

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية في مجال التحكيم

أ.د. أشرف وفا محمد*

الملخص:

يهدف نظام التحكيم إلى قيام الأطراف بحل منازعاتهم عن طريق اللجوء إلى «قضاء من نوع خاص» أي إلى أشخاص مختارين من قبل الأطراف لحل النزاع، وذلك من أجل تفادي اللجوء إلى القضاء العادي. وقد أدى التزايد الكبير لحجم المبادلات التجارية بين الدول المختلفة وبصفة خاصة في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، إلى البحث عن نظام قانوني ملائم لطبيعة منازعات التجارة الدولية، نظام يتسم بطابع السرعة في فض تلك المنازعات ويستجيب في نفس الوقت لاحتياجات التجارة الدولية، وقد وجد الفكر القانوني أن نظام التحكيم يمكن أن يكون بديلاً عن القضاء الوطني في هذا الشأن.

وقد قبلت الدول العربية اللجوء إلى نظام التحكيم كوسيلة للفصل في منازعات عقود الاستثمار الدولية، وذلك بسبب إصرار الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة على عدم الخضوع لسلطان القضاء الوطني للدولة الطرف في العقد. وقد قامت ضغوط التجارة الدولية بدور حاسم في قبول نظام التحكيم من قبل الدول العربية والتي قامت لهذا السبب بتحديث قوانينها الداخلية المتعلقة بالتحكيم على نحو يسمح باللجوء إلى التحكيم لفض منازعات التجارة الدولية. ولهذا فقد صدرت في العديد من الدول العربية القوانين التي تنظم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية، منها على سبيل المثال قانون التحكيم المصري الصادر سنة 1994، قانون التحكيم الجزائري الصادر سنة 1993، قانون التحكيم البحريني الصادر سنة 1993، وقانون التحكيم القضائي الكويتي الصادر سنة 1995، وقانون التحكيم الإماراتي الصادر سنة 2018. وعلاوة على ذلك فقد كان لمسلك هيئات التحكيم الدولية بأن تأخذ في اعتبارها مصالح الدول النامية في القرارات الحديثة التي أصدرتها، عامل آخر أسهم في قبول الدول العربية لنظام التحكيم.

وإذا كان من المستقر عليه في الوقت الراهن أن التحكيم هو الوسيلة المعتادة للفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الدولية، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع: فهل يخضع المحكم في ذلك لقانون الإرادة المختار من قبل الأطراف؟ وما هو الحل في غيبة قانون الإرادة، هل

* أستاذ القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر.

يتعين على المحكم تطبيق قانون وطني ذي صلة وثيقة بالنزاع، أم أنه يمكن الاستعانة - بالنظر إلى طبيعة علاقات التجارة الدولية - بعادات وأعراف التجارة الدولية أو ما يعرف بقانون التجارة الدولية؟ وإذا كانت الاستعانة من قبل الأطراف أو المحكم بقواعد قانونية غير وطنية يعد أمراً مشروعاً كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، هل تعد هذه القواعد غير الوطنية كافية لفض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الدولية؟

وقد اتبعنا في الدراسة الحالية المنهج التحليلي، وذلك بتحليل القواعد المتعلقة بتنازع القوانين في قوانين التحكيم والمعاهدات الدولية وقرارات مجمع القانون الدولي، كما اتبعنا المنهج المقارن في نطاق القانون الدولي الخاص؛ لأن هذا الفرع القانوني - بطبيعته - يعتمد على الدراسات المقارنة؛ ولهذا قمنا بالمقارنة بين الوضع أمام هيئات التحكيم والوضع أمام القضاء الوطني لبيان الفوارق بينهما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، ولتحديد الدور المنوط بالمحكم الدولي في هذا الشأن.

يتناول موضوع هذا البحث دراسة مسألة القانون الواجب التطبيق في مجال عقود الاستثمار الدولية أمام هيئات التحكيم الدولية. وسوف نقتصر على بحث موضوع النزاع، ويخرج بالتالي من مجال الدراسة مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى اتفاق التحكيم.

وفي مجال عقود الاستثمار الدولية قد يتم إسناد العقد إلى قانون وطني (المبحث الأول)، كما قد يتم إسناده إلى قواعد قانونية غير وطنية (المبحث الثاني). وسوف نتعرض قبل ذلك للحديث عن المبادئ الرئيسية التي تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية (مبحث تمهيدي). وقد سعينا من خلال هذا البحث إلى التأكيد على أهمية إسناد عقود الاستثمار إلى قانون وطني، وإلى بيان خطورة إسنادها إلى قواعد قانونية غير وطنية حيث يؤدي هذا - في أغلب الأحوال - إلى الإضرار بمصالح الدول النامية.

وبعد استعراضنا لموضوعات البحث المختلفة خلصنا في الخاتمة إلى بعض المقترحات التي نعتقد أهمية الأخذ بها؛ ومن أهمها التأكيد على أهمية اختيار الأطراف بوضوح للقانون الواجب التطبيق في العقد صراحة حتى لا يترك لهيئة التحكيم هذا الأمر مما قد يفضي إلى نتائج غير مرغوب فيها، كما خلصنا إلى بيان حقيقة الدور الذي تلعبه القواعد القانونية غير الوطنية في مجال عقود الاستثمار الدولية على النحو الوارد تفصيلاً في متن البحث.

كلمات دالة: تنازع القوانين، التحكيم الدولي، عقود الاستثمار الدولية، مبدأ سلطان الإرادة، القانون الواجب التطبيق.

المقدمة:

تهدف قواعد تنازع القوانين les règles de conflit إلى البحث عن أنسب القوانين لحكم العلاقة المعروضة، وذلك عن طريق إسناد تلك العلاقة إلى أوثق القوانين صلة بها، أو بمعنى آخر فإن تحديد مركز الثقل في العلاقة le centre de gravité أو العنصر المميز لها والذي تتركز le siège du rapport فيه هو الأمر الذي يعول عليه في تحديد القانون واجب التطبيق.

وغني عن البيان أن دخول العلاقة أو الرابطة القانونية في نطاق القانون الدولي الخاص أمر مرهون باتصاف تلك الرابطة بالطابع الدولي، ووفقاً للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص تتسم العلاقة بالطابع الدولي وفقاً لأحد معيارين:

– المعيار الأول ويطلق عليه اصطلاح المعيار القانوني le critere juridique، ووفقاً له تكون العلاقة دولية إذا احتوت على عنصر أجنبي، كما هو الحال بالنسبة لاختلاف جنسية أطراف العلاقة أو موطنهم، وقد يتعلق العنصر الأجنبي بمكان إبرام العقد أو بمكان التنفيذ... إلخ.

– أما المعيار الثاني وهو ما اصطلاح على تسميته بالمعيار الاقتصادي le critere economique فإنه يسبغ على الرابطة الصفة الدولية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، وهي تكون متعلقة بتلك المصالح إذا ترتب على العقد تدفق للسلع والمنتجات أو الخدمات عبر الدول.

مما لا شك فيه أن التزايد الكبير في حجم المبادلات الاقتصادية وفي عدد العمليات التجارية عبر الحدود بين الدول المختلفة أدى إلى ضرورة البحث عن أداة فعالة بعيدة عن القضاء الوطني لمختلف الدول، وقد وجد الفكر القانوني في نظام التحكيم l'arbitrage الوسيلة المناسبة وبصفة خاصة في مجال عقود التجارة الدولية les contrats du commerce international.

وقد كان اللجوء إلى التحكيم، في بداية الأمر، نادراً نسبياً، حيث كان ينظر إلى التحكيم على أنه نظام استثنائي لفض المنازعات المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية؛ ويرجع السبب في ذلك إلى حرص المشرع في كل دولة على أن يطبق نظامه القانوني في مجال كل ما يثور من منازعات تدخل في نطاق اختصاص القضاء الوطني. وقد كان هذا الأمر مرتبطاً بحق السيادة الذي تتمتع به الدولة على إقليمها؛ ونتيجة لذلك فقد قام المشرع بوضع شروط تمنع من اللجوء إلى التحكيم فيما عدا حالات استثنائية يرد النص عليها صراحة.

وقد أسهم التطور المستمر في العلاقات التجارية بين الدول، علاوة على التطور الكبير لوسائل النقل، في التزايد الكبير لحجم المبادلات التجارية بين الدول المختلفة وبصفة خاصة في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ومن ثم فقد ظهرت حاجة المجتمع

الدولي أكثر إلى نظام قانوني ملائم لطبيعة منازعات التجارة الدولية، نظام يتسم بطابع السرعة في فض تلك المنازعات، مع عدم إهدار حقوق الأطراف في ذات الوقت⁽¹⁾، وقد بدأ أن نظام التحكيم يمكن لأول وهلة أن يستجيب لهذه الاعتبارات.

وإذا تتبعنا موقف الدول النامية وبصفة خاصة الدول العربية تجاه نظام التحكيم، يتضح لنا أن هذه الدول كانت تنظر بعين الشك والريبة إلى هذا النظام كوسيلة لفض المنازعات التي تثور بينها وبين المشروعات الأجنبية، وترجع هذه الخشية إلى العديد من الأسباب:

- من الناحية التاريخية، من الملاحظ أن الدول العربية كانت تنظر إلى التحكيم، بعد حصولها على الاستقلال وجملاء الدول المستعمرة، باعتباره نوعاً من الخضوع أمام الشركات الأجنبية، وقد أسهم هذا العامل التاريخي الهام في قيام الدول حديثة الاستقلال باتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على هذا الاستقلال الذي تم الحصول عليه بعد عناء كبير.

- كما ساهم واقع التحكيم الدولي في زيادة عداوة الدول النامية تجاه هذا النظام، وذلك عندما صدرت العديد من قرارات التحكيم لصالح الشركات الأجنبية وضد المصالح الوطنية دون أن يكون هناك سند قانوني يدعم هذه القرارات⁽²⁾، كما هو الحال في حكم أبو ظبي وحكم أرامكو.

ولما كانت الدول العربية قد عمدت إلى إصلاح اقتصادياتها المتردية عقب الاستقلال عن طريق جذب الشركات الأجنبية للاستثمار في أراضيها، كان لزاماً على هذه الدول قبول نظام التحكيم في العقود المبرمة مع هذه الشركات؛ ذلك أن هذه الأخيرة لا تقبل العمل في ظل مناخ من عدم الطمأنينة القانونية إذا خضعت للقضاء الوطني للدولة التي تعمل على أراضيها.

وبناء على ذلك فإنه يمكن القول إن ضغوط التجارة الدولية قد لعبت دوراً حاسماً في قبول نظام التحكيم من قبل الدول العربية والتي قامت لهذا السبب بتحديث قوانينها الداخلية المتعلقة بالتحكيم على نحو يسمح باللجوء إلى التحكيم لفض منازعات التجارة الدولية.

وهناك عامل آخر أسهم في قبول الدول العربية لنظام التحكيم يتمثل في قيام هيئات التحكيم بأن تأخذ في اعتبارها مصالح الدول النامية في القرارات الحديثة التي أصدرتها، وقد أسهمت هذه القرارات الحديثة من ناحية في إزالة شكوك الدول النامية إزاء نظام التحكيم، كما أدت من ناحية ثانية إلى: «التوفيق بين المصالح الحيوية للدول النامية وبين مصالح الدول المتقدمة

(1) انظر في هذا المعنى:

Shotaro Homamoto, Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités et la convention de Maurice sur la transparence, Clunet, 2016 n 1, p.3.

(2) سوف نستخدم في هذه الدراسة اصطلاح قرارات التحكيم لتمييز ما يصدر عن هيئات التحكيم عن الأحكام القضائية بالمعنى الدقيق التي تصدر عن المحاكم الوطنية.

على نحو يقلل الفجوة التي تفصل بينهما»⁽³⁾. ولهذا فقد صدرت في العديد من الدول العربية القوانين التي تنظم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية، كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم المصري الصادر سنة 1994⁽⁴⁾، قانون التحكيم الجزائري الصادر سنة 1993، قانون التحكيم البحريني الصادر سنة 1993، قانون التحكيم القضائي الكويتي الصادر سنة 1995⁽⁵⁾.

يهدف نظام التحكيم إلى قيام الأطراف بحل منازعاتهم عن طريق اللجوء إلى «قضاء من نوع خاص»، وهو الأمر الذي يعني تفادي اللجوء إلى القضاء العادي «المحاكم الوطنية الداخلية» واللجوء بدلاً من ذلك إلى أشخاص مختارين من قبل الأطراف لحل النزاع.

وتمر عملية التحكيم عبر عدة مراحل أساسية هي :

- تتمثل المرحلة الأولى في إبرام اتفاق التحكيم *la convention d'arbitrage*، وذلك عندما تتجه إرادة الأطراف إما إلى إبرام اتفاق مستقل عن العقد الأصلي يتم فيه التوافق

(3) انظر في هذا المعنى :

Fouad Riad, Les contrats de developpement et arbitrage international, Revue egyptienne de droit international, vol.42, 1986, p.259.

(4) تجدر الإشارة إلى أن السبب الرئيسي لإصدار قانون التحكيم المصري، كما يتضح من الأعمال التحضيرية التي سبقت إصدار هذا القانون، هو خلق مناخ اقتصادي يبيث الطمأنينة ويوفر الربح لشركات الاستثمار العربية والأجنبية بهدف تشجيع وجذب رؤوس الأموال الخاصة بهذه الشركات للاستثمار في مصر. انظر الاجتماع الرابع للفصل التشريعي السادس، مجلس الشعب المصري، 20 فبراير 1994 (ملحق الجلسة رقم 51) وانظر في نفس المعنى :

B.Fillion-Dufouleur et Ph.Leboulanger, Le nouveau droit egyptien de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, 1994, p.666 et s.

(5) على خلاف معظم القوانين المتعلقة بالتحكيم في الدول العربية والتي يكون فيها المحكمون أشخاصاً لا صلة لهم بالقضاء الوطني، من الملاحظ أن قانون التحكيم في دولة الكويت لا يعتبر تحكيمياً خالصاً بل يمكن أن نطلق عليه اصطلاح قانون تحكيمي وقضائي في نفس الوقت، وهذا الأمر لم يكن خافياً على السلطة التشريعية التي وضعت هذا القانون، حيث صدر القانون تحت مسمى (قانون التحكيم القضائي بالكويت) وهو القانون رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة الأولى من هذا القانون، والتي تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، يغلب عليها أشخاص من رجال القضاء فيما يتعلق بعددهم، كما أن رئاستها لمن يحمل درجة مستشار من رجال القضاء، حيث نصت على أن: «تشكل بمقر محكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختار كل من أطراف النزاع - ولو تعددوا - أحدهما من بين المحكمين المقيدين بالجدول المعدة لذلك بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أو من غيرهم. وفي حالة عدم قيام أي من طرفي التحكيم بذلك خلال العشرة أيام التالية لتكليف إدارة التحكيم له باختيار محكمه تعين الإدارة المذكورة المحكم صاحب الدور بجدول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع لعضوية الهيئة، وتكون رئاسة الهيئة لأقدم الأعضاء من رجال القضاء على أن يكون بدرجة مستشار».

على اللجوء إلى التحكيم ويسمى هذا الاتفاق بمشارطة التحكيم *un compromis*، وإما بأن يقوم الأطراف بإدراج شرط في العقد الأصلي ينص على حسم ما قد يثور من منازعات بطريق التحكيم وهو ما يعرف بشرط التحكيم *la clause compromissoire*، وعلى ذلك فإن اتفاق التحكيم له صورتان: مشارطة التحكيم، وشرط التحكيم⁽⁶⁾.

- والمرحلة الثانية تتمثل في وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، وذلك بأن يلجأ أطراف العقد أو أحدهم، عند نشوب النزاع، إلى هيئة التحكيم المتفق عليها، وتقوم هيئة التحكيم بتقدير - على ضوء الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع - ما إذا كان من المناسب الاستمرار في الإجراءات وإصدار قرار حاسم ينهي النزاع.

- أما المرحلة الأخيرة فهي مرحلة ما بعد صدور قرار التحكيم، وتتمثل في قيام الطرف الذي يهيمه الأمر باللجوء إلى السلطات المختصة من أجل طلب تنفيذ الحكم أو المطالبة بإبطاله وإلغائه حسب الأحوال.

ولا شك أن التساؤل يثار بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق في كل المراحل السابقة. وقد احتدم الجدل بين فقهاء القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع: فهل يخضع المحكم في ذلك لقانون الإرادة المختار من قبل الأطراف *la loi de la volonté des parties*؟ وما هو الحل في غيبة قانون الإرادة، هل يتعين على المحكم تطبيق قانون وطني ذي صلة وثيقة بالنزاع، أم أنه يمكن الاستعانة - بالنظر إلى طبيعة علاقات التجارة الدولية - بعادات وأعراف التجارة الدولية أو ما يعرف بقانون التجارة الدولية *la lex mercatoria*؟

خطة البحث ومنهجيته:

سوف نتبع في بحثنا المنهج التحليلي المقارن، حيث نقارن من ناحية - في مختلف الموضوعات التي يثيرها البحث - بين الوضع أمام القضاء الوطني والوضع أمام هيئات التحكيم، كما نقارن من ناحية ثانية بين الوضع في المعاهدات الدولية وقرارات مجمع القانون الدولي وقوانين التحكيم وأحكام القضاء التي تتعلق بموضوع تنازع القوانين في مجال عقود الاستثمار الدولية.

يتناول موضوع هذا البحث دراسة مسألة القانون الواجب التطبيق في مجال عقود الاستثمار الدولية أمام هيئات التحكيم الدولية، وسوف نقتصر على بحث موضوع النزاع، ونخرج بالتالي من مجال الدراسة مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

(6) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 184.

وعلى اتفاق التحكيم.

وفي مجال عقود الاستثمار الدولية قد يتم إسناد العقد إلى قانون وطني (الفصل الأول)، كما قد يتم إسناده إلى قواعد قانونية غير وطنية (الفصل الثاني)، وسوف نتعرض قبل ذلك للحديث عن المبادئ الرئيسية التي تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية (مبحث تمهيدي).

مبحث تمهيدي المبادئ الرئيسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

من المناسب أن نتحدث، قبل التعرض لتحديد قواعد تنازع القوانين التي يمكن إعمالها على موضوع النزاع، عن مبدئين أساسيين يشكلان حجر الزاوية في موضوع الدراسة: يتعلق الأول بدور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق (المطلب الأول)، بينما يتعلق المبدأ الثاني ببحث دور المحكم في تحديد هذا القانون إذا لم يقرم الأطراف بتحديدته (المطلب الثاني).

المطلب الأول مبدأ سلطان الإرادة

من المسلم به أن الأطراف لهم، في مجال عقود التجارة الدولية، الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق والذي ينبغي على القاضي أو على هيئة التحكيم - حسب الأحوال - تطبيقه على موضوع النزاع⁽⁷⁾. وإذا كان لأطراف العلاقة التعاقدية الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أن الصعوبة تتمثل في تحديد الأساس القانوني الذي يستند إليه مبدأ سلطان الإرادة أمام القضاء الوطني وأمام هيئات التحكيم الدولية، وبعبارة أخرى من أين يستمد الأطراف سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق؟

من الملاحظ أن الوضع يختلف أمام هيئات التحكيم عنه أمام المحاكم الوطنية فيما يتعلق بتأسيس مبدأ سلطان الإرادة *le principe d'autonomie de la volonté*، ذلك أنه إذا كانت هذه الأخيرة تختص بنظر النزاع - في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم بين أطراف العقد - فإن مبدأ سلطان الإرادة يجد أساسه في القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع.

(7) يقرر في هذا المعنى جوليان لوي Julian Lew أن:

"Dispite their differences, common law, civil law and socialist countries have all equally been affected by the movement towards the rule allowing the parties to choose the law to govern their contractual relations.

This developpement has come about independely in every country and without any concerted effort by the nations of the world. It is the result of separate, contemporaneous and pragmatic evolutions within the various national systems of conflict of law". V.Julian D.M.Lew: Applicable law in international commercial arbitration, New York, Oceana pub., 1978, p.75.

وانظر أيضاً فيما يتعلق بالتحكيم في العقود المبرمة بين الدولة والمشروعات والأشخاص الخاصة الأجنبية ملاحظات الأستاذ م. بدجاوي M.Bedjaoui في:

Annuaire de l'Institut de droit international, vol.63, tome 1, 1989, P.155 et s.

فهذا القانون هو الذي يسمح لإرادة الأطراف باختيار القانون المطبق على موضوع النزاع. وبناء على ذلك فإن قاعدة التنازع الوطنية، عندما تفسح المجال لإرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يرغبون في إعماله، هي التي تشكل الأساس القانوني لمبدأ اختيار القانون الواجب التطبيق بواسطة الإرادة *la clause d'electio juris*.

وعلى خلاف ذلك فإن الوضع يبدو مختلفاً أمام هيئات التحكيم عندما تختص بنظر النزاع نتيجة وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف؛ ذلك أنه لا يوجد بالنسبة للمحكم قانون قاض خاص به *lex fori*، ذلك القانون الذي يوجد بالنسبة للقاضي الوطني فقط، كما أن المحكم نتيجة لذلك لا يعتبر حارساً على تطبيق نظام قانوني محدد على عكس القاضي الوطني الذي يلتزم بإعمال القواعد الوارد النص عليها في قانون دولته، فالقاضي الوطني يستمد إذن سلطته، فيما يتعلق بالحكم في النزاع المعروض عليه، من قانون دولته، أما المحكم فإنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف والذي لولاه لما اختصت هيئة التحكيم بنظر النزاع ولدخل النزاع بالتالي في نطاق اختصاص المحاكم الوطنية، وسوف يتبين لنا أنه تولد سلطة المحكم على هذا النحو من اتفاق التحكيم هو الأمر الذي يفسر أن نطاق الحرية المتاح للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق - في حالة غيبة قانون الإرادة - أوسع من ذلك النطاق الذي يمارس فيه القاضي الوطني سلطته في تحديد القانون الواجب التطبيق.

ويترتب على ذلك أنه لا يمكن تأسيس مبدأ سلطان الإرادة أمام هيئات التحكيم على قاعدة تنازع تابعة لقانون دولة على وجه التحديد، لأن الاختصاص بنظر النزاع ليس معقوداً لمحكمة دولة معينة حتى يمكن القول بأن قانون هذه الدولة هو الذي يستمد منه حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق⁽⁸⁾؛ لهذا فإن مبدأ سلطان الإرادة يجد أساسه وتفسيره أمام هيئات التحكيم في وجود قاعدة مادية *une règle materielle* للقانون الدولي الخاص تتعلق بعقود التجارة الدولية⁽⁹⁾.

وتشكل هذه القاعدة المادية، من وجهة نظرنا، الأساس في تفسير مبدأ سلطان الإرادة سواء بالنسبة للعقود المبرمة بين أشخاص خاصة، وكذلك في مجال عقود الدولة *les contrats d'Etat*

(8) انظر في هذا المعنى:

Pierre Lalive, *Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage*, Rassegna dell'arbitrato, 1977, n 1, p.8. Voir, aussi le même auteur: *Les règles de conflit de lois applicables au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, Revue de l'arbitrage, 1976, p.165 et s.

(9) انظر في تفصيل ذلك:

Jean-Christophe Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, 1992, p.245 et s.

المبرمة بين دولة من ناحية وأشخاص خاصة من ناحية أخرى⁽¹⁰⁾.

وقد تم التأكيد على مبدأ سلطان الإرادة في العديد من القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي، من قبيل ذلك القرار الصادر سنة 1992 الذي يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود المبرمة بين أفراد، حيث نصت المادة الثانية منه على أن: «للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الخاص بهم، وهم يستطيعون الاتفاق على تطبيق أي قانون وطني»⁽¹¹⁾.

وفي مجال عقود الدولة التي تبرم بين دولة وطرف خاص يوجد قرار صادر عن ذات المجمع، وهو القرار الصادر سنة 1989 والمتعلق بالتحكيم بين الدول أو المشروعات التابعة للدولة وبين المشروعات الأجنبية، وفي ذلك تنص المادة السادسة منه على أن: «للأطراف كامل الحرية في تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والقانون المطبق في موضوع النزاع والتي ينبغي تطبيقها بواسطة المحكمين»⁽¹²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه، في مجال المقارنة بين القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي، من الملاحظ وجود اختلاف بين قراري المجمع الصادرين سنة 1989 وسنة 1992، فهذا الأخير قرر أن باستطاعة الأطراف اختيار قانون وطني *une loi étatique*، في حين أن القرار الآخر نص على أن بإمكان الأطراف اختيار «قواعد قانونية» *des règles de droit*. ويقصد بهذا التعبير الأخير أن الأطراف لهم الحق في اختيار قانون دولة وطنية، كما أن لهم الحرية في اختيار قواعد قانونية غير وطنية لا تنتمي إلى قانون دولة على وجه التحديد، كما هو الحال بالنسبة للمبادئ العامة للقانون وبالنسبة لعادات التجارة الدولية *les usages du commerce* وبالنسبة للقانون الدولي العام *le droit international public* وكذلك قانون التجارة الجديد *la lex mercatoria*.

