

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي: دراسة مقارنة

أ. د. أمين دواس

أستاذ القانون المدني

كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص:

في العادة، تتم تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم وفقاً لاتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، أو وفقاً لقواعد تحكيم الأونسيترال بصيغتها المعدلة 2013. وفقاً للمادة (42/1) من اتفاقية واشنطن والمادة (35/1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم، يجوز للدولة المضيئة والمستثمر الأجنبي اختيار القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، وفي حال تخلف هذا الاتفاق، تلتزم هيئة التحكيم - وفقاً للمادة (42/1) من اتفاقية واشنطن - بتطبيق قانون الدولة المضيئة (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين)، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع. وفقاً للمادة (35/1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم، تلتزم هيئة التحكيم - في هذه الحالة - بتطبيق القانون الذي تراه مناسباً.

يهدف هذا البحث إلى تحليل كل من النصين المذكورين؛ لبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما، ومقارنتهما بالنص ذي العلاقة في القانون الكويتي، وكذلك أثر ذلك كله على تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم، وبالنتيجة مدى مساهمة كل من هذه النصوص في تشجيع الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيئة.

كلمات دالة: التحكيم التجاري الدولي، القانون الواجب التطبيق، اتفاقية واشنطن، قواعد الأونسيترال للتحكيم، القانون الكويتي.

المقدمة:

تتنوع العقود التي يبرمها المستثمر الأجنبي مع الدولة المضيفة، أو إحدى مؤسساتها العامة، بين العقود النفطية وعقود الأشغال، وعقود الترخيص، ونقل التكنولوجيا، والمساعدة الفنية... إلخ؛ ولأن المستثمر الأجنبي يخشى المناخ التشريعي للدول المضيفة، لاسيما إذا كانت من الدول النامية، فإنه يسعى إلى إضافة شرط التحكيم لتسوية أي نزاع يثور بشأن العقد؛ وذلك كي يتجنب اللجوء إلى القضاء في الدولة المضيفة الذي يخشى من محاباته المصالح الوطنية⁽¹⁾. أضف إلى ذلك أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تبرمها الدولة المضيفة مع دولة المستثمر الأجنبي قد تتضمن شرطاً للتحكيم⁽²⁾. ولعل ما يدفع

(1) أشرف وفا محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية في مجال التحكيم، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ج1، بأبحاث المؤتمر السنوي الدولي السادس، العدد التسلسلي 4، مايو 2019، ص 292.

(2) Christoph Schreuer, The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes, p. 2, researchgate.net at: https://www.researchgate.net/profile/Hege_Elisabeth_Kjos/publication/300181932_The_Primary_Applicability_of_National_Law_and_the_Role_of_International_Law/links/573b854c08ae9ace840eabdd/The-Primary-Applicability-of-National-Law-and-the-Role-of-International-Law.pdf (retrieved on 6 January 2020). Y. Banifatemi, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration (Chapter 9), in K. Yannaca-Small, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues), New York, 2010, p. 197, online at: https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2010/06/The-Law-Applicable-in-Investment-Treaty-Arbitrat__Files/View-full-article-The-Law-Applicable-in-Investme__FileAttachment/IA061010TheLawApplicableinInvestmentTreatyArbitr__.pdf (retrieved on 9 March 2020). Phillippe Kahn, The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes, 44(1) Indiana Law Journal (1968), p. 7. Lafi Daradkeh, Commercial Arbitration under Investment Treaties and Contracts: Its Importance and Danger in the Arab World, 27 Arab L. Q. (2013), p. 404.

وتجدر الإشارة إلى أنه في القضية رقم (ICSID Case No. ARB/08/2)، بين مستثمر تركي والحكومة الأردنية، وجدت هيئة التحكيم أن حكم محكمة التمييز الأردنية، والمؤيد لحكم محكمة الاستئناف القاضي بإبطال حكم التحكيم وإنهاء اتفاق التحكيم (وفقاً للمادة (59) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001، يتعارض مع حق المستثمر في اللجوء إلى التحكيم المنصوص عليه في اتفاقية تشجيع الاستثمار الثنائية بين الأردن وتركيا، وخلصت إلى أن من حق المستثمر التركي اللجوء إلى التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. انظر:

International Centre for Settlement of Investment Disputes, ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, (ICSID Case No. ARB/08/2), dated 18 May 2010, para 121, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C264/DC1491_En.pdf (retrieved on 16 March 2020).

