحق الدفاع وتعليل الحكم وأيضاً القواعد الخاصة بنظام التحكيم"

(ويطابق ايضا هذا النص والمادة ٧٥٥ من القانون الليبي والمادة ١٨٥٠ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٢/٢١ من اتفاقية عمان للتحكيم . و المادة ٤٥٥ من القانون اليمني والمادة ٢٨ في الفقرتين الثالثة والرابعة من القانون البحريني والمادة ٤٥٨ مكرر ١٥ من القانون الجزائري والمادة ٧٣ في الفقرتين الثالثة والرابعة من القانون التونسي والمادة ١٨٧ في الفقرة الثانية من القانون السويسري والمادة ١٤٩٧ من القانون الفرنسي والمادة ١٠٥٤ في الفقرتين الثالثة والرابعة من القانون الهولندي والمادة الثالثة في الفقرتين الرابعة والخامسة من قواعد غرفة التجارة الدولية. وعلى غرار ذلك النص جاءت المادة ٢٢ في الفقرتين الثالثة والرابعة من نظام تحكيم محكمة لندن والمادة ٣/٢٩ من قواعد الهيئة الأمريكية للتحكيم والمادة ٥٩/أ من قواعد ونظام تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) والمادة ٣٣ في الفقرتين الثانية والثالثة من نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي) ،

ولكن يجدر القول أن الأصل هو التحكيم بالقانون وأن الاستثناء هو التحكيم بالصلح والاستثناء يجب النص عليه صراحة بين أطراف النزاع.

والمادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم المصري تنص على أنه "يجب أن تراعي هيئة التحكيم

- عند الفصل في موضوع النزاع- الأعراف الجارية في نوع المعاملة" وقد ورد هذا النص قبل الفقرة ٤ من نفس المادة التي تجيز الاتفاق على التحكيم الطليق، ومما يعني أن مراعاة هذه الأعراف ليس حكراً على المحكم الطليق، حيث يجب على المحكم غير الطليق مراعاتها عند الفصل في النزاع.

وكذلك نصت المادة ٢/١٤٩٦ مرافعات فرنسي المضافة بقانون ١٢ مايو ١٩٨١ بشأن

التحكيم الدولي على أن "يراعي المحكم، في جميع الأحوال، العادات التجارية الجارية وذلك قبل وجود نص المادة ١٤٩٧ من نفس القانون التي تتكلم عن التحكيم الطليق تماماً (وبماتل هذه المواد المادة ٢٨ / ١ من القانون البحريني والمادة ١٨٥٠ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٢/٢١ من اتفاقية عمان للتحكيم والمادة ٤٥٥ من القانون اليمني والمادة ٧٧٧ من القانون اللبناني والمادة ٧٥٥ من القانون الليبي والمادة ٤٨٥ مكرر ١٥ من القانون الجزائري والمادة ٤/٧٣ من القانون التونسي والمادة ١٨٧ من القانون السويسري والمادة الثالثة من قواعد غرفة التجارة الدولية I.C.C. والمادة ٢٢ من نظام تحكيم محكمة لندن والمادة ٣/٢٩ من قواعد الهيئة الأمريكية للتحكيم A.A.A. والمادة ٣٣ من نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي).

وعلى غرار نص المادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم المصري والمادة ١٤٩٦ مرافعات

فرنسي نصت المادة ١/٧ من الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١ بشأن التحكيم التجاري الدولي على أن "يراعي المحكمون العادات التجارية الجارية"، وذلك قبل الفقرة الثانية من نفس المادة، التي

تتكلم عن التحكيم الطليق. ولقد أكدت أنظمة التحكيم التجاري الدولي التزام المحكم، سواء طليقاً أو غير طليق، بمراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية في جميع الأحوال.

وعليه فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية- التي تتكلم عن مهمة المحكم طليقاً كان أو غير طليق- من أن "يراعي المحكم، في جميع الأحوال، العادات التجارية الجارية".

كما نصت الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة ٣٣ من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على أن "تأخذ محكمة التحكيم في اعتبارها، في جميع الأحوال، العادات التجارية الجارية في نوع المعاملة" مثار النزاع، وهو نفس النص المذكور حرفياً في الفقرة الرابعة والأخيرة من المادة ٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

ويجب الإشارة هنا أن اتفاق الأطراف على تطبيق هيئة التحكيم لأعراف وعادات التجارة الدولية لا يعني بالضرورة تخويل هيئة التحكيم مهمة التحكيم الطليق، لأن مراعاة هذه العادات والأعراف واجب سواء على هيئة التحكيم الطليق أو غير الطليق. (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٥٥).

ويمكن ملاحظة ذلك من خلال الفقرة ج من المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني الذي أشار إلى ضرورة مراعاة العادات المتبعة والأعراف الجارية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق سواء اتفق الأطراف أم لا على ذلك القانون، ومن ثم لا يجوز اعتبار المحكم طليقاً لمجرد تخويله سلطة تطبيق هذه القواعد، حيث لا يعتبر كذلك إلا إذا خوله الطرفان هذه المهمة باتفاق صريح (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٥٥).

وكذلك الأمر فإنه بينما يتقيد المحكم المقيد بعادات وأعراف التجارة الدولية ويلتزم بتطبيقها في حالة وجودها فإن هيئة التحكيم الطليق تستطيع استبعاد هذه العادات والأعراف متى

رأت أنها مجافية للعدالة من وجهة نظرها ففي هذه الحالة لا تكون هيئة التحكيم الطليق قد خالفت النص الذي يوجب عليها مراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية لأن مراعاة هذه العادات والأعراف شيء وتطبيقها شيء آخر .

وبالتالي يكفي هيئة التحكيم الطليق أن تكون قد بحثت عن تلك العادات والأعراف للكشف عنها فإذا وجدت متعارضة مع العدالة التي تريدها بحسب طبيعة النزاع فلا مشكلة عليها إن استبعدت تطبيقها وبحثت عن قواعد العدالة في مصدر آخر . (أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٧) .

وهنا يجوز القول بأن هيئة التحكيم الطليق هي التي تحكم على مقتضى العدالة وليس فقط بموجب عادات وأعراف التجارة الدولية لذا يرى بعض الفقهاء أنه "إذا منح الخصوم سلطة الفصل في النزاع معتداً بمبادئ العدالة دون التقيد بقواعد القانون فإن هذا الاتفاق يقطع في الدلالة على اعتباره محكماً مصالماً (أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٧) .

وإذا كان يلزم ارتباط التحكيم بقانون معين فإنه لا يجوز القول بأن هذا القانون يتمثل في عادات وأعراف التجارة الدولية كقانون اختصاص للمحكم الطليق سيما وأن الأمر قد ينتهي بهيئة التحكيم الطليق إلى عدم تطبيق هذه العادات والأعراف متى رأت أنها مجافية للعدالة مما يلزمها البحث عن الحل العادل في مصدر آخر . والجدير بالذكر إن قانون اختصاص هيئة التحكيم الطليق يتمثل في قانون الإرادة الذي تجسده اتفاق التحكيم الطليق إذ بموجب هذا الاتفاق يفوض الأطراف هيئة التحكيم الطليق في اختيار القواعد القانونية التي تحقق الحل العادل للنزاع . (راشد،

سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ١٦، ١٥) .

ب : الشروط العقدية وفكرة توازن العقد :

في كل العقود التي تيرم بين الأشخاص وأياً كان مضمون تلك العقود فإنه قد يتضمن العقد موضوع النزاع شروطاً معينة مما قد يثير التساؤل عما إذا كان يجب على هيئة التحكيم الطليق الالتزام بهذه الشروط في بحثها عن العدالة أم يجوز لها تجاوزها أو تعديلها بالشكل الذي يحقق العدالة التي ينشدها الأطراف.

وبالعودة إلى الاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم التجاري الدولي المختلفة نجد أن بعضها يعرض لهذه المسألة. من ذلك نص المادة ١/٧ من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي التي تقول "يراعي المحكمون في الحالتين شروط العقد. كما تضمنت المادة ٥/١٣ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية نفس النص.

ونصت المادة ٣/٣٣ من قواعد تحكيم لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة على أنه "في جميع الأحوال تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لعبارات العقد..."، وهو نفس النص الحرفي للمادة ٤/٢٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وكذلك المادة ٣٦/ج من قانون التحكيم الأردني الذي جاء فيها " وفي جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع...".

ويتبين من مجموع هذه النصوص أنه يجب على هيئة التحكيم، سواء أكان طليقاً أم غير طليق مراعاة شروط العقد مثار النزاع تماماً كما يجب عليها مراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية. وذلك لأن التزام هيئة التحكيم الطليق بمراعاة شرط أو قاعدة معينة شيء والتزامها بتطبيقها شيء آخر إذ قد تضطرها غاية الوصول إلى العدالة إلى التضحية بشرط أو أكثر من شروط العقد متى رأت أنه يتعارض مع العدالة أو إلى تعديله بالنحو الذي يحقق العدالة عن طريق

تحقيق توازن العقد بحيث تتسجم فكرة توازن العقد مع قواعد العدالة وتعادل الالتزامات بين الأطراف.

وعادة في منازعات التحكيم يكون شروط العقد ومضمونه هما الهدف المحرك لهيئة التحكيم الطليق وعندما يختل ببيان تلك الشروط أو يتأثر هذا المضمون أثر ظروف غير متوقعة من جانب الأطراف عند إبرامه، عندها تعمل هيئة التحكيم على إعادة التوازن الاقتصادي الأصلي الذي كان عليه الأطراف وقت التعاقد والذي اختل أو ارتبك بسبب تلك الظروف. (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٥٢).

وتيسيراً على هيئة التحكيم في مباشرة هذه المهمة، وحتى لا يثور الشك في السلطات التي تخولها مباشرتها، فإنه كثيراً ما تتضمن عقود التجارة الدولية الشروط المعروفة " بشرط الأمانة" التي بمقتضاها يجوز للأطراف إعادة بناء العقد كلما حالت دون تنفيذ ظروف اقتصادية غير عادية لها تأثيرها على البنود الأصلية التي كانت في اعتبارهما عند إبرامه والتي استندت إليها التزاماتها المشتركة، وذلك عندما يكون من شأن تلك الظروف الإخلال بتوازن العقد بطريقه ظالمة بسبب إلحاقها كل الضرر الناجم عنها بأحد الأطراف دون الآخرين. (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ص ٢٥٢-٢٥٣).

ولا شك أن الاتفاق على إخضاع المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود إلى التحكيم الطليق يتناسب مع طبيعتها المركبة أو المعقدة، حيث تتدخل هيئة التحكيم لإعادة التوازن الحقيقي إليها دون أن يكون مقيداً بقواعد قانونية أو اتفاقية محدداً سلفاً تحول دون تحقيق هذا التوازن بإنصاف الطرف الذي لحقه ظلم إثر الظروف الاقتصادية غير العادية- (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ص ٢٥٢-٢٥٣).

وعلى هذا الأساس أبرمت شركة Marine-Firminy & Schneider اتفاقاً على إنشاء شركة مساهمة جديدة بطريق المزج بين بعض الشركات الوليدة التابعة لها، وبحيث يصبح للشركتين المذكورتين أغلبية الأصوات في شركة المساهمة الجديدة تعرف باسم Greusot-Loire. وبغرض ضمان المساواة التامة بين الشركتين المشار إليهما في مباشرة الرقابة على الشركة الجديدة قدما مناصفة إلى شركة قابضة تعرف باسم Holding Marine - Schneider أسهما تمثل ٥٠,٨ % من رأس مال الشركة الجديدة. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٤٢٨ - ٤٢٩).

ولضمان استمرار المساواة التامة بين الشركتين الأصليتين أثناء حياة الشركة الجديدة تضمن الاتفاق الأصلي شرطاً لا يجوز بمقتضاه لأي منهما اكتساب أسهم أخرى في الشركة الجديدة حتى لا تنفرد بالسيطرة عليها، كما تضمن نفس الاتفاق شرط إخضاع المنازعات التي تنشأ بينهما في هذا الشأن إلى التحكيم الطليق الذي تتولاه هيئة تحكيم معينة بموافقتهم المشتركة لمدة خمس سنوات. وعندما ثار النزاع بين الطرفين حول سلطات هيئة التحكيم الطليق قضت محكمة باريس الابتدائية بأنه يجب على هيئة التحكيم أن تستلهم الروح التي سادت إبرام الاتفاق الأصلي، كما يجب عليها باعتبارها هيئة تحكيم طليقة أن تفصل في النزاع وفقاً لاعتبارات العدالة. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٤٢٨ - ٤٢٩).

كذلك قضي بصحة حكم هيئة التحكيم الطليق عندما لم يعتد بشرط وارد في عقد إنتاج فيلم سينمائي يخول للمنتج الحق في الحصول على نسبة من إيرادات الفيلم حيث رأت هيئة التحكيم استبعاد هذا الشرط بسبب فشل توزيع الفيلم على غير المتوقع لكي يعيد إلى العقد توازنه تحقيقاً للعدالة، وهو حل لم يكن يؤدي إليه التطبيق الخالص لنصوص ذلك العقد، حيث لا يلتزم المحكم بتطبيقها تطبيقاً آلياً. (استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٤/ كانون الثاني ١٩٥٧).

ومن هنا فإن هذا الاتجاه، الذي يعتد بالدور المخفف الذي تؤديه هيئة التحكيم الطليق في مواجهة صرامة شروط العقد لا يسلم من النقد، لأنه يتكرر لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ويهدر مبدأ سلطان الإرادة، بل قد يؤدي إلى تغيير مضمون العقد تغييراً كلياً يجعل منه عقداً آخر مغايراً للعقد الأصلي مثار النزاع، ولذلك ناهضت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في بعض أحكامها (نقض فرنسي، ١٦ يونيو ١٩٧٦).

وليس من شك في أن هذا النقد قد يكون صائباً بمقدار ما يكون فيه حكم هيئة التحكيم الطليق مخالفاً لإرادة الأطراف فإن ذلك النقد يفقد ما يبرره عندما يرتضي الأطراف ذلك. ولعل ذلك ما دفع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى القول بأنه يحسن بالطرفين أن يدرجا في اتفاق التحكيم الطليق شروطاً إيضاحية تجعل مهمة المحكم الطليق أكثر وضوحاً وتحديداً بموجب ذلك الاتفاق ذاته.

بيد أن جانباً من الفقه قد حاول أن يجد أساساً قانونياً مقبولاً لسلطة هيئة التحكيم الطليق في التخفيف من صرامة شروط العقد وإعادة توازنه على جانب من القول بأن هذه السلطة تعد نتيجة مباشرة لتخلي الطرفين بموجب اتفاق التحكيم الطليق عن حقهما في التمسك بالتطبيق الدقيق عن حقوقهما الناشئة من التزاماتهما العقدية، ذلك أنه بمقتضى هذا الاتفاق لا يتخلى الأطراف عن إخضاع النزاع إلى أحكام القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقط بل يتخلون أيضاً عن إخضاعه إلى الشروط العقدية ذاتها، وهي شروط تبدو وكأنها قانون مكمل بالنسبة للقاضي، ومن ثم يجوز للمحكم الطليق استبعادها حيث يقوم بوظيفة قضائية كقاضي الدولة سواء بسواء، وهي وظيفة الفصل في النزاع وإصدار حكم فيه، (عبد الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٥٢ - ٢٥٣).

يضاف إلى ذلك أن استخدام هيئة التحكيم الطليق لسلطة تخفيف قسوة العقد بتخفيف بعض شروطه المتشددة وإن كان يعتبر تعديلاً للعقد ومن ثم تغييراً لطبيعته، إلا أن هذا التعديل لا يعد مسألة متعلقة بالنظام العام. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق ص ص ٤٣٠ - ٤٣١).

وعليه لا يجوز إبطال حكم التحكيم الطليق الذي تضمن هذه التعديل بدعوى خالفته للنظام العام، بل إنه لما كان اتفاق التحكيم الطليق يعني ضمناً تخويل هيئة التحكيم الطليق سلطة تخفيف العقد بتعديل أو استبعاد شروطه التي أصبحت قاسية وغير عادلة بفعل الظروف الاقتصادية غير المتوقعة فإن عدم استخدامها لهذه الصلاحية للوصول إلى حل عادل لكافة الأطراف بإعادة التوازن الفعلي لعقدما يعتبر من جانب هيئة التحكيم الطليق تجاوزاً لقصدتهم المشترك وإهمالاً لمهمتها التي تفرض عليها حسم النزاع على مقتضى قواعد العدالة. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق ص ص ٤٣٠ - ٤٣١).

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذه الحجج التي قال بها أصحاب الرأي السابق في بحثهم عن الأساس القانوني لسلطة هيئة التحكيم الطليق في تخفيف صرامة العقد مثار النزاع لا تكفي للاعتراف لها بهذه السلطة، حيث يؤدي استخدامها إلى نتيجة خطيرة هي تعديل العقد بحيث يصبح أمام عقد مختلف كلياً عن العقد موضع النزاع، وليس من السهل افتراض أن الأطراف قد تنازلوا ضمناً عن التمسك بشروط العقد موضوع النزاع، إذ يتعين تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً محدوداً وبحذر شديد لا يجوز معه التوسع في السلطات المعترف بها لهيئة التحكيم الطليق إلى درجة كبيرة. (أبو أوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ص ١٨٥ وما بعدها).

هذا بالإضافة إلى أن توصيف الشروط العقدية بنفس مفهوم القواعد المكملة في القانون، لأن الشروط العقدية تقيد هذه القواعد وتعلو عليها في الدرجة، وبالتالي إذا كان يجوز لهيئة التحكيم الطليق كما هو الحال في القضاء العادي عدم تطبيق القواعد المكملة في بعض الأحوال وعند

الاتفاق فلا يجوز لها إهمال تطبيق الشروط العقدية ذاتها. (أبو أوفاء، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص ١٨٥ وما بعدها).

ويضاف إلى ذلك لا يجوز لهيئة التحكيم الطليق مراجعة العقد لسد نواقصه وإكمال أحكامه وإضافة شروط جديدة إليه، لأن كل هذه المسائل تتجاوز مهمتها ولا يملكها سوى الأطراف أو من ينوب عنهم في إجراءاتها. وبالتالي لا يجوز لهيئة التحكيم الطليق أخذ مكان الأطراف في تحديد ثمن المبيع موضوع النزاع أو تعديله إثر ظروف اقتصادية غير متوقعة، لأن هيئة التحكيم ليست وكيله عن الأطراف وإنما تقوم بمهمة قضائية محددة هي الفصل في النزاع.