(10) تجدر الإشارة إلى أنه في مجال عقود الدولة فإن أنصار تدويل العقد (أي إخضاعه لقواعد القانون الدولي) ينادون بأن مبدأ سلطان الإرادة يجد أساسه في القانون الدولي العام ذاته، وذلك بهدف التهرب من تطبيق القوانين الوطنية في مجال المنازعات التي تخضع للتحكيم الدولي. انظر في هذا الشأن:

El-Badawi Mohamed Gelani, Investissement étrangers et entreprises communes- perspectives d'une collaboration entre les droits nationaux et la lex mercatoria, these, Nice, 1986, p.483. Pierre Mayer, Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung) in *Mélanges B.Goldman*, Librairies Techniques, Paris, 1982, p.203. Sandrine Clavel : *Droit international privé*, Dalloz, 2009, p.478.

(11) انظر في هذا الشأن:

Erik Jayme, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol.64, tome 1, 1991 et la résolution de l'Institut vol. 64 11, 1992, p.382.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا القرار الصادر سنة 1992 لا ينطبق وفقاً لصريح نص المادة الأولى منه، إلا إذا اتفق أطراف العقد على تطبيق قانون دولة وطنية، وبالتالي لا يمكن للأطراف اختيار قواعد قانونية غير وطنية لا تنتمي إلى قانون دولة محددة للانطباق على النزاع.

(12) Voir. *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol 63, 1989, tome II, p.324.

ولاشك أن قيام الأطراف باختيار قواعد قانونية غير وطنية للانطباق على النزاع يشكل إحدى خصوصيات مبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم الدولي؛ ذلك أنه ليس للأطراف، كقاعدة عامة، اختيار قواعد قانونية غير وطنية في الحالة التي يكون فيها النزاع داخلاً في نطاق اختصاص القضاء الوطني لدولة ما، حيث يلتزم الأطراف باختيار قانون دولة وطنية، وهو الأمر الذي يعني عدم وجود اتفاق على إخضاع النزاع للتحكيم الدولي، كما تم التأكيد حديثاً على مبدأ سلطان الإرادة في المبادئ الصادرة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بتاريخ 19 مارس 2015 بإقرار حق أطراف العقد الدولي في اختيار القانون الذي يحكم العقد⁽¹³⁾.

وقد أكدت قوانين الدول الوطنية على مبدأ حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، من قبيل ذلك القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1987 (الفصل الثاني عشر: التحكيم الدولي)، حيث تنص المادة (1/187) منه على أن: «تقوم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف أو، في غيبة هذا الاختيار، وفقاً للقواعد القانونية التي يوجد بينها وبين النزاع العلاقة الأكثر توثقاً». ويرى الفقه السويسري في هذا الصدد أن القانون السويسري يعتبر مثلاً يحتذى به في التخلي التدريجي عن القيود التي ترد على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق⁽¹⁴⁾.

وفي نفس السياق تنص المادة (1946) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر سنة 1981 على أن: «يفصل المحكم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وفي غيبة هذا الاختيار طبقاً للقواعد القانونية التي يرى المحكم أنها ملائمة، وفي جميع الأحوال يجب على المحكم أن يأخذ في اعتباره عادات التجارة الدولية»⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾.

(13) انظر في هذا المعنى:

Pascal de Vareilles-Sommières, Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux, Journal de droit international, 2016, N 2, p. 418 et s.

(14) انظر فيما يتعلق بتطور مبدأ استقلال الإرادة في القانون والقضاء السويسريين:

Alfred E.Von Overbeck, L'irresistible extension de l'autonomie en droit international privé, in Mélanges F.Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993, p.621 et ss. Pierre Lalive: Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial, RCADI, tome 120, 1967, p.618 et ss.

(15) انظر فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي:

Mattieu de Boisseson, Le droit français de l'arbitrage, interne et international, GLN, Paris, 1990, p.588 et S. Pierre Bellet et Ernest Mezger: L'arbitrage international dans le nouveau Code de procedure civil, Revue critique de droit international privé, 1981, p.630 et s. Ph.Fouchard: L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981, Clunet, 1982, p.393 et s.

(16) تجدر الإشارة إلى أنه قد صدر في فرنسا القانون رقم 48 لسنة 2011 وهو القانون الذي يتضمن بعض التعديلات على الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وهو الكتاب المتعلق بالتحكيم. ووفقاً لنص المادة (1511) من هذا القانون أخذ المشرع الفرنسي بنفس الحكم الذي سبق أن قرره في نص المادة (1946) المذكورة في المتن حيث نص في القانون الجديد على أن: «على هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف أو، إذا لم يتوفر ذلك، فتفصل في النزاع وفقاً للقانون الذي تراه مناسباً، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة عادات التجارة الدولية».

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قد اعترف، منذ أمد بعيد، بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الدولية، ويمكننا أن نذكر على سبيل المثال حكم النقض الفرنسي الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 1910، والذي قضت فيه المحكمة بأن: «القانون واجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو فيما يتعلق بآثارها وشروطها، هو القانون الذي يقوم الأطراف بتحديدته»⁽¹⁷⁾.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر من المبادئ المستقر عليها في المعاهدات الدولية، وتنص في ذلك المادة السابعة من اتفاقية التحكيم الأوروبية المبرمة سنة 1961 على أن: «الأطراف لهم كامل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي ينبغي على هيئة التحكيم إعماله في موضوع النزاع».

وفي نفس المعنى تنص المادة (42) من اتفاقية واشنطن المبرمة سنة 1965 والخاصة بتسوية نزاعات الاستثمار بأن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي قام الأطراف باختيارها»⁽¹⁸⁾.

وقد تبنت معاهدة روما المبرمة في 19 يونيو 1980⁽¹⁹⁾، وكذلك اللائحة الصادرة عن البرلمان الأوروبي سنة 2008 والتي حلت محل معاهدة روما السابقة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية⁽²⁰⁾، حيث أكدت اللائحة Règlement في البند رقم (11) من مقدمتها أن: «حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ينبغي أن تكون أحد

(17) أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 1910 أن:

"La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée" V. Cour de cassation française, 5 décembre 1910, in, Bertrand Ancel et Yves L'equette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4e édition, Paris, Dalloz, 2001., p. 84 et ss.

(18) انظر في تفصيل ذلك:

Ch. Pachusonord: La loi applicable aux différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats selon la convention de la BIRD du 18 mars 1965, thèse, Paris, 1981, p.12 et ss. B.Goldman: Le droit applicable selon la convention de la BIRD du 1965 in, investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, Pedone, 1969, p.133 et ss.

(19) انظر فيما يتعلق بمبدأ استقلال الإرادة في معاهدة روما:

Antoine Kassis: Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, Paris, 1993. Jacques Foyer: Le contrat d'electio juris à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980, in, Mélanges Yvon Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994, p.169178-. Rapport Gauliano-Lagarde sur la convention de Rome, Journal officiel des communautés européennes, n c 282. H.Gaudmet-Tallon: Le nouveau droit international privé européen des contrats, Revue trimestrielle de droit européen, 1981, p.241 et s.

(20) الجدير بالذكر أن لائحة الاتحاد الأوروبي الصادرة سنة 2008 قد دخلت حيز التنفيذ والتطبيق الفعلي بالنسبة للعقود المبرمة بعد تاريخ 17 ديسمبر 2009 (المادة 28).

المحاور الأساسية لنظام تنازع القوانين في مجال العقود الدولية»⁽²¹⁾.

ويجد مبدأ سلطان الإرادة تأكيداً له كذلك في القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1985، حيث تقرر المادة (28) منه أن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف». كما يجد المبدأ نكريساً له في لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية الصادرة بتاريخ 1 مارس 2017، حيث تنص المادة (1/21) منها على أن: «للأطراف كامل الحرية في اختيار القواعد القانونية التي يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع»⁽²²⁾.

وقد تم النص كذلك على مبدأ سلطان الإرادة بواسطة قوانين الدول العربية، فتنص المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري الصادر سنة 1994 على أن: «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق الأطراف عليها». كما تجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم البحريني الصادر سنة 1993 قد تبني نصوص القانون النموذجي للأمم المتحدة والذي أكد، كما سبقت الإشارة، على مبدأ سلطان الإرادة⁽²³⁾.

وفي نفس السياق تنص المادة (1/37) من قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة (قانون اتحادي رقم 6 لسنة 2018 بشأن التحكيم) الصادر سنة 2018 على أن: «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، وإذا اتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب في الدولة»⁽²⁴⁾.

(21) انظر في هذا الشأن:

Règlement (CE) n 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Journal officiel de l'Union européenne, L.177/6, 4.7.2008.

ينص البند (11) من مقدمة اللائحة الأوروبية على أن:

"La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles».

وانظر كذلك:

Louis d'Avout et al.: Le droit international privé de l'Union européenne en 2015, Clunet 2016 n 4, p.1367.

(22) تنص المادة 1/21 من لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة بتاريخ 1 مارس 2017 على أن:

«Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige».

(23) من الملاحظ كذلك أن قواعد التحكيم المقررة في قانون التحكيم النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة قد تم تبنيها حديثاً من قبل الجمعية اليابانية للتحكيم التجاري (New JCAA arbitration rules effective 1 January 2019) والصادرة بتاريخ الأول من يناير 2019.

(24) تجدر الإشارة إلى أنه، وفقاً لقانون التحكيم الإماراتي، قد لا ينصب اختيار الأطراف على اختيار قانون دولة ما، وإنما قد يختار الأطراف تطبيق معاهدة أو الإحالة على عقد نموذجي، وتنص في ذلك المادة (2/37) من هذا القانون على أن: «إذا اتفق الأطراف على إخضاع العلاقة القانونية بينهم لأحكام عقد =

وعلى الرغم من التأكيد على مبدأ سلطان الإرادة في غالبية قوانين التحكيم العربية الحديثة، إلا أن هذا المبدأ لا يجد مكاناً واضحاً له في اتفاق تسوية منازعات الاستثمار بين دولة عربية وأشخاص تابعين لدولة عربية أخرى والمبرم سنة 1974. وقد نصت المادة (16) من هذا الاتفاق على أن:

«1- تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية الواردة في هذا الاتفاق، وفي غيبة هذه القواعد يطبق قانون الدولة الطرف في النزاع، وكذلك قواعد القانون الدولي التي ترى المحكمة ملاءمة تطبيقها.

2- لا يمكن للمحكمة أن ترفض الفصل في النزاع أو إصدار الحكم المنهي له بحجة خلو القانون من قاعدة قابلة للانطباق أو بحجة غموض القانون.

3- لا تمنع النصوص الواردة في الفقرتين السابقتين من إمكانية قيام المحكمة بالفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي ترى أنها ملائمة، دون التقييد بقانون الدولة الطرف في النزاع، وذلك إذا اتفق الأطراف على أعمال هذه القواعد».

يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة إمكانية قيام المحكمة بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، ولكن لا يعتبر هذا التزاماً عليها، وتعتبر المعاهدة العربية للتحكيم، المبرمة سنة 1987، أكثر وضوحاً في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فالمادة (1/21) منها تنص على أن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الأطراف وطبقاً للقانون المختار صراحة أو ضمناً من جانب الأطراف»⁽²⁵⁾.

المطلب الثاني

دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق

سبق أن رأينا أن إرادة الأطراف تلعب دوراً رئيسياً في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومع ذلك فإن لنا أن نتساءل عن حقيقة الدور المنوط بالمحكم في هذا الشأن، فهل يعني اختيار الأطراف لقانون دولة ما أنه ليس لهيئة التحكيم أي دور تقوم به، بحيث يقع عليها الالتزام التام بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف؟

إذا قام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق لاشك أن دور هيئة التحكيم سيضيق

= نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى، وجب العمل بتلك الأحكام وما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب في الدولة».

(25) د. فوزي محمد سامي، أهم المعاهدات العربية في مجال التحكيم، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في نطاق حماية الاستثمارات الأجنبية في المنطقة الأفروآسيوية، القاهرة، 28-31 مارس 1988، ص 40-71، وانظر لنفس المؤلف: التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم الدولية طبقاً لقواعد المعاهدات الدولية والعربية، دار الخلود، بغداد، 1992، ص 185-188. د. أبو زيد رضوان، المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 1981، ص 208.

كثيراً، ويكاد ينحصر دورها في تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف دون أن يكون لها استبعاده. وبالنسبة للمحكم من الملاحظ أنه يستمد سلطته بالفصل في النزاع من إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم، ومن ثم فإن عدم تطبيق قانون الإرادة سيؤدي إلى الإخلال بفكرة التوقع المشروع للأطراف *l'attente légitime des parties*. وفي هذا المعنى تنص المادة الأولى من قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة 1989 على أن: «يستمد المحكمون اختصاصاتهم وسلطاتهم من اتفاق التحكيم، ولا يجوز للمحكم أن يتجاوز سلطاته، كما يجب عليه أن يبذل قصارى جهده من أجل أن يمارس اختصاصه كاملاً، وينبغي عليه أن يمارس وظائفه على نحو يتسم بالحياد والنزاهة»⁽²⁶⁾.

أما إذا لم يقم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، هنا يبرز الدور المنوط بهيئة التحكيم في شأن تحديد هذا القانون. وفي حقيقة الأمر لا يصدر المحكم قراره باسم دولة ما على عكس القاضي الوطني الذي يصدر الحكم باسم الدولة التي ينتمي إليها، فالمحكم يستمد سلطته بالفصل في النزاع من اتفاق التحكيم، وإذا كان القاضي لديه نظام قانوني متكامل ويلتزم بتطبيقه وعدم الخروج على قواعد الإسناد الواردة فيه *les règles de rattachement* في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق *en l'absence de professio juris*، فإن المحكم على خلاف ذلك ليس لديه قانون وطني يمكنه الاستعانة به في حالة غيبة قانون الإرادة، الأمر الذي يترتب عليه العديد من النتائج الهامة:

- إنه لا يوجد بالنسبة للمحكم الدولي قانون مختص *une loi compétente* يلتزم بتطبيقه على سبيل الأولوية *à priori* عن غيره من القوانين الأخرى.
- كما أنه لا يوجد قانون أجنبي *une loi étrangère* في مجال التحكيم الدولي، ويرجع السبب في ذلك إلى أن المحكم ليس لديه قانون قاض *lex fori* والذي يعتبر هو القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع بينما تعتبر القوانين الأخرى أجنبية، ويترتب على هذا أن كل القوانين الوطنية تقف على قدم المساواة أمام المحكم، وأنه ليس لأحدها أية أولوية في التطبيق عن غيره من القوانين⁽²⁷⁾.

(26) انظر في هذا المعنى:

Von Mehren, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol.63, tome 1, 1989, p.193 et la résolution adoptée vol 63 II, p.324.

(27) انظر في هذا المعنى:

Yves Derains, *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*, *Revue de l'arbitrage*, 1986, p.381. Jean-Ch.Pommier, *La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'élection de droit: le rôle de l'arbitre*, Clunet, 1992, p.12. Eric Loquin, *Les pouvoirs des arbitres internationaux*, in *Colloque sur les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international*, publication du centre d'études, de recherches et de publication de la Faculté de droit de Tunis, 1993, p.319 et s.

وفي نفس المعنى انظر: د. أبو زيد رضوان، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 150 وما بعدها.

- والنتيجة الثالثة التي تخص نظام التحكيم دون القضاء الوطني هي الحرية الواسعة والسلطة التقديرية الكبيرة التي يتمتع بها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة، ولاشك أن نطاق هذه السلطة سيكون أكبر لدى المحكم منه لدى القاضي الوطني: لأن هذا الأخير يلتزم بإعمال قواعد الإسناد الواردة في قانونه الوطني، في حين أن المحكم ليس لديه مثل هذا القانون.

ولهذا فإننا نجد العديد من قرارات التحكيم الدولي التي لا يقوم فيها المحكم بتطبيق قانون وطني *une loi étatique* على موضوع النزاع، وإنما يطبق قواعد قانونية غير وطنية *des regles de droit anational ou extra-étatique* كما هو الحال بالنسبة للمبادئ العامة للقانون وعادات التجارة الدولية.

ومن الملاحظ أن هذه الحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم الدولي قد تكون أمراً مقبولاً إذا أحسن المحكم استخدامها بهدف الوصول إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع؛ ذلك أنه في غيبة قانون الإرادة «يحرص المحكم على أن يبرهن للأطراف أنه لا يمكنهم - في اللحظة التي تبدأ فيها إجراءات النزاع - أن يتوقعوا أو ينتظروا قراراً آخر غير القرار الصادر فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وأن أي توقع آخر يعتبر غير مشروع»⁽²⁸⁾.

ومع ذلك من الملاحظ أنه في الحالة التي يسيء فيها المحكم استعمال سلطته في تحديد القانون الذي سيطبقه، فإن هذه الحرية تعتبر أمراً ضاراً بأحد الأطراف، ففي غياب قانون الإرادة يمكن أن يفقد دور المحكم إلى عدم الاستقرار القانوني على نحو لا يتواجد أمام القاضي الوطني⁽²⁹⁾.

وهكذا فإن حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق ستصبح في هذه الحالة خطراً حقيقياً، فليس من المناسب منح المحكم سلطات لا حدود لها بحجة تحقيق قدر من التوازن بين الأطراف؛ ذلك أن المحكم قد يعمد، تحت غطاء عبارات براقية مثل مقتضيات التجارة الدولية أو اعتبارات العدالة والقانون الطبيعي، إلى اختيار قانون ضار بأحد طرفي النزاع دون الآخر، وبالتالي لا يتوافر لهذا الاختيار وصف الحياد *un choix partial*⁽³⁰⁾.

(28) انظر في هذا المعنى:

Yves Derains, L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, op cit.p.383; Attente legitime des parties et droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage commercial international, Travaux du Comité français de droit international privé, 1984 - 1985, p.81 et s.

(29) انظر في هذا المعنى:

Jean-Ch.Pommier, La resolution du conflit de lois en matière contractuelle en presence d'election de droit: le role de l'arbitre, op.cit. p.6, Pierre Mayer, L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé, in Melanges Yvon Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994, p.289; A.Kassis, Le ..nouveau droit europeen des contrats internationaux, op cit, p.498

(30) انظر: د.حسام الأهواني و د. علي الغتيت، قانون التجارة الدولية، جامعة عين شمس، دروس في دبلوم الدراسات العليا للتجارة الدولية، القاهرة، ص 82.

يستفاد مما تقدم أن المحكم يتمتع بسلطة كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غيبة قانون إرادة الأطراف، فهو يستطيع تطبيق القانون الوطني أو القانون الدولي العام، عادات التجارة الدولية أو المعاهدات الدولية... إلخ. ويقرر البعض في هذا الشأن أن: «حرية المحكم الدولي هي في الحقيقة واحدة بالنسبة لكل القواعد القانونية أيا كان مصدرها، وتتضمن هذه الحرية جانبين: حيث يمكنه ألا يطبق المعاهدة رغم قابليتها للانطباق على النزاع، وعلى العكس فهو يستطيع تطبيقها حتى ولو كانت غير قابلة للانطباق على الحالة المعروضة، بل إنه يمكنه تطبيق المعاهدة الدولية حتى ولو لم تكن قد دخلت بعد حيز التنفيذ»⁽³¹⁾.

وإذا كنا قد انتهينا إلى تقرير وجود حرية كبيرة للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه الحرية بلا قيود ترد عليها؟ في واقع الأمر ينبغي التفرقة بين حالتين:

أ- أن يقوم الأطراف بالتعبير عن إرادتهم صراحة أو ضمناً في اختيار قانون ما للانطباق على النزاع، في هذه الحالة يلتزم المحكم بإعمال إرادة الأطراف عن طريق التطبيق الأمين للقانون المختار، وبناء عليه إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة وطنية فإن المحكم ينبغي عليه، في تفسيره لهذا القانون، أن يفسره كما يفعل القضاء والفقهاء في الدولة التي تم اختيار قانونها، وتطبيقاً لهذا في أحد قرارات التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية قام المحكم بالرجوع إلى القضاء الفرنسي - حيث كان القانون الفرنسي هو القانون المختار من الأطراف - وتبنى وجهة نظر محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بسوء النية في حالة العيوب الخفية⁽³²⁾.

ب- أما إذا لم يقر الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن المحكم يتمتع بحرية وسلطة تقديرية واسعة المجال، ومع ذلك فإنه من الملاحظ أن هذه الحرية ليست مطلقة؛ ذلك أن المحكم يتقيد، في وقع الأمر، بأن يطبق في هذه الحالة قانوناً ملائماً يتضمن صلة قوية بالعقد موضوع النزاع.

وفي هذا الشأن تنص المادة السابعة من اتفاقية التحكيم الأوروبية على أنه: «في غيبة قانون الإرادة يقوم المحكم بتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التي يقدر المحكم ملائمتها». وفي نفس السياق تنص المادة (1/21) من اتفاقية عمان العربية على أنه: «إذا أخفقت هيئة التحكيم في محاولتها للتعرف على القانون المراد من جانب الأطراف ولو ضمناً، وجب عليها تطبيق القانون الأكثر صلة مع موضوع النزاع».

(31) انظر في ذلك:

Pierre Mayer, L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé, op cit, p.276.

(32) انظر: قرار التحكيم رقم 1434 الصادر عن غرفة التجارة الدولية مشاراً إليه في:

Erik Loquin, L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage international, Librairies Techniques, Paris, 1980, p.239.

ووفقاً لللائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة بتاريخ 1 مارس 2017 إذا لم يقر الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع «يتولى المحكم تحديد القواعد القانونية التي يرى أنها ملائمة»⁽³³⁾.

وقد أكدت القرارات الصادرة من هيئات التحكيم الدولية على الحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق طالما أن الأطراف لم يحددوا بأنفسهم هذا القانون. من قبيل ذلك قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة 1966 والذي قرر أن: «من الملاحظ أن التطور الحديث للقانون الدولي في مجال التحكيم، والذي يستنتج من بعض المعاهدات بين الدول ومن قرارات التحكيم الصادرة في القضايا التجارية الدولية، قد أظهر أن هيئات التحكيم تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق عندما لا يقوم الأطراف بتحديد»⁽³⁴⁾.

كما يستفاد من قرارات التحكيم أن هناك اتجاهًا لإضفاء الشرعية على تحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق الإشارة إلى الطابع العالمي للقواعد القانونية المختارة، وأن قواعد النزاع الوطنية ذات الصلة بالنزاع تقرر أعمال القانون الذي توصل المحكم إلى تطبيقه»⁽³⁵⁾.

وقد أقرت قوانين التحكيم الصادرة في الدول العربية مبدأ حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة، وفي هذا تقرر المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري أنه: «إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم القواعد القانونية في القانون الذي ترى ارتباطه بصلة وثيقة مع موضوع النزاع».

ومن الملاحظ هنا أن المشرع المصري قد تطلب في القانون المحدد من قبل هيئة التحكيم أن يتضمن روابط وثيقة مع موضوع النزاع les liens les plus étroits. ويعني هذا أن حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق لا يمكن أن تكون مطلقة؛ ذلك أن ممارسة هذه السلطة من المحكم ينبغي أن تتقيد بالبحث عن القانون الذي يرتبط مع العملية التعاقدية

(33) تنص المادة (1/21) من لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة بتاريخ 1 مارس 2017 على أن: «A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées».

(34) قرار التحكيم رقم (1512) الصادر من غرفة التجارة الدولية انظر: S.Jarvin et Y.Derains, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, (1947- 1985), ed.Kluwer, Deventer et Boston, 1990, p.206.

(35) قرار التحكيم رقم (1422) لغرفة التجارة الدولية منشور في نفس المرجع السابق ص 186. وفي نفس المعنى قرارات التحكيم أرقام 3880 ص 462، و 2730، ص 490 وكذلك 5103 الصادر من غرفة التجارة الدولية، انظر:

S.Jarvin et Y.Derains, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, (1986/1990-), ed.Kluwer, Deventer et Boston, 1994, p.361.

بصلة وثيقة، ومن هنا فإن المحكم الدولي يلتزم بالبحث عن القوانين ذات الصلة مع موضوع النزاع، ثم يرجح بينها من أجل اختيار القانون الأكثر صلة والذي يشكل مركز الثقل في العلاقة ⁽³⁶⁾le critère de centre de gravité.

ولم تتضمن قوانين التحكيم العربية الأخرى النص على القيد الذي نص عليه القانون المصري، فقد نصت هذه القوانين على حرية المحكم دون تقييده بهذا الشأن، وعلى سبيل المثال يمكن أن نذكر نص المادة (14/458) من قانون التحكيم الجزائري الذي يقرر أن: «تفصل هيئة التحكيم، في غيبة قانون الإرادة، طبقاً للقواعد القانونية وللعادات التي تراها ملائمة⁽³⁷⁾».

(36) تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن مشروع قانون التحكيم المصري لم يكن يتضمن هذا القيد على حرية المحكم، حيث كان ينص على قيام المحكم باختيار وتطبيق القواعد الموضوعية التي يراها ملائمة. ومن الواضح أن نص مشروع القانون كان يعطي للمحكم سلطة تقديرية لا حدود لها في تحديد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة؛ لهذا فإن اللجنة المشكلة لمراجعة هذا المشروع قدرت أنه من المناسب والضروري تقييد حرية المحكم. في هذا الشأن انظر: تقرير اللجنة المشتركة (لجنة الشؤون الدستورية ولجنة الشؤون الاقتصادية) في خصوص مشروع قانون التحكيم التجاري، الملحق رقم 1 من الاجتماع البرلماني السادس، الاجتماع رقم 1، مجلس الشعب المصري، 20 فبراير 1994، ص 40.