الدولة المضيفة إلى قبول ذلك سعيها لتلبية رغبة المستثمر الأجنبي وجذبه للاستثمار فيها⁽³⁾، إضافة إلى أن قانونها الوطني يسمح لها باللجوء إلى التحكيم⁽⁴⁾. ولدى الاتفاق على التحكيم بين الطرفين⁽⁵⁾، سواء في صورة شرط أو مشاركة، يتم عادة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أيضاً. وفي الحالات القليلة التي لا يتم فيها ذلك، تلتزم هيئة التحكيم بتحديد هذا القانون للفصل في النزاع بين الطرفين.

في العادة، تتم تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) وفقاً لاتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى⁽⁶⁾ (يشار إليها في البحث: اتفاقية واشنطن)⁽⁷⁾. وكذلك، يجوز للطرفين الاتفاق على التحكيم الخاص أو المؤسسي وفقاً

(3) بوسماحة الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة 7، العدد 28، العراق، 2015، ص 18. قارن أيضاً: Lafi Daradkeh, supra no2, p. 393.

(4) فمثلاً، تنص المادة (26) من القانون رقم 116 لسنة 2013 في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت على أن: «تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار والغير أياً كان، ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم.»

(5) حول مزايا التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، انظر: 396-Lafi Daradkeh, supra no2, Pp. 397.
(6) وفقاً للمادة (25) من اتفاقية واشنطن يعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إذا ما كان النزاع قانونياً ناشئاً مباشرة عن الاستثمار، بين دولة متعاقدة (أو إحدى مؤسساتها العامة) ومستثمر من دولة أخرى متعاقدة، واتفق الطرفان كتابة على عرضه على المركز للتحكيم. وقد بلغ عدد الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية 163 دولة. انظر:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (retrieved on 9 March 2020).

أضف إلى ذلك أن المجلس الإداري للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تبنى قواعد إضافية لفض منازعات الاستثمار (ICSID Additional Facility Rules) التي يكون فيها واحد من الطرفين على الأقل إما دولة متعاقدة أو مواطناً من دولة متعاقدة، أو المنازعات القانونية التي لا تنشأ مباشرة عن صفقة استثمارية بين دولة متعاقدة ومستثمر من دولة أخرى متعاقدة (المادة 2). وتشمل هذه القواعد، من ضمن أشياء أخرى، قواعد للتحكيم (Arbitration (Additional Facility) Rules)، انظر:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/AFR_2006%20English-final.pdf (retrieved on 9 March 2020).

وكذلك، يقبل المركز إدارة التحكيم على وفق قواعد الأونسيترال للتحكيم أو أية قواعد أخرى يتفق عليها الطرفان (Non-ICSID Arbitration)، انظر:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Non-ICSID-Rules-and-Guidelines.aspx> (retrieved on 9 March 2020).

(7) وتجدر الإشارة إلى أنه، ورغم وجود اتفاقيات عربية لتنظيم الاستثمار الأجنبي، لاسيما اتفاقية عام 2001 لتسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية، فإن هذه الدول العربية لم تفعّلها على النحو المطلوب، وإنما مازالت تلجأ إلى التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. انظر:

Lafi Daradkeh, supra no2, p. 400.

لقواعد أخرى، كقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية أو قواعد الأونسيترال للتحكيم⁽⁸⁾. تدور مشكلة هذا البحث حول تحديد القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم على منازعات الاستثمار الأجنبي. وينحصر نطاق البحث في هذا الموضوع وفقاً لاتفاقية واشنطن، وقواعد الأونسيترال للتحكيم، اللتين يتم التحكيم وفقاً لكل منهما عادة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي⁽⁹⁾، واللتين أسهمتاً كثيراً في تعزيز دور التحكيم في هذا المجال⁽¹⁰⁾. وكذلك، يقارن البحث نصوص هاتين الوثيقتين بما يقابلها من نصوص ذات العلاقة في القانون الكويتي، مع الإشارة إلى قواعد التحكيم الأخرى الخاصة بمنازعات الاستثمار كلما لزم الأمر.