فإذا أرادت الأطراف إسناد مهمة تحديد الثمن أو تعديله إلى شخص من الغير فإن هذا الشخص سيكون بالضرورة وكيلاً للطرفين وليس محكماً أو خبيراً، وفي هذه الحالة تحل إرادة الوكيل محل إرادة الأطراف فيلتزمون باحترام قراره بشأن الثمن. وعندما تقتضي الظروف الاقتصادية غير المتوقعة مراجعة العقد، كما في أحوال التقلبات المالية والاقتصادية وتغير أسعار المواد الأساسية ونحو ذلك، فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم - ولو كان طليقاً - التدخل في ذلك بطريقة مباشرة، وكل ما تستطيع معه أن تدعو الأطراف لمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأن الشروط المعدلة أو الجديدة دون أن تفرض عليهما طريقة أو أسلوباً معيناً للتفاوض وإن جاز تعيينها مراقباً لهذا التفاوض وإنما يقتصر دورها على حث الأطراف على التوصل إلى حل فإذا ما توصل الأطراف إلى اتفاق في شأن المسائل محل التفاوض باشرت هيئة التحكيم الطليق مهمتها بالبحث فيما إذا كان هذا التفاوض قد تم بحسن نية أو سوء نية وفيما إذا كان الاتفاق الذي انتهى إليه عادلاً أو غير عادل على ضوء القواعد التي تراها أنها تحقق العدالة. من أجل أن تكون أساساً للقرار الصادر عن هيئة التحكيم (عبد

الفتاح، عزمي، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٥٥ - ٢٥٦).

وربما يكون من فضول القول التأكيد أن هيئة التحكيم الطليق قد تستمد القواعد التي تراها عادلة من المبادئ العامة في القانون أو من قانون أجنبي أو ربما من قانون وطني وكل ما يهم في إطار التحكيم الطليق التحكيم مع التفويض بالصلح أن تكون القواعد المستمدة ترى فيها هيئة التحكيم أساساً لتحقيق العدالة التي يبتغيها الأطراف وتم تفويض هيئة التحكيم الطليق بإصدار القرار على أساسها.

والأعراف والعادات لها معنى واسع في المعاملات الدولية سواء وصلت إلى مرحلة الإلزام أم لا وعادة تكون هيئة التحكيم عالمية بها وتستطيع تكليف أحد الأطراف بإثباتها، ولكن درجت المؤسسات على تدوين بعض الأعراف والعادات كالوثيقة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والتي تتضمن تفسيراً لبعض المصطلحات المستخدمة في مجال التجارة الدولية كالبيع FOB والبيع CIF والعقود النموذجية وسندات النقل والشروط العامة كالتالي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية ومنها الشروط العامة لبيع الأخشاب.

ولكن يتوجب على هيئة التحكيم أن تراعي بعض الاعتبارات عند تطبيقها للأعراف والعادات التجارية أهمها أن نصوص العقود النموذجية والشروط العامة كثيرا ما تتجاوز تسجيل الممارسات السائدة في المعاملات الدولية وإنما تتضمن قواعد مستحدثة أو لم يتحقق لها بعض مظاهر الطابع الدولي. (الجمال، مصطفى محمد، وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٧٤٠ -

٧٤٣).

وأما الاعتبار الآخر فيتضمن أن بعض العقود النموذجية والشروط العامة تتعلق بمشاريع عملاقة تم إعدادها لاستخدامها من قبل المتعاملين معها وهناك البعض الآخر أعدته الجمعيات المهنية الراعية للمعاملات الدولية ومن هنا فإن تلك الجمعيات هي الأسس لاعتمادها كأعراف

وعادات سائدة باعتبارها الأكثر دراية وإحاطة بمضمونها. (الجمال، مصطفى محمد، وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص ٧٤٠ - ٧٤٣).

والاعتبار الثالث الذي يتوجب على هيئة التحكيم مراعاته فهو التأكد من أن تلك الأعراف والعادات المدونة ما يزال يجري العمل بها ولم تتجاوزته إرادة الأطراف إلى غيرها وأما الاعتبار الأخير فيمكن في وجوب أن تكون هيئة التحكيم حذرة في الأخذ المطلق بتلك الشروط العامة والعقود النموذجية الدولية، سيما وأنها في الغالب الأعم تعبر عن مصالح الأقوياء الفاعلين في تلك الجمعيات المهنية المتخصصة. (الجمال، مصطفى محمد، وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص ٧٤٠ - ٧٤٣).

الفصل الرابع : المجتمع الدولي للتجارة قانون التجارة الدولي

تميهد وتأسيس تاريخي :-

يرى جانب من الفقه أن أعراف وعادات التجارة الدولية تعود في نشأتها وتكوينها إلى قانون التجارة القديم الذي تكرر في المدن الإيطالية على أيدي طوائف التجار التي شكلت قواعد عرفية بينها بعيداً عن سلطة الدولة التشريعية لتحقيق متطلبات التجارة بالسرعة والثقة والائتمان، وهذا ما دعي قديماً "بقانون التجار" في القرون الوسطى والذي كان يمثل طغيان النظرية الشخصية التي يقوم عليها بل وأكثر من ذلك بكونه أول قانون يتكون من مصدر مهني على أيدي التجار أنفسهم ويمعزل عن اداة أو سلطة التشريع في الدولة.

في حين يرى جانب آخر أن قانون التجارة يعود إلى العصور القديمة من خلال المصريين القدماء في وادي النيل والفينيقيين والآشوريين والكنعانيين والإغريقين، وإن كانت روما بما تحويه من تطور نسبي هي الأكثر بروزاً لوجود تقنيات قانونية فيها ووجود اهتمام بالأصول القانونية كانعكاس لفلسفة العدالة. (شفيق، محسن، التحكم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٩).

وقد حاول بعض الفقهاء الربط بين قانون الشعوب والألواح الإثني عشر من جهة وقانون التجارة من جهة أخرى ولكن غالبيتهم وصلوا إلى نتيجة مؤادها أنه ليس هناك صلة بين قانون الشعوب وقانون التجارة لعدم وجود قواعد تجارية في تلك الفترة وهو ما يدفعنا إلى القول إلى أنه ليس هناك أساس تاريخي لقانون التجار في العصور القديمة. (إبراهيم، نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية، رسالة دكتوراه، ط ٢، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٢٩).

أما في العصور الوسطى فقد بدأ الاهتمام واضحاً بالتجارة وأدى ذلك إلى جمع التجار في الأماكن القريبة من الطرق العالمية، وبدأوا في إنشاء الأسواق الموسمية التجارية، وسعى التجار إلى توحيد جهودهم من أجل خدمة مصالحهم وبدأ الإحساس ينمو باتجاه الوحدة بين أبناء المهنة

الواحدة وظهرت في ذلك الوقت أشكال من التكتلات كالجمعيات والأخويات وجماعة الصداقة التي نشأت بين التجار والتي تهدف إلى حل المنازعات عن طريق التحكيم. (السيوطي، ثروت أنيس، الصراع الطبقي وقانون التجار، دار النهضة العربية، ١٩٦٥، ص ٤٤ وما بعدها).

وقد انتشرت تلك التجمعات بشكل متسارع وحثيث خلال القرنين الحادي والثاني عشر، وبرز اختصاص كل طائفة بأبناء حرفة معينة مثل طائفة تجار النسيج وطائفة تجار القطن، وشهد القرن الثالث عشر انتشاراً لتلك الطوائف فضمت مدينة البندقية الإيطالية ثمان وخمسين طائفة ومدينة فلورنسا واحد وعشرين طائفة كلها نظمت في كتاب الحرف الذي أصدره لويس التاسع. وقد تميز التجار المنتمين إلى تلك الطوائف في أوروبا في تلك الفترة الزمنية بكونهم مجموعة جديدة غير منتمية إلى أية طبقة من طبقات المجتمع الذي كان يشتمل على طبقتين، طبقة الإقطاعيين: وهم ملاك الأرض وما عليها من ثروات وأفراد، وطبقة الأفتان، وهم العمال والحرفيون، لذا بدأت طائفة التجار في تكوين ثروات كبيرة من المال بسبب أعمالهم التجارية بجوار ثرواتهم العقارية التي كان المجتمع الأوروبي لا يعرف غيرها من الثروات وهو ما أوجد توازناً من خلال نشوء طبقة ثالثة. (درويش، محمد، دراسة في قانون التجار الدولي، ١٩٩٣، ص ١٩٠).

وشهدت تلك الفترة ظهور ما يسمى بالميركانتيسا "Mercanetzia" وهو إصطلاح ترجمته إلى " دار البضائع" وهي عبارة عن إتحاد يضم بعض الطوائف التجارية وأبرم بينهم اتفاقيات لتنظيم بعض المسائل التي تهمهم، وأخذت اختصاصاتها تتسع حتى تحولت إلى محاكم طبقية يقف أمامها التجار، وحتى خصومهم لو لم يكونوا تجاراً من أجل حل المنازعات. (السيوطي، ثروت أنيس، الصراع الطبقي وقانون التجار، مرجع سابق، ص ٤٤).

ولعل هذا الانتشار الواسع السريع للقانون التجاري في تلك الفترة وتميزه بالخصوصية والاستقلالية، حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأن الجذور السفلى لقانون التجارة ترد إلى حقبة

العصور الوسطى ويدعمون هذه الوجهة من النظر بأن نشأة قانون التجار ترجع إلى العصور الوسطى بسبب إباحة الملوك والحكام للتجار بتنظيم معاملاتهم في مهنتهم دون الخضوع إلى قانون محلي أو قانون إقطاعي، وانصرف اهتمام الملوك لتنظيم الملكيات والجرائم الهامة التي تمس المجتمع. (ابراهيم، نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية، مرجع سابق، ص ١٤٠).

إن ترك الحكام الحرية للتجار لتنظيم معاملاتهم في مهنتهم دون الخضوع إلى القانون المحلي يشكل مظهراً ملفتاً لتطبيق مبدأ "شخصية القوانين" في مجال المعاملات المالية وليس في باب الأحوال الشخصية.

وكان هذا يشكل استثناء على مبدأ اقليمية القوانين على الصعيد الداخلي لكن دون ان يشكل تنازعا بين القوانين، وهذا التطبيق على هذا النحو لمبدأ شخصية القوانين على الصعيد الداخلي يتشابه اليوم مع صورة التعدد الشخصي للقوانين أي في مسائل الأحوال الشخصية في الدولة الواحدة، وذلك بعكس حالات التعدد الإقليمي في الدولة الفدرالية.

وأدت تلك الحرية إلى ظهور المدن التجارية ووجود محاكم خاصة لفض النزاعات التي تنشأ بين التجار، يضاف إليه أن تأثير التجار قد تزايد بشكل كبير في الواقع الاقتصادي للمجتمعات الأوروبية ومن هنا ظهر قانون التجار وأصبح خاصاً يستقل بعيداً عن الأنظمة القانونية الوطنية، ويرتكز على أعراف التجار وعاداتهم، وأصبحت محاكم التجار هي صاحبة السلطة القضائية وظهر نظام الامتيازات والتي حصلت عليها الدول لصالح تجارها في الدول الأخرى. ولا بد من أن الإشارة إلى الدور الكبير الذي لعبته المحاكم التجارية في ظهور قانون التجار حيث وضعت اختصاصاتها بالنزاعات التي تنشأ بين التجار وحددت القانون الذي تطبقه وهو عادات وأعراف التجارة. (ابراهيم، نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها).

وقد كان بعض الفقه يرى أن القضاء الخاص بالتجارة لم يلعب دوراً رئيساً بل كان مجرد دور ثانوي يهدف إلى سد الثغرات التي تظهر في تطبيق قانون التجارة، وإن كان هذا القضاء متخذاً لأشكال متعددة، فمنه قضاء الأسواق، وهو يختص بمعالجة المنازعات التي تنشأ بين التجار داخل الأسواق أثناء العمليات التجارية بشكل مباشر، وهناك القضاء القضائي، وهو المسؤول عن حل النزاعات التي تنشأ بين الأفراد والتجار، وهذا القضاء يخضع إلى مراقبة الجهات القضائية في الدولة. (درويش، محمد، دراسة في قانون التجار الدولي، مرجع سابق، ص ٣٨٣ وما بعدها).

وهناك القضاء القنصلي والذي يختص بحل النزاعات التجارية التي تنشأ بين تجار تابعين لدولة وتجار تابعين لسلطة أخرى، والذي يعد في تلك الفترة في أوروبا جزءاً من قضاء الدولة. وهذا كله ما يؤكد وجود مصدر واحد أساسي لقانون التجار وهو الأعراف والعادات التجارية، وخاصة بعدما أخذت بعض المدن التجارية الكبرى في تدوين تلك الأعراف في مجموعات مشهورة. (إبراهيم، نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها).

وقد تلت الفترة التي انتشر فيها قانون التجارة وحظي بحظ وافر من السعة والانتشار فترة أطول لهذا القانون حينما انتقلت السيطرة من مدن إيطاليا إلى الدولة العثمانية، حينما بدأت توسعاتها في أوروبا وتم اكتشاف أمريكا وطريق رأس الرجاء الصالح، فتقلصت التجارة وانتقلت السيطرة في التجارة الدولية من مدن البحر الأبيض المتوسط إلى الدولة المطللة على المحيط الأطلسي. (السيوطي، ثروت أنيس، الصراع الطبقي وقانون التجار، مرجع سابق، ص ٤١-٤٣).

ومع بداية ظهور الحكومات الملكية في أوروبا وسعي الدول إلى تحقيق الوحدة السياسية والتشريعية بدأت حركة التقنينات وتدوين الأعراف والعادات التجارية وأصدرت قوانين خاصة لتنظيم الأنشطة التجارية، بل أن الأسواق التجارية نفسها أصبحت تنظم بقوانين وأنشأت محاكم تجارية للفصل في النزاعات التي تقع بين التجار، وانتهى كل ذلك بإصدار قوانين خاصة بالتجارة

فأصدر لويس الرابع عشر عام ١٦٧٣ قانون تنظيم المسائل التجارية وصدر قانون التجارة في إيطاليا عام ١٨٦٥ وفي ألمانيا ظهر قانون التجار ١٨٦٩، وفي مصر ظهر أول قانون ينظم التجارة وشؤونها عام ١٨٧٥. (السيوطي، ثروت أنيس، الصراع الطبقي وقانون التجار، مرجع سابق، ص ٤٢).

ومما لا شك فيه أن بداية تقنين القواعد العرفية وصياغتها في شكل قوانين كانت مقدمة لتراجع دور قانون التجار، فهو لم يظهر إلا في غيبة دول المؤسسات، أو تقاعسها عن إصدار التشريعات بحيث أضحى هذا القانون يدور وجوداً وعدماً مع المؤسسات التشريعية، فأزدهر وتعاضم دوره في غيابها، ثم تراجع وتقلص حينما بدأت تلك المؤسسات التشريعية في لعب الدور الذي يجب أن تقوم به في وضع القوانين التجارية، وللزام المخاطبين بأحكامها وتطبيقها.

وهذا ما جعل بعض الفقهاء يقول بأن "محاولة جعل قانون التجار الذي ظهر في القرون الوسطى أصلاً وأساساً لقانون التجار الذي ظهر في العصر الحديث هي محاولة بالغة الضعف والسطحية للتاريخ لوجود اختلافات هائلة في الأزمنة ومن ناحية العلاقات بين التجار في أسواق أوروبا ومدتها في العصور الوسطى فكانت آنذاك علاقات متكافئة، أما العلاقات في هذه الآونة فهي علاقات غير متكافئة بين أطراف التجارة الدولية". وبمعزل عن كون هذا الرأي صحيحاً أم لا على إطلاقه، فإن فقهاء القانون التجاري متفقون على ارتباط تاريخ القانون التجاري المعاصر بتاريخ التجارة ذاتها. وللتاريخ أهمية خاصة في تفهم القانون التجاري لان معظم النظم والقواعد الحالية التي يكرسها هذا القانون لم تولد فجأة بل تعود نشأة الكثير منها الى عصور قديمة ووسطى ابتدعتها حاجات التجارة ثم اخذت تتطور مع الزمن دون قطع الصلة ببذور نشأتها. (العريني، محمود الفقي، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥، ٢٠، وكذلك ناصيف، الياس، الكامل في قانون التجاري، عويدات للطباعة، بيروت، ١٩٩٩، ص ٩، وكذلك عالية، سمير، اصول القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٦، ص ٣١، وكذلك البستاني، سعيد، قانون الاعمال والشركات، مرجع سابق، ص ١٢٩ وما بعدها).

بل أن البعض تهادى فبدلاً من أن يسعى لإثبات وجود قانون التجار فقط زاد على هذا القول بأن قانون التجار يتمتع بصفة دولية في ذلك الوقت، وهو ما يجعل هذا الرأي لا يتفق مع المنطق فولادة قانون التجار في أسواق بعينها، مثل أسواق البندقية وفلورنسا، وإن كانت أكبر وأشهر الأسواق في إيطاليا في ذلك الوقت، يضاف إليها الأعراف والعادات التجارية المتبعة في بقية أسواق العالم، فهذا وحده لا يكفي لإضفاء صفة الدولية عليها بل أن غياب النظم الوطنية الصادرة من الدول هو سبب ظهور هذا القانون فمن أين تتوافر له **صفة الدولية؟** (إبراهيم، نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية، مرجع سابق، ص ٤٦).

وصفة الدولية قد تؤخذ هنا بالمعنى الواقعي يومذاك قياساً على معناها المعاصر المرتبط بوجود الدول، وما قد يؤكد هذا أو لا ينفىها أن معظم القواعد التجارية الواصلة إليها اليوم يعود أصلها إلى التجارة البحرية وليس البرية، وهذا الأصل المرتبط بالتجارة البحرية هو الذي يعطي الطابع الدولي بالمعنى القديم للقانون فيما لو وجد وتم إثبات قيامه. والفقهاء هنا متفق على كون الأنظمة الهامة البحرية المنشأ ما تزال تشكل بصمات في قانون التجارة المعاصر. وحتى في التجارة البرية وإن كانت فيما مضى " أقل دولية" من البحرية ومع ذلك فالمتمائل في تاريخ الأوراق التجارية والقواعد الحاكمة لها خاصة فيما يخص الكمبيوترية يستخلص بذور وجذور أولية شكلت جنينا لقانون التجارة الدولية. ورغم ما أدخله قانون التجارة المعاصر من عادات وأعراف تجارية وحولها إلى قواعد قانونية فقد بقي دوماً - وفي كل حقبة على جنباوته مجموعة من العادات والأعراف أحياناً يشير إليها وأحياناً لا، ولكنه يعترف بها نظراً للمواءمة والتعويض عن النقص.

ومع قيام الثورة الفرنسية وانتشار القوانين وبروز الدولة بمفهومها المتكامل أنحصر قانون التجار وبرزت تشريعات تجارية (السيوطي، ثروت أمين، الصراع الطبقي وقانون التجار، مرجع سابق، ص ٤٣). بالرغم من أن بعض هذه التشريعات استندت على أعراف وعادات التجارة كما هو الحال في

ظهور القواعد الموحدة الصادرة من جمعية لندن لتجارة الحبوب، (شفيق، محمد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٠) كذلك الأمر بظهور المصطلحات التجارية الدولية التي قامت بها غرفة التجارة الدولية والتي كانت تجميع لبعض الأعراف والعادات التجارية. وفي عام ١٩٦٠ بدأت ملامح قانون التجارة تبرز في مؤتمر لندن بعد صيحات الفقه، وبرزت في أحكام المحكمين إلا أن مؤيدي قانون التجار استندوا على مجموعة من الأسانيد يمكن ذكرها كالآتي:-

أولاً: إن قواعد قانون التجار قواعد خلقت ونابعة من مجتمع التجار مما أدى إلى استقرارها وارتضاء أطراف التجارة الدولية عنها باستخدامهم لها في حل النزاعات الناشئة بينهم.