(37) تجدر الإشارة إلى أن أغلب المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم لا تتطلب في القانون الذي يقوم المحكم بتعيينه أن يتضمن رابطة وثيقة مع موضوع النزاع، ونتيجة لذلك تتمتع هيئات التحكيم بسلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق دون قيود في غيبة قانون الإرادة، ويمكن أن نذكر على سبيل المثال نص المادة السابعة من اتفاقية التحكيم الأوروبية لعام 1961 الذي ينص على أنه: «في غيبة قانون الإرادة يقوم المحكم بتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة تنازع القوانين التي يرى المحكم ملائمتها». وفي نفس السياق نص المادة (28) من القانون النموذجي للأمم المتحدة *la loi type de la CNUDCI*، ونص المادة (13) من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية لعام 1988.

الفصل الأول

إسناد العقد إلى قانون وطني

يتحدد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية إما من قبل الأطراف (المبحث الأول)، وإما من جانب المحكم في غيبة قانون الإرادة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق

وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يستند إليه حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق قد يكون الاختيار صريحاً أو ضمناً (المطلب الأول)، ثم نتعرض لبعض الأمور التي تتعلق بكيفية إعمال قانون الإرادة (المطلب الثاني)، ثم نتحدث عن مدى التزام الجهة التي تفصل في النزاع بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الاختيار الصريح والاختيار الضمني

يمكن أن يكون اختيار القانون واجب التطبيق صريحاً أو ضمناً.

1- الاختيار الصريح:

وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، لأطراف العقد الحق في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع. وهذا التحديد لقانون العقد *la lex contractus* يمكن أن يكون صريحاً *designation expresse* إذا تم التعبير عنه بطريقة واضحة لا لبس فيها من جانبهم. وليس هناك من شك أن الاختيار الصريح يعتبر بمثابة ضمانات هامة للأطراف؛ لأنهم يعرفون مقدماً، استناداً إلى هذا الاختيار الصريح، القواعد القانونية التي يلتزم المحكم بوضعها موضع التنفيذ على موضوع النزاع الذي قد ينشأ مستقبلاً، ولهذا فإن الأطراف لديهم مزية تركيز علاقتهم العقدية في قانون يتوافق مع توقعاتهم المشروعة، ومع الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العلاقة.

وقد وجد في هذا الشأن الكثير من الجدل بين أنصار النظرية الشخصية التي تطلق العنان لإرادة الأطراف بلا قيود، وبين أنصار النظرية الموضوعية التي تحتفظ لإرادة الأطراف بدور ملائم مع وضع القيود الكفيلة بعدم إخراج العقد عن وجود قانون يحكمه، وقد انتهى هذا الصراع لصالح أنصار النظرية الموضوعية. وفي الحقيقة فإنه وفقاً لنظرية تركيز العقد (النظرية الموضوعية) *la localisation du contrat* التي عبر عنها العميد باتيفول إذا كان

للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق فإن دورهم يقتصر فقط على تركيز العقد، بينما يقوم القاضي باستخلاص القانون واجب التطبيق⁽³⁸⁾.

وقد اعتنق القضاء الفرنسي نظرية تركيز العقد المشار إليها، ففي حكمها الصادر سنة 1980 أكدت محكمة النقض الفرنسية أنه: «إذا كان تركيز العقد مكانياً يعتمد على إرادة الأطراف فإنه ينتمي إلى القاضي، بعد تفسير الإرادة المشتركة فيما يتعلق بهذا التركيز، استخلاص القانون واجب التطبيق على العقد المتنازع عليه»⁽³⁹⁾.

ويلاحظ أن الأطراف يمكنهم التعبير عن إرادتهم في اختيار قانون الدولة الوطنية التابع لها أحدهم، ويكون هذا الاختيار واضحاً بطريقة كافية في مجال عقود الدولة وهي العقود التي تبرم بين دولة من ناحية وبين شخص خاص أو مستثمر أجنبي من ناحية أخرى، ذلك أنه من أجل اعتبارات تتعلق بسيادة الدولة تحرص الدولة المتعاقدة، أثناء إبرام العقد مع المتعاقد الآخر، على ضرورة أن يتضمن العقد شرطاً يتم وفقاً له تطبيق قانونها الوطني، ويتم في غالب الأحوال تعزيز هذا الاختيار لقانون الدولة المتعاقدة بعوامل أخرى مثل مكان إبرام العقد الذي يقع غالباً في أراضي تلك الدولة⁽⁴⁰⁾.

كما يمكن أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة المستثمر الأجنبي، ويتحقق ذلك في بعض أنواع العقود كما هو الحال في عقد القرض، ولكن يجب هنا أن نوضح أن «تطبيق القانون الوطني للمستثمر الخاص لا يتم إعماله لمجرد أنه القانون الخاص بالمستثمر، وإنما لأن هذا القانون هو الذي يلائم عقد القرض بالنظر إلى الروابط الوثيقة مع الرابطة العقدية»⁽⁴¹⁾.

وفي بعض الحالات يقوم الأطراف باختيار قانون وطني لدولة ثالثة لا ينتمي إليها أطراف العقد، ويحدث هذا عندما يكون لدى كل طرف الخشية من تطبيق القانون الوطني للطرف الآخر، فتتعدد إرادة الطرفين على اختيار قانون (محايد) للانطباق على النزاع، كما قد يهدف الأطراف من وراء اختيار قانون دولة ثالثة إلى تطبيق القانون الأكثر ملاءمة والأكثر تحقيقاً لتوقعاتهم المشروعة،

(38) H. Batiffol, Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats, in Melanges Maury, 1960, tome 1, p.53. Batiffol et Lagarde, Droit international privé, 7e edition, tome 2, LGDJ, 1983, p.257 et ss. P. Mayer, Droit international privé, 5e edition, Montchretien, Paris, 1994, p.454 et ss. Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé, 4e edition, Dalloz, 1993, Pp.135 - 138.

(39) Cour de cassation française, 25; ars 1980, Revue critique de droit international privé, 1980, p.576, note Batiffol. Clunet 1980, p.650, note Kahn.

(40) انظر في هذا الشأن:

Chumphorn Pachusanord, La loi applicable aux différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats, op.cit, p.89 et ss.

(41) د. أحمد عبد الكريم سلامة، تنازع القوانين في مجال القروض الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة

باريس، 1981، ص 354.

V. Ch. Pachusanord, ibid, p.95 et s.

كما هو الحال بالنسبة للعقود البحرية التي يتم إسنادها غالباً إلى القانون الإنجليزي⁽⁴²⁾. تطبيقاً لذلك في أحد أحكام التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية سنة 1992 قُضي، في نزاع يتعلق بعقد مبرم بين شركة إيطالية وشركة بلجيكية، بمشروعية اختيار القانون الفرنسي من جانب أطراف العقد باعتباره قانوناً محايداً⁽⁴³⁾.

وإذا قام الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق على النحو السابق، ترتب على ذلك التزام الهيئة التي تفصل في النزاع بتطبيق هذا القانون، وفي هذا السياق تقرر المادة 1496 من القانون الفرنسي أن: «المحكم يفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي قام الأطراف باختيارها». ويستنتج بعض الفقه الفرنسي من هذا النص ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة من جانب الأطراف صريحاً⁽⁴⁴⁾، بينما يقرر آخرون أن النص المتقدم لم يتعرض لطريقة التعبير عن الإرادة، ومن ثم يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً⁽⁴⁵⁾.

2- الاختيار الضمني:

إذا لم يقرم الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق بطريقة صحيحة، فإن تحديد هذا القانون يمكن مع ذلك أن يستنتج بطريقة ضمنية *désignation implicite* من نصوص العقد، ومن ظروف وملابسات القضية، وفي هذا الشأن تقرر المادة الثالثة من قرار مجمع القانون الدولي، فيما يتعلق بسُلطان إرادة الأطراف في العقود الدولية المبرمة بين أشخاص أنه: «في غيبة الاختيار الصريح، فإن تحديد القانون واجب التطبيق يجب أن يستنتج بطريقة لا لبس فيها من الظروف والملابسات الدالة قطعاً على هذا الاختيار»⁽⁴⁶⁾.

(42) V. El-Badawi Mohamed Gelani, Investissements étrangers et entreprises communes, perspectives d'une collaboration entre les droits nationaux et la lex mercatoria, op.cit, p.502 et ss.

(43) انظر: قرار التحكيم رقم 6773 منشوراً في:

Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995, p.66.

(44) Ph. Fouchard, L'arbitre international en France après le decret du 12 mai 1981, op.cit, p.396.

(45) B. Goldman, La volonté des parties et le role de l'arbitre dans l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, 1981, p.481.

(46) Voir Annuaire de l'Institut de droit international, 1992, p.384.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا القرار الصادر عن مجمع القانون الدولي سنة 1992 لا ينطبق إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة وطنية، وقد رفض أعضاء المجمع اقتراحاً بمقتضاه ينبغي قصر أعمال القرار السابق على حالة القانون واجب التطبيق أمام المحاكم الوطنية، دون تلك الحالة أمام هيئات التحكيم. انظر: نفس المرجع، الجزء الأول، 1991، ص 32، والجزء الثاني، 1992، ص 131، 147، 148، 159-172، ونص القرار ص 382.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أنه وفقاً لرأي أحد أعضاء المجمع فإنه في غيبة الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق، لا ينبغي البحث عن الاختيار الضمني، وإنما يتم إسناد العقد في هذه الحالة للقانون الأكثر صلة بالنزاع. انظر هذا الرأي: للأستاذ م. بيسكاتور M. Pescatore. نفس المرجع السابق، ص 147-148.

وفي نفس السياق تقرر المادة (1/21) من اتفاقية التحكيم العربية المبرمة في عمان سنة 1987 أنه: «تقوم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع طبقاً لنصوص العقد، ووفقاً لنصوص القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره صراحة أو ضمناً».

وبناء على ذلك فإن البحث عن الإرادة الضمنية يجب أن يستند إلى عناصر موضوعية تجد أساساً لها في نصوص العقد ذاته وفي ملابسات القضية، وذلك حتى يمكن تفادي التوصل إلى إرادة مفترضة *une volonté hypothétique* تنسب إلى الأطراف في حين أنه في حقيقة الأمر لا تتوافر هذه الإرادة لديهم⁽⁴⁷⁾.

ومن التطبيقات على ذلك يمكننا أن نذكر الحكم الصادر من المحكمة العليا الكندية سنة 2013 في قضية Agat Laboratories Ltd، وقد قضت المحكمة في هذا الشأن بأن الشرط الوارد في العقد والذي وفقاً له: «أن العقد سوف يفسر وفقاً لقانون مقاطعة ألبرتا»، هذا الشرط لا يعني فقط أن تفسير العقد يخضع لهذا القانون، وإنما كذلك تطبيقه على موضوع النزاع، فهو يعتبر بمثابة اختيار ضمني من قبل الأطراف⁽⁴⁸⁾.

ويلاحظ هنا أن اختيار مكان التحكيم في دولة ما لا يمكن أن يعني انصراف إرادتهم نحو تطبيق قانون هذه الدولة على موضوع النزاع؛ ذلك أن اختيار مقر التحكيم يمكن أن يعتبر دليلاً بسيطاً يجب تعزيزه بواسطة دلائل أخرى، مثل اللغة المستخدمة في العقد والعملية المتفق على السداد بها، تفيد على وجه اليقين اتجاه إرادة الأطراف نحو اختيار قانون دولة مقر التحكيم.

وبناء على ذلك ينبغي التفرقة بين مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وبين مسألة القانون واجب التطبيق على التحكيم ذاته، فاختيار دولة ما لتكون مقر التحكيم لا يمكن أن يعني تطبيق قانون هذه الدولة، بصورة آلية، على موضوع النزاع⁽⁴⁹⁾. وإنما يتوقف تطبيق

(47) تطبيقاً لذلك قُضي في هذا الشأن بأن:

«Lorsque l'intention des parties contractantes sur le droit applicable n'est pas exprimée noir sur blanc, on doit la déduire des termes et de la nature du contrat ainsi que de l'ensemble des circonstances de la cause et c'est cette intention ainsi déduite qui déterminera le droit propre du contrat». V. l'arrêt dans l'affaire Compagnie d'armement maritime (1971) cité par: Alan Redfern et Martin Hunter, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, op.cit, p.101. En même sens Cour de cassation française, 5 décembre 1910, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op.cit, p.84.

(48) انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Gérald Goldstien et al., Chronique de droit international privé canadien (2010 - 2015), Droit civil québécois, Clunet, 2016, n 4, p. 1520.

(49) انظر في هذا المعنى:

J. Iew, Applicable law in international commercial arbitration, op, cit, p. 238. du même auteur, La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, in: le contrat économique international, stabilité et évolution» Travaux des VII journées d'études juridiques, Jean Dabin, Bruxelles, Paris, Bruylant, Pédone. 1975, p. 158 -157. Y.Loussouarn et B. Bourel, Droit international privé, op. cit, p. 474. Alan Redfern et Martin Hunter, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, op. cit p. 101.

قانون دولة مقر التحكيم على موضوع النزاع على الفحص الدقيق لنصوص العقد وملابسات القضية بهدف الوقوف على حقيقة إرادة الأطراف، وإذا وجدت عناصر أخرى تعضد تطبيق قانون مقر التحكيم على موضوع النزاع، ففي هذه الحالة فقط يحدث نوع من التطابق بين قانون مقر التحكيم والقانون الذي يحكم موضوع النزاع، ويمكن بالتالي قبول المقولة التي تقرر أن: «من يختار المحكمة يعتبر أنه قد اختار القانون المطبق» *qui élit judicem élit jus*.

تطبيقاً لذلك فقد قضت هيئة التحكيم في قضية أرامكو أنه: «إذا كان من المسلم أن التحكيم يخضع لقواعد القانون الدولي في هذه القضية، فإن هيئة التحكيم لا تعني بذلك أن يخضع لهذا القانون موضوع النزاع، فالقانون الواجب التطبيق على هذا الأخير يعتبر مستقلاً تماماً عن القانون الذي يخضع له التحكيم ذاته»⁽⁵⁰⁾.

وفي نفس السياق فإننا نجد أن القرارات الصادرة في مجال التحكيم تجري تفرقة أساسية بين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك الذي تخضع له إجراءات التحكيم⁽⁵¹⁾.

المطلب الثاني

كيفية إعمال قانون الإرادة

يتطلب التعرض لمسألة كيفية إعمال قانون الإرادة أن نتحدث عن مشكلة الإحالة، وعن مدى اشتراط وجود رابطة وثيقة بين العقد والقانون المختار لحكمه.

أ) استبعاد الإحالة:

إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، فهل يعني هذا الاختيار تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار، أم تطبق قواعد تنازع القوانين الوارد النص عليها في قانون هذه الدولة؟

إذا قلنا بانطباق قواعد تنازع القوانين وليس القواعد الموضوعية في القانون المختار، فإن هذه

(50) H. Batiffol: La sentence Aramco et le droit international privé, Revue critique de droit international privé, 1964, p. 651.

(51) وفقاً لأحد قرارات التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية سنة 1984 فإن: «by the law of Brazil in all respects, including matters of validity, construction, performance and enforcement».

وفي مجال إجراءات التحكيم نجد أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى تطبيق القواعد المعمول بها لدى غرفة التجارة الدولية في باريس:

«Whenever any question or dispute shall be finally settled by arbitration in Paris, France, by one or more arbitrators appointed in accordance with the rules of conciliation and arbitration of the international chamber of commerce» and that «each arbitration shall be initiated and conducted in accordance with the said rules». V. Sentence de le CCI n 4659, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1986 - 1990, op.cit, p. 33.

القواعد قد تحيل إلى قانون دولة أخرى للانطباق على النزاع، أما إذا قررنا تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار، فإن هذا يتضمن رفض الأخذ بفكرة الإحالة.

من المسلم به أن الإحالة *le renvoi* لا تلعب أي دور في مجال قانون الإرادة؛ ذلك أنه إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، فمما لا شك فيه أن إرادتهم المشتركة تتجه نحو تطبيق القواعد الداخلية الموضوعية في القانون المختار وليس قواعد تنازع القوانين الواردة فيه، ومن ثم لا يمكن الأخذ بفكرة الإحالة في هذه الحالة إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على أن ما ينطبق في القانون المختار هي قواعد تنازع القوانين دون القواعد الموضوعية⁽⁵²⁾.

وتنص في ذلك المادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة 1992 على أن: «يطبق القانون المختار من جانب الأطراف مع استبعاد قواعد التنازع الواردة فيه، إلا في حالة وجود إرادة صريحة على خلاف ذلك من جانب الأطراف»⁽⁵³⁾.

كما تنص المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري على أنه: «إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة ما فإن القواعد الموضوعية هي التي تطبق على النزاع دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك صراحة»⁽⁵⁴⁾.

وفي نفس السياق تنص المادة (1/37) من قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر سنة 2018 على أن: «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون

(52) Ph. Fouchard: L'arbitrage commercial international, thèse, Dalloz, Paris, 1964, Pp.363 - 364. H. Van Houte: la loi applicable à l'arbitrage commercial international, Revue de droit international et de droit comparé, 1980, p.295 - 296. Ch. Pachusanond, La loi applicable aux differends entre Etats et ressortissants d'autres Etats, op.cit, p.83 et ss. P. Mayer, Droit international privé, op.cit, p.468. Y.Loussouarn et P.Bourel, Droit international privé, op.cit, p.223.

(53) تم استبعاد الأخذ بالإحالة كذلك في لائحة البرلمان الأوروبي الصادرة سنة 2008 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية، حيث قضت المادة (20) منها بأنه: «عندما تنص هذه المعاهدة على تطبيق قانون دولة ما فإن المقصود هو إعمال القواعد المادية السارية المفعول في هذه الدولة مع استبعاد قواعد القانون الدولي الخاص». وهذا الحكم مستمد من نص المادة 15 من معاهدة روما لسنة 1980 والتي تم استبدالها بهذه اللائحة. انظر في تفصيل ذلك:

A.Kassis, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, op.cit, p.479. Rapport Giuliano-Lagarde, op.cit, p.37.

(54) كما أن القانون النموذجي للأمم المتحدة الصادر سنة 1985، والذي تبنى القانون البحريني نصوصه، استبعد أيضاً الأخذ بفكرة الإحالة. وتنص في هذا الشأن المادة (1/28) على أن:

«Toute designation de la loi ou de système juridique d'un Etat donné est considerée, sauf indication contraire expresse, comme designant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois». Voir aussi l'article premier de la loi de l'Etat de Bahrein, Revue de l'arbitrage, 1994, p.788.

القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك، بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب في الدولة».

ومع ذلك فإن بعض الفقه يذهب إلى ضرورة الأخذ بفكرة الإحالة، فوفقاً للفقهاء الفرنسي جولمان ينبغي التفرقة بين حالتين: تتعلق أولاهما باختيار القانون واجب التطبيق بواسطة الأطراف، وهنا لا يكون للإحالة أي دور. أما الحالة الثانية فإنها تتعلق بالحالة التي لا يحدد فيها قانون العقد *lex contractus* من جانب الأطراف، وهنا يرى هذا الفقيه أنه: «ليس هناك من سبب لرفض الأخذ بفكرة الإحالة في هذه الحالة، لأن القانون واجب التطبيق لا يركز في هذه الحالة على الإرادة المشتركة للطرفين»⁽⁵⁵⁾.

وفي نفس السياق يرى الفقيه السويسري لاليف أن استبعاد الأخذ بفكرة الإحالة «يتضمن تقييداً لا مبرر له على مبدأ سلطان الإرادة»⁽⁵⁶⁾.

ونحن نرى أن استبعاد الإحالة يعتبر أمراً منطقياً تماماً، فمن ناحية لا يمكن النظر إلى استبعاد الإحالة على أنه يتضمن تقييداً لا مبرر له لمبدأ سلطان الإرادة؛ ذلك أنه إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، فإنه من الطبيعي أن تتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدتين نحو القواعد الموضوعية في القانون المختار وليس إلى قواعد تنازع القوانين التي يحتمل مع الأخذ بها قبول فكرة الإحالة على قانون دولة أخرى، فليس في استبعاد الإحالة - إذن - أي تقييد لمبدأ سلطان الإرادة، بل إن استبعاد الإحالة هو الأمر الذي يتفق مع التفسير الطبيعي والمنطقي لإرادة الأطراف، ولا أدل على ذلك من أنه يمكن الأخذ بفكرة الإحالة إذا أراد الأطراف الخروج عن هذا الوضع الطبيعي بأن اتفقوا صراحة على تطبيق قواعد تنازع القوانين في القانون المختار دون قواعده الموضوعية الداخلية.

ومن ناحية أخرى فنحن نرى أن مبدأ استبعاد الأخذ بفكرة الإحالة ينبغي الأخذ به بصفة عامة، فهو لا ينطبق فقط على الحالة التي يتم فيها تحديد قانون العقد بواسطة إرادة الأطراف، وإنما ينطبق كذلك على الحالة التي يقوم فيها المحكم بتحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة؛ ذلك أن المحكم يلتزم في هذه الحالة بأن يختار قانوناً ملائماً (وفقاً لتعبير القانون الفرنسي والقانون الجزائري) *la loi appropriée*، أو القانون الذي يرتبط مع العقد بالعلاقة الأكثر توثقاً (وفقاً للتعبير المستخدم في كل من القانون المصري والقانون السويسري) *la loi qui presente les liens les plus étroits avec le litige*. وليس هناك من شك في أنه إذا اختار المحكم قانون دولة ما باعتباره قانوناً ملائماً أو باعتباره القانون الذي يرتبط بعلاقة

(55) B. Goldman: Le droit applicable selon la convention de la BIRD du 18 mars 1965, op.cit, Pp.148 - 149.

(56) Voir les observations de P. Lalive sur la Resolution de l'Institut de droit international, Annuaire de l'Institut, vol 64, tome 1, 1991, p.34.

وثيقة مع موضوع النزاع، فإنه سيطبق القواعد الموضوعية من هذا القانون دون قواعده المتعلقة بتنازع القوانين، ومن ثم يستبعد الأخذ بفكرة الإحالة كذلك في هذه الحالة⁽⁵⁷⁾.

وعلى الرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر من المبادئ المستقر عليها في مجال قانون العقد، فإننا نجد أن بعض أحكام التحكيم قد أخذت بفكرة الإحالة، فوفقاً لقرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة 1977 قرر المحكم أنه: «إذا كانت مشاركة التحكيم المبرمة بين الأطراف قد نصت على تطبيق القانون البلجيكي على موضوع النزاع، فليس معنى ذلك أن تطبق القواعد الداخلية من هذا القانون على كل ما يترتب على العقد من آثار». وقد أضاف المحكم أنه: «في مجال العقود الدولية فإن القاضي يتعين عليه أن يحدد ما هي النواحي التي يجب أن تخضع لقواعد تنازع القوانين في القانون البلجيكي المختار من جانب الأطراف». وقد استخلص القاضي لذلك أن: «اختيار الأطراف للقانون البلجيكي للانطباق على النزاع ينبغي أن يفهم منه ليس فقط تطبيق القواعد الموضوعية في القانون البلجيكي وإنما كذلك قواعده المتعلقة بتنازع القوانين»⁽⁵⁸⁾.

ولا شك أن القرار السابق يعتبر قراراً معيباً؛ ذلك أنه من ناحية يتعارض مع ما هو مسلم به من عدم جواز الأخذ بفكرة الإحالة في مجال قانون الإرادة، كما أنه من ناحية أخرى قام فيه المحكم بتشبيه الدور الذي يقوم به المحكم في أعمال القانون واجب التطبيق بدور القاضي الوطني، وإذا كان هذا الأخير لديه قانونه الوطني *lex fori* الذي يلتزم بتطبيق قواعد التنازع الواردة به حال عدم وجود قانون الإرادة، فإن المحكم على خلاف ذلك ليس لديه قانون وطني يلتزم بالرجوع إليه في هذه الحالة⁽⁵⁹⁾.

كما أن قبول فكرة الإحالة قد تم إقراره بواسطة نصوص بعض المعاهدات الدولية. من قبيل

(57) انظر في هذا المعنى:

Y. Lousouarn et P. Bourel, Droit international privé, op.cit, p.223. Van Houtte, La loi applicable à l'arbitrage commercial international, op.cit, p.295 et s. Ch. Pachusanord, La loi applicable aux différends entre Etat et ressortissants d'autres Etats, op.cit, p.84. A. Kassis: Le nouveau droit européen des contrats internationaux, op.cit, p.479. Rapport Giuliano-Lagarde, op.cit, p.37.

(58) انظر: قرار التحكيم رقم (1704) الصادر عن غرفة التجارة الدولية سنة 1977 منشوراً في:

Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974 - 1985, p.312.

(59) وفي حكم حديث نسبياً صدر عن غرفة التجارة الدولية سنة 1995 قام الأطراف باختيار القانون السويسري للانطباق على العقد، ومع ذلك فقد قررت هيئة التحكيم أن:

« Le faisceau d'éléments qui lui était soumis et qui designait la loi du pays concerné devait le conduire à appliquer non pas le droit substantiel de ce pays, mais sa règle de conflit. Or la règle de conflit de ce pays, particulièrement desuete, designait la loi du lieu de conclusion du contrat ». Sentence de la CCI n° 8113 en 24 fevrier 1995, citée par Ibrahim Fadlallah, L'ordre public dans les sentences arbitrales, RCADI, tome 249, 1994, p.419.