تتضمن كل من اتفاقية واشنطن وقواعد الأونسيترال للتحكيم نصاً صريحاً بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، سواء من قبل الطرفين أو من قبل هيئة التحكيم. وفي المقابل، فإن قانون التحكيم الكويتي، أو بالأحرى نصوص الباب الثاني عشر من الكتاب الثاني (المواد 173-188) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980، الناطمة للتحكيم (الداخلي)، لا يتضمن نصاً بهذا الخصوص؛ الأمر الذي يستوجب أن تقوم هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقاً للقانون

(8) Francisco J. P. Vives, Shaping the EU Investment Regime: Choice of Forum and Applicable Law in International Investment Agreements, 6 Cuadernos Derecho Transnacional (2014), para. 27.

وتجدر الإشارة إلى أنه، ورغم أن نص المادة (1/1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم لسنة 2010 اختلف عما كان عليه في النسخة السابقة سنة 1976 بأن جعل التحكيم جائزاً في المنازعات التي تثور بين الطرفين بشأن علاقة تعاقدية أو غير ذلك، بما يعني شمول كل منازعات الاستثمار (Gabriel A. Moens & John Trone, The First Amendment to the UNCITRAL Arbitration Rules, 14 Int'l Trade & Bus. L. Rev. (2011), pp. 377-378.)، إلا أنه، في عام 2013، تم تعديل قواعد الأونسيترال للتحكيم (2010)، بإضافة الفقرة الرابعة إلى المادة الأولى منها، كي تسمح صراحة بتطبيق هذه القواعد على التحكيم بين المستثمر والدولة المضيفة. وحديثاً أصدرت سكرتيرية الأونسيترال بالتعاون مع سكرتيرية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مسودة مدونة قواعد السلوك للمحكّمين (والقضاة) الذين يفصلون في منازعات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة (Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement)، انظر:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf (retrieved on 4 May 2020).

(9) Francisco J. P. Vives, supra n8, para. 27.

(10) Dominic N. Dagbanja, Reasserting the Role of Municipal Law in International Trade and Investment Protection Through Choice of Law, p. 6, online at: https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/96-DAGBANJA-The_role_of_municipal_law_in_international_trade.pdf (retrieved on 3 January 2020). Cf. Y. Banifatemi, supra n2, pp. 193, 200.

رقم 5 لسنة 1961 بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي (يشار إليه في البحث: القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961)⁽¹¹⁾.

وفقاً للمادة (42/1) من اتفاقية واشنطن، والمادة (35/1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم، والمادة (59/1) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، يجوز للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي اختيار القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع. وفي حال تخلف هذا الاتفاق، تختلف هذه النصوص في المنهج الذي تبنته في تحديد القانون الواجب التطبيق. ويسعى هذا البحث إلى بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نص المادة (42/1) من اتفاقية واشنطن ونص المادة (35/1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم. وفي سبيل ذلك، يتبع البحث المنهج الوصفي التحليلي لهذين النصين، وكذلك المنهج المقارن بينهما وبين الأحكام الواردة في المادة (59/1) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، من أجل بيان أثر ذلك على تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم، وبالنتيجة مدى مساهمة كل منها في تشجيع الاستثمار الأجنبي في دولة الكويت.

ينقسم هذا البحث إلى مبحثين: الأول، اختيار الطرفين القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق. والمبحث الثاني، اختيار هيئة التحكيم القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، وذلك عند تخلف اتفاق الطرفين على ذلك.