ثانياً: إن ضعف القوانين الوطنية والقصور الذي يشوبها سواء من ناحية القواعد الموضوعية والإجرائية هو ما يؤدي إلى عرقلة حركة التجارة الدولية والاستثمارات، وسبب هذا اختلاف الدور المنوط بكل منها فالقوانين الوطنية شرعت من أجل تنظيم شؤون التجارة الداخلية ولا تخدم أعمال التجارة الدولية من حيث إن القواعد التجارية الدولية أكثر قدرة على ذلك.

ثالثاً: البعد بالتجارة الدولية عن الدخول في مشكلات استخدام آليات تنازع القوانين والتي قد تؤدي إلى تعقيد في حل النزاعات مما يفقد التحكيم واحداً من أهم مميزاته. (خليفة، عمرو محمد إبراهيم،

سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ٢٦٧).

ومن هنا فسنعالج هذا الفصل من خلال محاور خمسة :-

أولاً: ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الدولية.

ثانياً : تعريف وخصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية.

ثالثاً :: الصفة العلوية - فوق الدولية لقانون التجارة الدولية الجديد .

رابعاً: الصفة عبر الدولية لقانون التجارة الدولي الجديد.

خامساً: فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد.

اولا : ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الدولية

من المتفق عليه بين الفقهاء أن القانون المادي للتجارة الدولية له ذاتية خاصة لا تختلط بالفكرة التقليدية للقانون الوضعي لأنه نتاج تطور تاريخي واقتصادي وسياسي، وأما القانون التجاري الجديد فهو نتاج مجتمع له مصالحه ومبادئه وعلاقاته وتنظيمه الذاتي، فكثير من القواعد قد استبعدت منها الخصوصيات الوطنية وأوجدت قواعد جديدة للقانون المادي للتجارة الدولية وهو ما يستوجب البحث في معطيات وجود القواعد الموضوعية للتجارة الدولية من حيث حاجات التجارة الدولية ومبدأ الحرية.

إن طبيعة التجارة الدولية التي لا تحتل الإجراءات المعقدة التي تعرقل حركة التجارة الدولية وتفقد أهم عنصرين من عناصرها وهما الثقة والسرعة في إبرام العقود وحل المنازعات قد جعل من تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية حاجة ملحة وضرورة قائمة لأن الأعراف التجارية الدولية التي وضعها التجار أنفسهم وهم الأقدر على تحديد مصالحهم من حيث اختيار المعايير الملائمة لتنشيط حركة التجارة الدولية والمحافظة على انسياب حركة البضائع والأشخاص دون عوائق أو مخاطر، ولذلك سنتحدث عن ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الدولية من خلال معطيات وجود القواعد الموضوعية في نقطتين:-

١- حاجات التجارة الدولية ومبدأ الحرية الدولية للعقود.

٢- تسامح الدولة في مواجهة القواعد الموضوعية.

١ : معطيات وجود القواعد الموضوعية للتجارة الدولية

قد لا يكون غريبا القول إن قانون التجارة الدولية الجديد وان اتفق في الهدف مع قانون التجارة القديم في المسائل المتعلقة بتنظيم علاقات التجارة الدولية العابرة للحدود الوطنية إلا أنه

بالمقابل يختلف معه في مضمونه ونطاق تطبيقه، إذ يتميز قانون التجارة الدولية الجديد بعمق مضمونه وأتساع نطاق تطبيقه.

فمن جهة المضمون يتبين أنه بينما كان القانون التجاري القديم يتألف من الأعراف التجارية التي سادت الأسواق الدولية في العصور الوسطى فإن قانون التجارة الدولية الجديد لا يتألف من أعراف التجارة الدولية فقط بل يتألف كذلك من القواعد المستمدة من الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والعادات التجارية والشروط العامة وغيرها من المصادر التي أصبح يتسم بها، الأمر الذي يسهل مهمة هيئة التحكيم الدولية في تطبيق القواعد القانونية على موضوع النزاع وتحقيق العدالة بقدر الإمكان (المصري، حسني، التحكم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٤٣٧ - ٤٣٨).

أما من جهة نطاق التطبيق فمن الملاحظ انه بينما كان قانون التجارة القديم قانوناً طائفاً أو فنوياً لا يسري إلا على التجار الدوليين بحكم انتمائهم إلى حرفة التجارة فإن قانون التجارة الدولية الجديد يسري على التجار الدوليين وعلى غير التجار لأن تطبيقه لا يتوقف على صفة القائم بالنشاط التجاري الدولي وإنما يتوقف على طبيعة هذا النشاط من حيث إنه نشاط تجاري ودولي" وذلك اعتماداً على المعيار الموضوعي الذي بمقتضاه يعتبر العمل تجارياً دولياً متى تعلق بمسألة تتعلق بمصالح التجارة الدولية وهو أمر أكدت عليه الكثير من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في تحديد ماهية التحكيم التجاري الدولي، سواء أكان القائم بهذا العمل تاجراً أو غير تاجر. وهذا يشكل استمراراً وتأكيداً على طبيعة القانون التجاري الحديث الذي لم يعد فقط قانوناً خاصاً بالتجار وبل أيضاً قانوناً لغير التجار الذين يقومون بعمل تجاري. وهذا ما يشكل خروجاً ولو غير كامل من النظرية الشخصية للقانون التجاري القديم باتجاه أعمال النظرية المادية أو الموضوعية أو كليهما معاً.

وإذا كان هذا الطابع الذي استقر عليه مضمون القانون التجاري وطبيعة أحكامه على مستوى العلاقات الداخلية فإنه يبدو أو يغدو أكثر تركيزاً على صعيد العلاقات التجارية الدولية، وهو غالباً ما يسمح بامتداد تطبيقه دولياً على أطراف العلاقات والعقود الذين لا يتخذون صفة التاجر وخاصة أشخاص القطاع العام بعد تكاثر العقود والاتفاقات التي تقوم بها الدولة والدول مع أشخاص القطاع الخاص على الصعيد الدولي.

هذا بالإضافة إلى أن تطبيق قانون التجارة القديم كان محدوداً وضيقاً بحكم طبيعة المنازعات التي كانت تواجه التجارة الدولية في العصور الوسطى بعكس قانون التجارة الدولية الجديد الذي تنامي وبخاصة في العقود الثلاثة الماضية بفعل الثورة التكنولوجية وتنامي الصناعات بشكل مذهل التي أسفرت عن ظهور موضوعات جديدة على مسرح التجارة الدولية كعقود استغلال براءات الاختراع وعقود نقل التكنولوجيا وعقود النقل الدولي لوسائط الدفع والنقل الإلكتروني للنقود والنقل الدولي للمعلومات عبر الأقمار الصناعية وشبكات الكمبيوتر والتجارة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني والعقود المعقدة طويلة المدة كعقود الإنشاءات الصناعية وتسليم المفتاح وإنشاء المصانع وتسليم الإنتاج والمشروعات المشتركة الدولية (القليوبي، سميحة، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٢٧-٢٨) .

وبالتالي فإنه بينما كان قانون التجارة القديم طائفيًا عرفياً فإن قانون التجارة الدولية الجديد ولن كان قانوناً دولياً إلا أنه ليس طائفيًا خالصاً وليس عرفياً محضاً فهو ليس طائفيًا محضاً لأنه يسري على التجار الدوليين وغير التجار، وهو ليس عرفياً محضاً لأنه لا يستمد قواعده من أعراف التجارة الدولية فقط بل يستمدّها من التشريعات (الاتفاقيات) الدولية ومن المبادئ العامة المستقرة في التشريعات الوطنية بالإضافة إلى المبادئ أو المعطيات التي تقرها هيئات التحكيم الدولية لحماية المتعاقدين في مجال التجارة الدولية. (الخولي، اكثم، الموجز في القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٧ وما بعدها) .

ولكن القواعد التي تشكل في أساسها ومعناها مضمون قانون التجارة الدولية الجديد ليست على درجة واحدة من الأهمية أو القيمة القانونية في الاعتبار والتطبيق لهيئة التحكيم الدولية. فهناك بعض القواعد التي تجاوزت مرحلة الاختلاف حول وجوب تطبيقها على موضوع النزاع في التحكيم بالقضاء، وهي القواعد المستمدة من المعاهدات الدولية والاتفاقيات المتعلقة بالنقل البري والجوي والبيع الدولي وما يستتبع ذلك من الاتفاقيات التي تتضمن بعض القواعد الموضوعية التي يمكن تطبيقها على موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم.

وقد تجاوزت العقود النموذجية الدولية الخلاف حول مدى إمكانية تطبيقها عندما تتجه إلى ذلك إرادة الطرفين، إلا أن جانباً من الفقه رأى أنه يجوز لهيئة التحكيم تطبيق أعراف وعادات التجارة الدولية على الأطراف بحيث لا يجوز للأطراف رفض تطبيق تلك الأعراف والعادات، ولكن يجب إدراك أنه لا يجوز تطبيق الأعراف التجارية إلا عند عدم وجود نصوص موضوعية آمرة أو شروط عقدية تستبعد هذا التطبيق.

أما العادات التجارية الجارية فلا يمكن تطبيقها إلا إذا ثبت لهيئة التحكيم اتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيقها بعكس أعراف التجارة الدولية حيث لا يتوقف تطبيقها على إرادة المتعاقدين طالما لم يستبعدا نص قانوني آمر أو اتفاق، ويتفق رأي الفقه - بخصوص تطبيق تلك الأعراف والعادات التجارية الدولية - مع ما تنص عليه اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي من أنه يجب على هيئة التحكيم مراعاة هذه العادات والأعراف.

ويلاحظ من خلال تحليل هذا النص أن على هيئة التحكيم المقيدة واجب الكشف عن وجود العادة أو العرف التجاري الدولي إلا أنها غير ملزمة بتطبيقها دون فحصها والتأكد منها حيث يتوقف تطبيقها على توافر شروط تطبيق العادة أو العرف وهي مسألة مرتبطة بطبيعة العادة أو العرف والنزاع المعروض على هيئة التحكيم.

وقد اثير نقاش فقهي واسع حول أهمية المبادئ العامة في القانون وقيمتها القانونية بالنسبة لهيئة التحكيم الدولية في التحكيم الدولي المقيد، ففي حين يرى اتجاه بتطبيق هذه المبادئ على موضوع النزاع ولو أدى ذلك إلى استبعاد تطبيق نصوص قانون وطني معين فإن الاتجاه الآخر يرى أنه يجب اعتبار هذه المبادئ مجرد مصدر احتياطي أو مساعداً يعين هيئة التحكيم على إيجاد حل مناسب للنزاع القائم دون أن يوصل هيئة التحكيم إلى درجة استبعاد نصوص القانون الوطني الواجب التطبيق أصلاً على موضوع النزاع . (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٤٣٩-٤٤٠).

إلا أن هناك جدلاً فقهيًا قد ثار حول سلطة هيئة التحكيم الطليق في استبعاد تطبيق الشروط العقدية أو تعديلها، إذ يجيز لها البعض ذلك لما لها من حرية واسعة في البحث عن الحل العادل والملائم للنزاع ولو لم تستمد هذا الحل من شروط العقد ذاته بينما لا يجيز لها البعض الآخر ذلك إلا في الحدود التي تسمح بها إرادة الطرفين بمعنى أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتجاوز إرادة الأطراف، إذ ليس بوسع هيئة التحكيم الطليق فرض شروط جديدة على الطرفين فضلاً على جواز قيامها بمراجعة العقد أو تقرير المسائل التي لم يتضمنها كتحديد ثمن البضاعة أو مواعيد الدفع ومواعيد التسليم حيث لا تعتبر هيئة التحكيم، ولو كانت طليقة وكيله عن الطرفين وإنما تباشر مهمة قضائية هي الفصل في "نزاع قائم".

ونخلص إلى القول إلى إنه لا يجوز الركون إلى المعطيات التي تقررها هيئات التحكيم الدولية في أحكامها انسجاماً مع طبيعة المنازعات التجارية الدولية ومتطلبات التجارة الدولية وذلك لأن جانباً من الفقه يرى بضرورة أخذ الحذر والريبة من أهمية القواعد التي تقررها هيئات التحكيم تأسيساً على تلك النتائج، باعتبار أن المحكمين في هيئات التحكيم الدولية ينتمون إلى مدارس فكرية وقانونية مختلفة وينحدرون من ثقافات ومشارب ذهنية متعددة سيما وأن هؤلاء المحكمين لا يمكن أن يكونوا

ملمين بكافة القواعد والأسس في القوانين الوطنية مما يفقداهم القدرة على وضع قواعد عامة وشاملة للناتج الناشئة عن المقارنة بين القوانين الوطنية سيما في ظل شيوع التجارة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني من خلال شبكات الإنترنت (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ١٩٣ وما بعدها).

ومن هنا فسنعالج معطيات وجود القواعد الموضوعية للتجارة الدولية في نقطتين اثنتين:-

أ : حاجات التجارة الدولية ومبدأ الحرية الدولية للعقود.

ب : تسامح الدولة في مواجهة القواعد الموضوعية.

أ : حاجات التجارة الدولية ومبدأ الحرية الدولية للعقود

إن الحاجات الاجتماعية والاقتصادية يجب أن يقابلها نظم قانونية تستجيب لها وهذا ثابت في تاريخ النظم القانونية حيث أن حاجات تنظيم العلاقات في العهد الروماني قد أوجد قانون الشعوب، وفي العصور الوسطى أوجدت تلك الحاجات مبدأ سلطان الإرادة نتيجة للقيود التي فرضت على الحريات، وفي القرن العشرين ونتيجة لتراجع مبدأ سلطان الإرادة والحرية الفردية في العقود وتأثير تدخل الدولة اوجد القضاء في ميدان عقود التجارة الدولية حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٢٥٩-٢٦١).

وفي مجال التجارة الدولية الحديثة نتيجة لقصور القوانين الوطنية عن معالجة العقود الدولية الحديثة استشر رجال التجارة الدولية الحاجة إلى إيجاد قواعد جديدة تتناسب مع متطلبات العصر الحديث في تلك العقود المعقدة والمركبة. وأسهم عجز قواعد تنازع القوانين نتيجة لتعدد روابط الإسناد إلى إيجاد حلول مقنعة، وذلك لان العقود الدولية الحديثة غير متجانسة ومختلفة في

طابعها الدولي وترتبط بأكثر من دولة بحيث يعطي هذا الوضع لتلك العقود الدولية بعض الاستقلال وهو ما يهيئ لميلاد قواعد موضوعية جديدة وهي المتجسدة في العقود النموذجية والشروط العامة التي أضحت واقعا ملموسا في ميدان التجارة الدولية (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٢٦١-٢٦٣).

واستنادا إلى مبدأ الحرية الدولية للعقود فإن تلك القواعد الجديدة لا تخرج من كونها شروطاً تعاقدية وان تلك العلاقات التعاقدية العابرة للحدود أصبحت بحاجة إلى تحرير تلك العقود من القوانين الوطنية، بحيث أضحت إرادة الأطراف لها دور يتجاوز استخدامها في البحث عن قاعدة الإسناد إلى استخدامها في إطار المصالح العليا للتجارة الدولية. وفي ظل عجز الأنظمة الوطنية عن إيجاد تنظيم قانوني متكامل يعالج متطلبات التجارة الدولية الحديثة فان المتعاملين في هذا المجال اضطرتهم الحاجة إلى إيجاد قواعد تنظم معاملاتهم الدولية . (احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٢٦٣-٢٦٤).

ب : تسامح الدولة في مواجهة القواعد الموضوعية

إن تزايد متطلبات التجارة الدولية والعقود الدولية الناشئة عنها أوجد ضرورة أن تتكاتف الأطراف الذين لهم تماس مباشر في مقتضيات هذه التجارة بحيث أصبحت العقود النموذجية والعادات المتبعة والمبادئ القائمة بين التجار واقعا تفرضه ضرورات استمرار التعامل التجاري عبر الحدود، ولذلك يرى جانب من الفقهاء انه سواء قمنا بتأييد وجود قواعد جديدة للتجارة الدولية أم لا فإن الواقع قد أوجد ممارسات ومبادئ وأعرافاً تكون في مجموعها نظاماً قانونياً خاصاً بالتجارة الدولية.

ولذلك وجدت الدول نفسها أمام ضرورات تتعلق بحتمية الاعتراف الفعلي بتلك القواعد وذلك لاعتبارات اقتصادية واجتماعية وسياسية ولغايات الأمان الذاتي للتجارة الدولية الأمر الذي أدى إلى تسامحها في قبول تلك القواعد، ولقد أظهر هذا الاعتراف صورة لما يمكن تسميته بـ "الالتحاق القانوني والتشريعي" كنتيجة للتبعية الاقتصادية والتجارية بين دول المركز المنتجة للسلع الصناعية والغلاف القانوني الموصل أليها وبين دول الأطراف المستقبلية والمستهلكة للسلعة والمستعملة لنفس الغلاف القانوني (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٢٦٤-٢٦٦).

وقبول الدولة بذلك التسامح كان أمراً واقعا وذلك لأن الدولة ذاتها أصبحت تمارس التجارة الدولية وأضحت عضوا في جماعة التجارة الدولية وتبرم عقوداً باعتبارها من أشخاص القانون الخاص، هذا بالإضافة إلى عجز الدول عن ضبط ممارسات التجارة الدولية من خلال المعاهدات وذلك لاتساع أنواع العقود والمبادلات والخدمات وحاجتها إلى ذوي الاختصاص من المهنيين الذين يملكون الخبرة لوضع تلك القواعد. . (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق ص ص ٢٥٥-٢٥٦).

وكذلك الأمر فإن سلطان الدولة لا يمكن أن يمارس في المجال الدولي، ويبرز تسامحها بشكل واضح في إباحتها وسماعها لقضاء التحكيم بالتوسع والذي هو الأداة لخلق قواعد قانون التجارة الدولية (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٢٦٦-٢٦٨).

وشهد القرن الماضي ملامح منهج جديد في القانون الدولي الخاص يتمثل في الاستعاضة عن إسناد حكم المعاملات الدولية للنظم القانونية الوطنية من خلال الاستعانة بعناصرها وفق نظام خاص يتكون من العادات والأعراف والممارسات السائدة في التجارة الدولية إلى أن تشكل ما يسمى بقانون التجارة الدولية *Lex mercatoria*. (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في

العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق ص ص ٢٥٥-٢٥٦).

ولبيان الكيفية التي وجدت فيها القواعد الموضوعية للتجارة الدولية فإن مصدر تلك القواعد منها ما هو ذو طابع تشريعي داخلي أو اتفاقي ومنها ما هو ذو نشأة تلقائية.