ذلك⁽⁶⁰⁾ نص المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن المبرمة سنة 1965 والذي يقرر أنه: «في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون واجب التطبيق، تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع - بما يشمل قواعد تنازع القوانين الواردة في هذا القانون - وكذلك مبادئ القانون الدولي في مجال التحكيم».

ومن الملاحظ هنا أن النص السابق قد أخذ بفكرة الإحالة، في مجال العقود المبرمة بين دولة من ناحية وطرف خاص أجنبي من ناحية أخرى، في حالة غيبة قانون الإرادة، ومؤدى هذا أنه لا يجوز قبول الإحالة في الحالة التي يقوم فيها الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق، ومع ذلك فإن قبول الإحالة هنا يعتبر أمراً منتقداً استناداً إلى أنه يتم تطبيق قانون دولة لا تعرفه الأطراف مقدماً. على عكس الحال فيما لو اكتف النص المتقدم بتطبيق القواعد الموضوعية في قانون الدولة الطرف في النزاع، حيث يكون لدى الأطراف المعرفة السابقة بالقانون الذي سيطبق على العقد إذا لم يتفقوا على تحديده⁽⁶¹⁾.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن مشروع القانون الدولي الخاص لجامعة الدول العربية قد قبل الأخذ بفكرة «الإحالة من الدرجة الأولى»، ويقصد بها الإحالة التي تتم من القانون الأجنبي المختص بنظر النزاع على قانون القاضي المعروض عليه هذا النزاع، ولاشك أن مثل هذا النص يقتصر إعماله أمام القضاء الوطني وليس أمام هيئات التحكيم التي لا يتوافر بالنسبة لها قانون وطني خاص بالمحكم⁽⁶²⁾.

ب) مدى اشتراط وجود علاقة وثيقة بين العقد والقانون المختار لحكمه:

تعتبر مسألة وجود علاقة بين العقد والقانون المختار لحكمه من المسائل الهامة التي ينبغي بحثها في مجال العقود الدولية، وتنص في ذلك المادة (2/39) من قانون التحكيم المصري على أنه: «إذا لم يقرم الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق، قامت هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي يرتبط مع العقد بالعلاقة الأكثر توثقاً». وقد تطلبت معاهدة روما المبرمة سنة 1980 ضرورة وجود علاقة وثيقة بين العقد والقانون المطبق⁽⁶³⁾.

(60) تنص في ذلك المادة (20) من لائحة البرلمان الأوروبي لسنة 2008، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية. (Reglement Rome I) على أن:

«Lorsque le present reglement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les regles de droit materiel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des regles de droit international privé, sauf disposition contraire du present reglement».

(61) انظر في هذا المعنى:

Georges Delaume, L'affaire du plateau des pyramides et le CIRDI, considérations sur le droit applicable, Revue de l'arbitrage, 1994, p.52.

(62) انظر مشروع القانون الدولي الخاص الصادر عن جامعة الدول العربية منشوراً في:

Revue critique de droit international privé, 1984, p.383

(63) تنص المادة (1/4) من معاهدة روما في هذا الشأن على أن:

= « Le contrat est regie par la loi du pays avec lequel il presente les liens les plus étroits».

وإذا استعنا في هذا الشأن بلائحة البرلمان الأوروبي الصادرة سنة 2008 والتي حلت محل معاهدة روما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، فإننا نجد أن المادة (3/3) تنص على أنه إذا كانت عناصر الإسناد تتركز بين العقد وقانون آخر غير القانون الذي اختاره الأطراف (وهو ما يعني أن قانون الإرادة منبت الصلة بالعقد) على القاضي إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الآخر والتي لا يستطيع الأطراف مخالفتها⁽⁶⁴⁾. وعلى العكس من ذلك فإن القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1985 قد منح لهيئة التحكيم الحرية في اختيار القانون الذي ترى ملاءمة تطبيقه على النزاع (المادة 2/28)⁽⁶⁵⁾، وهو نفس الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي (المادة 1496).

من الناحية النظرية يمكن القول إن القوانين التي تتطلب في القانون المختار توافر علاقة وثيقة مع موضوع النزاع تعتبر أكثر صرامة وتشدداً من تلك القوانين التي تترك للمحكم حرية اختيار القانون الملائم. وتجدر الإشارة إلى أن تقييد سلطة المحكم باشتراط هذه العلاقة الوثيقة يعتبر أمراً هاماً وضرورياً؛ لأن السلطة المطلقة قد تقود إلى إساءة المحكم استعمالها⁽⁶⁶⁾.

ومع ذلك فإنه من الملاحظ أنه من الناحية العملية لا يوجد اختلاف كبير بين هذين الاتجاهين وأنهما يقودان في غالب الأحوال إلى نتائج واحدة⁽⁶⁷⁾؛ ذلك أن المحكم يبحث دائماً، حتى في

= وقد وضعت الفقرة الثانية من نفس المادة العديد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير توافر هذه العلاقة الوثيقة المطلوبة بين العقد والقانون المختار، حيث قررت أن:

«Le contrat presente les liens les plus etroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caracteristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa residence habituelle où, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale».

(64) تنص في ذلك المادة (3/3) من لائحة البرلمان الأوروبي لسنة 2008 على أن:

«Lorsque tous les éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord».

(65) وجدت عدة آراء، أثناء الإعداد للقانون النموذجي للأمم المتحدة، فيما يتعلق بالقانون الذي يتعين على هيئة التحكيم تطبيقه في حالة غيبة قانون الإرادة: فوفقاً لرأي البعض يجب تبني الحل الذي سبق أن أقرته الأمم المتحدة في لائحة التحكيم الصادرة سنة 1976 والذي يقضي بأن: «تقوم هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي تشير إليها قاعدة تنازع القوانين المنصوص عليها في القانون الذي يرى المحكم ملاءمة تطبيقه على النزاع». بينما يرى آخرون ضرورة أن يترك للمحكم تطبيق القانون الذي يراه ملائماً كما هو الحال في القانون الفرنسي. وقد تم إقرار الرأي الأول مع الإشارة إلى أن كلا من هذين الاتجاهين يؤديان إلى نفس النتيجة من الناحية العملية. انظر في ذلك:

Rapport du groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa quatorzieme session (Vienne 415- octobre 1982), Annuaire de la CNUDCI, 1983, vol XIV, p.5253-. Voir également troisieme session, 1982, vol XIII, p.321 - 322, sixieme session, 1984, vol XV, p.161.

(66) لذلك فقد قيل في هذا الشأن إن:

«Cette formule (les liens les plus etroits) presente cependant certains avantages par rapport à la totale discretion donné aux arbitres par le droit francais». V. E.Gaillard: Point de vue d'un utilisateur etranger, Revue de droit des affaires internationales, 1989, p.799.

(67) P.Lalive et E.Gaillard, Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse, Clunet, 1989, p.946. P.Lalive et al., Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, édition Payot, Lausanne, 1989, p.399.

= ومع ذلك يفسر بعض الفقه نص المادة (187) من القانون الدولي الخاص السويسري، والذي يتطلب في

الأحوال التي يوكل إليه فيها اختيار القانون الملائم للنزاع، عن تحقيق نوع من التوازن بين أطراف النزاع؛ لأنه يستمد سلطته في الفصل في النزاع المعروض عليه من اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، ولذلك يقوم المحكم غالباً باختيار قانون على علاقة وثيقة بالعقد.

تجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص السويسري بعد أن نص على قواعد الإسناد العادية، نص في المادة (1/15) على أن: «القانون واجب التطبيق الذي يتم تحديده وفقاً لنصوص هذا القانون (أي القانون السويسري) لا يتم، بصفة استثنائية، إعماله إذا تبين على ضوء ظروف الحال أن القضية لا ترتبط إلا بعلاقة ضعيفة مع هذا القانون، وأنه توجد علاقة أكثر توثقاً مع قانون آخر». ومع ذلك فإنه من الملاحظ أن الفقرة الثانية من نفس المادة (2/15) أوضحت أن النص السابق لا ينطبق في مجال مبدأ سلطان الإرادة⁽⁶⁸⁾.

ولذلك فإن أغلب الفقه يرى أن الأطراف لهم كامل الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد حتى ولو كان هذا القانون لا يرتبط بأية علاقة مع موضوع النزاع؛ ذلك أنه في مجال العقود الدولية من حق الأطراف اختيار القانون بغض النظر عما إذا كان هذا القانون يرتبط مع النزاع بعلاقة ما⁽⁶⁹⁾.

ويلاحظ أنه حتى بالنسبة للرأي الذي يشترط وجود علاقة بين العقد والقانون المختار، فإنه توجد معايير مرنة بالنسبة لهذه العلاقة المطلوبة، حيث يمكن الاكتفاء على سبيل المثال بإحالة الأطراف على نصوص عقد نموذجي تم إعداده طبقاً لنصوص قانون معين حتى ولو كان هذا الأخير لا يرتبط مع العقد بعلاقة ما⁽⁷⁰⁾.

وتوجد مع ذلك بعض القوانين التي تستلزم حتماً ضرورة قيام الأطراف باختيار قانون على صلة وثيقة بالعلاقة التعاقدية. ويكرس قانون التحكيم الإسباني الصادر في 5 ديسمبر 1988 هذا الوضع بطريقة واضحة، حيث تنص المادة (62) منه على أن «يفصل المحكمون في النزاع طبقاً للقانون المختار صراحة من الأطراف، بشرط وجود علاقة ما بين هذا القانون والعقد المبرم بين الطرفين أو النزاع الناشئ عنه»⁽⁷¹⁾.

= القانون المختار من المحكم أن يرتبط بعلاقة وثيقة مع العقد، بالقول إن المحكم يلتزم بتطبيق قانون دولة وطنية على النزاع. انظر رأي الأستاذ بوشر Bucher معروضاً في نفس المرجع، ص 399 وما بعدها. (68) انظر نص القانون الدولي الخاص السويسري منشوراً في:

Revue critique de droit international privé, 1988, p.409.

(69) يقرر الفقيه السويسري بي. لاليف P.Laliv في هذا الشأن أن:

« En matière d'arbitrage international, et quelle que soit la position que l'on adopte dans le domaine du droit international privé des contrats, il n'est pas nécessaire que la loi choisie par les parties ait un rapport raisonnable avec la cause. Nous diront même volontiers que l'absence de ce lien constitue, précisément, en matière d'arbitrage, un rapport raisonnable». P.Laliv: Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial, RCADI, tome 120, 1967, p.623. en même sens Voir Lew: Applicable law in international commercial arbitration, op.cit, p.104 et s.

(70) انظر في هذا المعنى:

H. Batiffol, La loi approprié au contrat, op.cit, p.4 et s.

(71) انظر نص قانون التحكيم الإسباني رقم 36 لسنة 1988 والصادر في 5 ديسمبر 1988 منشوراً في:

Revue de l'arbitrage, 1989, p.352.

وفي نفس السياق فإنه أثناء المفاوضات التي سبقت إبرام معاهدة فيينا سنة 1985 المتعلقة بالبيع الدولي، قدمت الولايات المتحدة الأمريكية اقتراحاً وفقاً له «إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، واتضح من الظروف أنه لا توجد رابطة معقولة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية، قام القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لنص المادة الثامنة (وهي المادة المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة)»⁽⁷²⁾. وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً باستبعاد القانون واجب التطبيق المختار من قبل الأطراف؛ معللة ذلك بأن تطبيق القانون السويدي لا يلائم العقد: لأن هذا القانون يجهل فكرة الاشتراط لمصلحة الغير⁽⁷³⁾.

ولا شك أن الحكم السابق يوجه إليه النقد، لأنه كان من الواجب على المحكم البحث عن حل ملائم للنزاع في نظام القانون المختار وفي السوابق القضائية التي تشكل جزءاً لا يتجزأ من هذا النظام. وفي هذا الشأن يقرر الفقيه الفرنسي ماير: «أن كل نظام قانوني تتضمن قواعده الحل لأي مشكلة قانونية مثارة»⁽⁷⁴⁾. كما يقرر العميد باتيفول، تعليقاً على قيام بعض المحكمين في الماضي باستبعاد قانون الدولة الأضعف في العلاقة، بأنه «إذا كانت العملية التعاقدية ترتبط فعلاً بعلاقات وثيقة أو راجحة مع قانون إحدى الدول النامية، فليس من العدل استبعاد قانون تلك الدولة في غيبة الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق»⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾.

وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية من المقرر أنه لأطراف العقد كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، بغض النظر عما إذا كان القانون المختار توجد بينه وبين العقد صلة ما، فقد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة ما لحكم العقد لمجرد أنه أكثر تحراً من غيره بالنسبة للشروط المتعلقة بصحة التعاقد الإلكتروني⁽⁷⁷⁾.

(72) وقد قام الفقيه الأمريكي ريز Reese بتفسير هذا الاقتراح مقررًا أن:

« Les Etats-Unis considerent qu'il est important de limiter un peu plus la liberté des parties de choisir la loi applicable. Il donne l'exemple d'un contrat ayant des facteurs de rattachement aussi bien avec l'Etat A qu'avec l'Etat B et illicite dans ces deux Etats. Si un tel contrat prévoit l'application de la loi de l'Etat C, dans lequel les activités sur lesquelles il porte sont licites, l'absence d'une disposition comme celle proposée par les Etats-Unis provoquerait des distorsions selon que le contrat serait soumis aux tribunaux des Etats A ou B, qui l'appliqueraient». Voir la proposition des Etats-Unis in P.Lagarde Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI, tome 196, 1986, p.61 et s.

(73) Voir. Cour de cassation française, 22 octobre 1974, cité par Batiffol, la loi approprié au contrat, op.cit, p.7 et s..

(74) Pierre Mayer, La distinction entre règles et décision et le droit international privé, Dalloz, Paris, 1973, p.69.

(75) Batiffol, La loi approprié au contrat, op cit, p.8 et s.

(76) قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر سنة 1980 باستبعاد تطبيق القانون الفرنسي نظراً إلى أنه لا يرتبط مع العقد بصلة وثيقة، ورداً على ادعاء الشركة الفرنسية بأن تطبيق القانون التايلاندي في هذه القضية لا يتلاءم مع العقد قررت المحكمة أن:

«La loi thaïlandaise a fait l'objet d'une codification, que la responsabilité de l'entrepreneur de travaux, comme la prescription de l'action en garantie sont régies par différents articles du code civil et commercial thaïlandais qui sont clairs et précis et ne présentent aucune difficulté majeure d'interprétation». Voir Cour d'appel de Paris, 22 septembre 1980, Clunet, 1980, p.585, note Ph. Kahn.

(77) انظر في هذا المعنى بحثنا: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والخمسون، سنة 2001، ص 202.

ونخلص من ذلك أن الاتجاه الحالي يركز على أن للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون واجب التطبيق حتى ولو كان هذا القانون لا يرتبط مع العلاقة التعاقدية بصلته ما، وتطبيقاً لذلك ففي أحد قرارات التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية سنة 1992، أكدت هيئة التحكيم أنه: «من المسلم به، في حقيقة الأمر، أن مبدأ سلطان الإرادة يسمح للأطراف بإخضاع علاقتهم التعاقدية لنظام قانوني لا توجد بينه وبين أطراف العقد أو موضوع النزاع أية رابطة»⁽⁷⁸⁾.

المطلب الثالث

الالتزام بتطبيق قانون الإرادة

إذا لم يقيم القاضي أو المحكم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف فإن التساؤل يثار عن الجزاء الذي يوقع في هذه الحالة، فهل يعتبر الحكم صحيحاً إذا قام القاضي أو المحكم بتطبيق قانون آخر غير القانون الذي قام الأطراف بتحديدته للانطباق على النزاع؟

أجابت المادة (1/53) من قانون التحكيم المصري على هذا مقررته أن من بين الأسباب لقبول دعوى البطلان ضد قرارات التحكيم: «أن تستبعد هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه من الأطراف للانطباق على موضوع النزاع». ويستفاد من ذلك أن عدم احترام المحكم للقانون المختار من الأطراف سيعيب هذا القرار ويجعله باطلاً⁽⁷⁹⁾، وهو نفس الحكم الذي يستفاد من قانون التحكيم الإماراتي الجديد الصادر سنة 2018⁽⁸⁰⁾. كما يلاحظ كذلك أن قرار التحكيم سيكون مصيره البطلان كذلك في الحالة التي يرتكب فيها المحكم خطأ فاحشاً في تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف إذا أدى هذا الخطأ إلى تشويه ومسخ محتوى هذا القانون⁽⁸¹⁾.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن هيئة التحكيم لا تلتزم فقط بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، وإنما تلتزم كذلك بتطبيقه وتفسيره على النحو المعمول به في بلد صدوره، ويعتبر القانون الدولي الخاص الفيتنامي الصادر سنة 2015 من القوانين الحديثة التي نصت على ذلك صراحة المادة (667).⁽⁸²⁾

(78) Sentence de la CCI n° 6773 en 1992, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1995, p.66.

(79) من الملاحظ أن إبطال قرار التحكيم بسبب عدم الالتزام بالقانون المختار من الأطراف لم يكن من بين أسباب البطلان في مشروع قانون التحكيم المقدم من الحكومة المصرية، وقد قدرت اللجنة المشكلة لمراجعة هذا المشروع ضرورة إضافة هذا السبب إلى أسباب بطلان قرارات التحكيم. انظر: تقرير اللجنة المشتركة لمراجعة مشروع قانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص 43.

(80) تنص المادة 1/53 من قانون التحكيم الإماراتي الصادر سنة 2018 على أن: «لا يقبل الاعتراض على حكم التحكيم إلا بموجب رفع دعوى بطلان إلى المحكمة أو أثناء نظره طلب المصادقة على الحكم، وعلى طالب البطلان أن يثبت أي من الأسباب الآتية: 5- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع».

(81) انظر تقرير لجنة مراجعة مشروع قانون التحكيم المصري، المرجع السابق، نفس الموضوع.

(82) انظر في ذلك:

ونجد مثلاً شهيراً على ذلك في القضية التي سبق أن أشرنا إليها وهي قضية تحكيم chromalloy بين الحكومة المصرية وإحدى الشركات الأمريكية التي تعهدت بمقتضى العقد بتزويد وزارة الدفاع المصرية بقطع غيار لطائرات الهليكوبتر، وقد قام وزير الدفاع المصري - بسبب تقاعس وتأخر الشركة في تنفيذ التزاماتها - بإلغاء العقد على اعتبار أنه عقد إداري يحق له فسخه وفقاً لقواعد القانون المصري وهو القانون المختار من قبل الأطراف لحكم العقد.

ولما كان قرار التحكيم قد صدر لصالح الشركة الأمريكية الذي طبق قواعد القانون المدني على العقد وليس قواعد القانون الإداري، فقد طعنَت الحكومة المصرية على قرار التحكيم أمام القضاء المصري «دولة مقر التحكيم»، وتم الحكم ببطلان قرار التحكيم من محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 1995/12/5.

ونعتقد أن نفس الحكم بالبطلان يتعين أن يتقرر في حالة اختصاص القاضي بنظر النزاع. فإذا كان النص السابق قد ورد في قانون التحكيم فإنه قياساً على ذلك يعتد به بالنسبة لأحكام القضاء؛ لأن الأمر يتعلق بمجال واحد وهو عقود التجارة الدولية.

وتجدر الإشارة إلى أن غالبية القوانين الأجنبية لا تنص على الجزاء الذي يترتب على عدم التزام القاضي أو المحكم بتنفيذ إرادة الأطراف فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث لا يعتبر من بين أسباب البطلان عدم تطبيق قانون الإرادة، فعلى سبيل المثال تنص المادة (1/19) من القانون المدني المصري على أن: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه». ومن الواضح أن قانون الإرادة هو الذي يتعين تطبيقه إلا أن النص السابق لم ينص على الجزاء المترتب على مخالفة حكمه.

ونستخلص مما تقدم أن الهيئة التي تفصل في النزاع تلتزم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف حتى ولو لم يكن هذا القانون مرتبطاً مع العلاقة العقدية بصفة ما⁽⁸³⁾، وإن كانت معظم القوانين لا تنص على الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة هذا الالتزام.

Quoc Chien Ngo, Le nouveau droit international privé Vietnamien: grands pas et faux pas de la réforme, Revue critique de droit international privé, 2016, p.621.

(83) تطبيقاً لذلك أكد قرار التحكيم أن:

« In the absence of any expressed or clearly inferred intention or agreement by the parties, we agree that respondent's contention would have some force. However (the applicable law clause) in the 1964 contract specifically provides that the rights and obligations of the parties under this contract shall be governed in all respect by the laws of the state of New York USA.»

وأضاف هذا القرار كذلك أن:

« We are satisfied that this clearly expressed agreement in the 1964 contract is valid and overrides any other consideration of what the proper law might be». V.Sentence n 4367 en 16 novembre 1984, Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1986 - 1990), op cit, p.18.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة

في غيبة قانون الإرادة فإن الوضع، فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، يكون في غاية السهولة أمام القاضي الوطني، حيث يقوم بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في قانون دولته، ومن الملاحظ هنا اختلاف القواعد التي يتم الأخذ بها من دولة إلى أخرى:

الاتجاه الأول - تطبيق قانون محدد سلفاً (مبدأ الإسناد الجامد):

هناك من الدول من تأخذ بنظام إسناد يتسم بالجمود والصرامة *un système de rattachement rigide*، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإيطالي في الفترة السابقة على دخول معاهدة روما، المبرمة سنة 1980 والخاصة بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية، حيز التنفيذ. فوفقاً للمادة (25) من القانون المدني الإيطالي فإن الالتزامات الناشئة عن العقد تخضع لقانون جنسية كل من الطرفين في حالة اتحاد الجنسية، ولقانون مكان إبرام العقد في حالة اختلاف الجنسية، وذلك إذا لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة أخرى. وقد أخذ القانون المدني المصري في المادة (19) وكذلك القانون الكويتي بنفس الحلول في غيبة قانون الإرادة⁽⁸⁴⁾، وإن كان قد تبنى معيار الإسناد *le critère de rattachement* الخاص بالموطن المشترك بدلاً من معيار الجنسية المشتركة الذي تبناه القانون الإيطالي⁽⁸⁵⁾. وفي نفس الاتجاه نصت المادة (18) من القانون الجزائري على تطبيق قانون مكان إبرام العقد إذا لم يتفق الأطراف على اختيار قانون دولة أخرى.

يتضح من العرض السابق أن هذا الاتجاه يأخذ بنظام إسناد مزدوج الجانب، فيوجد إسناد أساسي *rattachement principal* لقانون الإرادة الذي يقوم المتعاقدان بتحديدده، كما يوجد

(84) تنص المادة (19) من القانون المدني المصري الصادر سنة 1948 على أن: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه».

من قبيل ذلك أيضاً نص المادة (59) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، حيث ينص على أن: «يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار».

(85) من الملاحظ أن مشروع القانون الدولي الخاص لجامعة الدول العربية قد تبنى نص المادة (19) من القانون المدني المصري في هذا الشأن. فوفقاً للمادة (80) من هذا المشروع فإنه: «يسري على الشروط الموضوعية والشكلية للالتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وإذا لم يكن الموطن مشتركاً فإن قانون دولة إبرام العقد هو الذي يسري، كل هذا ما لم يتبين أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق قانون دولة أخرى».

إسناد مساعد *rattachement subsidiaire* لا يتم اللجوء إليه إلا إذا تبين تخلف الإسناد الرئيسي وهو الإسناد لقانون الموطن المشترك (أو قانون الجنسية المشتركة) أو قانون مكان إبرام العقد. وإذا كان هذا النظام للإسناد يتميز بأنه نظام معروف على وجه التحديد مقدماً، إلا أن إعماله قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة، ويرجع ذلك إلى أنه توجد عناصر أخرى للإسناد أكثر أهمية من مكان الإبرام كما هو الحال بالنسبة لمكان التنفيذ *lex loci executionis*، ومن أجل ذلك فإننا نجد أن لائحة التحكيم الفرنسية - الجزائرية المبرمة في 27 مارس 1983 قد نصت على تطبيق قانون الدولة التي يتم بها تنفيذ الجزء المتميز من العملية التعاقدية⁽⁸⁶⁾ *la prestation la plus caracteristique du contrat*.

الاتجاه الثاني - تطبيق قانون غير محدد سلفاً (مبدأ الإسناد المرن):

يوجد اتجاه آخر وفقاً له يقوم القاضي، في غيبة قانون الإرادة، بالبحث عن القانون الذي يرتبط بعلاقة وثيقة مع العقد، وإذا كان نظام الإسناد الحالي يتسم بالمرونة ويؤدي في غالب الأحوال إلى نتائج أكثر عدالة من نظام الإسناد الجامد سالف الذكر، إلا أن إعماله على نحو دقيق يتطلب أن يبذل القاضي جهداً كبيراً في التعرف على قوانين الدول التي ترتبط مع العقد بعلاقة ما بهدف التوصل إلى قانون الدولة الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية، وهذا هو نظام الإسناد المتبع في القانون الفرنسي والقانون السويسري، حيث يترك للقاضي أمر تحديد القانون واجب التطبيق، على ضوء عناصر الإسناد المتوفرة أمام القاضي مثل مكان الإبرام، مكان التنفيذ... الخ.