(11) أضف إلى ذلك أن دولة الكويت وقعت وصادقت على اتفاقية واشنطن، ودخلت حيز التنفيذ فيها بتاريخ 4 آذار/ مارس 1979، ما يعني التزامها بالقانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة (1/42) من هذه الاتفاقية عندما ترضى بالتحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. قارن:

P. Dumberry & J. Stone, International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contract Disputes Under ICSID Convention in the Twenty-First Century, 5 Yearbook on International Investment Law and Policy (2012-2013), p. 486, online at: https://www.researchgate.net/publication/327289138_International_Law_Whether_You_Like_It_or_Not_An_Analysis_of_Arbitral_Tribunal_Practice_Regarding_the_Applicable_Law_in_Deciding_State_Contracts_Disputes_under_the_ICSID_Convention_in_the_Twenty-First (retrieved on 15 January 2020). E. Gaillard & Y. Banifatemi, The Meaning of <and> in Article 42(1), Second Sentence of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, 18 ICSID Rev. (2003), p. 377.

المبحث الأول

اختيار الطرفين القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق

تُعد عقود الاستثمار الأجنبي المباشر دولية بطبيعتها لوجود العنصر الأجنبي فيها وهو المستثمر، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً. ويسود هذه العقود مبدأ حرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، وهو مبدأ تعترف به صراحة القوانين الوطنية والوثائق الدولية، سواء تلك التي تنظم التحكيم التجاري الدولي أو الاستثمار الأجنبي، كونه يضمن للطرفين توقعاتهما المشروعة في هذا الخصوص⁽¹²⁾، فالمادة (42/1) جملة أولى من اتفاقية واشنطن تنص على أن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف...»⁽¹³⁾، والمادة 35/1 جملة أولى من قواعد الأونسيترال للتحكيم تنص على أن: «تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة...».

وفي الكويت، وفيما يتعلق بالعقود الدولية عموماً، تنص المادة (59/1) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 على أن: «يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه،... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه».

ففي حين تسمح اتفاقية واشنطن وقواعد الأونسيترال للتحكيم للطرفين باختيار «قواعد قانونية» لتطبق على موضوع النزاع، يشير القانون الكويتي إلى إمكانية اتفاق الطرفين على «القانون» الواجب التطبيق، وهذا يثير التساؤل حول مدى حرية الطرفين في تحديد القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق: هل يجب أن يكون القانون المختار قانون دولة معينة، أم يجوز أيضاً للطرفين اختيار قواعد قانونية أخرى - كالقانون الدولي العام أو قانون التجارة الدولية؟

ويلاحظ أيضاً أن المادة (59/1) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 تنص صراحة على إمكانية استنباط القانون المختار من قبل الطرفين من الظروف والملابسة، في حين أن اتفاقية واشنطن وقواعد الأونسيترال للتحكيم لا تشيران صراحة إلى الاختيار الضمني، وهذا أيضاً يثير التساؤل حول مدى التزام هيئة التحكيم بالبحث عن الإرادة الضمنية

(12) Dominic N. Dagbanja, supra no10, p. 22.

(13) انظر: المادة (1/54) جملة أولى من (ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules 2006)، والتي جاء فيها أنه: «يجب على الهيئة تطبيق القواعد القانونية التي حددها الطرفان للتطبيق على موضوع النزاع».

للطرفين بخصوص القانون الواجب التطبيق، قبل إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية لتحديد هذا القانون، وفقاً للنصوص محل الاهتمام.

وعليه، ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول، مدى حرية الطرفين في تحديد القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق. والمطلب الثاني، الاختيار الضمني للقانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق.

المطلب الأول

مدى حرية الطرفين في تحديد القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق

لا نقاش في أن تعبير «القواعد القانونية» الوارد في نص المادة (42/1) من اتفاقية واشنطن، والمادة (35/1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم⁽¹⁴⁾ يشير إلى منح الطرفين الحرية الكاملة في اختيار القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع التحكيم⁽¹⁵⁾، وإلى التزام هيئة التحكيم باحترام هذا الاختيار⁽¹⁶⁾، حتى لو كان القانون أو القواعد القانونية

(14) انظر: المادة (1/28) جملة أولى من قواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي (Singapore International Arbitration Centre) (SIAC) بشأن التحكيم في المنازعات الاستثمارية (Investment Arbitration Rules) لسنة 2017، والتي جاء فيها أنه: «تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون أو القواعد القانونية التي يعينها الطرفان للتطبيق على موضوع النزاع.»