فأما الأول فإن هناك قواعد ذات أصل تشريعي داخلي في النظم الوطنية وخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي ومثال ذلك ما ورد في القانون التشيكوسلوفاكي لعام ١٩٦٣ باسم تقنين التجارة الدولية وينظم علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية وكذلك قانون ألمانيا الديمقراطية لعام ١٩٧٦ والذي تضمن العديد من القواعد الموضوعية التي تحل مباشرة مشكلات العقود التي تتم في ميدان التجارة الدولية، أما القواعد الموضوعية ذات الأصل التشريعي الاتفاقي وهي تلك التي تم الاتفاق عليها بين الدول بخصوص جوانب علاقات التجارة الدولية، ومثالها القواعد الموضوعية التي تضمنتها اتفاقية بروكسل لعام ١٩٢٤ والخاصة بعقود النقل البحري واتفاقي جنيف لعام ١٩٣٠ ، ١٩٣١ بخصوص سند السحب والسند الاذني (السند لامر) والشيك واتفاقية لاهاي لعقد البيع الدولي لعام ١٩٦٤. (البيستاني، سعيد، القانون الدولي للسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١١ وما بعدها، وكذلك سلامة، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٢٧٠ - ٢٧٤).

وأما القواعد ذات النشأة التلقائية فقد برزت جهود قضاء التجارة الدولية وأوساطها المهنية في إرساء تلك القواعد، فمن حيث قضاء التجارة الدولية فقد اوجد قواعد اقتضتها ضرورات التجارة الدولية عبر الحدود وخروجها على القواعد الأمرة في القوانين الوطنية، ففي القضاء الداخلي قررت محكمة باريس صلاحية شرط التحكيم واستقلاله في عقود التجارة الدولية (قرار محكمة باريس ١٠ ابريل ١٩٥٧).

وقد قضت المحاكم الفرنسية في حكم آخر بأن النصوص المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي لا تكون كذلك في شأن القانون الدولي، وبذات المعنى قضت تلك المحاكم في قضية سان كارلو عام ١٩٥٩ وقضية جلاكيس (قرار محكمة باريس ٢١ فبراير ١٩٦١).

وقد أجاز القضاء الفرنسي شرط الوفاء بالذهب في عقود التجارة الدولية بخلاف الحظر الذي يترتب عليه البطلان في القانون الداخلي الفرنسي. وفي قضاء التحكيم التجاري الدولي فمن الواضح أن هيئات التحكيم الدولية تبحث دائما عن الحلول المثلى التي تلائم واقع التجارة الدولية. (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٢٧٤-٢٧٧).

وهذه الامثلة تظهر الطابع الاستثنائي للنظام العام على مستوى العلاقات الخاصة الدولية. فقد جرى العمل امام القضاء الفرنسي على صحة اشتراط الدفع بالذهب وامام القضاء المصري على امكانية تجاوز حد الفائدة القانونية في وقت تعتبر هذه الشروط مخالفة للنظام العام في القانون الداخلي، فلقد قبل القاضي الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي (تميز فرنسي، (53/10/20) الذي يجيز رسملة الفائدة بالرغم من انه يخالف النظام العام الداخلي، إذ ان محكمة النقض رأّت ان تلك المخالفة لا تمس قاعدة اقتصادية او اجتماعية جوهرية في المجتمع الفرنسي.

وعلى نفس المنوال فقد قضت احدى المحاكم المصرية "بأنه لا يجوز لمحرر سند تحت الاذن ان يحتج ضد حامل هذا السند بوجود ربا فاحش اذا كان الاثنان ايطاليان، وذلك لانه في هذه الحالة يكون القانونه الايطالي هو الواجب التطبيق. وبما ان هذا القانون لا يضع حدا اقصى للفائدة كما فعل القانون المصري فيكون السند صحيحا". (البستاني، سعيد، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٧٤٠ وما بعدها، وكذلك الحداد، حفيظة، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٩٩ وما بعدها).

وأما فيما يتعلق بالمبادئ العامة في القانون وبالرغم من أن الكثير من أحكام التحكيم تعول عليها في قراراتها المتواترة، إلا أن جانب من الفقه يرى أنها لا تدخل في تكوين القانون المادي للتجارة الدولية، وذلك لكونها فكرة غامضة وغير محددة وغير معلومة للأطراف ولهيئة التحكيم هذا بالإضافة إلى أنها غير كافية لحل النزاع كالمبادئ المتعلقة بتقادم الالتزام، ولكن وبالرغم من كل ذلك فإن هناك مبادئ عامة راسخة ومتعارف عليها وتسهم بشكل كبير في حل منازعات التجارة الدولية كمبدأ القوة الملزمة للعقود وتنفيذ العقود بحسن نية وهي مبادئ ملازمة للفكر القانوني ووجدت لسد النقص في القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد أو لاستبعاد ذلك القانون إذا كان غير ملائم.

ولذلك جاء في دعوى تحكيمية بين الكويت ولحدى شركات البترول عام ١٩٨٢ أن القانون الذي يحكم المسائل الجوهرية بين الأطراف يجب أن تحدده المحكمة بالنظر إلى صفة الأطراف والطبيعة عبر الدولية لعلاقتهم ومبادئ القانون وما هو سائد في العالم الحديث " وبالتالي فإن تلك المبادئ العامة بعموميتها تسمح بالتطبيق على مختلف الأوضاع والمسائل في موضوع النزاع (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٢٦٤-٣٠٠).

وقد طبقت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٧٩ في قضية قضية نورسولر عندما طبقت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود اعتبرته من المبادئ العامة الواجب تطبيقه على كل حال، وذلك في نزاع بين تاجر تركي وآخر فرنسي بخصوص عقد وكالة تجارية وقررت عدم الرجوع إلى القانون التركي أو الفرنسي وقررت تطبيق القانون الموضوعي للتجارة الدولية وان احد مبادئ ذلك القانون هو حسن النية في تنفيذ العقود. (استئناف باريس، صادر بتاريخ ٤ مارس ١٩٨١).

ثانيا : تعريف وخصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية

يمكن الحديث عن القانون الموضوعي للتجارة الدولية كمصطلح مرادف لما اطلق عليه الفقه الغربي Lex Mercotaria ويعني القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة او قواعد اسواق التجار، وقد ظهرت مجموعة من التعريفات والمرادفات لتعبير قانون التجار، فمثلا يعرفه الفقيه جولدمان بأنه مجموعة من المبادئ والقواعد العرفية التلقائية والمشار اليها بدقة في نطاق التجارة الدولية دون الرجوع الى نظام قانون خاص بدولة معينة، ومنهم من يرى إن قانون التجار هو نفسه القانون الخاص الدولي (النمر، ابو العلا علي، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص٧ وما بعدها).

وإذا كانت مصادر القانون الموضوعي للتجارة الدولية تتمثل في القانون الدولي العام والقوانين الموحدة والمبادئ العامة للقانون وقواعد المنظمات الدولية، وأعراف وعادات التجارة الدولية والعقود النموذجية وأحكام التحكيم، فإن خصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية تكمن في كونه قانوناً تلقائياً وطائفاً ويتسم بالقدرة على خلق قواعد موضوعية.

وعليه سنتعرض إلى تعريف وخصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية في ثلاثة

بنود:-

- ١ :- تعريف القانون الموضوعي للتجارة الدولية.
- ٢ :- خصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية.
- 3 :- النظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية.

١ : تعريف القانون الموضوعي للتجارة الدولية

يمكن تعريف القانون الموضوعي للتجارة الدولية بأنه هو "ذلك القانون الذي يضع مباشرة تنظيماً خاصاً ومستقلاً عن كل قانون داخلي لبعض العلاقات القانونية المتعلقة بالتجارة بالنظر لصفحتها الدولية"، وبالرغم من أن الفقه قد أوجد تعريفات مختلفة للقانون الموضوعي للتجارة الدولية وتسميات متعددة إلا أن الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه يرى أن التعريف الأمثل للقانون

الموضوعي للتجارة الدولية هو "مجموعة القواعد التي تصنع مباشرة حلاً موضوعية لمشاكل

العقود الدولية للتجارة (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي التطبيق، مرجع سابق، ص ٢٨١-٢٨٤).

وبأخذنا تعريف الدكتور سلامة الى مصطلح "القانون الخاص الدولي" أي مجموعة القواعد المادية الموضوعية التي تم توحيدها عالمياً للحؤول دون تنازع القوانين. لتوحيد القواعد الموضوعية في مسألة معينة في مسائل القانون الخاص يلغي الحاجة إلى تطبيق قواعد الاسناد. فالقاعدة الموضوعية الاتفاقية الواحدة التي تطبق على نزاع خاص دولي تصبح بمثابة القاعدة الوطنية المطبقة على نزاع خاص وطني والمثال الواضح عليها قانون جنيف الموحد للأوراق التجارية، أي قاعدة قانون خاص تطبق في قانون دولي خاص.

ولقد أطلق الفقيه الفرنسي نيبوييه (Niboyet) على قواعد القانون الخاص الموضوعية التي تم توحيدها عالمياً باصطلاح "قانون خاص دولي (Droit prive international) لمضمون جديد يتسع لحكم العلاقات الخاصة الدولية مواكب أحياناً ومقوض أحياناً أخرى عن منهجية الحل التقليدية في القانون الدولي الخاص. (البستاني سعيد، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٧٤٧-٧٦٧ وما بعدها).

ويتكون القانون الموضوعي للتجارة الدولية من العقود الدولية النموذجية وقرارات التحكيم والأعراف والعادات التجارية وقواعد العدالة والمبادئ العامة للقانون، وفيما إذا كانت تدخل في تكوين القانون (John Mustill, International arbitration history and Back ground, v6, P. 104) عناصر القانون الداخلي أيضاً.

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه 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 قضاء التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي المبدئي للعقد الدولي وفي التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة، الأمر الذي جعل العدالة تستقر في ضمير العقود الدولية مما يشكل اعتباراً جزءاً من القانون المادي للتجارة الدولية.

وهذا ما جاء في اتفاقية البنك الدولي للتعمير والتنمية لعام ١٩٦٥ حيث قررت أن أحكام الفقرات الخمس لا تمس رخصة المحكمة في أن تقضي وفقاً للعدالة إذا اتفق الأطراف على ذلك. والأمر ذاته جاء في اتفاقية عمان للتحكيم لعام ١٩٨٧ التي قررت أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الأطراف على ذلك . (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٢٨٧-٢٩٣).

ويرى بعض الفقه بان قانون التجارة الدولية الجديد فرع من فروع القانون الخاص ويشتمل على القواعد الموضوعية التي تتضمنها العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية بشأن التعامل التجاري الدولي (شفيق، محسن، اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية لعام ١٩٦٤ والمشار اليه في المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٣٥).

ويرى جانب آخر من الفقه القانوني ان قانون التجارة الدولية الجديد يعني (lex mercatoria) أي عادات وأعراف التجارة الدولية "وفقاً لهذا التعريف فإنه يجوز للمحكم التطبيق فض المنازعات على ضوء قواعد لا تستمد من التشريعات الوطنية ولا المعاهدات الدولية وإنما تستمد من نصوص العقد ذاته كما هو الحال في العقود النموذجية. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٣٥).

ويرى جانب من الفقه انه وبالرغم من وجود هذا الكم من المرادفات إلا انها في النهاية تتفق على المعنى، وأن هناك من يرى إمكانية استخدام قانون التجار بجوار القوانين الوطنية باستعارة مصطلح القواعد المادية الدولية. (صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٤٥٨).

٢ : خصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية

إن الحديث عن القانون الموضوعي للتجارة الدولية يقتضي منا البحث في خصائص ذلك القانون على اعتبار أن القواعد المادية الخاصة بالتجارة الدولية تشكل نظاماً قانونياً فإن لتلك القواعد خصائص ومميزات تميزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى، مع الأخذ بعين الاعتبار الجدل الفقهي الذي ما يزال دائراً في أروقة الفقه والقضاء على حد سواء حول مدى اعتبار تلك القواعد الخاصة بالتجارة الدولية قواعد قانونية بالمعنى الفني والقانوني .

وسنبحث خصائص نص القانون الموضوعي للتجارة الدولية في نقاط ثلاث:-

أ :- القانون الموضوعي للتجارة الدولية قانون نوعي او طائفي.

ب :- القانون الموضوعي للتجارة الدولية قانون تلقائي

ج :- القانون الموضوعي للتجارة الدولية قانون موضوعي.

أ : قانون نوعي أو طائفي

ربما يكون من البديهي القول إن القانون هو ظاهرة اجتماعية يوجد في كل مجتمع لمعالجة المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لذلك المجتمع بالرغم من اختلاف تلك المشاكل من مجتمع إلى آخر وهو ما ينعكس على القواعد القانونية في مضمونها الاجتماعي وحلولها في هذا الشأن.

وذات الأمر ينطبق على مجتمع التجارة الدولية الذي له معطاته ومشكلاته الذاتية والتي تقتضي حلولاً تتلاءم مع تلك المعطات، وبالتالي فإن قواعد القانون المادي والموضوعي للتجارة الدولية هي قانون نوعي أو طائفي لأنه لا يخاطب إلا فئة معينة وهي تلك التي تمارس التجارة الدولية وفي ذات الوقت فإن تلك القواعد لا تعالج سوى مشكلات التجارة الدولية. (خليفة، عمرو محمد ابراهيم، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٣١٣).

وفي هذا يرى الفقيه "كان Kahn" أن هذا القانون وجد ليحكم جماعة صغيرة أو كبيرة من المهنيين. ونظراً لانتشار هذه القواعد في الدول الغربية فإنه يلقي مقاومة من الدول الاشتراكية حيث تسيطر الدولة على التجارة الخارجية. (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٣٠٣-٣٠٥). وعليه يرى جانب من الفقه أن القانون المادي للتجارة الدولية موجه أصلاً إلى الدول الصناعية هذا من جهة أما من جهة أخرى فإن اعتبار هذا القانون نوعياً أو طائفيًا ليس فقط من خلال مقارنته بالقانون الداخلي وإنما من خلال موضوعه أيضاً فالقانون المادي للتجارة الدولية له قواعد خاصة في مجال الصوف والحريير والجلود والحبوب وغيرها من خلال العقود النمطية والشروط العامة والتي أصبحت لها قوة ملزمة. (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٣٠٣-٣٠٥).

ب : قانون تلقائي

إن الأصل في تحديد طبيعة القانون - أي قانون - انه تلقائي النشأة في الأصل وذلك من خلال العادات والأعراف، وفي هذا الأصل يرى بعض فقهاء مبادئ القانون ان القانون كاللغة ينشأ بصورة غريزية في المجتمع. ولكن بعد نشأة الدول الحديثة أضحت القانون من خلق السلطة

التشريعية بمعنى انه من خلق الدولة. (خليفة، عمرو محمد ابراهيم، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٣١٣).

ولكن وفي مجال التجارة الدولية فان القواعد التي وضعها المهنيون تعتبر ذات نشأة تلقائية سواء أكانت عادات ام اعرافاً ام شروطاً عامة ام قواعد قضائية.

وقد سبق أن قدمنا بعض الامثلة كشرط الوفاء بالذهب. وتلقائية القانون المادي للتجارة الدولية تكمن في انه لا يأتي من خلال شكل رسمي كما هو الحال في القوانين الوضعية ولا يوجد له جهاز خاص ولا يكون له قوة سلطة تفرضه بالرغم من قوة الضغط الناشئ عن عدم الالتزام بأحكام التحكيم، وهو بالتالي لا يحتاج الى تدخل السلطة برضا الأطراف ويستجيب لمشكلات الدولية. (سلامة، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطيق، مرجع سابق، ص ٣٠٥ - ٣٠٧).

ج : قانون موضوعي

يكاد يجمع الفقه إن القانون الدولي الخاص هو قانون الاختصاص التشريعي وهو أداة لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فهو لا ينشئ حقاً ولا يفرض التزاماً ولكنه يكون المؤشر والبوصلة لمعرفة القانون المختص والذي يتكفل الأخير بدوره بالحل الملائم لذلك النزاع، وإذا اخذنا القانون الدولي الخاص بموضوعه ومضمونه التاريخي المحوري أي تنازع القوانين فهو "قانون ادائي" وظيفته تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك عبر وسائل تهدي إليه أي قواعد الاسناد .

(صادق، هشام، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٢٣).

ومع ذلك فإن دراسته في مباحثها النظرية وفي أعمالها من قبل القضاء تقود ليس فقط الى تحديد القانون بل وتطبيقها أيضاً وذلك عبر تفسير قاعدة الاسناد. فخصائص هذا القانون ليست مقتصرة على الإشارة الى القانون عبر ادواته الفنية بل وتظهر هذه الخصائص ايضا في

مرحلة تطبيق قاعدة القانون الاجنبي وكل ذلك تحت عنوان متعدد المسائل والنقاط ذات الخصوصية وهو المعاملة الإجرائية للقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. . (سلامة، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ٣٠٨).

ولكن القانون التجاري الدولي قانون موضوعي ويتضمن حولا للمنازعات الناشئة ويتضمن العادات والأعراف الدولية والشروط العامة والعقود النموذجية، وهو بالتالي يقدم الحل المادي أو الموضوعي لذلك النزاع (صادق، هشام، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٢٣ وما بعدها).

وعلى هذا الوصف المعطى للقانون التجاري الدولي - وبكونه قانونا فتيا او لا يزال ينمو جنينا في أحشاء المعاملات التجارية الدولية- فإننا يمكن أن نعتبره فرعا أو غصنا او جزءا من القانون "الدولي الخاص العادي" او بتعبير اخر "القانون الخاص الدولي" مع الفارق الذي يشير اليه الفقه انه من منشأ تلقائي من العادات والاعراف التجارية وليس من مصدر تشريعي رسمي. ويترتب على اعتبار قانون التجارة الدولية قانوناً موضوعياً بأنه لا يتضمن قواعد التنازع والحلول بخصوصها بل أنه في مجمله يتضمن القواعد الموضوعية التي تحدد الحلول الموضوعية للمنازعات التجارية الدولية الناشئة عن تراكم التجارب التجارية من جهة أخرى، والأسس التي اتفق عليها رجال التجارة الدولية في شأن بعض العقود من حيث شروطها وطبيعتها والأثر المترتب عليها. Okezie Chukwumerije Choice Of Law In International Comerccial Arbitration London

1996 p 110

فهي ليست قواعد إجرائية أو شكلية وإنما حولا موضوعية مستقرة ومنفقا عليها ومدركا لآثارها وشروطها جملة المتعاملين في مجال التجارة الدولية. (سلامة، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٣٠٧ - ٣٠٨).

وقد جاء حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية من خلال محكمة التحكيم التابعة لها ويحمل الرقم ٤٧٦١ في نزاع بين طرفين احدهما ليبي والاخر ايطالي حيث اتفق الاثنان على القواعد القانونية واجبة التطبيق

١- يكون القانون الليبي هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فيما لا يخالف أحكام النظام العام الدولي ومبادئ حسن النية.