وإذا كانت مهمة القاضي الوطني سهلة نسبياً بالنسبة لمسألة تحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة حيث يطبق القانون المشار إليه بواسطة قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في قانون دولته، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمحكم الدولي. ويرجع ذلك إلى أنه ليس لدى المحكم قانون وطني يمكنه الرجوع إليه عندما لا يوجد اختيار من جانب الأطراف، كما أن المحكم، على خلاف القاضي لا يستمد سلطته فيما يتعلق بالحكم في النزاع من قانون دولة ما، وإنما يستمد تلك السلطة من اتفاق التحكيم الذي لولا وجوده لما اختص بالنظر في النزاع، ولعرض الأمر على القضاء الوطني.

ويترتب على ذلك أن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية كبيرة في تحديد القانون واجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة، فهو لا يلتزم بتطبيق قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون دولة ما بالأولوية على تلك القواعد الواردة في قانون دولة أخرى، وإنما يطبق القواعد التي يرى أنها أكثر ملاءمة على النزاع المعروض عليه، وهو الأمر الذي من شأنه أن يختلف الحل المتوصل

(86) Ali Mebroukine, Le reglement d'arbitrage algero-francais du 27 mars 1983, Revue de l'arbitrage, 1986, p.215 et ss.

إليه بحسب المحكم المعروض عليه النزاع، وبحسب طبيعة العلاقة المعروضة عليه.

تطبيقاً لذلك فقد قررت إحدى هيئات التحكيم التابعة لمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في الحكم الصادر سنة 1985 أن: «تحديد القانون واجب التطبيق يتوقف كقاعدة عامة، على ما يختاره الأطراف، وفي غيبة هذا الاختيار فإن هيئة التحكيم تطبق، طبقاً لنص المادة (1/33) من لائحة التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة سنة 1976، القانون الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين التي يرى المحكم ملاءمة تطبيقها على النزاع»⁽⁸⁷⁾، على أن تطبيق قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد لا يتم بصورة آلية، ففي بعض الحالات قد يستبعد إعمال هذا القانون إذا تبين له أن تطبيقه يؤدي إلى نتائج غير مرضية.

تطبيقاً لذلك ففي أحد قرارات التحكيم الصادرة سنة 1993 من غرفة التجارة الدولية، قررت هيئة التحكيم المنعقدة في سويسرا تطبيق، في غيبة قانون الإرادة، المادة (1/187) من القانون الدولي الخاص السويسري التي تشير بتطبيق قانون الدولة التي توجد علاقة وثيقة بينها وبين العلاقة العقدية. ولما كانت عناصر الإسناد ترجح تطبيق القانون الفرنسي (حيث إن فرنسا هي مكان تنفيذ العقد بالإضافة إلى أنها مكان السداد وموطن المدين) على القانون الجزائري، فإنه كان من الطبيعي أن تقرر هيئة التحكيم تطبيق القانون الفرنسي.

ومع ذلك فقد تم استبعاد تطبيق هذا القانون؛ لأن إعماله كان يتضمن الكثير من الصعوبات غير القابلة للحل فيما يتعلق بتقادم العقد، لهذا قررت هيئة التحكيم تطبيق القانون الجزائري بدلاً من القانون الفرنسي؛ لأن إعمال القانون الأول هو الذي يؤدي إلى الحفاظ على المطالب الخاصة بطرفي النزاع⁽⁸⁸⁾.

(87) قرار تحكيم بتاريخ 7 يوليو 1985 مشاراً إليه لدى د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، القاهرة، 1986، ص 97. وانظر في نفس المعنى حكم التحكيم الصادر من مركز القاهرة للتحكيم بتاريخ 31 ديسمبر 1989 في القضية رقم 89/14، مشاراً إليه لدى د. محمد أبو العينين، مبادئ التحكيم التي أسسها مركز التحكيم بالقاهرة، مؤتمر معهد القانون الدولي التابع لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 30 أكتوبر 1993.
(88) V. sentence de la CCI no 7154 en 1993, Clunet 1994, p.1059, note Yves Derains.

الفصل الثاني

إسناد العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية

لاشك أن إسناد العقد إلى قانون دولة معينة هو الذي يشكل الأساس عند الحديث عن أعمال القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. على أن الصعوبة توجد إذا قام الأطراف باختيار نظام قانوني غير وطني للانطباق على موضوع النزاع، أو أسند المحكم الدولي العقد إلى مثل هذا النظام في غيبة قانون الإرادة، فما هي مشروعية هذا الإسناد؟ وإذا كان إسناد العقد إلى نظام قانوني غير وطني يعتبر أمراً مشروعاً، فهل يحتوي هذا النظام على قواعد كافية قادرة على حكم كل ما يثور من منازعات بين أطراف العقد؟

يقتضي الحديث عن إسناد العقد إلى نظام قانوني غير وطني أن نتكلم أولاً عن مبدأ إخضاع العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية (المبحث الأول)، كما نتعرض لتحديد كيفية إسناد العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية (المبحث الثاني)، ثم نبحت بعد ذلك مسألة مدى كفاية القواعد القانونية غير الوطنية لحكم عقود التجارة الدولية (المبحث الثالث)، كما نتناول تحليلاً لبعض قرارات التحكيم التي تتعلق بتطبيق قواعد قانونية غير وطنية (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مبدأ إخضاع العقد لقواعد غير وطنية (فكرة العقد بلا قانون)

تفترض نظرية العقد بلا قانون le contrat sans loi أن الأطراف لهم، في مجال العلاقات الدولية، كامل الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق، كما أن لهم ألا يخضعوا العقد لقانون دولة ما بحيث تشكل إرادة الأطراف فقط - متمثلة في الشروط والنصوص التي يتضمنها العقد - القانون واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية القائمة بينهم⁽⁸⁹⁾.

ومن الملائم، حتى يتسنى لنا بيان حقيقة نظرية العقد بلا قانون، أن نبحت أولاً دورها أمام القضاء الوطني، ثم نتعرض للحديث عنها في مجال التحكيم الدولي.

(89) يقرر البعض في هذا الصدد أن:

«La theorie du contrat sans loi suppose la faculté des contractants de s'affranchir dans les relations internationales de tout rattachement à un système juridique étatique. Ce qui semble impliquer, par l'élimination de toute loi applicable au contrat, la disparition de conflit. La thèse du contrat sans loi consacre le droit des parties, qui avaient la faculté de désigner la loi applicable à leurs rapports, de n'en élire aucune, c'est une hypothèse de non-droit voulue et recherchée par les individus''. V. Patrice Level : Le contrat dit sans loi, Travaux du Comité français de droit international privé, 1964 - 1966, p.209.

المطلب الأول

مشكلة العقد بلا قانون أمام القضاء الوطني

تعني فكرة العقد بلا قانون أمام المحاكم الوطنية أن الأطراف لهم ألا يخضعوا لعلاقتهم التعاقدية لقانون دولة ما، بحيث يكفي أن يتضمن العقد الشروط والنصوص المحددة للحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين، وبالتالي فإن العقد لا يستند إلى قانون ما وإنما يستند إلى الإرادة فحسب.

ومن الملاحظ أن المناداة بفكرة العقد بلا قانون تجد أساسها في النظرية الشخصية أو الرضائية المحضة، تلك النظرية التي تفسح المجال لإرادة الأطراف بلا حدود أو قيود⁽⁹⁰⁾. فوفقاً لهذه النظرية إذا قام الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، فإن من حقهم استبعاد بعض النصوص من هذا القانون حتى ولو كانت نصوصاً ذات طبيعة أمرية، كما أن من حقهم كذلك تجميد نصوص القانون المختار عند لحظة معينة كوقت إبرام العقد مثلاً، فلا ينطبق إذن إلا القانون المتواجد في هذه اللحظة دون ما قد يرد عليه من تعديلات لاحقة.

وفي حقيقة الأمر فإن الأخذ بهذه النظرية من شأنه أن يقود إلى نتائج غير مقبولة، وهو الأمر الذي يؤدي بالتالي إلى رفضها:

- فيلاحظ من ناحية أن نظرية العقد بلا قانون تؤدي إلى استغلال الطرف الضعيف في العقد بواسطة الطرف الأقوى⁽⁹¹⁾. فطالما أننا قررنا أن العقد يكفي في حد ذاته ولا يحتاج إلى نظام قانوني ما يركز إليه، فلا شك أن أحد الطرفين وهو الطرف القوي سيقوم بفرض شروطه على الطرف الآخر.

- كما أن هناك العديد من الصعوبات التي تحول دون الأخذ بفكرة العقد بلا قانون، فإذا قلنا إن العقد يكفي في حد ذاته ولا يحتاج إلى قانون ما، فإن التساؤل يثور عن القانون الذي تخضع له المسائل التي لم يتعرض لها الأطراف في العقد، فلا يمكن في هذه الحالة وضع حل لتلك المسائل عن طريق الرجوع إلى العقد الذي هو أساس إرادة الأطراف، كما أنه حتى بالنسبة للمسائل التي تعرض لها الأطراف في العقد، قد تنشأ الصعوبة في تفسير

(90) انظر في تفصيل ذلك:

L. Peyrefitte : Le problème du contrat dit «sans loi», Dalloz, chron., 1965, p.115. E. Gaillard : Droit applicable au fond du litige, Juris-Cl., droit international, fasc 586/1996, n 20. Vincent Heusé, La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des methode, GLN éditions, 1990, p.113.

(91) يقرر العميد باتيفول في هذا الشأن أن:

«Une telle conception admettrait une liberté dangereuse pour les faibles. Pleine de surprises pour les tiers, laissant les juges ou les arbitres dans un embarras excessif, les obligeant à forger eux-mêmes en réalité un système nouveau qui devrait comporter des précisions dont aucun système ne peut se passer, mais qu'il est artificiel de fabriquer apres coup». H.Batifol, La sentence Aramco et le droit international privé, op cit, p.655.

نصوص العقد حال اختلاف الطرفين حول هذا التفسير⁽⁹²⁾.

وبناء على ما تقدم فإن فكرة العقد بلا قانون قد تم رفضها من قبل الأنظمة القانونية المختلفة، فبالنسبة للقانون التعاهدي نجد أن معاهدة روما المبرمة سنة 1980 والخاصة بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية قد نصت في مادتها الرابعة على ما يلي: «يخضع العقد لقانون الدولة التي يرتبط معها بالعلاقة الأكثر توثقاً»، ومعنى هذا أن العقد ينبغي أن يتم إسناده إلى قانون دولة معينة، ولا يجوز بالتالي أن يبقى بلا قانون يحكمه⁽⁹³⁾.

وإذا رجعنا إلى قوانين الدول الوطنية لتبين لنا أنها تدين كذلك فكرة العقد بلا قانون، فعلى سبيل المثال تنص في ذلك المادة (18) من القانون المدني الجزائري على أن: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون دولة إبرام العقد إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة أخرى»⁽⁹⁴⁾.

وفي نفس السياق لا يوجد مكان لفكرة العقد بلا قانون في الأحكام القضائية، ففي حكم شهير لها سنة 1950، أكدت محكمة النقض الفرنسية أن: «كل عقد ينبغي أن يخضع بالضرورة إلى قانون دولة ما»⁽⁹⁵⁾.

(92) يقرر في هذا المعنى الأستاذ كاخن Ph. Kahn أن :

« Lorsqu'un différend surgit entre les parties, leur volonté commune qui servait jusqu'alors de support au contrat, lui assurant pour ainsi dire sa force obligatoire, n'opere plus. Chacune d'elles a sa propre interpretation du contrat et voit dans celle de son cocontractant (un autre contrat que celui qu'elles avaient envisagé)». V.Ph. Kahn : L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi, in, l'hypothese de non-droit, XXXe seminaire, Faculté de droit de Liège, 1977, p.235. En même sens El-Badawi Mohamed Gilani : Investissements étrangers et entreprises communes, op cit, p.497

(93) يقرر الأستاذ لاجارد Lagarde وهو أحد من قام بإعداد مشروع معاهدة روما أن :

« Il est à peu pres certain que l'avant projet ne permet pas de soustraire le contrat à la loi de tout Etat. La preuve est que la convention de Rome permet aux parties de choisir la loi qui est applicable, il n'y a donc pas de place, ici, pour le contrat sans loi». V. cet opinion in J. Foyer : L'avant projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, Clunet, 1976, p.597. en même sens A. Kassis, Le nouveau droit europeen des contrats internationaux, op cit, p.373 et ss. P. Mayer , Droit international privé, op cit, p.465.

(94) انظر في تفصيل ذلك :

Ali Mebroukine, Le droit applicable aux marchés internationaux des operateurs publics et l'arbitre, op cit, p.45.

(95) Voir Cour de cassation française, 21 juin 1950, grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op cit, p.182. en même sens cour de cassation française 5 decembre 1910, p. 84.

على الرغم من هذا التأكيد فقد أثار حكم النقض الفرنسي العديد من التفسيرات الفقهية :

- يرى البعض أن الحكم قد قرر قاعدة مادية خاصة une règle materielle بعلاقات التجارة الدولية مقتضاها سلامة التعامل بالذهب إذا اتفق الأطراف على ذلك، بينما يظل هذا الأمر محرماً في مجال العلاقات الداخلية.

- بينما يرى آخرون أن العقد يعتبر، بواسطة إرادة الأطراف، بلا قانون يحكمه؛ ذلك أن الأطراف قد =

ونخلص من العرض السابق إلى أنه تحت تأثير النظرية الموضوعية الموضوعية la these objectiviste التي تعارض منح الأطراف حرية مطلقة في تحديد القواعد التي يخضع لها العقد، فإن فكرة العقد بلا قانون ليس لها أي مكان في الحالة التي يختص فيها القاضي الوطني بنظر النزاع، حيث يجب دائماً إسناد العقد إلى قانون دولة وطنية.

المطلب الثاني

نظرية العقد بلا قانون أمام هيئات التحكيم

يختلف وضع مسألة العقد بلا قانون أمام هيئات التحكيم عنه أمام المحاكم الوطنية، ولا يعني هذا الاختلاف إمكانية قبول فكرة أن الإرادة تكفي في حد ذاتها، أو أن القانون واجب التطبيق يندمج في العقد ذاته بحيث يخضع له، فالنظرية الرضائية أو الشخصية المحضة لم يعد لها وجود.

ويرجع هذا الاختلاف إلى أن المحكم الدولي لا يستمد سلطته بالفصل في النزاع من قانون دولة ما؛ لأنه غير معين من قبل دولة ما يحكم باسمها، وإنما يستمدها من إرادة الأطراف الذين قاموا بتعيينه للفصل في النزاع القائم بينهم، وطالما أن الأمر كذلك فمن الطبيعي، كما سبق أن أوضحنا، أن تكون حرية الأطراف في مجال التحكيم أكبر منها أمام القضاء الوطني.

وقد كان لعدم كفاية القوانين الوطنية في مواجهة مقتضيات التجارة الدولية الأثر الأكبر في تولد وتطور قواعد قانونية لا تنتمي إلى قانون دولة على وجه التحديد، كما هو الحال بالنسبة للمبادئ العامة للقانون، وبالنسبة لعادات التجارة الدولية⁽⁹⁶⁾؛ لذلك ثار التساؤل عن

= انصرفت إرادتهم في العقد إلى تطبيق القانون الكندي القديم، ولكن هذا القانون قد تم إلغاؤه بحيث إنه لم يعد ينتمي إلى دولة ما، وبالتالي فإن شرط سلامة التعامل بالذهب يستمد مشروعيته من إرادة الأطراف أنفسهم وليس من قانون دولة ما حيث قررت المحكمة أن:

«Il appartient aux parties, en un tel contrat, de convenir, même contrairement aux règles imperatives de la loi interne appelée à régir leurs conventions, une clause valeur-or, dont la loi française de 1958 reconnaît la validité, en conformité avec la notion française de l'ordre public international».

- ويؤسس العميد باتيفول هذا الحكم وفقاً لطريقة تنازع القوانين مقررًا أن القاضي لجأ إلى أعمال الدفع بالنظام العام لمنع تطبيق القانون المختص بنظر النزاع وهو القانون الكندي وفقاً لقواعد التنازع الفرنسية، وتم تطبيق القانون الفرنسي بدلاً من القانون المستبعد، ويرفض كل من الاستناد إلى فكرة النظام العام ويروى أن الأمر يتعلق بظهور قاعدة مادية جديدة:

«l'exception d'ordre public paraît n'avoir été ici qu'un moyen de fortune chargé de masquer la naissance d'une règle matérielle de droit international privé».

انظر في هذا الشأن :

J-Ch. Pommier : Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, op cit, p.73.

Ancel et Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op cit, p.190.

(96) انظر بالتفصيل بالنسبة لأسباب ظهور وتطور قانون التجارة الدولية:

Ph. Kahn, L'essor du non droit dans les relations commerciales et le contrat sans loi, op cit, p.232 et ss.

سنرجع للحديث عن الحجة التي تقرر أن قوانين الدول الوطنية لا تتضمن الحلول الملائمة لعلاقات التجارة الدولية.

مدى مشروعية قيام الأطراف باختيار مثل هذه القواعد غير الوطنية، فهل نكون إزاء حالة لا قانون؟ أو بعبارة أخرى هل يعني اختيار نظام قانوني غير وطني للانطباق على النزاع أننا أمام عقد بلا قانون يحكمه؟ تتوقف الإجابة عن هذا التساؤل على تحديد ما إذا كان للأطراف الحق في اختيار هذه القواعد التي لا تنتمي إلى قانون دولة معينة.

من المسلم به أن مبدأ سلطان الإرادة يتخذ نطاقاً أوسع في مجال التحكيم الدولي⁽⁹⁷⁾، وأن للأطراف حرية اختيار قواعد قانونية غير وطنية – des regles non étatiques ou extra-étatiques للانطباق على النزاع الذي يوكل بنظره إلى هيئات التحكيم⁽⁹⁸⁾. ولا يمكن النظر بالتالي إلى العقد المبرم بين الأطراف على أنه عقد بلا قانون يحكمه.

والأكثر من ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يمنح للأطراف في مجال التحكيم سلطة التحرر من تطبيق القواعد القانونية على الرابطة التعاقدية، وذلك إذا قاموا بمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، وقد أجازت لوائح التحكيم هذا الأمر، من قبيل ذلك لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة سنة 2017⁽⁹⁹⁾.

وقد أكدت العديد من الأحكام القضائية مشروعية إسناد العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية. وفي هذا المعنى تقرر محكمة النقض الفرنسية أن: «يعتبر تطبيق المحكم لقواعد التجارة الدولية المستخلصة من الواقع العملي والتي وجدت اعترافاً قانونياً بها من القضاء الوطني فصلاً للنزاع وفقاً لقواعد قانونية، ولا يحق لمحكمة الاستئناف، التي رفع إليها أمر إلغاء قرار التحكيم، مراقبة المحكم في تحديده وتطبيقه للقاعدة القانونية التي قرر إعمالها على النزاع»⁽¹⁰⁰⁾.

وإذا كان اعتبار تطبيق المحكم لمبادئ التجارة الدولية حالة للعقد بلا قانون أمراً يتعارض

(97) يعتبر الفقيه الفرنسي B.Goldman من أشد أنصار تطبيق قواعد ومبادئ التجارة الدولية واستبعاد تطبيق القوانين الوطنية، ويقرر في ذلك أن:

«Les contractants, du reste, ne manquent pas d'y inviter les arbitres, en se refusant à choisir une loi étatique pour regir leurs rapport, voire en déclarant expressément qu'ils n'entendent pas s'y référer. Mais en depit d'une confusion tenace, cela ne signifie pas que dans leur esprit, ils entendent conclure un (contrat sans loi), ni même que le contrat, considère comme un ensemble de (normes individuelles) doit entièrement se suffire à lui meme. Ils sentent, au contraire, fut-ce confusionement, la necessite de le placer dans le cadre de normes générales, mais pensent aussi que ces normes peuvent être trouves dans le droit professionnel, dans les usages, ou dans les principes generaux dépassant les frontières nationales». V. B. Goldman : Frontières du droit et lex mercatoria, Archives philosophie du droit, 1964, p.184 et s.

(98) يؤكد الاستاذ كاخن Ph. Kahn في هذا الشأن أن:

«Il est unanimement admis que l'arbitrage est l'instrument privilégié de la monde commercial international». Ph. Kahn :L'essor du non-droit, op cit, p.250.»

(99) تنص المادة 3/21 من لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة بتاريخ 1 مارس 2017 على أن:

«Le tribunal arbitral statue en amiable compositeur, ou decide ex aequo et bono, seulement si les parties sont convenues de l'investir de tells pouvoirs.

(100) V. Cour de cassation française, 22 octobre 1991, Revue critique de droit international privé, 1992, p.113, note B.Oppetit.

مع صريح الأحكام القضائية التي تؤكد مشروعية وقانونية تطبيق هذه المبادئ، إلا أن ذلك لا يعني أننا نسلم تماماً بجدوى الإحالة على مثل هذه القواعد غير الوطنية باعتبارها تشكل القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وسوف يتضح لنا عند الحديث تفصيلاً عن محتوى هذه القواعد التي لا تنتمي إلى قانون ما، أنها لا يمكن أن تشكل نظاماً قانونياً متكاملًا على غرار الأنظمة القانونية الوطنية، وهو الأمر الذي يؤدي إلى القول بعدم كفاية الإحالة على هذه المبادئ لحل النزاع المعروض على المحكم، وأنه في غالب الأحوال لا بد من استعانة المحكم بقانون دولة ما لوضع الحلول الملائمة⁽¹⁰¹⁾.

وعلى أية حال فإنه لا يمكن القول بأن العقد بلا قانون إذا قام الأطراف باختيار تطبيق مبادئ التجارة الدولية، ففكرة العقد بلا قانون تتخذ أمام هيئات التحكيم مدلولاً ذا طبيعة خاصة sui generis، ولا يعني هذا المدلول الخاص إمكانية تحرير إرادة الأطراف كلية من الخضوع لنظام قانوني ما، كما يطالب بذلك أنصار النظرية الرضائية المحضة، وإنما يعني توسيع المجال الذي تمارس فيه إرادة الأطراف حريتها في تحديد القانون واجب التطبيق⁽¹⁰²⁾. ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يتيح للأطراف سلطة إسناد العقد إلى نظام قانوني وطني، كما يتيح لهم كذلك سلطة إسناد العقد إلى نظام قانوني غير وطني، ولا يمكن اعتبار العقد في هذه الحالة الأخيرة بلا قانون يحكمه⁽¹⁰³⁾.

وإذا رجعنا إلى نصوص القوانين الوطنية نجد أنها تؤكد ما سبق أن ذكرناه من إطلاق الحرية للأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تلائمهم، سواء استمدت هذه القواعد مصدرها من قانون دولة معينة أو استندت إلى قواعد ومبادئ غير وطنية⁽¹⁰⁴⁾.

(101) تجدر الإشارة إلى أننا إذا كنا نقبل مشروعية اختيار الأطراف لمبادئ التجارة الدولية للانطباق على النزاع، إلا أنه سيتضح لنا لاحقاً أن هذه المبادئ تحتل مكانة أدنى من تلك التي تحتلها القوانين الوطنية، بحيث إن هذه المبادئ لا تتدخل إلا لتفسير أو تكملة الشروط المنصوص عليها في العقد.

(102) لذلك يستخدم بعض الفقه بالنسبة لتنازع القوانين في مجال التحكيم تعبير les conflits de lois وليس تعبير les conflits de lois، ذلك أن هذا التعبير الأخير يعني أن التنازع يتم بين قوانين دول وطنية، أما التعبير الأول فإنه يسمح بإدخال القواعد غير الوطنية كمبادئ التجارة الدولية ضمن القوانين التي يتم إجراء المفاضلة والاختيار بينها. انظر في ذلك :

Ph. Kahn, La vente commerciale internationale, thèse, édition Sirey, Paris, 1961, p.231.

(103) يقرر البعض في هذا الشأن أن :

«On comprendra cependant aisement qu'une certaine presentation de la methode des regles transnationales reduise celle-ci à un simple succedane du contrat sans loi. Il suffit pour cela de faire du principe pacta sunt servanda la clé de voute de la lex mercatoria, l'emportant, en cas de conflit, sur tout autre principe». E. Gaillard, Trente ans de lex mercatoria pour une application selective de la methode des principes generaux du droit, Clunet, 1995, p.10. Droit applicable au fond du litige, Juris-cl. droit international, op cit, n 22.

(104) تنص المادة (18) من القانون المدني الجزائري على سبيل المثال على أن: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون دولة إبرام العقد إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة أخرى». ومن الملاحظ هنا أن النص السابق قد استخدم اصطلاح une loi وليس اصطلاح un droit. لذلك يقرر بعض الفقه الجزائري أن =

ومن الموثيق الحديثة التي أقرت مشروعية اختيار الأطراف للقواعد القانونية غير الوطنية حتى أمام القضاء الوطني يمكننا أن نذكر المبادئ إلى أقرها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص سنة 2015 (م 3)⁽¹⁰⁵⁾.