والمادة (1/46) جملة أولى من قواعد لجنة التحكيم التجاري والاقتصادي الدولي الصينية (China CIETAC) (International Economic and Trade Arbitration Commission) بشأن التحكيم في المنازعات الاستثمارية الدولية (International Investment Arbitration Rules) لسنة 2017، والتي جاء فيها أنه: «تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون أو القواعد القانونية التي يعينها الطرفان للتطبيق على موضوع النزاع.»

والمادة (1/27) جملة أولى من قواعد تحكيم (Arbitration Rules 2017) معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم (Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce)، والتي تتضمن ملحقاً يشمل على نصوص خاصة بمنازعات الاستثمار التعاقدية، والتي جاء فيها أنه: «يجب على هيئة التحكيم أن تفصل في موضوع النزاع استناداً إلى القانون أو القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان.»

(15) Peter Feuerle, International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes, 4 Yale J. Int'l L. (1978), p. 103. J. Karton, Choice of Law and Interpretive Authority in Investor-State Arbitration, 3(1) CJCCCL (2017), Pp. 230-231.

(16) Dominic N. Dagbanja, supra no 10, Pp. 16, 18. J. Karton, supra no 15, p. 231. Y. Banifatemi, ibid, p. 192.

انظر أيضاً: أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 296.

المختارة تؤدي إلى نتيجة غير مرضية لهيئة التحكيم أو لواحد من الطرفين أو لكليهما⁽¹⁷⁾. وعليه، فكما يجوز للطرفين اختيار قانون دولة معينة صراحة، مثل قانون الدولة المضيفة، أو قانون دولة المستثمر الأجنبي، أو قانون دولة ثالثة، يجوز لهما أيضاً اختيار قواعد قانونية لا تنتمي إلى دولة واحدة، مثل قواعد القانون الدولي العام⁽¹⁸⁾، أو المبادئ العامة للقانون⁽¹⁹⁾، أو قانون التجارة الدولية⁽²⁰⁾، أو مزيج من هذه الأنظمة القانونية⁽²¹⁾.

وفي الكويت، يثور الخلاف لدى الفقه حول ما إذا كان نص المادة (59/1) من القانون رقم 5 لسنة 1961 يسمح للطرفين أيضاً بالاختيار صراحة قواعد قانونية للتطبيق على العقد التجاري الدولي، لا سيما أمام المحاكم الوطنية⁽²²⁾. غير أن الرأي السائد يلزم هيئة التحكيم باختيار الطرفين للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع⁽²³⁾.

الفرع الأول

اختيار الطرفين قانون دولة معينة

في الغالب، يكون القانون الذي يتفق الطرفان في عقد الاستثمار الأجنبي على تطبيقه هو

(17) Dominic N. Dagbanja, supra n10, p. 16.

(18) Hop Dang, The Applicabilty of International Law as Governing Law of State Contracts, Austl. Int'l LJ (2010), p. 142. Peter Feuerle, supra no 15, p. 103.

(19) طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية: دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 481. انظر أيضاً: Peter Feuerle, supra n15, p. 103.

(20) Hop Dang, supra n18, p. 141. Peter Feuerle, supra n15, p. 103. Y. Banifatemi, supra no 2, p. 196. Phillipe Kahn, supra no 2, p. 11. Gabriel A. Moens & John Trone, ibid, p. 382.

(21) Peter Feuerle, supra no 15, p. 103. P. Dumberry & J. Stone, supra n11, Pp. 480-483. J. Christopher Thomas & Harpreet K. Dhillon, Applicable Law Under International Investment Treaties, 26 SAclJ (2014), p. 980. Gabriel A. Moens & John Trone, supra no 8, p. 382. J. B. Fenyvesi, Application of International Law as Applicable Law under the First Sentence of Art 42(1) in ICSID Arbitration, Jura: A Pescsi Todományegyetem Allam- es Jogtudományi Karanak tudományos labja (2005), p. 62.