٢- وفي حالة عدم ثبوت إمكانية تطبيق القانون الليبي يتم تطبيق أحكام القانون التجاري او المبادئ العامة للقانون.

٣- يطبق القانون التجاري في حالة وجود نقص في القانون الليبي فيصبح مكملاً للنزاع. ومما سبق يثبت لنا ضرورة وجود اتفاق صريح بين الأطراف لتطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية او باستكشاف الإرادة الضمنية من خلال القواعد القانونية المشتركة بين دولتين او أكثر او ما يسمه بالتطبيق الجمعي (خليفة، عمرو محمد ابراهيم، سلطة المحكم في اختيار القانوني واجب التطبيق، مرجع سابق، ص ٣١٥).

٣ : النظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية

يكاد يجمع الفقه على أن القانون الموضوعي للتجارة الدولية هو القواعد الذاتية التي تقدم حلولاً مباشرة لمشكلات العلاقات التعاقدية للتجارة عبر الحدود، وقد احتدم الجدل حول ما إذا كانت هذه القواعد تتوافر فيها الخصائص الفنية للقاعدة القانونية، ولكن التكيف القانوني يكاد يكون مرتبطاً بمدى إمكانية الخروج على مبدأ مانعيه الاختصاص الوارد في القانون الدولي العام والذي يوزع الاختصاص بين الدول.

والنظام القانوني هو نظام تدريجي لقواعد السلوك له صفة ملزمة، وبالرغم من اختلاف الفقه على تعريف النظام القانوني إلا إن تلك الآراء قد افتقدت إلى الإشارة إلى عنصر وهو وجود هيئة لها قدرة وسلطة خلق تلك القواعد السلوكية، ولذلك يرى الفقيه "سانتي رومانو" بأن كل نظام قانوني يتكون من جانب عضوي وهو تنظيم لوحدة اجتماعية معينة وجانب آخر وهو الجانب القاعدي ولن تلك القواعد هي تعبير عن الجانب العضوي. (سلامه، احمد عبد الكريم، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص ٣٠٩-٣١٥).

وقد ثار خلاف في الفقه حول مدى تشكيل القواعد الموضوعية للتجارة الدولية لنظام قانوني مستقل. فمنهم من يرى أنه لا يمكن اعتبار قانون التجارة بين الشعوب نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق، وذلك لأن بعض مكونات هذا النظام تفتقد إلى عناصر أساسية للقواعد القانونية فالعادات التجارية مثلاً تفتقد إلى عنصر الإلزام ولا تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً.

إلا إن هناك رأياً آخر يقوده الفقيه الايطالي "سانتي رومانو" الذي يرى بأن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تشكل نظاماً قانونياً من حيث التنظيم والبناء والمتمثل في الجماعة الدولية للتجارة ورجال الأعمال وهي جماعات متماسكة وهناك قواعد سلوكية تضعها تلك الجماعات، وبخصوص السلطة في مجال التجارة الدولية فهي التنظيمات المهنية، ولن التكوين الافتراضي لمجموع متماسك من القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تعتمد على وجود شبكة من العلاقات التجارية التي تفلت من رقابة الدولة. وهو ما يؤيده الفقه الراجح بأن هذا النظام يشكل نظاماً قانونياً مستقلاً ومشاركاً بين كل الدول التي تشارك في التجارة الدولية. (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص ٢٥٥ - ٢٦٢).

وهناك مساران للكشف عن المبادئ العامة في التجارة الدولية الأول هو المسار العقلي القائم على المنطق العقلي المجرد والمسار الثاني فهو المقارنة بين النظم القانونية السائدة في المجتمع الدولي

وصياغة قواعد مشتركة بين تلك النظم، ولكن تلك المبادئ وان كانت عالية العمومية والتجريد فإنها لا تقدم حلاً مباشراً للنزاع وإنما تترك لهيئة التحكيم حرية تقدير تلك المبادئ والبدائل وتطبيقها على موضوع النزاع . (الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق ص ص ٧٤٢-٧٤٧) .

ويرى جانب من الفقه أن اتجاه هيئات التحكيم نحو تثبيت أحكامها استناداً إلى التدليل القانوني المجرد بعيداً عن القواعد الوطنية كان من أهم الأسس الجوهرية التي أدت إلى إرساء المبادئ القانونية العامة أو ما قد أسماها بعضهم بالمبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدينة وهي تلك الدول ذات النظم القانونية المتكاملة في هذا المجال، (عبد المجيد، منير، التنظيم القانوني للتحكيم، مرجع سابق، ص ١٩٩٧، ص ٢٢٤) .

ويقصد بها تلك المبادئ التي تشترك بها كافة الأنظمة القانونية مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، عدم التعسف في استعمال الحق، ومبدأ عدم رجعية القوانين، ومبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب. وتتصف تلك المبادئ بعدم التحديد كونها مشتقة من القوانين المدنية للدول وتشمل قواعد موضوعية وأخرى إجرائية، ولها صفة المنطقية وتخاطب العلاقات القانونية في القانون الخاص، وقد تشكل مصدراً هاماً ومساعداً لتكملة النقص ومخرجاً لهيئة التحكيم للخروج من المشاكل القانونية المستعصية ونظراً لعدم تحديدها فإنها ستكون قابلة للتطويع والتطبيق وتمنح هيئة التحكيم سلطة تقديرية من أجل تطبيق القواعد الملائمة للنزاع. (المواجد، مراد محمود حماد، التحكيم في عقود الدولة، مرجع سابق، ص ص ٢٤٩-٢٥٠) .

ثالثاً : الصفة العلوية - فوق الدولية لقانون التجارة الدولية الجديد

من البديهي القول بأن مصادر قانون التجارة الدولية الجديد قد تتفاوت في أهميتها وقيمتها القانونية، ولكن هذا التفاوت هل يؤدي إلى اعتبار هذا القانون قانوناً علوياً فوق الدول؟ وإذا كنا قد قبلنا بتلك النتيجة فهل تقبله الأجهزة القضائية في الدول المختلفة حين يطلب إليها الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي التي تصدر على وفق قواعد قانون التجارة الدولي الجديد؟. (شكري، محمد عزيز، مدخل إلى القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٨، ص ٤٣٩).

ولذلك فإن الجدل حول علوية قواعد قانون التجارة الدولي الجديد لا تشمل الاتفاقيات الدولية كاتفاقيات النقل الدولي والبيع الدولي للمنقولات المادية أو البضائع، لأن الدول حينما تبرم هذه الاتفاقيات تراعي فيها تحقيق المصلحة المشتركة المعترف بها لأي من تلك الدول بل أن بعض الاتفاقيات تنص على ذلك في نصوصها أو أن دساتير الدول تؤكد على ذلك ولذلك تعمل تلك الدول على توفيق قوانينها الوطنية إعمالاً لمبدأ سمو الاتفاقية الدولية على هذه القوانين الوطنية الذي يكفل حمايته هذه المصلحة، بحيث تتنازل الدولة عن جزء من سيادتها التشريعية من أجل تيسير أمور ذات طابع دولي تتعلق بمجموعة من الدول .

وتلتزم كل دولة من الدول الأطراف في المعاهدة باحترام أحكام تلك المعاهدة الدولية، كما تلتزم محاكمها القضائية بتطبيقها على المنازعات طالما توافرت شروط التطبيق. (شكري، محمد عزيز، مدخل إلى القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص ٤٣٩ وما بعدها).

بل إن معظم الدساتير في الدول تقتضي بأن المعاهدات تسمو فوق القوانين الوطنية وإن معظم الدول تضمن تشريعاتها نصوص معاهدات دولية. لذا قضي بأن الدوله إذا انضمت إلى اتفاقية دولية فإن أحكام هذه الاتفاقية تصبح جزءاً لا يتجزأ من قوانين الدولة ويلتزم القاضي بأعمال

القواعد الواردة بها على أحكام المحكمين الأجنبية الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة وذلك في المسائل المتعلقة بتلك الأحكام، (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٠ وكذلك شكري، محمد عزيز، مدخل الى القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص ٤٣٩ وما بعدها).

وقد وردت الكثير من أحكام محكمة التمييز الأردنية التي تؤكد على هذا المبدأ، (تميز حقوق ١٩٩٦/٢٩٩٦ تاريخ ٢٠٠٠/٥/٣٠) وبما أن أية دولة لا تلتزم بأية اتفاقية دولية إلا برضاها وبالتزامها المبادئ الدستورية القائمة في تلك الدولة، فقد لا يكون مفيداً الجدل حول اعتبار الاتفاقيات الدولية قانوناً أعلى من سلطة الدول ومفروضاً عليها.

وبالتالي فإنه يستبعد من نطاق الجدل حول مفهوم العلوية على القواعد الموضوعية المستمدة من عقود التجارة الدولية ولو كانت الدولة أحد أطرافها بصفتها أحد أشخاص القانون الخاص، وذلك لأن هذه العقود تخضع إلى مبدأ الرضائية بالمفهوم الفقهي والقانوني وتعتمد على مبدأ سلطان الإرادة الذي يجيز للأفراد الاتفاق على ما تم الاتفاق من شروط لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، الأمر الذي يفرغ الادعاء بأن هيئة التحكيم تفرض هذه القواعد فرضاً على الأطراف باعتبارها قانوناً علوياً من محتواه وذلك حين يخضع الأطراف بإرادتهم.

والأمر ذاته ينطبق على الدولة إذا كانت طرفاً في عقود التجارة الدولية، كعقود توريد السلع وعقود الإنشاء بأوصافها المختلفة وعقود الخدمات بأشكالها المتباينة والذي معه تصبح الدولة شخصاً عادياً من أشخاص القانون الخاص وتتخلى عن سلطتها وسيادتها وتلتزم بشروط العقد كأى فرد وتتعامل مع الطرف الآخر كشخص عادي من أشخاص القانون الخاص. (صادق، هشام، تنازع

القوانين، مرجع سابق، ص ١١-١٢).

ومن هنا فإنها تلتزم بأحكام العقود وتنفيذها كما يلتزم بها الأفراد العاديون إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقود التي أكدت عليها النصوص التشريعية والفقه وأحكام القضاء (صادق، هشام، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١١-١٢).

وعليه ومع الأخذ بعين الاعتبار المفاهيم السابقة فإن المقصود بالصفة العلوية في هذا المجال يتحدد في نطاق القواعد المستمدة من عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة المشتركة في القانون وكذلك القواعد التي تقرها هيئات التحكيم الدولية في أحكامها لقيامها على المعطيات والمفاهيم الأساسية للتجارة الدولية.

ولذلك يرى جانب من الفقه أن هذه القواعد جميعها بأوصافها ومضامينها تشكل الوعاء والمحتوى لقانون التجارة الدولية الجديد وهو الذي جعل بعض الفقهاء يتساءلون عما إذا كان يعتبر قانوناً علوياً فوق الدول وهيئاتها القضائية الوطنية. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٢).

ولذلك يجب الإدراك بأن الإقرار باعتبار قانون التجارة الدولية الجديد قانوناً علوياً فوق الدول لا يعني ألبتة أنه من خلق سلطة تشريعية علوية دولية تسمو على السيادة التشريعية لكل دولة من الدول في الإطار الوطني، وذلك لأن السلطة التشريعية الدولية ما تزالت في إطارها النظري والفقهي ولم تتشكل بعد لأن كل دولة لا تقبل أن تتخلى عن سيادتها الوطنية وتقبل بسهولة الخضوع إلى قواعد ليست من وضع سلطتها التشريعية لأن في ذلك تنازلاً ونزولاً عن سيادتها التشريعية وخضوعاً لا تقبل به باعتبارها دولة ذات سيادة ولها الحق في قبول أو عدم قبول ما يعرض عليها ولم توافق عليه. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٠-٣٣).

إن من أهم سمات قانون التجارة الدولية الجديد وبوصفه العلوي أنه لا يتقيد بأية أحكام أو شروط تفرضها القوانين الوطنية في الدولة لأن مصدر هذا القانون يشتمل على عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة في القانون والتي أجمع الفقه عليها باعتبارها مرتكزات قانونية والتي

رسختها الجماعات المهنية المتخصصة والهيئات المستقلة وليس للسلطات التشريعية في الدول دور في وجودها. (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٧).

ولذلك تقوم هيئات التحكيم الدولية بتطبيق قانون التجارة الدولية على منازعات التجارة الدولية باعتبارها قانون اختصاص حيث لا يستمد اختصاصه من أي قانون وطني داخلي، الأمر الذي يؤدي تخليصه من تأثير التشريعات الوطنية تفادي مشكلة تنازع القوانين والتي تؤرق هيئات التحكيم ومن التغلب على مشكلة الفراغ في تطبيق القواعد القانونية الواجبة التطبيق الذي قد يصادفه في بحثه عن الحل المناسب للنزاع، الذي عهد إلى هيئة التحكيم للنظر به وإصدار القرار المناسب، وذلك من أجل إيجاد الحلول الملائمة لإبقاء حركة التجارة الدولية في إطارها المناسب بعيداً عن المعوقات (رضوان، أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٧-٧٨).

إن اعتبار قانون التجارة الدولية قانوناً عالياً فوق سلطة الدول يؤدي إلى الفهم بأن هيئة التحكيم الدولية تتمتع بسلطة تطبيقه على النزاع ولو أدى ذلك استبعادها لقواعد القانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع النزاع فيما لو لم يعرض على التحكيم الدولي. وهو رأي يؤيده البعض بالقول بأن أطراف النزاع لا يملكون سوى الخضوع إلى القواعد والمعايير التي تستمدتها هيئة التحكيم الدولية من عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة في القانون، ولو لم يكن لها وجود في أي قانون وطني أو أية اتفاقية دولية.

إلا أن هذا الرأي كان مثار النقد من جانب آخر من الفقه الذي يرى أن استبعاد المحكمين الدوليين للقوانين الوطنية للدول المتعاقدة والتي تعتبر أطرافاً في العلاقة التعاقدية مع الشركات الأجنبية الخاصة وتطبيقها لما يسمى أحياناً بقانون الشعوب الجديد قياساً على قانون الشعوب في العصر الروماني هو موقف لا يحقق العدالة أو الحياد، ذلك لأن استبعاد القوانين الوطنية للدول الأطراف غالباً ما يخفي وراءه موقفاً مجحفاً ومنحازاً بالنسبة لمسألة تعتبر من أكبر المشاكل

القضائية وتعتبر من أكثر المشاكل تعقيداً التي تواجه الدول الفقيرة، لأن التجارة الدولية العملاقة بتشعباتها وسطوة رأس المال تخفي وراءها في الغالب قوى تأثير لصالح الشركات الكبيرة العملاقة وخاصة تلك التي تسمى بالشركات المتعددة الجنسيات. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٢٤). وكل هذا قد يؤدي من خلال اختيار قواعد غير متفق عليها مسبقاً بين الأطراف والى تقرير أحكام تضر بمصلحة الطرف الضعيف في تلك العلاقة العقدية سيما وان العقود الدولية حتى وان كانت رضائية بوضعها القانوني الشكلي إلا أنها تخفي في بنودها شروط إذعان تطبق قسراً على الطرف الضعيف وقد يطال هذا الإذعان شرط أو مشارطه التحكيم وهو ما يعتبر من أخطر المسائل التي قد تصدر العدالة قبل تطبيقها (صادق، هشام، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١١-١٢).

ولكن تلك المخاوف لا يمكن قصرها على ما يسمى بعقود الدولة وهي عقود الاستثمار واستغلال الثروات الطبيعية التي تكون الدولة طرفاً فيها وإنما تشمل أيضاً عقود التجارة الدولية التي تعقد بين مواطنين من دول مختلفة تتفاوت فيما بينها في درجة النمو والتقدم الاجتماعي والاقتصادي حيث لا تقبل تلك الدول الفقيرة أو الدول النامية أو الأقل تقدماً استبعاد قوانينها الوطنية وذلك لرعاية المصالح الخاصة للأطراف الأجانب على حساب مصالح مواطنيها.

من أجل ذلك يقف جانب من الفقه من قانون التجارة الدولية الجديد موقف الشك والريبة متى كان محمولاً على صفة العلوية التي تجعله قانوناً فوق الدول ويتم فرض قواعده على الأطراف ولو لم تتجه إرادتهم إلى تطبيق قواعده، هذا بالإضافة إلى أنه ولئن كانت أزمة القوانين الوطنية الناشئة من جمودها وثغراتها وافتقارها إلى قواعد تناسب التجارة الدولية مما تستدعي إضفاء الصبغة الدولية على القواعد الواجبة التطبيق على منازعات التجارة الدولية، تدويلاً يسفر عن وجود قانون خاص تجاري دولي تخضع إليه هذه المنازعات، إلا أن هذا التدويل لا يتحقق إلا من خلال اتفاق

الدول على ذلك من خلال المعاهدات دون مصادرة هذا الحق بدعوى ضرورات التجارة الدولية.

(المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٣-٤٤٤).

إن ضرورة اتفاق الدول على قواعد قانون التجارة الدولي ينبع من الواقع الدولي المتمثل في عدم وجود سلطة تشريعية فوق الدول في مجال القانون الخاص الدولي يكون بوسعها فرض هذا القانون على الدول وبالرغم من أن الواقع القانوني يعترف بالدور الذي تلعبه إرادة الدول في توحيد القواعد الموضوعية التي تخضع أليها عقود التجارة الدولية عن طريق إبرام الاتفاقيات الدولية إلا أن هذا الدور لا يزال يتسم بالقصور حيث لم تشمل الاتفاقيات الدولية التي وضعتها الدول كل جوانب التجارة الدولية بأدق تفاصيلها. (البستاني سعيد، القانون الدولي للاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ١٧ وما بعدها وكذلك طه، مصطفى كمال، والبارودي ، علي، القانون التجاري "الاوراق التجارية" ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢٨ وما بعدها).

والمقصود بهذه الاتفاقيات تلك التي أتت ثمرة لمؤتمري جنيف عام ١٩٣٠ الخاص بالكمبيالة والسند لامر وعام ١٩٣١ المتعلقة بالشيك، ولقد كان من أبرز ثمرات هذه الاتفاقيات المعاهدة الاولى المتعلقة بقانون الأحكام المؤقت. (البستاني سعيد، القانون الدولي للاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ١٧ وما بعدها وكذلك طه، مصطفى كمال، والبارودي ، علي، القانون التجاري "الاوراق التجارية" ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢٨ وما بعدها).

وربما يكون السبب في ذلك أن التدويل القانوني عن طريق إبرام هذه الاتفاقيات يتطلب قيام مصلحة مشتركة واضحة بين الدول في خصوص الموضوع الذي تبرم الاتفاقية الدولية على أساسه وبالتالي لا تقدم أية دولة على التدويل القانوني وذلك بارتضاءها الاتفاقية الدولية، إلا إذا تأكدت بأن هناك مصلحة مباشرة تعود عليها من تطبيق هذه الاتفاقية. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها).