المبحث الثاني

كيفية إسناد العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية

يتضمن إسناد العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية الحديث أولاً عن إخضاع العقد إلى قواعد القانون الدولي العام (المطلب الأول)، ثم نتعرض لمسألة إخضاع العقد إلى قواعد القانون التجاري الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إخضاع العقد إلى القانون الدولي العام (تدويل العقد)

توجد العديد من الآراء في الفقه، خاصة الفقه الأوروبي، التي تتجه إلى المنادة بتدويل النظام القانوني المطبق على العقود، ويلاحظ أن المجال المفضل لتطبيق قواعد القانون الدولي العام، وفقاً لأنصار نظرية التدويل، هو عقود الدولة التي تبرم بين دولة من ناحية وشخص خاص من ناحية أخرى. وتوجد في الفقه نظريتان أساسيتان فيما يتعلق بتدويل العقد هما: النظرية الأولى ينادي أنصارها أن بعض العقود تندرج - بحسب طبيعتها - في قواعد القانون الدولي العام، أما النظرية الثانية لتدويل العقود فإنها تنادي بأن تدويل العقود يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة. كما أن التساؤل يثور في هذا الشأن عما إذا كان يمكن أن توجد قرينة لصالح تطبيق قانون دولة ما في عقود الدولة في الحالة التي يختلف فيها قانون الإرادة من جانب الأطراف، وهل تتجه هذه القرينة إلى تطبيق قانون دولة ما أم تتجه إلى

= التفسير الصارم لهذا النص سيقود القاضي الجزائري إلى تقرير عدم مشروعية حكم التحكيم الذي يطبق على النزاع قواعد قانونية غير وطنية المصدر كمبادئ التجارة الدولية مثلاً. انظر في ذلك: Ali Mebroukine, Le droit applicable aux marchés internationaux des opérateurs publics algériens et l'arbitre, thèse, op cit, p.47.

ومع ذلك فإنه من الملاحظ أن الوضع قد تغير بعد صدور قانون التحكيم الجزائري سنة 1993، حيث إن المادة (14/458) قد نصت على أن: «تفصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع طبقاً للقواعد القانونية les règles de droit التي اختارها الأطراف، وفي غيبتها طبقاً للقواعد القانونية والعادات التي ترى ملاءمة تطبيقها على موضوع النزاع».

(105) تنص المادة (3) من مبادئ مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لسنة 2015 على أن:

« Les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement ». V. Pascal de Vareilles-Sommières, Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux, Journal de droit international, 2016, N 2, p. 418 et s.

إعمال قواعد القانون الدولي العام؟

وستعرض أخيراً لفحص بعض القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم بهدف التعرف عما إذا كانت قد كرسست نظرية تدويل العقود أم لا .

أولاً- النظريات الفقهية:

توجد في هذا الشأن، كما سبق أن ذكرنا، نظريتان: الأولى التدويل طبقاً للطبيعة الخاصة ببعض العقود، والثانية التدويل طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

أ) النظرية الأولى- تدويل عقود التنمية الاقتصادية طبقاً لطبيعتها:

وفقاً لنظرية تدويل العقود فإن بعض العقود، وهي عقود التنمية الاقتصادية، تجد أساسها في القانون الدولي العام، وهو الأمر الذي يتجلى في قيام الفقيه الفرنسي بي.وايل P.Weil بأن يطلق على هذا النوع من العقود اصطلاح عقود القانون الدولي les contrats de droit international .

ويندرج العقد في القانون الدولي العام طبقاً لهذه النظرية إذا اشتمل على عدة خصائص مثل المدة الطويلة للعقد، والأهمية القصوى للتنمية بالنسبة للدولة الطرف في العقد، ولهذا فقد قيل في هذا الشأن: «تعتبر بعض عقود الدولة، سواء بحسب طبيعتها القانونية أو بواسطة خصائصها السياسية والاقتصادية، مندمجة في نطاق العلاقات الدولية، وتجد بالتالي هذه العقود مركز ثقلها في المجال الدولي، فهي عقود تجد تكريساً لها إذن في نطاق النظام القانوني الدولي، ونقترح لذلك أن يطلق عليها اصطلاح عقود القانون الدولي».

وتجدر الإشارة إلى أن النظرية الحالية لتدويل العقود تتسم بالترفة بين القانون الواجب التطبيق على العقد من ناحية، وبين النظام القانوني الذي يستمد منه العقد قوته الإلزامية من ناحية أخرى، ووفقاً لهذه النظرية فإنه يستند القانون الواجب التطبيق على العقد إلى مبدأ سلطان الإرادة، وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف، فإن تحديد النظام القانوني الذي يستمد منه العقد قوته الإلزامية يعتمد على الطبيعة القانونية للعقد⁽¹⁰⁶⁾.

(106) انظر في هذا الشأن:

P.Weil, Principes généraux du droit et contrat d'Etat, Mélanges Goldman, op.cit, p.409.

وفي نفس المعنى يقرر الأستاذ ج.ح.جاكيت J-M.Jacquet أنه ينبغي تدويل العقد إذا توافر شرطان أساسيان هما:
-أن تكون الدولة طرفاً في العلاقة القانونية، وأن يكون العقد له أهمية كبيرة لاقتصاد الدولة الطرف، كما هو الحال بالنسبة لعقود امتياز البترول.

-أن ينص على فض النزاع المحتمل بطريق التحكيم الدولي. انظر في هذا الشأن:

J-M.Jacquet: Principe d'autonomie et contrats internationaux, Economica, Paris,1983, p.159 et s.

واستناداً إلى ما تقدم يمكننا التمييز، وفقاً لتلك النظرية، بين الحالات التالية:

1- تتعلق الحالة الأولى بعقد من عقود القانون الدولي يتم حكمه بواسطة القانون الدولي العام ذاته. في هذه الحالة يجد العقد أساسه في القانون الدولي العام، ومن ثم يستمد قوته الإلزامية من هذا القانون، كما أن العقد يخضع كذلك للقانون الدولي استناداً إلى قيام الأطراف باختياره لفض النزاع المحتمل الذي قد ينشأ عن تنفيذ العقد في المستقبل. ويرى الأستاذ وايل Weil صاحب هذه النظرية أن العقد يعتبر مدولاً كذلك un contrat internationalisé ويخضع للقانون الدولي العام في الحالة التي يتخلف فيها اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، فطالما أن العقد يستمد قوته الإلزامية من القانون الدولي l'ordre juridique d'enracinement فإنه يكون من الطبيعي أن يتم حكمه - حال تخلف قانون الإرادة- بواسطة القانون الدولي العام ذاته.

2- وتتعلق الحالة الثانية بعقد من عقود القانون الدولي يتم حكمه بواسطة قانون دولة وطنية. يقوم الأطراف في هذه الحالة باختيار قانون دولة ما لحكم العقد على الرغم من أن العقد يستمد قوته الإلزامية من القانون الدولي العام، ويرى أنصار تدويل العقود أنه في الحالة التي يختار فيها الأطراف قانوناً وطنياً للانطباق على النزاع، فإن قواعده لا تطبق إلا بوصفها قواعد إحالة من القانون الدولي regles de renvoi ou de référence، ومن ثم فهي لا تكون قابلة للتطبيق إلا في الحدود المسموح بها من القانون الدولي العام، وبناء على ذلك فإن القانون المختار من قبل الأطراف يمكن طرحه أرضاً أو على الأقل تخفيض تطبيقه في الحالة التي تبدو فيها قواعده متعارضة مع قاعدة من قواعد القانون الدولي العام.

3- أما الحالة الثالثة فهي تتعلق بعقد يستمد قوته الإلزامية من قانون دولة وطنية، ويخضع مع ذلك للقانون الدولي العام. يلاحظ في هذه الحالة أن العقد لا يتضمن من الخصائص ما يجعله من عقود القانون الدولي أو من عقود التنمية الاقتصادية، وعلى الرغم من ذلك فإن القانون الدولي هو القانون الواجب التطبيق عليه بالنظر إلى قيام الأطراف باختياره لحكم العقد.

4- وأخيراً فإن الحالة الرابعة تتعلق بالعقد الذي لا علاقة للقانون الدولي العام به سواء من حيث القوة الإلزامية للعقد أو من حيث القانون الواجب التطبيق، وتتعلق هذه الحالة بالعقد الذي لا يجد أساسه في القانون الدولي وإنما في قانون وطني معين، ويخضع بواسطة إرادة الأطراف إلى قانون دولة وطنية.

ويترتب على الأخذ بنظرية تدويل العقود عدم الحاجة لتطبيق قواعد التنزع الواردة في القوانين الوطنية في مجال العقود التي تستمد قوتها الإلزامية من القانون الدولي العام. فطالما أن عقود الاستثمار وعقود التنمية الاقتصادية تستمد قوتها الإلزامية من القانون

الدولي فإن هذا الأخير ينطبق مباشرة *directement* على النزاع دون المرور بقواعد التنازع الوطنية، ولا تكون هناك حاجة بالتالي للاستعانة بقوانين الدول الوطنية التي تتصل بالنزاع بصلة ما إلا في الحالة التي يبدو فيها أن مسألة من المسائل المثارة لا يوجد لها حل في قواعد القانون الدولي، وهكذا فإن القانون الدولي يكون له الدور الأساسي *le rôle principal* في حل النزاع بينما يأتي إعمال القوانين الوطنية في مرتبة ثانوية *un rôle subsidiaire ou complémentaire* لتكملة النقص في قواعد القانون الدولي.

ومن الملاحظ أن الهدف الأساسي للترقية التي تبناها أنصار تدويل العقود بين النظام القانوني القاعدي *l'ordre juridique de base* الذي يستمد منه العقد قوته الإلزامية وبين القانون الواجب التطبيق على العقد يكمن في أنه في الحالة التي يقوم فيها الأطراف باختيار قانون دولة ما للانطباق على النزاع، فإن هذا لا يستبعد تطبيق القانون الدولي على اعتبار أن هذا الأخير هو الذي يسمح بتطبيق القانون الوطني.

ويعوق انطباق القانون الدولي على عقود الدولة أن قواعد القانون الدولي العام معدة للانطباق على العلاقات التي تتم بين الدول المتمتعة بالشخصية القانونية. ومن الملاحظ كذلك أن نظرية التدويل لا تنطبق ولا يتم إخضاع العقد للقانون الدولي وفقاً لأنصار النظرية أنفسهم إلا في الحالة التي يختار فيها الأطراف القانون الدولي لحكم العقد، وهذا من شأنه أن يضعف هذه النظرية؛ لأنه حتى على فرض وجود فكرة النظام القانوني القاعدي، فإن النظرية ذاتها تعد غير منطقية عندما تعلق تطبيق القانون الدولي ليس على أمور تخص النظرية وإنما على مجرد رضاء الأطراف بها عن طريق اختيارهم لقواعد القانون الدولي لحكم العقد.

ثانياً- مدى تأثير بعض الشروط الواردة في العقد على تحديد تدويل العقد:

1) شرط التحكيم:

هل يفيد إدراج شرط تحكيم في العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟ وبعبارة أخرى هل يمكن أن تنطبق في هذه الحالة المقولة التي كانت شهيرة قديماً والتي تقضي بأن من يختار المحكمة المختصة يعتبر أنه قد اختار القانون المطبق؟

تتجه بعض الآراء في الفقه إلى القول بأن إدراج شرط تحكيم في العقد لا يقتصر فقط أثره على إخراج النزاع من مجال ولاية القضاء الوطني، وإنما يعني كذلك أن إرادة الأطراف لديها الرغبة في تجاوز النطاق الوطني البحت، والخضوع لنظام قانوني أسمى من القوانين الوطنية لمختلف الدول، وذلك فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وقد سبق أن أشرنا إلى أن الأستاذ ديبوي - المحكم الوحيد في إحدى قضايا التحكيم الليبية- قد اعتبر أن إدراج شرط تحكيم في العقد من شأنه أن يؤدي من ناحية إلى أن الهيئة المختصة

بالتحكيم في النزاع هي الهيئة التي ينشئها ويعترف بها القانون الدولي، كما يؤدي من ناحية ثانية إلى تطبيق قواعد القانون الدولي فيما يتعلق بموضوع النزاع، ومعنى ذلك أن إخضاع النزاع للتحكيم أو بعبارة أخرى وجود شرط تحكيم في العقد يعتبر من بين وسائل تدويل العقد.

ولاشك لدينا في عدم سلامة وجهة النظر السابقة؛ ذلك أنه ليست هناك أية علاقة مباشرة بين شرط التحكيم الذي قد يرد النص عليه في العقد وبين مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فنحن - إذن - بصدد مسألتين مختلفتين ومستقلتين، أما النظر إلى شرط التحكيم باعتباره قرينة أو وسيلة لتدويل العقد، فإنه يؤدي إلى الخلط بين مسألة الاختصاص القضائي (أو التحكيمي) بنظر النزاع وبين مسألة الاختصاص التشريعي أي مسألة القانون الذي يطبقه القاضي (أو المحكم) على موضوع النزاع، ومن هنا وجب التمييز بين هاتين المسألتين.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى النص الخاص بمشروع قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة 1979 فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في مجال العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة والذي كان يقضي بأن: «وبصفة خاصة فإن إخضاع العقد لقانون آخر غير قانون الدولة الطرف في العقد يمكن أن يستخلص من وجود شرط في العقد تحد به الدولة من نطاق سلطتها السيادية أو من وجود شرط تحكيم في العقد». وقد برر مقرر هذا المشروع هذا النص بالقول بأنه من الضروري تحقيق نوع من التوازن بين الدولة والمشروع الأجنبي المتعاقد معها.

وقد رفض أعضاء المجمع اعتماد النص السابق على أساس أنه يؤدي إلى استبعاد تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد دون مبرر معقول، كما أنه يؤدي إلى وجود اتجاه عدائي تجاه الدولة الطرف في العقد لحساب المشروع الأجنبي، وهو الأمر الذي أدى إلى إلغاء النص السابق عند اعتماد القرار الصادر من مجمع القانون الدولي.

وإذا كان الاتجاه الغالب في قرارات التحكيم هو رفض تدويل العقود استناداً إلى وجود شرط تحكيم في العقد، فإننا نجد على العكس من ذلك أن أحد قرارات التحكيم والصادر من غرفة التجارة الدولية سنة 1993 قد أكد على أن: «بما أن العقد قد تم إبرامه بين دولة متمتعة بالسيادة وبين مشروع أجنبي، فإنه يعتبر من عقود الدولة، ووفقاً للاتجاه الحالي لهيئات التحكيم التي تختص بالنظر في شأن تلك العقود، فإن هذه العقود تخرج من نطاق تطبيق القوانين الوطنية *contrats delocalisées* ويتم تدويلها بإخضاعها لقواعد القانون الدولي، ويعتبر مجرد تواجد شرط تحكيم في العقد دليلاً حاسماً في تدويل هذا النوع من العقود، كما هو الحال بالنسبة لغيرها من العقود الدولية الأخرى التي يتم إبرامها بين المشروعات الخاصة».

ولاشك لدينا في عدم سلامة قرار التحكيم السابق فيما قضى به، فمن ناحية يلاحظ أن القرار

السابق قد اعتبر أن مجرد وجود شرط تحكيم في العقد يعتبر دليلاً حاسماً على تدويل عقود الدولة، وهذا أمر لا يمكن قبوله؛ لأنه - كما أشرنا من قبل - يؤدي إلى الخلط بين مسألتين مستقلتين تمام الاستقلال: مسألة الاختصاص القضائي التي لشرط التحكيم دور فيها، ومسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والتي لا شأن لشرط التحكيم بها.

ومن ناحية أخرى فإنه من الملاحظ أن القرار السابق قد عمم نظرية تدويل العقود عندما قرر أن وجود شرط تحكيم في العقد أمر حاسم في تدويل عقود الدولة، شأنها شأن غيرها من العقود المبرمة بين المشروعات الخاصة، وإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على مدى جهل هيئة التحكيم الصادر عنها القرار السابق بواقع التحكيم وبنظرية التدويل ذاتها التي قصر أنصارها انطباقها على عقود الدولة وحدها دون غيرها من العقود الأخرى.

وننتهي من العرض السابق إلى إدانة قرار التحكيم السابق، وإلى القول بأن اتفاق الأطراف على فض النزاع المحتمل بينهم بطريق التحكيم أمر غير ذي فائدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

(2) مبدأ حسن النية وسلامة الإرادة:

تتضمن بعض العقود الدولية الإحالة من جانب أطراف العقد على مبادئ حسن النية وحسن سلامة الإرادة *le principe de la bonne foi et de la bonne volonté*. العقل، العدالة.... إلخ. فهل توجد دلالة لهذه المبادئ في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟

يجيب الأستاذ الفرنسي بي. وايل P.Weil على هذا التساؤل بالإيجاب، وهو يستند في ذلك إلى قرار التحكيم الصادر في قضية سفير سنة 1963، والذي قضى بأن الإحالة في العقد على مبدأ حسن النية والإرادة «تتضمن مظهراً من مظاهر اتجاه إرادة الأطراف نحو عدم إخضاع النزاع الناتج عن العقد إلى قانون وطني ما على وجه التحديد، ومن ثم نحو تطبيق قواعد قانونية تستند إلى العقل والعدالة والتي تشترك فيها قوانين الأمم المتحضرة... تلك المبادئ المشتركة التي تعتبر مصدراً للقانون وفقاً للمادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية».

وفي حقيقة الأمر من الصعب تفسير تضمن العقد للمبادئ المشار إليها على أنه يمثل إرادة من جانب الأطراف في تدويل العقد، أو على الأقل إلى استبعاد تطبيق قوانين الدول الوطنية. ولا نغالي إذا قلنا إن استناد المحكم في تدويل العقد إلى هذه المبادئ يعتبر أمراً سيئاً، فالقانون المطبق من قبل المحكم في هذه الحالة يتسم بعدم الحياد *un choix partial*، لأن المحكم يحتمي وراء هذه المبادئ من أجل استبعاد قانون الدولة الطرف في العقد دون وجود سبب مقنع لذلك.

وفي قضية تحكيم أبو ظبي فإنه على الرغم من أن هيئة التحكيم قد رفضت اعتبار مبدأ حسن النية الوارد في العقد على أنه اختيار سلبي *choix négatif* لقانون الدولة المتعاقدة واجب التطبيق وفقاً لنصوص العقد و باعتراف هيئة التحكيم ذاتها، إلا أنها طبقت المبادئ العامة للقانون، واستبعد المحكمون تطبيق قانون دولة أبوظبي استناداً إلى عدم ملاءمته لعلاقات التجارة الدولية.

وفي نهاية الأمر فإننا نخلص مما سبق إلى أن تضمن العقد لمبدأ حسن النية أو الإرادة لا يعتبر دليلاً على تدويل العقد أو إخراجه من نطاق تطبيق القوانين الوطنية؛ ذلك أن معظم الأنظمة القانونية سواء أكانت وطنية أم دولية تتضمن قواعد التأكيد على المبادئ المشار إليها. من قبيل ذلك نص المادة (148) من القانون المدني المصري والتي تقرر فقرتها الأولى أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية». لذلك فإن القواعد السابقة تعتبر من قبيل المبادئ العامة، ولا يمكن اعتبارها عنصراً من عناصر الإسناد يفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

(3) شروط تثبيت القانون الواجب التطبيق وعدم المساس بالعقد:

تعتبر شروط تثبيت القانون الواجب التطبيق وعدم المساس بالعقد من قبيل الشروط المعتادة في عقود الدولة، وبصفة خاصة في العقود طويلة المدة، كما هو الحال بالنسبة لعقود استغلال الثروات الطبيعية.

ويقصد بشرط عدم المساس بالعقد *la clause d'intangibilité* تعهد الدولة الطرف في العقد تجاه المتعاقد الخاص معها بعدم تعديل العقد بصفة إنفرادية دون موافقته. أما شرط التثبيت *la clause de stabilisation* فهو يعني تعهد الدولة بعدم تعديل النظام القانوني المطبق على العقد، بحيث يتم تثبيت هذا النظام القانوني عند وقت إبرام العقد.

ويلاحظ أن التمييز بين شرط عدم المساس بالعقد و شرط التثبيت ليس كبيراً من الناحية العملية؛ لأنه قد لوحظ أن نطاق شرط التثبيت يؤدي إلى عدم المساس بالعقد، إذ إن التعديلات اللاحقة للقانون بعد إبرام العقد ستكون غير قابلة للتطبيق، كما أن شرط التثبيت لا يمكن أن يمنح ضماناً كافياً إلا إذا كان غير قابل للمساس به.

ينقسم الرأي في الفقه فيما يتعلق بالقيمة القانونية لشروط التثبيت المشار إليها، ويمكن التمييز بين ثلاثة آراء في هذا الشأن:

- يمنح الرأي الأول لهذه الشروط قيمة قصوى، فطالما أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى الموافقة على تثبيت القانون الواجب التطبيق أو إلى عدم المساس بنصوص العقد، فإن هذا الاتفاق يكون غير قابل للتعديل بعد ذلك أياً كانت الظروف، وهذا ما يقضي به مبدأ العقد

شريعة المتعاقدين *pacta sunt servanda*. واستناداً إلى هذا الرأي فإن الدولة الطرف في العقد لا يمكنها بحال من الأحوال إلغاء أو تعديل العقد دون رضا الطرف الآخر.

- أما الرأي الثاني فإنه، على خلاف الرأي السابق، لا يمنح أية قيم قانونية لشروط التثبيت، فالدولة الطرف في العقد تملك - بمقتضى ما تتمتع به من حق السيادة - إمكانية تعديل تشريعاتها وقوانينها في أي وقت وفقاً لما تقضي به مصالحها العامة، ولا يمكن إلزامها تجاه أي شخص أو شركة أجنبية بتجميد النظام القانوني المطبق على العقد في المستقبل.

- ويتوسط الرأي الثالث بين الرأيين السابقين، حيث يرى أن تحديد القيمة القانونية لشروط التثبيت يعتمد على القانون الواجب التطبيق على العقد، وما إذا كان هو القانون الدولي أم قانون وطني لدولة ما.

ونحن نرى من جانبنا أن شروط التثبيت وعدم المساس بالعقد تعتبر شروطاً سليمة وصحيحة من الناحية القانونية؛ نظراً لأن الدولة الطرف في العقد قد ارتضت الالتزام بها طواعية عند إبرام العقد مع الطرف الآخر، وهذا ما يقضي به مبدأ القوة الإلزامية للعقود *le principe de la force obligatoire des contrats*.

ومع ذلك فإن شروط التثبيت وعدم المساس ينبغي أن يتم تفسيرها بطريقة ضيقة ولمدة محددة، ولهذا فإنه في الحالة التي يحرر فيها شرط التثبيت بطريقة عامة ولمدة غير محددة، فإن ذلك ينبغي ألا يؤدي إلى الإضرار بحق الدولة المتعاقدة في اللجوء إلى التأميم إذا كانت مصالحها الحيوية تقتضي اتخاذ هذا الإجراء مع تعويض المشروع الأجنبي تعويضاً مناسباً.

وقد تواترت قرارات التحكيم على تأكيد المبدأ الذي يبيح بأنه في مجال التجارة الدولية فإن القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم اختياره من قبل الأطراف أو تم تحديده من قبل هيئة التحكيم، يتحدد بأنه القانون الساري المفعول في لحظة إبرام العقد دون تلك التعديلات التي قد تطرأ عليه بعد ذلك.

ففي إحدى قضايا التحكيم اتجهت إرادة طرفي عقد البيع إلى تطبيق قانون بلد البائع على موضوع النزاع، إلا أن الصعوبة قد نشأت بعد ذلك؛ لأن دولة البائع، التي كانت قد تبنت القانون الفرنسي وقت إبرام العقد كقانون خاص بها، قد عدلت عن تبني القانون الفرنسي وصدر بها قانون آخر مستقل تماماً عن القانون الذي كان متواجداً وقت إبرام العقد، وقد قضت هيئة التحكيم بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي الذي كان متواجداً وقت إبرام العقد بين الطرفين، ومن ثم فقد تم استبعاد تطبيق القانون الجديد⁽¹⁰⁷⁾.

وإذا كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يشكل الأساس القانوني الذي تستند إليه شروط

(107) انظر:

Sentence de la CCI n° 3090 / 3100 en 1979, Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1974 - 1985) op.cit, p.365.

تثبيت القانون الواجب التطبيق وشروط عدم المساس بالعقد، إلا أننا ينبغي أن نقبل -وبصفة خاصة في العقود طويلة المدة - مبدأ إعادة النظر في العقد إذا حدث تغير جوهري في الظروف التي كانت متواجدة عند إبرام العقد، وذلك حتى يتمكن الأطراف من إعادة التوازن للعقد مرة أخرى، بحيث يصير من الممكن تنفيذ العقد وفقاً للظروف التي استجدت في فترة لاحقة على إبرام العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية إعادة النظر في العقد *rebus sic stantibus* ينبغي تطبيقها بصفة عامة أيًا كان المضرور من حدوث تغير جوهري في الظروف، فإذا كانت الدولة هي الطرف الذي تضرر من جراء التغير الجوهري في الظروف كان من حقها أن تطلب من المشروع الأجنبي المتعاقد معها ضرورة مراجعة شروط العقد، ولا يجوز رفض فكرة المراجعة في هذه الحالة بحجة أن هذا يتضمن تهديداً خطيراً لمصالح المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة؛ وذلك لأن المشروع الأجنبي ذاته من حقه أن يطلب مراجعة العقد المبرم مع الدولة إن كان هو الذي وقع عليه الضرر نتيجة التغير الجوهري في الظروف.