بوسماحة الشيخ، مرجع سابق، هامش 3، ص 13-14. أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 349.

(22) أمين دواس، تنازع القوانين في فلسطين: دراسة مقارنة (في ضوء أحكام القضاء)، ط2، دار الشروق، عمان، الأردن، 2014، ص 172-173.

(23) عبد الله الرمح، حكم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي، دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارناً بالشرعية الإسلامية، ط2، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 2009، ص 477؛ أحمد ضامن السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 17، العدد 1، 1993، ص 193.

قانون الدولة المضيفة، ولكن لا شيء يمنعها أيضاً من الاتفاق على تطبيق قانون دولة المستثمر الأجنبي أو حتى قانون دولة ثالثة، حتى ولو لم يكن لعقد الاستثمار الأجنبي علاقة بها⁽²⁴⁾.

أولاً: اختيار قانون الدولة المضيفة

لأن الدولة المضيفة، أو إحدى مؤسساتها العامة، تكون طرفاً في عقد الاستثمار الأجنبي، يكون هذا العقد وثيق الصلة بقانونها الوطني باعتباره قانون مكان التنفيذ⁽²⁵⁾، إضافة إلى إبرامه عادة في هذه الدولة المضيفة⁽²⁶⁾. ولأسباب سياسية واضحة تندفع الدولة المضيفة إلى تطبيق قانونها الوطني على العقد⁽²⁷⁾، ولأسباب اقتصادية يوافق المستثمر الأجنبي على ذلك رغبة منه في الاستفادة من المزايا والإعفاءات التي يمنحها هذا القانون.

وحتى يطمئن المستثمر الأجنبي إلى عدم تغيير الدولة لاحقاً لقانونها، فإنه يحرص على أن يرد في العقد شرط الثبات التشريعي، والذي بموجبه يتم التأكيد على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المضيفة الساري وقت التعاقد، وأنه لا يعتد بأي تعديل لاحق على هذا القانون⁽²⁸⁾.

ثانياً: اختيار قانون دولة المستثمر الأجنبي

قد يصير المستثمر الأجنبي، أثناء المفاوضات على العقد على أن يكون قانون دولته هو الواجب التطبيق، وقد ترضى الدولة المضيفة بذلك لحاجتها إلى استثماره فيها، غير أن الممارسة العملية تشير إلى قلة الحالات التي يتفق فيها الطرفان على تطبيق قانون دولة المستثمر؛ وذلك لأسباب سياسية بالدرجة الأساسية، وكذلك لتعذر الفصل بين نشاط المستثمر الأجنبي وبعض قوانين الدولة المضيفة - كقانون الضريبة⁽²⁹⁾، ومن هذه الحالات القليلة، مثلاً، عقد القرض المبرم بين الحكومة المصرية والمستثمر من هونج كونج

(24) Dominic N. Dagbanja, supra n10, p. 17.

(25) طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، هامش 19، ص 18، ص 484. أشرف وفا محمد، مرجع سابق (هامش 1)، ص 350.

(26) P. Dumberry & J. Stone, supra n11, p. 480.

انظر أيضاً: بوسماحة الشيخ، مرجع سابق (هامش 3)، ص 8.

(27) بوسماحة الشيخ، مرجع سابق، هامش 3، ص 7. طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، هامش 19، ص 178.

(28) ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 50. طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، هامش 19، ص 173. أشرف وفا محمد، مرجع

سابق، هامش 1، ص 337. وانظر أيضاً: J. B. Fenyvesi, supra n21, p. 63.

(29) P. Dumberry & J. Stone, supra n11, Pp. 481-482.

(SPP)، وقت أن كانت مستعمرة بريطانية، الذي نص على تطبيق القانون الإنجليزي على الفائدة⁽³⁰⁾.

وفي كل الأحوال، إذا ما اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة المستثمر، فإن قانون الدولة المضيفة (كالقانون الإداري، أو القانون المالي، أو قانون العمل) يظل واجباً تطبيقه على بعض جوانب علاقة الاستثمار بين الطرفين، على اعتبار أن حرية الطرفين في الاختيار وفقاً للمادة (42/1) جملة أولى من اتفاقية واشنطن تنحصر في تحديد القانون، أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على علاقتهما التعاقدية فقط⁽³¹⁾.