ولذلك نجد أن هناك الكثير من الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية لم توافق عليها الكثير من الدول في مجال التجارة الدولية لأنها لا تحقق للدول غير الموقعة المصلحة المرجوة، كاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكمبيالات والسندات لأمر الدولية، لأن الدول تعي المخاطر الناجمة عن الموافقة السريعة على بعض الاتفاقيات سيما وأن رفض تنفيذ أحكام التحكيم لم يعد فاعلا في الإطار الداخلي لاعتبارات تتعلق بالمسؤولية الدولية وبتسييس الأحكام القضائية. (وثيقة الأمم المتحدة رقم A/CN.9/368 تاريخ ١٩٩٢/٤/٢٨).

وتجدر الإشارة من جهة أخرى أن إبرام الدول لاتفاقية دولية بشأن مسألة أو أكثر من مسائل التجارة الدولية لا يعني هذه الاتفاقية قد خلقت نظاماً قانونياً علوياً فوق الدول بشأن تلك المسألة وإنما يعني أن الدول الأطراف قد ارتضت "إعطاء الصيغة الدولية" للقواعد التي تخضع إليها المسألة التي نظمتها الاتفاقية، وهذا التدويل شيء وفكرة اعتبار القواعد فوق سلطة الدول شيء آخر يفترض وجود سلطة تشريعية عالمية فوق الدول تملك إملاء إرادتها ليس فقط على رعايا الدول بل أيضاً على حكومات الدول وسلطتها التشريعية والقضائية وهي سلطة لا وجود لها وعلى الأقل في المدى المنظور . (المصري، حسني، التحكم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٤).

وبناء على ذلك فإنه لا يجوز الادعاء بأن قانون التجارة الجديد، الذي تستمد هيئات التحكيم الدولية قواعده من عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ المشتركة في القانون، يمثل قانوناً له سلطة علوية فوق الدول، لأنه ليس من وضع سلطة تشريعية عالمية فوق دولية، كما لا يجوز فرض قواعد هذا القانون فرضاً على أطراف النزاع بالنحو الذي يؤدي إلى استبعاد تطبيق قواعد القوانين الوطنية على موضوع النزاع واستبعاد إرادة الأطراف لأن ذلك يؤدي إلى الوصول إلى حلول قد تتعارض مع النظام العام الوطني في الدولة التي يطلب إليها تنفيذ حكم التحكيم فيها.

ولذلك يحاول جانب كبير من الفقه تجنب إطلاق صفة "العلوية- فوق الدول على هذا القانون ويعمدون إلى وصفه بأنه قانون عبر الدول - حيث ينظم علاقات التجارة الدولية العابرة للحدود الوطنية دون أن تعني تسميته بهذا الاسم بأنه قانون مفروض فرضاً على الدول ومحاكمها الوطنية، لأن ذلك يعني أن الدول فقدت سيادتها على تشريعاتها الوطنية بقواعدها الآمرة وان قواعد النظام العام الداخلي لم يعد لها شأن فاعل في مجال تنفيذ الأحكام وهو أمر لا يمكن أن يتحقق بشكل فاعل في الوقت الحاضر (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٠ وما بعدها).

رابعا : الصفة عبر الدولية لقانون التجارة الدولي الجديد

إذا كنا قد قلنا بأن الصفة العلوية لقواعد قانون التجارة الدولية الجديد غير متوافرة لعدم وجود سلطة دولية تضع تلك القواعد، وأن الالتزام بما تتضمنه الاتفاقيات الدولية الموقع عليها ينبع من كونها قد أصبحت جزءاً من التشريعات الوطنية لأنها تخضع إلى مصادقة ومناقشة السلطة التشريعية من جهة ولأنها قد ارتضتها من خلال التوقيع والمصادقة عليها من جهة أخرى.

ولذلك فإن الفقه يقر بوجود قانون تجاري دولي جديد في النطاق عبر الدولي ويؤكد وجود هذا القانون بالضرورة تطور علاقات التجارة الدولية تطوراً مذهباً في العقود الأخيرة التي شهدت ثورة المعلومات المذهلة بعد ثورة التكنولوجيا الكبيرة والانتقال السهل والسريع والمستمر لرؤوس الأموال والسلع والخدمات والأشخاص والمعلومات عبر الحدود الوطنية.

وعليه فقد أصبحت السرعة والاستقرار القضائي والفعالية الدولية في تنفيذ أحكام التحكيم ضرورة ملحة لأن ذلك مرتبط بشكل أساسي باستقرار وتطور التجارة الدولية في العالم، الأمر الذي يتوجب معه ضرورة التخلص من قصور التشريعات الوطنية وثغراتها وجمودها التي لا تمكن مؤسسات وشركات التجارة الدولية من ملاحقة هذا التطور. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق،

ويمكن معالجة ذلك بإخضاع منازعات مؤسسات وشركات التجارة الدولية إلى قواعد عامة ومجردة يمكن استخلاصها من عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ المشتركة في القانون، وبذلك تستطع هيئة التحكيم الدولي اللجوء إلى هذه العادات والأعراف والمبادئ إذا لم تستطع إيجاد تلك القواعد في النصوص الصريحة في الاتفاقيات الدولية وعقود التجارة الدولية وقواعد الإسناد المناسبة في القانون الدولي الخاص، وبخاصة إذا لم يحدد له الطرفان قواعد القانون التي يطبقها على موضوع النزاع. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها).

والسبب في ذلك ان تلك الأعراف والعادات والشروط العامة والعقود النموذجية لا يمكن تطبيقها إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على تطبيق قواعد معينة. ونتيجة لاختلاف القوانين الوطنية في أحكامها ومعالجتها للنزاع المطروح وعدم بلوغ محاولات تقريبها، حتى في الدول ذات الأنظمة القانونية المتقاربة أو المتشابهة إلى نتائج عملية ناجحة. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٢٠ - ٢١).

ونظرا لعدم شمول جهود التوحيد الدولي لقواعد التجارة الدولية عن طريق الاتفاقيات الدولية لمختلف جوانب النشاط التجاري الدولي، فإنه قد أصبح لازما الآن القضاء على ذلك الاختلاف والقصور في قواعد التجارة الدولية للتغلب على حالة الشك وعدم الثقة التي تعيشها التجارة الدولية ومؤسساتها المهنية والتجارية وشركاتها العملاقة والتجار في القوانين الوطنية.

والسبب في ذلك إن تلك المؤسسات والشركات والتجار يجهلون أحكام وطبيعة القواعد القانونية والموضوعية التي تتضمنها وهو ما يؤدي بهم أحيانا إلى التردد والتقليل من تلك المعاملات التجارية الدولية خوفاً من خضوعها إلى تلك القوانين حين يشعرون إزاء تلك التشريعات بانعدام الأمان القانوني أو القضائي الذي يعيق تطور ونمو التجارة الدولية، (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص ٢٠ - ٢١).

ويكاد الفقه القانوني أن يجمع على أن القضاء على ذلك الاختلاف والقصور في القوانين الوطنية لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق سلطة دولية أو منظمة فوق دولية تكون لها صفة العالمية تستطيع من خلالها وضع قواعد قانونية موحدة وملزمة لجميع أطراف عقود التجارة الدولية ولا يتوقف تطبيقها على إراداتهم، وتكون لها صفة القواعد القانونية في الفقه التقليدي وهي العمومية والتجريد والإلزام. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٦)

إلا أن الواقع الدولي يؤكد أن الدول لا تقبل التنازل عن سيادتها الوطنية لمثل هذه المنظمة العلوية العالمية وأياً كانت مبرراتها وبخاصةً من الدول التي ليس لها مصلحة من التوحيد ولذلك فهي لا تزال مجرد فكرة ونظرية لم تتحقق في الواقع العملي الدولي.

ولذلك يرى جانب كبير من الفقه أنه لا مناص للقضاء على هذا الاختلاف والنقص، من تخويل هذه المهمة إلى جهة قضائية دولية تتولى معالجة قصور التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وإزالة أي اختلاف أو قصور في القواعد القانونية المناسبة لمنازعات التجارة الدولية، وذلك كي تستطيع هذه الجهة القضائية ملء الفراغ القانوني الناشئ في نطاق التجارة الدولية بالقواعد التي تقررها في أحكامها بحيث ينتج عن مجموع تلك الأحكام قانون بريتوري يسري على العلاقات التجارية في الإطار الدولي ويكون مكملاً للمصادر القانونية الأخرى التي تستمد منها هذه التجارة قواعدها بحيث يصبح للأحكام القضائية من هيئات التحكيم دور خلاق لقانون التجارة الدولي، (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٦ - ٤٤٧).

ونلاحظ هنا أن الفقه قد أشار إلى جهة قضائية دولية ولم يقل تشريعاً دولياً وقواعد لها صبغه دولية ملزمة الأمر الذي يؤكد قدرة القضاء سواء على المستوى الوطني أو الدولي على خلق قواعد قانونية تكتسب مع الوقت صفة الإلزام من خلال تطبيق سوابق قضائية تحكيمية أو أعراف قضائية بطريقة أو أخرى سيما وأن القضاء سواء على مستوى الهيئات القضائية أو هيئات التحكيم

الدولية قد أسهم في تعديل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وتقنين بعض الأعراف والعادات التجارية من أجل إسباغ صفة الإلزام القانوني وذلك لإرساء أهميتها في حل المنازعات التجارية في أوضاع مختلفة.

خامسا : فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد

لقد تبنى الفقه موقفا لتأكيد الصفة عبر الدولية لقواعد قانون التجارة الدولية، من خلال اختيار جهة قضائية دولية تكون بمثابة مرجعية تراجع أحكام التحكيم الصادرة بموجب القوانين الوطنية، وتكون أحكامها ملزمة، ولذا كانت هذه الفكرة لم تخرج من إطار المطالبات الفقهية، الا أن لها انصارها والمدافعين عن مضمونها.

وتعتبر هذه الفكرة تكريسا لتغليب الصفة القضائية على الصفة التشريعية الدولية التي تتضمن جميع وصياغة الأعراف والعادات التجارية الدولية والمبادئ العامة وتوحيدها، بحيث يمكن اعتبارها قواعد غير دولية تتخطى حدود الدول الى آفاق العالم في ظل تنامي التجارة الدولية وسرعتها وتداخلها بشكل يصعب معه ملاحظة التوقف عن القوانين الوطنية. وعليه سنقوم ببحث فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد في بندين اثنين:-

١ : مفهوم فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد

٢ : الطابع المكمل أو الاحتياطي للقانون القضائي البريتوري الموحد.

١ : مفهوم فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد

تقوم هذه الفكرة والتي اقترحها الأستاذ هانزوبيرغ في عام ١٩١١ وهو من المحامين الدوليين البارزين وكان يشغل أمين عام المعهد الدولي في جنيف سويسرا على مضمون مفاده، أنه ينبغي إنشاء محاكم دولية لمسائل القانون الخاص بمظاهره المتعددة تختص في "المنازعات المتعلقة

بمسائل القانون الدولي الخاص باعتبارها درجة استثنائية للطعن بالأحكام الصادرة في تلك النزاعات من المحاكم الوطنية. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٨).

وتبرز الحاجة أيضا الى تلك المحاكم للفصل في المطالبات الخاصة التي تستند إلى المعاهدات الدولية التي تتضمن قوانين موحدة وهي كثيرة في الإطار الدولي وذلك باعتبارها درجة استثنائية للطعن بالأحكام الصادرة بشأن هذه المطالبات من المحاكم الوطنية الداخلية. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٨).

ولكن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد وذلك لقصور لتلك التوصيات فتمت مناقشة الأمر مرة أخرى عام ١٩٢٠ وذلك عندما شرع المختصون في إعداد نظام المحكمة الدائمة للعدالة الدولية، التي سبقت محكمة العدل الدولية فاقترح الاتحاد البرلماني الدولي بعد مناقشات طويلة، منح تلك المحكمة السلطة القضائية التي تجعل لها ولاية إصدار القرارات في منازعات المواطنين العاديين بشأن تفسير المعاهدات الخاصة بالقانون الدولي الخاص والمنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية والأدبية بالإضافة إلى مسائل القانون التجاري والقانون البحري الدوليين اللذين يتضمنان قواعد موحدة، ولها طابع يكاد يكون مستقرا. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٨).

إلا أن هذا الطلب لقي معارضة شديدة من اللجنة الاستشارية التي وضعت نظام المحكمة الدائمة للعدالة الدولية، بحيث اقتصر اختصاص هذه المحكمة على النزاعات الناشئة بين الدول بمكوناتها القانونية.

وقبل سبعة عقود خلت برزت الحاجة مرة أخرى إلى تفسير العدد الكبير من الاتفاقيات الدولية المتداخلة المتضمنة للقواعد الموضوعية الموحدة فضلاً على القواعد الموحدة لمسألة تنازع القوانين فيما كان يعرف باسم القانون الدولي الخاص في أوروبا. (المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٤٨).

وبالفعل تم توقيع بروتوكول في عام ١٩٣١ أثناء الدورة السادسة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، أقرت فيه الدول المشاركة في هذا البروتوكول بالاختصاص القضائي للمحكمة الدائمة للعدالة الدولية في المنازعات المتعلقة بتفسير الاتفاقيات الصادرة عن مؤتمرات لاهاي للقانون الدولي الخاص والتي صادقت عليها أو انضمت إليها تلك الدول إلا أنه ونتيجة لأن اختصاص هذه المحكمة كان قاصراً على المنازعات الناشئة بين الدول الأطراف فإنه لم يكن بالإمكان إثارة المنازعات المتعلقة بالأفراد العاديين. لذا نشط الفقه وأهل الاختصاص لإضافة مقترحات جديدة بإنشاء محكمة خاصة أو هيئة قضائية تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتفسير القانون الدولي الخاص من جوانبه المختلفة . (المصري، حسني، قانون التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص ٤٤٨ - ٤٤٩).

ولقد أثمرت هذه المقترحات سريعاً وذلك لتعطش حركة التجارة الدولية إلى قواعد موحدة نتيجة للتطور المتسارع لتلك التجارة وما صاحب ذلك من زيادة مضطربة في عدد القوانين الدولية الموحدة والاتفاقيات الدولية المتضمنة لقواعد موحدة وشاملة بشأن العديد من المجالات الهامة في التجارة الدولية، فضلاً عن زيادة المنازعات التجارية المنظورة أمام المحاكم الوطنية ومحاكم التحكيم الدائمة ومحاكم الحالات الخاصة الدولية. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٢ وما بعدها).

وقد نتج عن تلك المنازعات الكثيرة تضارب الأحكام الصادرة عن هذه الجهات القضائية والتحكيمية بخصوص تفسير نصوص القانون الموحد أو نصوص القاعدة القانونية الدولية الموحدة بسبب تعدد الهيئات القضائية الوطنية ومحاكم التحكيم الدائمة أو الخاصة واختلاف مفاهيمها ورؤاها واهتماماتها والزواوية التي تعالج النزاع من خلالها وأماكن انعقادها وهو ما أدى إلى تضائل أهمية القوانين والقواعد الموحدة وقيمتها القانونية. (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٢ وما بعدها).

وهذه الحالة كانت تمثل مظهراً آخر متجدداً بصورة تنازع القوانين وتنازع احكام القضاء عن بقاء ظاهرة تنازع القوانين بعد قانون جنيف الموحد الخاص بالاوراق التجارية وتحديدًا بسبب اختلاف القضاء في تفسير وتطبيق نصوص هذا القانون (الضاوي، عدنان، الاسناد التجارية في القانون التجاري، دار المعارف العمومية، ١٩٩١، ص ١٢ وما بعدها. وكذلك البستاني، سعيد، القانون الدولي للاسناد التجارية، مرجع سابق، ص ٢٢ وما بعدها).

وانطلاقاً من حرص الفقه والقضاء ورجال التجارة الدولية على ضرورة الوصول إلى نتيجة في هذا المضمار فقد أكد مؤتمر الأمم المتحدة للقانون التجاري الموحد للقرن الحادي والعشرين والمنعقد في نيويورك عام ١٩٩٢ على ضرورة إنشاء محكمة دولية تتألف من خبراء قانونيين دوليين من ذوي الخبرة والاختصاص والدراية في وضع القوانين الموحدة والقواعد الاتفاقية الموحدة وتطبيقها وتفسيرها تفسيراً دقيقاً شاملاً، على أن يكون لها نفس الاختصاص الوظيفي لمحكمة العدل الدولية في مجال القانون الدولي العام.

ولكن هنا وفي هذا الإطار فإن اختصاصها يكون في مجال القانون الدولي الخاص بمعناه الواسع، ويتوقف الاعتراف لهذه المحكمة بالاختصاص القضائي الشامل أو الجزئي للقوانين الدولية الموحدة والقواعد الدولية المشتركة والقائمة على إرادة الدول.

وقد ناشد المؤتمر الدول بأن توافق على أن تلجأ هي أو مواطنوها من أشخاص القانون الخاص إلى المحكمة الدولية المقترحة في حالة صدور تفسيرات متناقضة لنفس النص الدولي الموحد أو لذات القاعدة الدولية الموحدة من المحاكم الوطنية أو من المحاكم التحكيمية الدائمة أو الخاصة بحيث يؤدي الأمر إلى وجود تفسير واحد لذلك النص أو لتلك القاعدة وذلك بذات الطريقة التي يجري العمل به في المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية عندما تصدر أحكام متناقضة من الهيئات القضائية للولايات المختلفة. (البحارن، حسين محمد، ضرورة تأسيس محكمة تحكيم عربية، بحث

مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٣، ص ٤ وما بعدها).

ولكن والى أن تقوم هذه المحكمة الدولية المقترحة، والتي تأخر وجودها كثيراً فإنه لا مجال أمام الدول والمؤسسات التجارية ورجال التجارة الدوليين من الاعتماد على التوحيد القضائي البريتوري لقواعد قانون التجارة الدولية بقواعدها المادية الموضوعية في محاكم التحكيم الدائمة ومحاكم تحكيم الحالات الخاصة الدولية باعتبار أن تلك هي الإمكانية القائمة في الوقت الحاضر، وذلك بالرغم من احتمال تناقض الأحكام الصادرة عنها واختلافها في بعض الأحيان كما قدمنا شأنها في ذلك شأن كافة الهيئات القضائية العليا في الدول أو المؤسسات التحكيمية الدولية.