ويثور التساؤل في هذا الشأن عن موقف مؤسسات التحكيم من نظرية تغير الظروف، فهل يمكن إعادة النظر في الشروط التعاقدية بغية إعادة التوازن المفقود بين طرفي العقد؟

يجيب الأستاذ فيليب كان على هذا التساؤل بالنفي مقررًا عدم جواز أن يستند المحكم إلى حدوث تغير في ظروف التعاقد بهدف تعديل الحقوق والالتزامات المتبادلة لكل من طرفي العقد⁽¹⁰⁸⁾.

ونحن نرى أن هذا الحل يتسم بعدم العدالة، خاصة إذا كان تفاقم وتدهور النظام القانوني للعقد يرجع إلى المتعاقد الخاص مع الدولة، وهو الأمر الذي يحدث كثيراً في الوقت المعاصر⁽¹⁰⁹⁾.

وقد اعتد القانون المدني المصري الصادر سنة 1948 بنظرية تغير الظروف، فبعد أن أكدت الفقرة الأولى من المادة (147) على أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم عدم جواز المساس بنصوصه وشروطه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب المقررة قانوناً، نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوُسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً

(108) انظر في هذا الشأن:

Ph.Kahn, Souveraineté de l'Etat et reglement du litige, régime juridique du contrat d'Etat, in: L'Etat et l'arbitrage international, journée du Comité français de l'arbitrage, Paris, 11 octobre 1985, Revue de l'arbitrage, 1985, p.6.

(109) يقرر الأستاذ الألماني وينجلر Wengler في هذا الشأن أن:

«C'est maintenant au contractant privé qu'il est fréquemment reproché de violer ses obligations contractuelles envers des Etats étrangers». V.Wengler: Nouveaux aspects de la problematique des contrats entre Etat et personnes privées, Revue belge de droit international, 1978 /1979, p.415.

للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية عدم التوقع *la theorie de l'imprévision* تعتبر قابلة للتطبيق في القانون المصري ليس فقط في مجال العقود الإدارية وإنما كذلك في مجال عقود القانون الخاص. وفي سويسرا قررت المحكمة الفيدرالية أنه يمكن للقاضي السويسري تطبيق نظرية عدم التوقع إذا حدث تغير غير عادي في الظروف نتجت عنه أضرار غير محتملة بالنسبة لأحد طرفي العقد⁽¹¹⁰⁾.

وعلى العكس من ذلك فإنه وفقاً للقانون الفرنسي لا يمكن للقاضي تطبيق نظرية عدم التوقع إلا في نطاق العقود الإدارية، أما عقود القانون الخاص فتظل محكومة بواسطة المبدأ الصارم الذي يقضي بالقوة الإلزامية للعقود استناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين.

وإذا قمنا بفحص الوضع وفقاً للقرارات الصادرة من هيئات التحكيم لتبين لنا أن القاعدة هي ضرورة احترام كل طرف لالتزاماته التعاقدية الوارد النص عليها في العقد المبرم بين الطرفين. ومع ذلك فإنه يمكن للمحكم أن يطبق نظرية عدم التوقع إذا توافرت الشروط الخاصة بها من ناحية، وكان القانون الواجب التطبيق على العقد يسمح بإعمالها من ناحية أخرى.

ففي أحد قرارات التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية قام المشتري المصري بإبرام عقد مع بائع يوغوسلافي - في الفترة السابقة على انحلال يوغوسلافيا - لشراء نوع معين من حديد الصلب، واتفقا على تنفيذ العقد على عدة دفعات، وتم بالفعل تسليم الدفعة الأولى بالسعر المتفق عليه والوارد النص عليه في العقد، وقد رفض البائع بعد ذلك تسليم الدفعة الثانية بنفس السعر استناداً إلى ارتفاع سعر الصلب في السوق، وهو الأمر الذي اضطر المشتري إلى رفع النزاع إلى هيئة التحكيم وفقاً للشروط الوارد في العقد.

وفي القرار الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة 1989 رفضت هيئة التحكيم مطالب الجانب اليوغوسلافي، وقضت بضرورة احترام السعر المتفق عليه بين الطرفين، مؤكدة على أنه: «من الواجب معرفة ما إذا كان الارتفاع في سعر الصلب هو ارتفاع مفاجئ وزيادة كبيرة في هذا السعر، وإذا كان الأمر كذلك فإن قبول تعديل شروط العقد يتوقف على ما إذا كان في مقدور الطرف المضار أن يتوقع هذه الزيادة في السعر عند إبرام العقد».

وقد أضافت هيئة التحكيم أن هذه الشروط لتطبيق نظرية عدم التوقع غير متوافرة في

(110) تنص في ذلك المادة (2/2) من القانون المدني السويسري على أن:

« L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi »

واستناداً إلى هذا النص فقد قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية في هذا الشأن بأن:

«Le juge peut intervenir en présence d'un déséquilibre des prestations engendrées par un changement extraordinaire des circonstances tel que le partage des risques déterminés par le contrat n'est plus supportable pour l'un des parties et que la persistance du cocontractant dans la volonté de faire valoir ses droits est, au regard aux circonstances, de l'espece abusive» V.Tribunal federal Suisse, 26 septembre 1974, cité par M. De Boisseson: Le droit français de l'arbitrage, interne et international, op.cit, p.639

القضية المعروضة، ذلك أنه قد تبين أن سعر الصلب كان قد بدأ في الارتفاع وقت إبرام العقد، ومن ثم فلا يمكن أن يوصف بأنه ارتفاع فجائي، كما أنه ارتفاع متوقع بالنسبة للرجل المعتاد، ومن ثم كان يجب على البائع أن يدخل في اعتباره احتمال حدوث زيادة أخرى في سعر الصلب.

ومن الملاحظ هنا أن هيئة التحكيم لم ترفض تطبيق نظرية عدم التوقع، وإنما رفضت إعمالها بالنظر إلى عدم توافر الشروط اللازمة لوضعها موضع التنفيذ، وهو الأمر الذي يستخلص منه - بطريقة ضمنية - أنه في الحالة التي تتوافر فيها هذه الشروط (بأن يكون التغيير في الظروف مفاجئاً وغير متوقع في ذات الوقت) فإنه من الواجب إعمالها.

ولا أدل على ذلك من وجود بعض قرارات التحكيم التي طبقت بالفعل نظرية عدم التوقع إذا توافرت شروطها. من قبيل ذلك القرار الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة 1987، وذلك فيما يتعلق بالقضية التي تتلخص وقائعها في إبرام عقد إنشاءات بين الحكومة الليبية من ناحية وشركتين إيطاليتين من ناحية أخرى، والذي اتفق فيه على سعر إجمالي يسري طيلة مدة العقد، كما نص في العقد كذلك على أن هذا السعر لا يمكن تعديله في وقت لاحق على إبرامه، كما تضمن العقد نصاً يقرر أن القانون الواجب التطبيق عليه هو القانون الليبي.

وعلى أثر حدوث ظروف استثنائية صعبة وغير متوقعة طلبت الشركتان زيادة السعر المتفق عليه من قبل، ولما كانت الحكومة الليبية قد رفضت هذا الطلب فقد أحيل النزاع إلى هيئة التحكيم المنصوص عليها في العقد، وقد قامت هذه الهيئة الأخيرة بتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية مقررّة أن: «لا يوجد ما يمنع، وفقاً للقانون الليبي واجب التطبيق على موضوع النزاع، من إعادة النظر في العقد بهدف تعديل السعر المتفق عليه بطريقة إجمالية، وذلك إذا حدثت ظروف استثنائية غير متوقعة عند إبرام العقد، بل إن القانون الليبي يجيز صراحة للقاضي زيادة الثمن المتفق عليه في العقد أو فسخ العقد كغيره من القوانين الأخرى، مثل القانون السويسري والقانون الألماني، والتي تعترف صراحة بنظرية الظروف الاستثنائية».

ويتعين التساؤل في هذا الشأن عن الدور الحقيقي الذي تلعبه شروط التثبيت في تدويل العقود. فهل يعني تضمن العقد لشروط من هذه الشروط وجود إرادة ضمنية لدى الأطراف في إخراج النزاع من دائرة القوانين الوطنية وإخضاعه بالتالي للقانون الدولي العام، أم أنه على العكس من ذلك يمكن اعتبار شروط التثبيت بمثابة قرينة في صالح تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد؟

ونحن نرى أن شروط التثبيت تعتبر عنصراً هاماً يفيد اتجاه إرادة الأطراف نحو تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد؛ ذلك أنه من الصعب أن تقبل الدولة تثبيت قانونها في وقت معين، وهو وقت إبرام العقد دون أن يكون قانونها هو القانون الواجب التطبيق، وهذا الرأي الذي نميل إليه قد تبناه ضمناً مجمع القانون الدولي في قراره الصادر سنة 1979، وذلك

عندما رفض أعضاء المجمع الاقتراح المقدم والذي كان يقضي بأن إخضاع العقد لقانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة يمكن أن يستنتج من وجود شرط تثبتت القانون الواجب التطبيق، إذ إن الدولة قد تقبل التنازل عن بعض حقوقها تجاه المتعاقد الآخر معها دون أن تتخلى عن تطبيق قانونها الخاص.

ب) تدويل عقود الدولة وفقاً لاختيار الأطراف:

وفقاً لهذه النظرية لا تختلف عقود الدولة عن غيرها من العقود المبرمة بين الأشخاص أو المشروعات الخاصة، وبعبارة أخرى فكما أن للأطراف إسناد العقد إلى قانون دولة وطنية، فإن بإمكانهم إسناده إلى القانون الدولي العام، فذلك هو ما يقضي به مبدأ سلطان الإرادة الذي يلعب دوره سواء في عقود الدولة أو في غيرها من العقود.

وطالما أن تطبيق القانون الدولي العام على موضوع النزاع يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، فإن المشروع الخاص المتعاقد مع الدولة ينظر إليه بوصفه كذلك، ويعامل على هذا الأساس دون أن تكون هناك حاجة لمنحه شخصية قانونية دولية لا تتلاءم مع طبيعته، كما فعل أنصار التدويل استناداً إلى الطبيعة الخاصة ببعض العقود.

ومن الملاحظ أن القرارات الصادرة من مجمع القانون الدولي قد أكدت مبدأ حق الأطراف في اختيار قواعد القانون الدولي للانطباق على موضوع النزاع، كما هو الحال في القرار الصادر سنة 1990 والذي نصت مادته السادسة على حق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق (الفقرة الأولى)، وعلى أن القواعد التي تطبق بالنسبة لموضوع النزاع يمكن أن تستمد من أنظمة قانونية وطنية أو من قواعد القانون الدولي (الفقرة الثانية).

ولاشك أن اختيار القانون الدولي كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع يعتبر أمراً مشروعاً وفقاً لقوانين الدول العربية، والتي يستفاد منها إطلاق العنان لإرادة الأطراف في تحديد القواعد القانونية، أيًا كان مصدرها، التي تنطبق على موضوع النزاع.

وإذا كان اختيار القانون الدولي يعتبر أمراً مشروعاً على هذا النحو، إلا أنه من النادر من الناحية العملية أن ينفرد القانون الدولي بحكم موضوع النزاع، وأنه غالباً ما يكون مصحوباً بتطبيق قانون الدولة الطرف في العقد، ويرجع ذلك إلى أن قواعد القانون الدولي - باعتبارها قواعد أعدت في الأصل لحكم العلاقات بين الدول - لا تتضمن حلولاً كافية لعلاقات وعقود القانون الخاص.

وتجدر الإشارة إلى استخدام العديد من التعبيرات والاصطلاحات للتعبير عن اختيار القانون الدولي مثل: المبادئ العامة للقانون، مبادئ القانون الدولي، المبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتحدة، المبادئ العامة المنصوص عليها في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية... إلخ.

المطلب الثاني

إخضاع العقد إلى القانون التجاري الدولي

يتجه بعض الفقه خاصة في الدول الغربية إلى المناداة بضرورة أن تطبق في مجال العلاقات الخاصة الدولية قواعد قانونية غير وطنية المصدر، ذلك أن الأمر لا يتعلق بالفصل في رابطة قانونية داخلية حتى يمكن الاستناد إلى قانون وطني، بل يتعلق الأمر برابطة ذات طابع دولي تحتوي على عنصر أجنبي مما يبرر ضرورة البحث عن قواعد مشتركة بين مختلف الدول تكون بمثابة مبادئ وقواعد عامة مشتركة لا يمكن الحياد عنها ولا يمكن مخالفتها.

ففي مجال القانون الواجب التطبيق خاصة في نطاق عقود التجارة الدولية يرى هذا الاتجاه أنه يتعين تطبيق قواعد قانونية لا تجد أساسها في قوانين مختلف الدول، لأن القوانين الوطنية لا تلائم - وفقاً لهذا الاتجاه - حاجات ومتطلبات التجارة الدولية التي تتطلب قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة بعيدة عن سيطرة الدول الوطنية وسطوتها؛ ولهذا ينادي هذا الرأي بوجود نظام قانوني جديد يحتوي على قواعد مادية متعلقة بعقود التجارة الدولية، وهو ما يطلقون عليه اصطلاح القانون التجاري الدولي أو قانون التجار *la lex mercatoria*⁽¹¹¹⁾.

ويمكننا أن نذكر في هذا السياق قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة 2009، والذي استند فيه المحكم الوحيد إلى غيبة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق إلى تطبيق قواعد قانونية غير وطنية وبصفة خاصة قواعد القانون التجاري الدولي *lex mercatoria*⁽¹¹²⁾.

ويتكون القانون التجاري الدولي من نوعين أساسيين من القواعد: عادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون. النوع الأول هو عادات التجارة الدولية وهي عبارة عن القواعد التي يتوافق عليها المتعاملون في مجال التجارة الدولية. والنوع الثاني هو المبادئ العامة للقانون وهي عبارة عن القواعد التي لا تجد مصدرها في نظام قانوني وطني على وجه التحديد، ولكن تستمد من المقارنة بين قوانين مختلف الدول، كما تستخلص من نصوص المعاهدات

(111) انظر في تفصيل قواعد ومكونات هذا القانون الجديد المزعوم مؤلفنا: المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 43 وما بعدها. وانظر كذلك:

B. Goldman, Frontières de droit et *lex mercatoria*, Archives philosophique de droit, 1964, p. 157 et s. Ph. Cahn, L'essor due non-droit dans les relations commerciales internationaux et le contrat sans loi, xxxe séminaire organisé à la Faculté de droit de Liège, Liège, 1977, p. 230 et s. E. Loquin, L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international, Institut de droit et de pratique des affaires internationales de la CCI, 1986, p. 91 et s.

(112) انظر تعليق الأستاذ إيمانويل جوليفي Emmanuel Jolivet على قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية رقم 14748 لسنة 2009 مشاراً إليه في: *Journal de droit international*, 2016, n 2, p.623.

الدولية ومن القرارات التي تصدرها هيئات التحكيم الدولية⁽¹¹³⁾. من الملاحظ أن الاتجاه الحديث لدى أنصار القانون التجاري الدولي لا يقصر مكونات هذا القانون على النوعين من القواعد المشار إليهما في المتن، وإنما يتبنى مدلولاً أكثر اتساعاً من شأنه إدخال بعض القواعد الأخرى، ووفقاً لهذا المدلول الواسع يعتبر منتمياً إلى قواعد القانون التجاري الدولي القواعد التي تضعها غرفة التجارة الدولية les Incoterms، وكذلك القواعد الواردة في المعاهدات الدولية طالما أنها تتعلق بمعاملات التجارة الدولية. ويستند بعض الفقه إلى القول السابق للتوصل إلى اعتبار قواعد غرفة التجارة الدولية من قبيل مكونات القانون التجاري الدولي، وذلك استناداً إلى أن هذه القواعد المعدة من قبل غرفة التجارة الدولية - وهي عبارة عن عادات للتجارة الدولية - قد اكتسبت وصف القواعد العرفية الدولية، ومن ثم فإنه في الحالة التي يقوم فيها الأطراف باختيار القانون التجاري الدولي لحكم موضوع النزاع تكون قواعد غرفة التجارة الدولية قابلة للتطبيق مباشرة على النزاع⁽¹¹⁴⁾.

وبينما يرى الاتجاه السابق أن قواعد العادات المعدة من قبل غرفة التجارة الدولية قابلة للتطبيق على العقد طالما أن الأطراف قد اختاروا القانون التجاري الدولي لحكم العقد، نجد أن البعض الآخر من أنصار القانون التجاري الدولي يرون أن تطبيق قواعد غرفة التجارة الدولية يتوقف على الاختيار الصريح لها من قبل الأطراف⁽¹¹⁵⁾.

(113) وفي ذلك يقرر الأستاذ فيليب فوشار وهو من أشد أنصار القانون التجاري الدولي:

«Par cette expression, on désigne aujourd'hui un ensemble de règles applicables aux relations commerciales internationales qui ne trouvent pas leur source ni leur autorité dans le droit des Etats, mais qui ont été élaborées par et au sein de la communauté internationale des commerçants, sous forme d'usages et de principes généraux dégagés notamment par les sentences arbitrales. On peut y ajouter les règles édictées dans les conventions internationales, lorsqu'il s'agit de règles matérielles propres au commerce international, exprimant ainsi ses besoins propres et consacrant le droit spontané qui a pu se former antérieurement hors de sources étatiques formelles».

ونحن نرد على الاتجاهات السابقة رداً عملياً لا نظرياً مؤداه أن الواقع العملي يناقض ما يذهبون إليه، ذلك أن الواقع يشهد بندرة اختيار الأطراف لقواعد القانون التجاري الدولي، أو لقواعد وأعراف غرفة التجارة الدولية لحكم النزاع، كما أنه حتى في الحالات النادرة التي يختار فيها الأطراف مثل هذه القواعد يتعذر على الجهة التي تفصل في النزاع - سواء أكانت محكمة وطنية أم هيئة تحكيم - أن تفصل في النزاع بتطبيق القانون التجاري فقط، لعدم احتواء هذا القانون على قواعد تفصيلية كافية لحسم كل ما تثيره منازعات التجارة الدولية من مشاكل.

(114) انظر في تفصيل ذلك الرأي:

Emmanuel Jolivet: Les Incoterms, etude d'une norme du commerce international, Litec, Paris, 2003, p. 323 et s. et p.330 et s.

(115) قيل في هذا الشأن إن:

En fin de compte, chaque Incoterms constitue un contrat type. Les Incoterms forment une juxtaposition de contrats types qui deviennent la loi des parties à partir du moment où ces mêmes parties s'y referent dans leur contrat de base». V. Didier Le Masson et Sibille Stenay, Les Incoterms, in : La convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms, Actes due Colloque des 1er et 2 décembre 1989, L.G.D.J., Paris, 1991, p.39.

المبحث الثالث

مدى كفاية القواعد القانونية غير الوطنية لحكم عقود التجارة الدولية

- ينبغي أن نتعرض الآن لتحديد المدلول الحقيقي لإسناد العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية في مجال موضوع النزاع، وبعبارة أخرى هل تعتبر القواعد القانونية غير الوطنية صالحة للتطبيق على عقود القانون الخاص؟ كما أننا سنرى أنه توجد قرينة في صالح إسناد العقد إلى قانون وطني.

المطلب الأول

مدى ملاءمة تطبيق القواعد القانونية غير الوطنية

يلاحظ في البداية أن اختيار قواعد قانونية غير وطنية بمفردها لحكم موضوع النزاع يعتبر أمراً نادراً، ومع ذلك توجد أمثلة قليلة لاختيار الأطراف لهذه القواعد، كما هو الحال بالنسبة لاتفاق الامتياز البترولي المبرم بين الحكومة القطرية وإحدى الشركات البترولية الأوروبية بتاريخ 31 ديسمبر 1964⁽¹¹⁶⁾.

ويثور التساؤل في هذا الشأن عن الأسباب إلى تؤدي إلى إخراج عقود الدولة من مجال اختصاص القوانين الوطنية، وإخضاعها بدلاً من ذلك لقواعد غير وطنية مثل المبادئ العامة للقانون أو عادات التجارة الدولية، ذلك أن القاعدة هي اختيار قانون دولة وطنية لحكم موضوع النزاع في مجال عقود التجارة الدولية سواء أكانت الدولة طرفاً في العقد أم لا.

يذكر الفقه سببين رئيسيين لاستبعاد تطبيق قوانين الدول الوطنية هما:

- يتحصل السبب الأول في أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة له طابع بدائي غير قادر على وضع الحلول المناسبة لمنازعات التجارة الدولية، وقد ذكرت هذه الحجة بالفعل في بعض قرارات التحكيم، كما هو الحال بالنسبة لحكم أرامكو وحكم أبو ظبي.

(116) نص هذا الاتفاق على ما يلي:

«The parties base their relations with regard to this Agreement on the principles of goodwill and goodfaith. Taking account of their different nationalities this Agreement and other related agreements between them shall be given effect and must interpreted and applied in conformity with the principles of law normally recognized by civilized States in general including those which have been applied by international tribunals.,»

وقد قيل في هذا الشأن بأن استخدام كلمة goodwill and goodfaith يعتبر دالاً على تدويل العقد تدويلاً كاملاً، ومن ثم إخضاعه لقواعد القانون الدولي العام. انظر هذا الحكم مشاراً إليه لدى:

A.S.El-Kosheri, Le régime juridique crée par les accords de participation, RCADI, tome 174, 1975, p.300.

على أنه يلاحظ أن هذه الحجة تنتمي إلى الماضي ولم يعد لها وجود في الوقت الحالي، حيث قامت غالبية الدول حالياً - بما فيها دول العالم الثالث - بإصدار التشريعات والقوانين الملائمة لعلاقات التجارة الدولية بهدف زيادة وتشجيع مشروعات الدول الأجنبية على الاستثمار في أراضيها.

- أما السبب الثاني فإنه يتركز في أنه في الحالة التي نقبل فيها تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد على موضوع النزاع، فإن هذا من شأنه أن يؤدي إلى تحكم الدولة - باعتبارها الطرف الأقوى - في المشروع الأجنبي باعتباره هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ويمكن للدولة بالتالي أن تلغي أو تعدل قانونها في أي وقت تريده مما يؤثر على مركز المشروع الأجنبي ويضر بمصالحه.

ونحن نرى أن هذه الحجة ليست حاسمة لاستبعاد قانون الدولة الطرف في العقد، فيلاحظ من ناحية أن القول بأن الدولة هي الطرف القوي في العلاقة، وأن المشروع الأجنبي هو الطرف الضعيف، أمر لا يمكن التسليم به أو تعميمه في الحالات كلها، بل إنه في غالب الأحوال نجد أن الدولة تتعاقد مع شركات أجنبية كبرى متعددة الجنسيات وتتمتع بمساندة دولها مما يجعل الطرف الأقوى في العلاقة هو المشروع الأجنبي وليس الدولة، وهذا يتجلى في قبول الدولة للكثير من الشروط التي يطلبها المشروع الأجنبي والتي بدونها لن يتأتى للدولة جذب الاستثمارات إلى أراضيها.

ويلاحظ من ناحية أخرى أنه لا يوجد في القانون الدولي قاعدة تمنع الدولة من تعديل تشريعاتها وقوانينها الداخلية أو من فسخ العقد الذي أبرمته مع المشروع الأجنبي إذا اقتضت مصالحها الحيوية ذلك. ويترتب على هذا أن إخضاع العقد للقانون الدولي العام أو لقواعد القانون التجاري الدولي لا يؤدي إلى حماية المشروع الأجنبي من مظاهر السيادة التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة، كما أن تضمن العقد لشروط تثبيت القانون الواجب التطبيق أو لشروط عدم المساس بالعقد، أمر يكفي لحماية المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة دون أن تكون هناك حاجة لإخضاع العقد لقواعد القانون الدولي العام بالنسبة لموضوع النزاع.

كما أن لنا أن نتساءل عن مدى قدرة حل ما تثيره علاقات التجارة الدولية من منازعات عن طريق تطبيق قواعد قانونية غير وطنية، فهل تتضمن هذه القواعد فعلاً من الحلول الكافية لفض منازعات التجارة الدولية؟

لقد تعرّض تطبيق قواعد قانونية غير وطنية على موضوع النزاع في مجال عقود التجارة الدولية للعديد من الانتقادات أهمها:

- يلاحظ أن تطبيق المحكم الدولي للمبادئ العامة للقانون يقتضي أن يقوم بالمقارنة بين مختلف الأنظمة القانونية في العالم من أجل استخلاص المبادئ المشتركة بينها، فهذا ما يدل عليه تسميتها (بالمبادئ العامة).

وإذا لاحظنا مسلك هيئات التحكيم نجد أنه في أغلب الحالات يظل المحكم حبيساً للنظام القانوني الذي ينتمي إليه بجنسيته، ولا يمكن بالتالي في مثل هذه الحالات وصف ما يطبقه المحكم من مبادئ بوصف (المبادئ العامة)، لذلك فإن لجوء المحكم إلى تطبيق هذه المبادئ العامة يخفي الرغبة المتعمدة لديه في استبعاد تطبيق قانون الدولة الطرف في العلاقة متذرعاً في سبيل ذلك بأية أسباب كأن يقرر أن قانون الدولة الطرف يتسم بالطابع البدائي غير القابل للانطباق على علاقات التجارة الدولية أو غير ذلك من الأسباب. من قبيل ذلك ما لجأ إليه المحكم الإنجليزي في قضية أبو ظبي الذي استبعد تطبيق قانون تلك الإمارة مدعياً طابعه البدائي وطبق بدلاً منه القانون الإنجليزي بوصفه من قوانين الأمم المتحدة.