ثالثاً: اختيار قانون دولة ثالثة

إن مبدأ سلطان الإرادة، وحرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، تسمح للطرفين باختيار قانون محايد لا علاقة له بالدولة المضيفة أو دولة المستثمر الأجنبي⁽³²⁾؛ وبخاصة إذا ما كان هذا القانون يحقق لهما ميزة ما كان لهما تحقيقها في ظل قوانينهما الوطنية⁽³³⁾.

ومع ذلك، فإن قانون الدولة المضيفة (مثل القانون الإداري، أو القانون المالي، أو قانون العمل) يظل واجباً تطبيقه على بعض جوانب علاقة الاستثمار بين الطرفين⁽³⁴⁾، على اعتبار أن حرية الطرفين في الاختيار وفقاً للمادة (42/1) جملة أولى من اتفاقية واشنطن، تنحصر في تحديد القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على علاقتهما التعاقدية، ما يعني أن قانون الدولة الثالثة المختار يحكم العقد بين الطرفين فقط⁽³⁵⁾.

(30) International Centre for Settlement of Investment Disputes, Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/84/3, online at: [https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20\(Redacted%20per%20PO8\)/Legal%20Authorities/CL-0049.PDF#search=aminoil](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20(Redacted%20per%20PO8)/Legal%20Authorities/CL-0049.PDF#search=aminoil) (retrieved on 16 March 2020): '225. The provisions of Egyptian law concerning interest do not apply to the loan ... The underlying loan agreement of April 15, 1976 by its terms is governed by English law. Clause 17 of the loan agreement provides: «This Agreement shall be governed by and construed in all respects in accordance with the laws of England.»

(31) Peter Feuerle, supra n15, p. 108.

(32) Phillippe Kahn, supra n2, p. 11.

انظر: أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 320.

(33) Phillippe Kahn, supra n2, p. 12.

(34) Id.

(35) Peter Feuerle, supra n15, p. 108.

وأياً كان القانون الوطني المختار من قبل الطرفين صراحة، فالأصل أن تلتزم هيئة التحكيم بتطبيقه على عقد الاستثمار الأجنبي استناداً إلى واجبها في احترام إرادة الطرفين⁽³⁶⁾. إن كل قوانين التحكيم وقواعد التحكيم لا تمنح هيئة التحكيم أية سلطة بخصوص عقود الاستثمار الأجنبي (التي تكون الدولة طرفاً فيها) تزيد عن سلطتها بخصوص العقود الدولية الأخرى⁽³⁷⁾؛ وعليه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تغض النظر عن القانون الوطني المختار وتطبق القانون الدولي، فحتى الطبيعة الدولية لهيئة التحكيم لا تبرر لها - بذاتها - تطبيق القانون الدولي مثلاً خلافاً لإرادة الطرفين⁽³⁸⁾.

ومع ذلك، يرى بعض الفقه أنه ينبغي على هيئة التحكيم استبعاد تطبيق القانون المختار بحجة قصوره، أو الحلول غير العادلة فيه، أو بحجة تعارضه مع المبادئ العامة للقانون الدولي⁽³⁹⁾، وفي الحياة العملية نجد أن هيئات التحكيم تؤيد هذا النظر أيضاً. فمثلاً، في قضية *SPP v. Egypt* التي تم الفصل فيها في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وجدت هيئة التحكيم أنه: «حتى لو تم التسليم بادعاء المدعى عليه أن الطرفين اتفقا ضمناً على تطبيق القانون المصري، فإن هذا الاتفاق لا يمكن أن يستبعد تماماً التطبيق المباشر للقانون الدولي في أحوال معينة»⁽⁴⁰⁾، ومن ثم خلصت إلى أنه وفقاً للمادة (42) من اتفاقية واشنطن يجب تطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي ذات العلاقة عند وجود نقص في القانون الوطني، أو تعارض أحكامه مع القانون الدولي⁽⁴¹⁾.

(36) Hop Dang, supra n18, pp. 148-149.