إلا إنه يجدر القول أنه إذا كان هذا القصور أو التناقض في أحكام التحكيم الصادرة من تلك الجهات يجد مرجعه أساساً في اختلاف المدارس القانونية المختلفة التي ينتمي إليها المحكمون من جهة واختلاف ثقافتهم القانونية وبيديولوجياتهم السياسية تبعاً لذلك من جهة أخرى فإنه يمكن الحد من هذا التباين أو التناقض وذلك من خلال الاعتماد على وجود هيئات قضائية على المستوى الإقليمي تتفق على إنشائها الدول ذات الأنظمة القانونية المتقاربة وتضع قواعد عملها وإجراءاتها بالتوافق فيما بينها. ومن الأمثلة على وجود هذه الهيئات القضائية على المستوى الإقليمي محكمة العدل المنشأة باتفاقية الرابطة الأوربية للطاقة الذرية (يراتوم). وتختص تلك الهيئة القضائية بتفسير القرارات الصادرة من مجلس الرابطة بشأن إنشاء المشروعات المشتركة وحل المنازعات الناشئة عنها بين الدول الأعضاء في الرابطة، كما سبق في وضع مشابه على المستوى الأوروبي، محكمة العدل الأوربية المنشأة باتفاقية روما لعام ١٩٥٧ المنشأة للسوق الأوربية المشتركة وهي هيئة قضائية أخذت على مسؤوليتها تفسير أحكام هذه الاتفاقية وسد النواقص التي يظهرها واقع المنازعات الفصلية والفصل في الدعاوى التي تقيمها أمامها الدول الأعضاء في السوق مما يسهم في نشوء قانون أوروبي موحد للتجار في الدول الأوروبية. (البحارنه، حسين محمد، ضرورة تأسيس محكمة تحكيم عربية، بحث

مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٣، ص ٣ وما بعدها).

وكذلك ظهرت دعوات متزايدة إلى إنشاء محكمة تحكيم عربية مشابهة لان هناك ثمة حاجات وعناصر ومقومات مشتركة بين الدول العربية أهمها الثقافة والدين واللغة والمصير والهدف والتاريخ المشترك، لا بل أكثر من ذلك فإن الأخطار السياسية والاجتماعية والاقتصادية واحدة وهو ما يدعوها لأن تعمل على توحيد قواعدها التشريعية واتخاذ موقف موحد من القانون التجاري الدولي الجديد، سيما وأن الشريعة الإسلامية تشكل مصدراً أساسياً لأغلب الدول العربية في التشريع (البحارنه، حسين محمد، ضرورة تأسيس محكمة تحكيم عربية، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٣، ص ٣ وما بعدها).

٢ : الطابع المكمل أو الاحتياطي للقانون البريتوري الموحد

من أجل أن يتقدم الفقه والقضاء الدوليان خطوة في اتجاه توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم التجارة الدولية بأسلوب مرن وثابت وامتزن، فإنه يترتب على توحيد الهيئات القضائية أو التحكيمية على المستوى الدولي أو الإقليمي توحيد تفسير الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية التي تتضمن القواعد الموضوعية المطبقة على علاقات التجارة الدولية وسد النقص في تلك القواعد قدر الإمكان، وذلك بفضل الأحكام القضائية أو التحكيمية المتعددة التي تصدر عن تلك الهيئات. (الخولي، اكنم، الموجز في القانون التجاري، مرجع سابق، ص ص ١٤-١٥).

كما يؤدي تواتر تلك الأحكام وغازرة إنتاجها الفقهي والتحليلي والقضائي إلى ظهور قانون بريتوري يتضمن قواعد قضائية أو تحكيمية موحدة تمثل مصدراً احتياطياً أو مكملاً لمصادر قانون التجارة الدولية الجديد

ويعيد إلى الأذهان هذا القانون بالمنشورات التي كان يصدرها قنصل التجار في العصور الوسطى حيث كانت تتضمن القواعد الموضوعية اللازمة بما يتضمن قواعد ونصوصاً واتفاقيات وأعرافاً وعادات وعقوداً نموذجية وشروطاً عامة لتلبية حاجات التجارة إلى السرعة والبساطة الثقة وتشجيع الائتمان (الخولي، اكنم، الموجز في القانون التجاري، مرجع سابق، ص ص ١٤-١٥).

وقد تميزت تلك القواعد إلى حد كبير بالتوحد على مستوى المدن الإيطالية المستقلة، وهي القواعد التي أسهمت إلى حد كبير في نشر قانون التجارة القديم الذي تميز بطابعه العرفي فضلاً على طابعه الدولي الذي أكتسبه بعد تنامي التجارة الدولية في العصور الوسطى (شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص ١١).

وبما أن الهدف من ذلك القانون اشتماله على القواعد الموحدة التي توصلت إليها الجهات القضائية أو التحكيمية الموحدة بشأن تفسير اتفاقيات التجارة الدولية والعقود النموذجية والدولية وسد نقصها أو ثغراتها فإنه يجب ألا يترتب على تطبيق هذا القانون استبعاد تطبيق قانون الإرادة أو القانون الوطني الذي كان يتعين تطبيقه أصلاً على النزاع وفقاً لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص سواء تلك التي يختارها الأطراف أو التي يختارها المحكمون باعتبارها الأكثر مناسبة لموضوع النزاع. ومرد ذلك أن القانون البريتوري إذ يستمد قواعده من عادات وأعراف التجارة الدولية ومن المبادئ العامة في القانون فإنه لا يخرج عن كونه قانوناً مكملاً أو قانوناً له صفة احتياطية لا تلجأ إليه هيئة التحكيم إلا إذا كانت الاتفاقيات الدولية أو النصوص الواردة في القوانين الوطنية يعترتها النقص والغموض والإبهام أو كانت الشروط المتفق عليها بين الأطراف يكتنفها عدم الوضوح أو التباين أو الاختلاف وذلك احتراماً لسيادة الدول تشريعاً وقضائياً وأخذاً بعين الاعتبار متطلبات النظام العام من أجل أن يكون التنفيذ ممكناً باعتباره ثمرة التحكيم. (القليوبي، سميحة، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها). إلا أن تلك القواعد الواردة في القانون البريتوري وإن كانت لها صفة احتياطية إلا أن دورها قد أصبح يتعاضد يوماً ما بعد يوم لسد الثغرات وملء الفراغ القانوني الناشئ عن غياب النصوص الواضحة في اتفاقيات التجارة الدولية والعقود النموذجية وهو ما سي جعل تلك القواعد مصدراً مهماً للقواعد الواجبة التطبيق في منازعات التجارة الدولية بشكل عام (القليوبي، سميحة، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها).

خاتمة

وبعد فهل يمكن ونحن في القرن الحادي والعشرين إن لا تكون هناك قواعد قانونية جامعة على المستوى الدولي لمعالجة المنازعات الناشئة عن التحكيم التجاري الدولي؟

وإذا كان احترام ارادة الاطراف وتحقيق العدالة هما المحوران الأساسيان لإصدار حكم التحكيم الذي يلبي الحد الأدنى من توقعات أطراف النزاع ويضحي معه ذلك القرار قابلاً للتنفيذ في الدولة التي يجري تنفيذ حكم التحكيم فيها، فإن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو الذي يحدد الآثار الكاشفة المنشئة لحكم التحكيم ولرادة الأطراف على حد سواء.

ونعتقد أن الدراسة التي تناولناها في هذا البحث قد بينت أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، سيظل دائماً وأبداً هو الأساس القانوني في آلية التحكيم التجاري الدولي بأكمله. فهو السند الذي يستمد منه المحكم قدرته على إصدار حكم قابل للتنفيذ.

ولذا فإن العالم ما يزال يبحث حتى هذه اللحظة عن تحقيق أقصى درجات الفاعلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وخاصة عند غياب إرادة الأطراف أو عدم القدرة على استنباطها إيماناً منه بأهميته القصوى في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية.

إن صعوبة التحكيم التجاري الدولي بدون تحديد القانون الواجب التطبيق يجعل إمكانية تنفيذ حكم التحكيم محل نظر في كثير من الدول، سيما وأن الكثير من التشريعات قد أجازت الطعن بحكم التحكيم بالبطلان في حال عدم تطبيق القانون المتفق عليه أو تطبيق قواعد قانونية لم يتفق عليها الأطراف. وإن صعوبة التحكيم التجاري الدولي بدون تحديد القانون الواجب التطبيق، تكمن ثانياً في المشاكل القانونية التي يمكن أن تثار بخصوص طبيعة القواعد القانونية التي سيتم تطبيقها على موضوع النزاع، وما قد يرافق ذلك من غياب الأمان القانوني للمتعاملين في التجارة الدولية سيما وأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعتبر

أداه للتعبير عن حق من حقوق الإنسان في اختيار القواعد القانونية التي يرى انها الملائمة لحسم المنازعات في العقود الدولية.

إن قوة النظام الاقتصادي والتجاري تدور وجودا وعدما مع قوة وضعف النظام القانوني الذي يحكمه، ونجاح النظام القانوني يتوقف الى حد بعيد - في الوقت الراهن - على مدى قدرة النظام القانوني على ايجاد آلية لتسوية المنازعات، ومدى عالمية ودولية تلك الآلية وقبول جميع الأطراف لها، وبصفة خاصة الاعتقاد بعدالة القواعد المطبقة على المنازعات الناشئة عن التعامل التجاري الدولي، وهذا الامر يستدعي ويستند ويعتمد في آن واحد على مدى قدرة هذه القواعد على التوحيد من تقاربها في الأنظمة القانونية المختلفة على الأقل، وبناء عليه يتضح لنا مدى أهمية هذا التوحيد او التقارب في مجال التجارة الدولية.

ولذلك أصبح التحكيم التجاري الدولي قانونيا وقضائيا عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، كما أنه تغلب الى حد ما على عدم الثقة الناجمة عن اختلاف النظم القانونية للمتعاملين في التجارة الدولية. وقد جاءت التشريعات العربية والدولية في شأن التحكيم - بصفة عامة - معبرة بوضوح عن الاستجابة للتطورات الدولية في مجال التحكيم، حيث أتسمت في معظمها بالاتساع والشمول والتأكيد على احترام إرادة الأطراف.

إن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تكمن في أن مستقبل الفصل في النزاع متوقف على هذا التحديد، لما يتضمنه من قواعد وأحكام سيتحدد على ضوءها حقوق والتزامات كل طرف من أطراف العلاقة محل النزاع المطروح للتحكيم. وبالتالي مصير مركزه القانوني.

وبالنظر إلى هذه الأهمية، لم يكن موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع محلاً للاتفاق لا أمام هيئات التحكيم ولا بين فقهاء التحكيم وقانون التجارة الدولية، وتعتبر مسألة تحديده من أكثر نقاط الاختلاف والجدل فيما بينهم.

ونظراً لأن قانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم المصري والكثير من الأنظمة القانونية العربية تضم قواعد أحكام التحكيم، ومنها الأحكام المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في تطبيقات واحدة، لذا أثرنا تناولها والمقارنة بينها وبين القانون الفرنسي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والتي تمثل أهم الأنظمة القانونية الدولية، ولذا بحثت في مواضع متفرقة وكان الغرض من ذلك هو بيان مدى اتفاق قانون التحكيم الأردني وقوانين التحكيم العربية مع كل منها.

وقد وجدنا من خلال استقرار تلك الأنظمة، أنه يسيطر على نظام التحكيم فيها مبدأ قانوني هام يكمن مضمونه في حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق عليه، وبالتالي، امتداد العمل بمبدأ استقلال الإرادة حتى في مجال لتحكيم، ولم تعد حرية الأطراف تقتصر على الالتزامات التعاقدية، وإنما تمتد لتشمل غيرها ولا سيما التحكيم، ويؤسس الفقه القانوني المعاصر ذلك، ليس على قاعدة إسناد وطنية أو دولية وإنما على قاعدة موضوعية، فحواها إن لطرفي التحكيم اختيار القانون الذي يطبقه المحكم. وهذه القاعدة مستقلة في نطاقها وفي مداها عن كافة القوانين الوطنية، وليس لها حدود سوى ما تفرضه متطلبات التجارة الدولية.

ولكن تبقى مع ذلك، العديد من التساؤلات الأخرى التي تحتاج إلى إجابات واضحة، هل يطبق المحكم قواعد القانون المختار من قبل الإرادة على هذا النحو بوصفها قواعد قانونية تنتمي إلى نظام قانوني أم بوصفها امتداد لنصوص عقد التحكيم المبرم فيما بينهم؟ وما مدى انسجام ذلك مع الصياغات التشريعية في الدول المختلفة؟ وهل ستحكم هذه القواعد كافة المسائل محل

المنازعة ام أن هناك من المسائل ما لاتستطيع الإرادة عند عدم الاتفاق على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع؟.

وقد كان لا بد من الاجابة عن بعض التساؤلات، وخاصة ما تعلق منها بعدم التزام المحكم بإعمال وتطبيق قانون الإرادة؟، وقد وجدنا أن معظم أنظمة التحكيم في العالم ومنها قانون التحكيم الأردني اذ أجاز رفع دعوى بطلان التحكيم اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، وقد لمسنا بشكل واضح أن هذا المبدأ بات مستقرا عليه تقريبا في قضاء التجارة الدولية.

وقد وجدنا أن أغلبية قوانين العالم قد رست على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ويصب هذا المفهوم في مصلحة التحكيم التجاري الدولي لأنه ينمو كلما علت إرادة الأفراد وتم التمكن من القوانين الوطنية، وان وقت تحديد الإرادة يمكن أن يكون عند التعاقد او أمام محكمة التحكيم، وأن ثمة قيوداً على الإرادة تكمن في قيد الغش نحو القانون وقيد النظام العام الذي يحد من إرادة الافراد في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وقاعدة خضوع العقد إلى قانون الارادة هي من قواعد الإسناد، حيث تهدف الى توضيح حالات تطبيق القانون الأجنبي، وحالات تطبيق القانون الوطني، ويجعلها تتمتع بأهم صفات قواعد الإسناد وهي صفة الإزدواجية، ولن تلك الإرادة تأخذ صورتين وهما الصريحة ولا تمثل أية صعوبة في مجال القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والأخرى هي الإرادة الضمنية وهي ما يجعل هيئة التحكيم تبحث عن المؤشرات التي تستهدي بها للوصول إلى تلك الإرادة الضمنية.

وقد لاحظنا انه في حالة اختيار قانون وطني لتطبيقه على موضوع النزاع، فإن ذلك يساعد مهمة المحكم لعلمه بهذا القانون ومصادره ويتفق مع توقعات الأفراد، ولكن يعيبه انه في

حالة تطبيق قانون إحدى الدول الفدرالية فإنه يعقد مهمة المحكم لتشعب مصادر ذلك القانون وتعددتها والخشية من التعديلات التشريعية، ولكن ذلك جعل الفقه يبحث جاهدا عن حلول موضوعية لمعالجة هذه الاختلالات.

وكان لا بد من تناول استخدام القانون الدولي الخاص من خلال تطبيق المحكم لقواعد تنازع القوانين لبلد مقر التحكيم والذي يمكن استخدامه وفقا للمعايير التقليدية، وبدأنا بمعيار قواعد تنازع القوانين لبلد مقر التحكيم والذي يمكن استخدامه بشكل احتياطي، حيث يعييه تعدد أماكن التحكيم أو عدم وجود ارتباط بينها وبين موضوع التحكيم.

أما المعيار الثاني فيتمثل في تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد المختص أصلا بنظر النزاع، وفي ذلك تجاهلا لاتفاق التحكيم وهو ما يمكن قبوله لأن التحكيم يرتبط وجودا وعدما باتفاق التحكيم، وفيما يتعلق بالمعيار الثاني فقد كان مثار نقد لأن قانون الإجراءات لا يشترط أن يكون متصلا بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم.

وهناك معيار رابع يقترح استخدام قواعد التنازع السارية في بلد تنفيذ العقد، وإذا كان يمكن تطبيق هذا المعيار عندما يكون مكان التنفيذ واحداً فإنه من غير الممكن تطبيقه إذا تعددت تلك الأماكن، وقد أورد الفقه معايير أخرى تتمثل في جنسية المحكم ومعيار الإقامة المشتركة إلا أنها تعرضت إلى النقد لإعتبارات كثيرة، ولكن تطبيق قواعد التنازع لقانون بلد الإبرام قد لاقى قبولا من قبل هيئات التحكيم لأنه يتفق مع قاعدة حرية المحكم في استخدام قواعد التنازع في حالة غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وقد تعرض الباحث إلى بعض الحلول الفقهية ومنها نظرية التركيز الموضوعي أو ما يسمى توطين العقد ونظرية الاداء المميز والتطبيق الجامع لأنظمة القانون الدولي الخاص، وتطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالا بالنزاع من خلال الاتجاه الحديث واستخدام أسلوب

الطريق المباشر اي تطبيق القواعد الموضوعية دون الالتفات إلى قواعد تنازع القوانين، وتطبيق شروط العقد والأعراف والعادات التجارية والمبادئ العامة للقانون.

ومن الفصل الثالث ونظرا لتنامي دعوات الفقه لتبني هيئات التحكيم الدولية للعقد الدولي الطليق والذي يعبر بحد ذاته القواعد التي يتوجب تطبيقها على موضوع النزاع كان لا بد من البحث في التحكيم مع التفويض بالصلح او ما يسمى عند بعض الفقه بالتحكيم الدولي الطليق.

اما الفصل الرابع وبما ان الفقه القانوني قد بدأ يدعو الى ضرورة وجود قانون التجارة الدولي الجديد الذي يطبق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، فقد اختلف الفقه في ضرورات وجوده او جدوى تطبيقه الا ان هناك محاولات جادة في هذا الإطار، ولذلك كان لا بد من بحث ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الدولية ومبدأ الحرية الدولية للعقود وتعريف وخصائص القانون الموضوعي للتجارة الدولية، والصفة العلوية اي فوق الدولية لقانون التجارة الدولي الجديد.

واخيرا كان لا بد من بحث الرأي الفقهي القائم على فكرة القضاء البريتوري الموحد والقائم على ايجاد جهة قضائية استئنافية للتحكيم الذي يجري وفقا للقواعد الوطنية، واعتباره ذا طابع مكمل او احتياطي للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي.

اولا : النتائج :

١. إن التحكيم التجاري الدولي قد اضحى أنجح السبل لحل منازعات التجارة الدولية وان حرية

الأطراف في اللجوء الى التحكيم قد تعاضم دورها، وتراجع نظام التحكيم الإلزامي في

التطبيق بشكل لافت

٢. من حيث حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري وأخرجنا التحكيم الإجباري من نطاق التحكيم بالمعنى الفني الدقيق لأنه يفتقد إلى عنصر حرية الأطراف ولرادتهم في اللجوء إليه.
٣. من حيث الهيئة القائمة على إدارة التحكيم، ورأينا أن هناك تحكيمياً حراً وتحكيمياً مؤسسياً ووجدنا أن التحكيم الحر أسبق من حيث النشأة والظهور.
٤. من حيث تطبيق القانون ووجدنا أن هناك تحكيمياً بالقانون يلتزم المحكم فيه بتطبيق نصوص القانون، وتحكيمياً بالصلح يسعى فيه المحكم إلى إيجاد حل بين الأطراف دون الحاجة إلى تسنيده بنصوص أو قواعد قانونية، وانتهينا في مجال دولية التحكيم إلى تفضيل المعيار العام وهو الذي يرى أن التحكيم يعد دولياً متى كان النزاع متعلقاً بالتجارة الدولية.
٥. اوجد الفقه وقضاء التحكيم مؤشرات لأستنباط للإرادة الضمنية وقد اوجدت تلك المؤشرات كمقر التحكيم ومحل التنفيذ وغيرها تطبيقات متباينة في أحكام التحكيم، وأفسحت المجال لهيئة التحكيم لأستنباط تلك الإرادة
٦. لم يعد مفهوم الإرادة المفترضة مقبولاً في عالم التحكيم التجاري الدولي، بعد بروز العقد الدولي الطليق وتطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية.
٧. لم تعد المعايير التقليدية للهروب من أزمة تنازع القوانين ذات جدوى في ظل تطور التشريعات وأحكام التحكيم التي أصبحت تفسح المجال امام هيئة التحكيم لتطبيق القواعد القانونية بشكل مباشر دون تلك المتعلقة بقواعد التنازع.