وتتمثل النقطة الرئيسية في النقد الموجه لتطبيق القواعد غير الوطنية على موضوع النزاع في أن القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون التجاري الدولي لا تتضمن قواعد كافية تفصيلية لفض منازعات التجارة الدولية، ويرجع ذلك إلى أن القانون الدولي قد وضع في الأصل لحل المنازعات التي تنشأ بين الدول بوصفها كذلك، وبالتالي فهو لا يشتمل على حلول ملائمة للمنازعات المتعلقة بعقود القانون الخاص التي تكون الدولة طرفاً بها. وهذا هو الأمر الذي يفسر ندرة اختيار هذه القواعد بمفردها كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع⁽¹¹⁷⁾.

وفي واقع الأمر توجد صعوبات كبيرة للاعتراف بالقانون التجاري الدولي كقانون مستقل ومتكامل، ذلك أن هذا القانون توجد به بعض القواعد المتناثرة التي تتناول بالتنظيم بعض الجوانب القليلة من المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية، وهذا الذي يفسر لنا أن واقع أحكام القضاء وأحكام التحكيم الدولية يستفاد منها ندرة تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي كقانون واجب التطبيق في مجال موضوع النزاع. ونحن نرى أن قواعد القانون التجاري الدولي يتعين أن يكون لها دور ثانوياً بالمقارنة بقوانين الدول الوطنية، ومن ثم ينحصر دور قواعد هذا القانون في تكملة النقص الذي قد يوجد في قانون الدولة الواجب التطبيق، أو في تفسير بعض شروط العقد، ولهذا لا يمكن أن يحل القانون التجاري الدولي محل القانون الواجب التطبيق.

ولهذا من الملاحظ أن لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة سنة 2017 قد نصت على أن هيئة

(117) انظر في هذا المعنى: Gilles Cuniberti, La lex Mercatoria au XXI siècle, clunet, 2016 n° 3, p.773.

التحكيم «تأخذ في اعتبارها» عادات التجارة المناسبة، بينما تنص على «تطبيق» للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف أو المحددة من قبل المحكم⁽¹¹⁸⁾.

ويرجع هذا إلى أن هناك نقصاً شديداً في قواعد القانون التجاري الدولي، ولا يحتوي على قواعد تفصيلية قادرة على حسم جميع المسائل التي تثيرها منازعات التجارة الدولية. ويفسر لنا هذا أنه في الغالبية العظمى من الحالات يقوم أطراف العقد بإسناده إلى قانون وطني صادر عن دولة معينة، كما أنه حتى في الحالات النادرة التي يختار فيها الأطراف تطبيق القانون التجاري الدولي على موضوع النزاع يلجأ القاضي أو المحكم الدولي إلى قانون وطني للبحث عن الحل الملائم فيما يتعلق بالأمر التي لا يوجد في قواعد القانون التجاري الدولي حل لها⁽¹¹⁹⁾.

وخلاصة الأمر وفي الحقيقة نحن ننظر بعين الشك والريبة إلى الرأي الذي ينادي بتطبيق قواعد قانونية غير وطنية في مجال عقود التجارة الدولية؛ ذلك أن الهدف الحقيقي من وراء هذا هو الوقوف إلى جانب المشروعات والشركات الأجنبية المصدرة للمنتجات والبضائع وتجاهل مصالح الطرف المتعاقد الآخر، فقواعد القانون التجاري الدولي هي من وضع رجال القانون في الدول الغربية والتي ستكون - بطبيعة الحال - محققة لمصالح من بيدهم صنع التكنولوجيا المتقدمة على حساب مصالح الدول المستوردة، واستناداً إلى هذا يمكننا أن نؤكد على أن المنداة بتطبيق عادات التجارة الدولية وغيرها من قواعد القانون التجاري الدولي ليس وراءه من هدف سوى الرغبة في استبعاد تطبيق قوانين الدول الوطنية استبعاداً كلياً أو جزئياً وإحلال عادات التجارة محلها مما يلحق أبلغ الضرر بمصالح الدول النامية.

المطلب الثاني

قربينة في صالح تطبيق القانون الوطني

يمنح مبدأ سلطان الإرادة للأطراف الحق في اختيار قواعد قانونية غير وطنية للانطباق على موضوع النزاع، وإذا كان للأطراف هذا الحق إلا أنه من المستحسن أن يقوم الأطراف بإسناد العقد إلى قانون وطني بالنظر إلى العيوب المصاحبة لتطبيق القواعد غير الوطنية والتي سبقت الإشارة إليها.

ومن الملاحظ أن القواعد غير الوطنية لا تنفرد - في نصوص المعاهدات الدولية التي عالجت

(118) تنص المادة (1/21) من لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة بتاريخ 1 مارس 2017 على أن:

« Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents ».

(119) انظر في تفصيل ذلك رسالتنا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم في الدول العربية، جامعة برجوني بفرنسا، 1997، ص 175 وما بعدها. وانظر كذلك كتابنا: المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها، وكذلك ص 43 وما بعدها.

موضوع القانون الواجب التطبيق في مجال عقود الدولة - وحدها بحكم النزاع في حالة تخلف قانون الإرادة، بل على العكس من ذلك فإن الأولوية تعطى لقانون الدولة الطرف في العلاقة التعاقدية.

وفي هذا المعنى تنص المادة (1/42) من معاهدة واشنطن الخاصة بالقانون الواجب التطبيق في مجال عقود الاستثمار التي تكون الدولة طرفاً بها على أن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وفي غيبة اتفاق الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة الطرف في النزاع - بما يحتويه من قواعد تنازع قوانين - وكذلك مبادئ القانون الدولي التي تتعلق بالنزاع».

وكي نحيط بمضمون النص السابق يتعين أن نفرق بين حالتين:

تتعلق الحالة الأولى بوجود اتفاق بين الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، يلتزم المحكم في هذه الحالة بتطبيق القانون المختار أيضاً كان هذا القانون، وقد يتفق الأطراف على تطبيق أكثر من قانون على موضوع النزاع، كما إذا تضمن العقد نصاً يقرر أن النزاع المحتمل يخضع لقواعد القانون الدولي أو للمبادئ العامة من هذا القانون ولقانون الدولة الطرف في العقد.

إذا تضمن العقد مثل هذا الشرط المزدوج للقانون الواجب التطبيق فإن التساؤل يثار عن علاقة الأولوية بين القانون الدولي والقانون الوطني، فهل تكون الأولوية للقانون الدولي أم لقانون الدولة الطرف في العقد؟

القاعدة وفقاً لمعاهدة واشنطن السابقة أن قانون الدولة المتعاقدة يأتي في المقام الأول من حيث التطبيق، أما القانون الدولي فإنه لا يتدخل إلا بهدف سد النقص الذي قد يوجد في قواعد القانون الوطني، أو لتصحيح هذا القانون في حالة وجود تعارض بين قواعده وقواعد القانون الدولي.

أما الحالة الثانية فإنها تخص الوضع الذي لا يقوم فيه الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية. في هذه الحالة يقرر نص المادة 42 سالف الذكر تطبيق كل من قانون الدولة الطرف والمبادئ العامة للقانون الدولي.

وقد اختلفت وجهات النظر في الفقه حول الدور الذي تلعبه المبادئ العامة للقانون الدولي في هذه الحالة: فيرى البعض أن عبارة المادة السابقة عندما تستخدم كلمة (كذلك) *ainsi que* التي تسبق تطبيق المبادئ العامة تعني أن القانون الدولي يطبق قبل أي شيء باعتبار أن قواعده تشكل نظاماً عاماً دولياً *ordre public international* لا يجوز الخروج على أحكامه.

من الصعب في الواقع قبول الرأي السابق؛ لأنه في غيبة قانون الإرادة يتعين على المحكم

أن يبحث عن القانون الذي يتصل مع النزاع بالرابطة الأكثر ثوثقاً، ولا شك أن هذا القانون سيكون - في مجال عقود التنمية الاقتصادية المبرمة بين الدولة والمشروع الأجنبي - قانون الدولة الطرف في العلاقة التعاقدية باعتباره قانون الدولة التي يتم تنفيذ العقد بها.

ومن الملائم أن نذكر في هذا السياق ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة من أن: «كل عقد غير مبرم بين دول بوصفها أشخاصاً للقانون الدولي العام، يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما».

ويعضد هذا الإسناد لقانون الدولة الطرف في العقد أيضاً القرار الصادر من مجمع القانون الدولي سنة 1979، والذي تقرر المادة السابعة منه أنه: «وبصفة خاصة يؤدي تضمن قانون الدولة الطرف لقواعد تنظم على وجه الخصوص الاستثمارات الأجنبية إلى إخضاع العقد لقانون تلك الدولة إذا لم يتضمن العقد ما يخالف ذلك»، ويستفاد من هذا أنه في الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لموضوع النزاع، فإن قانون الدولة الطرف هو الذي يتعين على المحكم تطبيقه طالما أنه يتضمن قواعد خاصة بتسوية منازعات الإستثمار.

والخلاصة التي ننتهي إليها على ضوء ما تقدم هي أن:

- قوانين الدول الوطنية تلعب الدور الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية أياً كانت طريقة إبرامها (سواء أكانت عقوداً مبرمة بالطرق التقليدية أم كانت مبرمة بالوسائل الإلكترونية).

- القواعد القانونية غير الوطنية أياً كان نوعها (قواعد القانون الدولي، عادات التجارة الدولية والإلكترونية، المبادئ العامة للقانون وغيرها) يحتفظ لها بدور ثانوي يتمثل في تكملة النقص الذي قد يوجد في القانون الوطني المختص بالفصل في النزاع.

الخاتمة:

تعرضنا في هذا البحث للحديث عن موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية في مجال التحكيم. إذا كانت عقود الاستثمار الدولية تتطلب أن يعهد بالفصل في المنازعات المتعلقة بها إلى مؤسسات تتسم بالفعالية والسرعة حتى لا تتوقف حركة التجارة الدولية، إلا أن هذا لا يعني بالضرورة أن تكون هناك قواعد دولية لا تنتمي إلى القوانين الوطنية، بحيث تشكل في ذاتها القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية، ويرجع ذلك إلى وجود اختلاف كبير بين المصالح المتعارضة لمختلف الدول، حيث تختلف توجهات الدول الرأسمالية التي تنتمي إليها المشروعات والشركات العملاقة عن تلك التوجهات الخاصة بالدول النامية، فهذه الدول الأخيرة تميل إلى كفالة تطبيق القانون الوطني للدولة في عقود الاستثمار المبرمة مع الشركات التابعة للدول الأجنبية تمسكاً بمبدأ السيادة، بينما يخشى الطرف المتعاقد مع الدولة من تحكم هذه الأخيرة، ويرغب في إخضاع العقد إلى قواعد أخرى كالمبادئ العامة للقانون وعادات التجارة الدولية.

وقد تبين لنا أن أطراف العقد لهم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق حتى ولو لم تكن هناك أية صلة بين القانون المختار والرابطة التعاقدية. أما عندما تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة، فإن الوضع يختلف؛ ذلك أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، ولئن كان هذا الوضع يفسر أن نطاق الحرية المتاح للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق - في حالة غيبة قانون الإرادة - أوسع من ذلك النطاق الذي يمارس فيه القاضي الوطني سلطته في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن حرية المحكم ليست مطلقة فهو يتقيد باختيار قانون ذي صلة وثيقة بالعقد أو اختيار القانون الذي يلائم العقد.

ونحن نرى أن القواعد القانونية غير الوطنية ينبغي أن يكون لها دور محدود في هذا المجال؛ ذلك أن القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون وكذلك عادات التجارة الدولية لا تتضمن قواعد كافية تفصيلية لفض المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية، ويرجع ذلك إلى أن القانون الدولي العام قد وضع في الأصل لحل المنازعات التي تنشأ بين الدول بوصفها كذلك، وبالتالي فهو لا يشتمل على حلول ملائمة للمنازعات المتعلقة بعقود القانون الخاص التي تكون الدولة طرفاً فيها، وهذا هو الأمر الذي يفسر ندرة اختيار هذه القواعد بمفردها كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، كما توجد صعوبات كبيرة للاعتراف بالقانون التجاري الدولي، حيث لا توجد به سوى بعض القواعد المتناثرة التي تتناول بالتنظيم بعض الجوانب القليلة من المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية. كما نرى أن قواعد القانون

التجاري الدولي يتعين أن يكون لها دور ثانوي ينحصر في تكملة النقص الذي قد يوجد في القانون الواجب التطبيق، أو في تفسير بعض شروط العقد.

ونود في النهاية الإشارة - على ضوء استعراضنا لموضوع البحث - إلى بعض المقترحات على النحو التالي:

1- من المناسب العمل باستمرار على تحديث قوانين الاستثمار وقوانين التحكيم في الدول العربية حتى تكون متواكبة مع مقتضيات التجارة الدولية، وحتى يتم سد الثغرة التي يحتمل أن تستند إليها هيئات التحكيم في استبعاد تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد بحجة أنه قانون «بدائي» وأنه لا يحتوي قواعد حديثة ملائمة للتجارة الدولية.

2- يشكل اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق الملاذ الآمن لهم، فمن ناحية يتوافر لديهم العلم المسبق بالقانون الذي سيطبق على مسائل النزاع، كما أن هذا يجنبهم المفاجآت المصاحبة لتحديد هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق، حيث يمكن أن يختار المحكم قانوناً غير متوقع بالنسبة للأطراف ولا يتوافق مع توقعاتهم المشروعة. ولهذا يتعين على الدولة النامية الطرف في العقد الحرص على تحديد القانون الواجب التطبيق بالنص الصريح على ذلك في العقد.

3- يتعين على قوانين التحكيم في الدول العربية النص على جزاء بطلان قرار التحكيم في الحالة التي تستبعد فيها هيئة التحكيم تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، وذلك على غرار ما ورد في كل من قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم الإماراتي، فلاشك أن النص على هذا الجزاء سيكون رادعاً لهيئات التحكيم، وستكون أكثر حرصاً على احترام مبدأ سلطان الإرادة.

4- إذا لم تتوصل الدولة إلى اتفاق مع المشروع الأجنبي بشأن مسألة القانون الواجب التطبيق، فإننا نوصي بالإحالة على معاهدة واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965، حيث تقرر تلك المعاهدة تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد في غيبة القانون المختار من قبل الأطراف، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي.

5- يتعين على الدول النامية مكافحة تطبيق القواعد القانونية غير الوطنية بمفردها على العقد الدولي، فهذه القواعد - علاوة على ما أشرنا إليه من عدم كفايتها لحل منازعات عقود الاستثمار - تتدرع بها هيئات التحكيم التابعة للدول الغربية، بهدف التوصل من ناحية إلى استبعاد تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد، وإلى التوصل في النهاية من ناحية أخرى إلى حلول لا تلبي المصالح المشروعة للدولة الطرف في العقد.

6- ومن المناسب في هذا المقام أن نقترح على السلطة التشريعية بدولة الكويت ضرورة تعديل القانون رقم 11 لسنة 1995 (قانون التحكيم القضائي بالكويت)، بفصل التحكيم عن القضاء؛ وذلك من أجل أن يكون لنظام التحكيم الفعالية المنشودة على غرار ما هو سائد في الأنظمة القانونية الحديثة، فالنزاع إما أن يختص به القضاء الوطني أو أن يدخل في نطاق اختصاص هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف، وإذا وجد اتفاق تحكيم على هذا النحو - سواء في وقت إبرام العقد أو في وقت لاحق - امتنع على القضاء نظر النزاع طالما كان النزاع داخلياً في نطاق المسائل التي يجوز التحكيم بشأنها، ولا يتصل القضاء بالنزاع إلا في المرحلة اللاحقة على صدور قرار التحكيم إذا طلب من صدر لصالحه تنفيذه، أو طعن فيه من صدر ضده بالبطلان.

المراجع:

أولاً - باللغة العربية:

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
- أحمد عبد الكريم سلامة، تنازع القوانين في مجال القروض الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة باريس، 1981.
- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- حسام الأهواني وعلي الغتيت، قانون التجارة الدولية، جامعة عين شمس، دروس في دبلوم الدراسات العليا للتجارة الدولية، القاهرة.
- محمد أبو العينين، مبادئ التحكيم التي أرساها مركز التحكيم بالقاهرة، مؤتمر معهد القانون الدولي التابع لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 30 أكتوبر 1993.
- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- فوزي محمد سامي:
- التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم الدولية طبقاً لقواعد المعاهدات الدولية والعربية، دار الخلود، بغداد، 1992.
- أهم المعاهدات العربية في مجال التحكيم، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في نطاق حماية الاستثمارات الأجنبية في المنطقة الأفروآسيوية، القاهرة، 28-31 مارس 1988.

ثانياً - باللغة الأجنبية:

- A.S.El-Kosheri, Le régime juridique crée par les accords de participation, RCADI, tome 174, 1975.
- Ashraf Wafa Mohamed, Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage dans les pays arabes, thèse, université de Bourgogne, France, 1997.
- Ali Mebroukine, Le reglement d'arbitrage algero-francais du 27 mars 1983, Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'arbitrage, Paris, 1986.
- Alfred E.Von Overbeck, L'irresistible extension de l'autonomie en droit

- international privé, in Mélanges F.Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993.
- Antoine Kassis, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, Paris, 1993.
 - B. Fillion-Dufouleur et Ph. Leboulanger: Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'arbitrage, Paris, 1994.
 - B. Goldman;
 - Frontières du droit et lex mercatoria, Archives philosophie du droit, 1964.
 - Le droit applicable selon la convention de la BIRD du 1965 in, investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Paris, Pedone, 1969.
 - La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'arbitrage, Paris, 1981.
 - Bertrand Ancel et Yves Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4^e édition, Paris, Dalloz, 2001.
 - Ch.Pachusonord, La loi applicable aux différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats selon la convention de la BIRD du 18 mars 1965, thèse, Paris, 1981.
 - Didier Le Masson et Sibille Stenay, Les Incoterms, in : La convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, L.G.D.J., Paris, 1991.
 - El-Badawi Mohamed Gelani, Investissement étrangers et entreprises communes, perspectives d'une collaboration entre les droits nationaux et la lex mercatoria, thèse, Nice, 1986.
 - Erik Loquin;
 - L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international, Institut de droit et de pratique des affaires internationales de la CCI, 1986.
 - L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage international, Librairies Techniques, Paris, 1980.
 - Les pouvoirs des arbitres internationaux, in Colloque sur les entreprises

- tunisiennes et l'arbitrage commercial international, publication du centre d'etudes, de recherches et de publication de la Faculte de droit de Tunis, 1993.
- Emmanuel Jolivet, Les Incoterms, etude d'une norme du commerce international, Litec, Paris, 2003.
 - Fouad Riad, Les contrats de developpement et arbitrage international, Revue egyptienne de droit international, vol.42, 1986.
 - Gauliano-Lagarde Rapport sur la convention de Rome, Journal officiel des communautes europeenes, n° c 282.
 - Gérald Goldstien et al., Chronique de droit international privé canadien (2010-2015), Droit civil québécois, Clunet, 2016, n 4.
 - Georges Delaume, L'affaire du plateau des pyramides et le CIRDI, considérations sur le droit applicable, Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'arbitrage, Paris, 1994.
 - Gilles Cuniberti, La lex Mercatoria au XXI siècle, clunet, 2016 n° 3.
 - H. Batiffol;
 - Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats, in Melanges Maury, 1960, tome 1.
 - H. Batiffol et Lagarde, Droit international privé, 7e edition, tome 2, LGDJ, 1983, p.257 et ss.
 - H. Batiffol, La sentence Aramco et le droit international privé, Revue critique de droit international privé, 1964.
 - H.Gaudmet-Tallon, Le nouveau droit international privé europeen des contrats, Revue trimestrielle de droit europeen, 1981.
 - Ibrahim Fadlallah, L'ordre public dans les sentences arbitrales, RCADI, tome 249, 1994.
 - Jacques Foyer, L'avant projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, Clunet, 1976.
 - Jacques Foyer, Le contrat d'electio juris à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980, in, Mélanges Yvon Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994.

- Jean-Christophe Pommier;
 - Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, *Economica*, 1992.
 - La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en presence d'élection de droit: le role de l'arbitre, *Clunet*, 1992.
- Julian D.M.Lew;
 - Applicable law in international commercial arbitration, New-York, Oceana pub., 1978.
 - La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, in :le contrat économique international, stabilité et évolution» Travaux des VII journées d'études juridiques, Jean Dabin, Bruxelles, Paris, Bruylant, Pédone, 1975.
- L. Peyrefitte, Le problème du contrat dit «sans loi», *Dalloz*, chron., 1965.
- Mattieu de Boissesson, Le droit français de l'arbitrage, interne et international, GLN, Paris, 1990.
- Louis d'Avout et al., Le droit international privé de l'Union européenne en 2015, *Clunet* 2016, n 4.
- Patrice Level, Le contrat dit sans loi, Travaux du Comité français de droit international privé, 1964-1966.
- P. Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *RCADI*, tome 196, 1986.
- Ph. Kahn;
 - Souveraineté de l'Etat et règlement du litige, régime juridique du contrat d'Etat, in: L'Etat et l'arbitrage international, journée du Comité français de l'arbitrage, Paris, 11 octobre 1985, *Revue de l'arbitrage*, 1985.
 - L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi, in, l'hypothèse de non-droit, XXXe séminaire, Faculté de droit de Liège, 1977.
- Ph.Fouchard, L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981, *Clunet*, 1982.

- Pierre Bellet et Ernest Mezger, L'arbitrage international dans le nouveau Code de procedure civil, Revue critique de droit international privé, 1981, p.630 .
- Pierre Lalive et E.Gaillard, Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse, Clunet, 1989.
- Pierre Lalive et al., Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, édition Payot, Lausanne, 1989.
- Pierre Lalive:
 - Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage, Rassegna dell'arbitrato, 1977.
 - Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial, RCADI, tome 120, 1967.
 - Les règles de conflit de lois applicables au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse, Revue de l'arbitrage, 1976.
 - Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial, RCADI, tome 120, 1967,
- P. Mayer;
 - Droit international privé, 5e edition, Montechretien, Paris, 1994.
 - Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung) in Mélanges B.Goldman, Librairies Techniques, Paris, 1982.
- Quoc Chien Ngo, Le nouveau droit international privé Vietnamien- grands pas et faux pas de la réforme, Revue critique de droit international privé, 2016.
- Sandrine Clavel, Droit international privé, Dalloz, 2009.
- S.Jarvin et Y.Derains:
 - Recueil des sentences arbitrales de la CCI, (1947-1985), ed.Kluwer, Deventer et Boston, 1990.
 - Recueil des sentences arbitrales de la CCI, (1986-1990), ed.Kluwer, Deventer et Boston, 1994.
- Shotaro Homamoto, Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités et la convention

- de Maurice sur la transparence, Clunet, 2016 no 1.
- Vincent Heusé, La reglementation francaise des contrats internationaux, étude critique des methode, GLN éditions, 1990.
 - Wengles, Nouveaux aspects de la problematique des contrats entre Etat et personnes privées, Revue belge de droit international, 1978/1979.
 - Yves Derains:
 - L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'arbitrage, Paris, 1986.
 - Attente legitime des parties et droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage commercial international, Traveaux du Comité français de droit international privé, Paris, 1984-1985.
 - Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé, 4e edition, Dalloz, Paris, 1993.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
289	الملخص
291	المقدمة
296	مبحث تمهيدي- المبادئ الرئيسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
296	المطلب الأول- مبدأ سلطان الإرادة
302	المطلب الثاني- دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق
308	الفصل الأول- إسناد العقد إلى قانون وطني
308	المبحث الأول- اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق
308	المطلب الأول- الاختيار الصريح والاختيار الضمني
312	المطلب الثاني- كيفية إعمال قانون الإرادة
320	المطلب الثالث- الالتزام بتطبيق قانون الإرادة
322	المبحث الثاني- القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة
325	الفصل الثاني- إسناد العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية
325	المبحث الأول- مبدأ إخضاع العقد لقواعد غير وطنية
326	المطلب الأول- مشكلة العقد بلا قانون أمام القضاء الوطني
328	المطلب الثاني- نظرية العقود بلا قانون أمام هيئات التحكيم
331	المبحث الثاني- كيفية إسناد العقد إلى قواعد قانونية غير وطنية
331	المطلب الأول- إخضاع العقد إلى القانون الدولي العام
343	المطلب الثاني- إخضاع العقد إلى القانون التجاري الدولي
345	المبحث الثالث- مدى كفاية القواعد القانونية غير الوطنية لحكم عقود التجارة الدولية
345	المطلب الأول- مدى ملاءمة تطبيق القواعد غير الوطنية
348	المطلب الثاني- قرينة في صالح تطبيق القانون الوطني
351	الخاتمة
354	المراجع