٨. إن اعطاء هيئة التحكيم صلاحية تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بالنزاع عند عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يؤدي الى تفادي الدخول في حلقة قواعد تنازع القوانين، ولكن ذلك يتطلب وضع معايير وضوابط موضوعية لمفهوم " الأكثر اتصالاً بالنزاع " حتى لا تتعسف هيئة التحكيم في تطبيق هذا المفهوم .

٩. لم يعد النظام العام الداخلي ذا أثر كبير في التنفيذ بعد تبني هيئات التحكيم الدولية لمفهوم النظام العام الدولي، سيما أن احكام التحكيم يمكن تنفيذها في دولة أخرى اذا كان للمحكوم عليه أموال في تلك الدولة بل اكثر من ذلك فلم تعد أحكام البطلان التي تقرها بعض الدول في تلك المحاكم في بعض الدول ذات أثر في إبطال أو وقف تنفيذ احكام التحكيم الدولية وخاصة تلك المتعلقة بمنازعات التجارة الدولية

١٠. لقد تطور مفهوم التحكيم مع التفويض بالصلح الى محاولات جادة للتحكيم الدولي الطليق، واذا كانت هيئة التحكيم المفوضة بالصلح تطبق قواعد العدالة مع صيانة الحقوق الأساسية الموجهة إلى خصومة التحكيم، فإن العقد الدولي الطليق قد يبدأ يتلمس طريقه في عالم التحكيم، بحيث تصبح نصوص العقد كافية بحد ذاتها. كقواعد يمكن تطبيقها على موضوع النزاع، وان كان هذا الرأي ما يزال يلقي معارضة من بعض الفقه وأحكام التحكيم.

١١. إن هناك جهوداً دولية لتقنين وتوحيد قواعد القانون التجاري الدولي الجديد والقائم على أعراف وعادات التجارة الدولية والعقود النموذجية ومبادئ القانون الدولي، وان هناك تطبيقاً متزايداً لتلك القواعد في أحكام التحكيم الدولية.

١٢. إن طبيعة منازعات التجارة الدولية التي تجاوزت حدود الدولة بطبيعتها وأحكامها وطرق معالجتها تقتضي ضرورة تبني فكرة القانون البريتوري الموحد والقائم على استحداث جهة استئنافية

لاحكام التحكيم الدولية لإكسائها قوة والزامية تتجاوز معها محاولات بعض المحاكم الوطنية بإبطال احكام التحكيم.

١٣. إن تراجع دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي يعتبر مبررا مقبولا لضرورة تبني قواعد تجارية دولية لتطبيقها على منازعات التجارة الدولية، وذلك لتجنب تضارب أحكام التحكيم وتعرضها إلى الاعتراض والمراجعة بطرق مختلفة.

ثانيا: التوصيات

١- ضرورة توحيد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي عند عدم اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة ما.

٢- توحيد الجهود الدولية بما في ذلك الفقه وقضاء التحكيم لتقنين قواعد القانون الموضوعي للقانون التجاري الدولي .

٣- التوسع في بحث فكرة القانون القضائي البريتوري الموحد والقائم على إنشاء جهة استئنافية دولية لأحكام التحكيم الدولية.

٤- وضع قواعد وضوابط موضوعية للعقد الدولي الطليق، وتحقيق إمكانية تطبيق شروطه على موضوع النزاع في حال كونها كافية بمفردها.

٥- تقنين قواعد النظام العام الدولي واعتبارها ذات صفة علوية لها أولوية في التطبيق على قواعد النظام العام الوطني.

٦- مراجعة قواعد اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم لعام ١٩٥٨ وعدم إجازة الامتناع عن تنفيذ حكم التحكيم اذا كان مخالفا للنظام العام في دولة التنفيذ الا اذا كان مخالفا للنظام العام الدولي.

المراجع

١ - المراجع العامة :

القرآن الكريم

- أبين قدامه، المغني، الجزء التاسع
- ابن منظور، لسان العرب ت
- أبو طالب، صوفي (١٩٦٥) مبادئ القانون: دار النهضة العربية.
- حداد، حفيظة السيد (٢٠٠٧) الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- حشيش، أحمد محمد (٢٠٠٢) نظرية وظيفة القضاء، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- ديب، فؤاد (١٩٨١) القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: جامعة دمشق.
- سلامه، احمد عبد الكريم (٢٠٠٨) الأصول في التنازع الدولي للقوانين: دار النهضة العربية..
- شكري، محمد عزيز (١٩٩٨)، مدخل الى القانون الدولي العام، الطبعة السادسة: منشورات جامعة دمشق.
- صادق، هشام علي (١٩٧٤، ١٩٩٥) الموجز في القانون الدولي الخاص، الاسكندرية : منشأة المعارف.
- طه، مصطفى كمال، والبارودي ، علي (٢٠٠١) القانون التجاري "الاوراق التجارية" ، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

- عبد العال، عكاشة محمد (٢٠٠٧) تنازع القوانين، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- عبد الله، عز الدين (١٩٨٦) القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة: القاهرة.
- العكيلي، عزيز (١٩٩٥) القانون التجاري، عمان: دار الثقافة .
- عمر، محمد عبد الخالق (١٩٧١) القانون الدولي الخاص الليبي: دار النهضة العربية.
- عوض، علي جمال الدين (١٩٩٣) الأعمادات المستندية: دار النهضة العربية.
- فؤاد، رياض وراشد، سامية (١٩٨٧) الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي: دار النهضة العربية.
- القاموس المحيط، جزء ٤
- مجلة الاحكام العدلية (١٩٩٤)، عمان، بلا
- محمصاني، صبحي (١٩٨٠) المجتهدون في القضاء، بيروت: دار العلم للملايين،.
- مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (١٩٨٧) بيروت، لبنان، - طبعة حديثة منقحة : دار الجيل.
- منصور، مصطفى (١٩٨٦) مذكرات في القانون الدولي الخاص: الكويت
- الموسوعة الفقهية، ج ٢٠، وزارة الاعلام، الكويت.
- الهداوي، حسن (١٩٩٥) القانون الدولي الخاص: دار الثقافة.
- والي، فتحي (٢٠٠٧) الوسيط في القضاء المدني، القاهرة: دار النهضة العربية.

٢- المراجع المتخصصة

- إبراهيم، إبراهيم احمد (١٩٩٧، ١٩٨٦) التحكيم الدولي الخاص، القاهرة: دار النهضة العربية.
- إبراهيم، علي سالم (١٩٩٧) ولاية القضاء على التحكيم، القاهرة: دار النهضة العربية.
- المراكبي، السيد (٢٠٠١) التحكيم في دول مجلس التعاون الخليج العربي: دار النهضة العربية.
- أبو الوفا، أحمد (١٩٧٨) التحكيم الاختياري والأجباري، الأسكندرية: منشأة المعارف
- أبو الوفا، أحمد (١٩٨٨) التحكيم الأختياري والأجباري، الأسكندرية، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف.
- اسماعيل، محمد عبدالمجيد (٢٠٠٣) ، عقود الاشغال الدولية: منشورات الحلبي الدولية.
- الاشعل، عبد الله (٢٠٠٥)، التحكيم الدولي.
- الأحذب، عبد الحميد (٢٠٠٨) موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الكتاب الثالث، الطبعة الثالثة: منشورات الحلبي الحقوقية
- بريري، مختار (١٩٩٥، ١٩٩٩) التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى والثانية: دار النهضة العربية.
- البطانة، عامر فتحي (٢٠٠٨) دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي الطبعة الأولى : دار الثقافة.
- البستاني، سعيد يوسف، قانون الاعمال والشركات ، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- البستاني، سعيد يوسف (٢٠٠٦)، القانون الدولي للاسناد التجارية بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية .

- البستاني، سعيد يوسف (٢٠٠٩، ٢٠٠٤) القانون الدولي الخاص ، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- التحيوي،محمود السيد عمر (٢٠٠٣) الطبيعة القانونية لنظام التحكيم الأسكندرية: منشأة المعارف.
- جمال الدين،صلاح الدين (٢٠٠٦) التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية،دار الفكر الجامعي،الأسكندرية،الطبعة الأولى.
- الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد (١٩٩٨) التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بيروت، الطبعة الاولى: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الحواري، أسامة محمد (٢٠٠٨) القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة: دار الثقافة.
- الحداد ، حفيظة السيد (٢٠٠٧) الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي ،بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية.
- الحداد، حفيظة السيد (٢٠٠٧) الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- حداد، حفيظة السيد (٢٠٠٧) النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي،الكتاب الثاني، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- . حداد، حمزة (٢٠٠٧) التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية
- الخولي، اكثم (١٩٧٠)، الموجز في القانون التجاري،الجزء الأول :مكتبة سيد وهبة
- دباس، باسمة لطفي (٢٠٠٥) شروط اتفاق التحكيم واثاره، القاهرة: دار النهضة العربية .

- درويش، محمد (١٩٩٣) دراسة في قانون التجار الدولي.
- راشد، سامية (١٩٨٦) التحكيم في إطار المركز الأقليمي بالقاهرة: منشأة المعارف بالإسكندرية
- راشد، سامية (١٩٨٤) التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، القاهرة: دار النهضة العربية.
- . رضوان، أبو زيد (١٩٧٨) الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي: دار الفكر العربي.
- الرفاعي، اشرف عبد العليم (٢٠٠٦) التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية: دار الكتب القانونية
- الرفاعي، اشرف عبد العليم (٢٠٠٣) القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم ، الأسكندرية : دار الفكر الجامعي
- الرومي، محمد امين (٢٠٠٨) النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني: دار الكتب القانونية
- الزعبي، تيسير أحمد (٢٠٠٣) الجامع المتين
- ساري، جورج شفيق (٢٠٠٥) التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات، الطبعة الثانية: دار النهضة العربية
- السالمي، الحسين (٢٠٠٨) التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى: موسوعة مجد للدراسات
- سامي، محمود فوزي (٢٠٠٦) التحكيم التجاري الدولي، عمان دار الثقافة.
- السيوطي، ثروت أنيس (١٩٦٥) الصراع الطبقي وقانون التجار: دار النهضة العربية.

- شتا، احمد محمد عبد البديع (٢٠٠٥) شرح قانون التحكيم، الطبعة الثالثة: دار النهضة العربية.
- شحاتة، محمد نور عبد الهادي (١٩٩٣) الرقابة على أعمال المحكمين، موضوعها وصورها، دراسة مقارنة القاهرة: دار النهضة العربية.
- شحاتة، محمد نور عبد الهادي (١٩٩٣) النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين: دار النهضة العربية
- الشريف، عزيزة (١٩٩٢) التحكيم الاداري في القانون المصري: دار النهضة العربية
- شفيق، محسن (١٩٩٧) التحكيم التجاري الدولي: دار النهضة العربية .
- شرف الدين، احمد (٢٠٠٧) قواعد التحكيم: ماس للطباعة.
- صادق، هشام (١٩٩٥) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الأسكندرية: منشأة المعارف.
- الصانوري، مهند احمد (٢٠٠٥) دور المحكم في خصومة التحكيم: دار الثقافة.
- الضاوي، عدنان (١٩٩١) الاسناد التجارية في القانون التجاري : دار المعارف العمومية.
- عبد الله، عز الدين (١٩٧٧) تنازع القوانين في مسائل التحكيم، الطبعة السادسة، القاهرة، دار النهضة العربية
- عبد الصادق، أحمد محمد (2008) المرجع العام في التحكيم، ط ١.
- عبد الصادق، احمد محمد (٢٠٠٨) المرجع العام في التحكيم الطبعة الاولى: دار ابو المجد.
- عبد الفتاح، عزمي (١٩٩٠) قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى: مطبوعات جامعة الكويت.

- عبد المجيد، (١٩٩٧) التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، الأسكندرية : منشأة المعارف
- عالية، سمير (١٩٩٦) اصول القانون التجاري، بيروت: الدار الجامعية.
- العريني، محمود الفقي (١٩٨٥) القانون التجاري، بيروت: الدار الجامعية.
- العصار، يسري (٢٠٠١) التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة: دار النهضة العربية.
- علم الدين، محي الدين اسماعيل (١٩٨٦) منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول.
- العوا، محمد سليم (٢٠٠٨) دراسات في قانون التحكيم : دار الكتب القانونية.
- غصن، خليل عمر (٢٠٠٥) سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، الطبعة الأولى: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الفقي، عاطف محمد (٢٠٠٧) التحكيم في المنازعات البحرية: دار النهضة العربية.
- الفقي، عاطف محمد (٢٠٠٧) التحكيم التجاري متعدد الأطراف: دار النهضة العربية.
- القصاص، عيد محمد (٢٠٠٧) حكم التحكيم، القاهرة، الطبعة الثانية: دار النهضة العربية.
- القليوبي، سميحة (١٩٧٨) الموجز في القانون التجاري، الجزء الاول: دار النهضة العربية.
- الكردي، جمال محمود (٢٠٠٣) القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية: دار النهضة العربية..
- كريم، زهير عباس (١٩٩٥) مبادئ القانون التجاري، عمان: دار الثقافة.
- كوجان، احمد (٢٠٠٨) ، التحكيم في عقود الأستثمار بيروت: منشورات زين.
- محمود، سيد أحمد (٢٠٠٠) نظام التحكيم دراسة مقارنة: دار الإيمان.

- مصيلحي، محمود صلاح الدين وجمال الدين، صلاح الدين (٢٠٠٦) الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الأسكندرية: دار الفكر الجامعي
- مطاوع، احمد حسان حافظ (٢٠٠٧) التحكيم في العقود الدولية للانشاءات: دار النهضة العربية .
- مقابلة، نبيل زيد سليمان (٢٠٠٦) تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ، القاهرة: دار النهضة العربية.
- المليجي، أحمد (١٩٩٦) قواعد التحكيم في القانون الكويتي، ط ١، الكويت: مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر.
- المليجي، اسامة احمد شوقي (٢٠٠٤) هيئة التحكيم الاختياري، القاهرة: دار النهضة العربية.
- ممدوح عبد العزيز، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي (٢٠٠٦) الطبعة الأولى : منشورات الحلبي الحقوقية.
- المومني، أحمد سعيد (١٩٨٣) التحكيم في التشريع الأردني، الجزء الاول، عمان: مطبعة التوفيق .
- ناصف، حسام الدين فتحي (٢٠٠٢) عقود الوطاء في تجاره الدولي: دار النهضة العربية القاهرة.
- ناصيف، الياس (١٩٩٩) الكامل في القانون التجاري، بيروت: عويدات للطباعة.
- النمر، ابو العلا (٢٠٠٦) المركز القانوني للحكم في خصومة التحكيم: دار ابو المجد.
- النمر، ابو العلا علي (٢٠٠١) مقدمة في القانون الخاص الدولي: دار النهضة العربية.
- هاشم، محمد محمود (١٩٩٠) النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، القاهرة: دار الفكر العربي.

٣- الرسائل الجامعية

١. ابراهيم،سامح محمد محمد السيد (٢٠٠٧) التحكيم في مصر بعد تطبيق اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراة،جامعة عين شمس،القاهرة.
٢. إبراهيم، نادر محمد (٢٠٠٠) مركز القواعد عبر الدولية، رسالة دكتوراه، ط ٢ : منشأة المعارف الاسكندرية .
٣. أبو زيد، سراج حسين (٢٠٠٤) التحكيم في عقود البترول،رسالة دكتوراة،جامعة القاهرة: دار النهضة العربية.
٤. الأسطل، إسماعيل محمد (١٩٨٦) التحكيم في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة : دار النهضة العربية.
٥. زمزمي ، ابراهيم احمد سعيد ،القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية ، رسالة دكتوراة ،٢٠٠٧ ، جامعة عين شمس العناني
٦. إبراهيم محمد (١٩٧٠) اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة الطبعة الأولى : دار الفكر العربي.
٧. الثلايا، عبد الكريم احمد محمد ،التحكيم كوسيلة لحل منازعات الأستثمار في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدوليةرسالة دكتوراة، القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية.
٨. الطورة، عبد القادر (١٩٨٨) قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية،رسالة دكتوراه:جامعة القاهرة.
٩. عبد الفتاح، ماهر محمد صالح (٢٠٠٤) إتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه: جامعة القاهرة.

١٠. علي، عبد الجليل محمد (١٩٨٣) مبدأ المشروعية في النظام الاسلامي والانظمة القانونية المعاصرة، رسالة دكتوراه: جامعة عين شمس.
١١. مخلوف، احمد صالح علي (٢٠٠٠) اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه: جامعة القاهرة.
١٢. المواجده، مراد محمود حماد (٢٠٠٢) التحكيم في عقود الدولة، رسالة ماجستير، القاهرة: معهد البحوث والدراسات.

٤- الأبحاث :

١. البحارنه، حسين محمد (١٩٩٣) ضرورة تأسيس محكمة تحكيم عربية: بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي .
٢. الزرقد، أحمد السعيد (٢٠٠٠) عقد التحكيم، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم في المنصورة ١ - ٢ .
٣. السمدان، احمد، ضاعن (١٩٩٤) القانون الواجب التطبيق، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشر، العدد ١ الأول والثاني: الكويت.
- الشرقاوي، سمير (١٩٩٢) العقود التجارية الدولية، دراسته خاصه لعقد البيع الدولي للبضائع: دار النهضة العربيه
٤. . الصلاحي، أحمد أنعم (١٩٩٤) النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مركز البحوث والدراسات اليمني: صنعاء .
٥. بشايرة، محمد حسين (٢٠٠٧) حكم التحكيم المرسل، مجلة الحقوق، العدد ٣، السنة ٣١: جامعة الكويت.

٥- المراجع الأجنبية :

- 1 - John Mustill, International arbitration history and Back ground, v6
- 2 - Lawrence W Newman Richard D Hill The Leading Arbitrators Guid To International Arbitration London 2004
- 3 - Albert Jan Van Den Berg , International Comerccial Arbitration ICCA, International Arbitration Congress London 2002
- 4 - Okezie Chukwumerije Choice Of Law In International Comerccial Arbitration London 1996