(37) Ibid, p. 148.

(38) Ibid, p. 149.

(39) ليندا جابر، مرجع سابق، هامش 28، ص 69؛ أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 345-349. وانظر أيضاً:

P. Dumbery & J. Stone, supra n11, p. 505. Francisco J. P. Vives, supra n8, para. 36.

(40) International Centre for Settlement of Investment Disputes, Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/84/3, online at: [https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20\(Redacted%20per%20PO8\)/Legal%20Authorities/CL-0049.PDF#search=aminoil](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20(Redacted%20per%20PO8)/Legal%20Authorities/CL-0049.PDF#search=aminoil) (retrieved on 16 March 2020): '80. Finally, even accepting the Respondent's view that the Parties have implicitly agreed to apply Egyptian law, such an agreement cannot entirely exclude the direct applicability of international law in certain situations.'

(41) Ibid, '84. When municipal law contains a lacunae, or international law is violated by the exclusive application of municipal law, the Tribunal is bound in accordance with Article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law.'

وفي قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Lena Goldfields استبعدت هيئة التحكيم تطبيق القانون الروسي، رغم اتفاق الطرفين على تطبيقه، وذلك بحجة أنه يقتصر على حكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل روسيا فقد دون الجوانب الأخرى⁽⁴²⁾.

وفي قضية Aminoil ضد دولة الكويت وجدت هيئة التحكيم أن الطرفين اتفقا على أن تقوم هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بمراعاة صفة الأطراف والصفة عبر الدولية لعلاقتهما، ومبادئ القانون والعادات المرعية في العالم المتحضر، وبناء على ذلك قامت بتطبيق المبادئ العامة للقانون، مستبعدة تطبيق القانون الكويتي بحجة أن بعض مبادئه تخالف قواعد النظام العام الدولي⁽⁴³⁾.

ويمكن التسليم باستبعاد القانون أو القواعد القانونية المختارة إذا ما خالفت النظام العام الدولي الواجب احترامه⁽⁴⁴⁾ كالقواعد التي تحظر الرشوة⁽⁴⁵⁾ وتبييض الأموال وتهريب المخدرات⁽⁴⁶⁾ وذلك احتراماً لالتزم هيئة التحكيم بإصدار حكم يتمتع بالفاعلية اللازمة للتنفيذ⁽⁴⁷⁾. غير أن مجرد الاختلاف بين قواعد القانون المختار وقواعد القانون الدولي بذاته لا يبرر عدم احترام إرادة الطرفين بشأن القانون الواجب التطبيق.

وكذلك، فإن تطبيق القانون الدولي العام بدلاً من القانون المختار بحجة قصوره تظل محل نظر⁽⁴⁸⁾، لا سيما وأن هذا القانون ينص عادة على كيفية سد النقص فيه⁽⁴⁹⁾. وعليه، يتعين على هيئة التحكيم سد أي فجوة في القانون المختار وفقاً لما ينص عليه هذا

(42) The Lena Goldfields, Ltd., Arbitration, 36 Cor. L. Q. 42 (1950) cited in Thomas V. Firth, The Law Governing Contracts under the World Bank Convention, 1 N.N.Y. J. Int'l & Pol. (1968), pp. 268-269.

(43) "Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL), ad hoc award of 24 March 1982, 66 International Law Reports (1984) p. 518, at p. 581 [reported in Yearbook IX(1984) Pp. 71-96].

(44) Peter Feuerle, supra n15, Pp. 107, 108. J. B. Fenyvesi, supra n21, p. 65.

(45) J. B. Fenyvesi, supra n21, p. 65.

(46) ليندا جابر، مرجع سابق، هامش 28، ص 78.

(47) المرجع السابق نفسه، ص 75.

(48) المرجع السابق نفسه، ص 73؛ محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)، المكتبة العصرية، المنصورة - مصر، 2010، ص 496.

(49) فمثلاً، تنص المادة الأولى من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 على أنه: «1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف».

القانون من تطبيق أحكام الفقه الإسلامي أو مبادئ القانون أو العرف أو قواعد العدالة والإنصاف⁽⁵⁰⁾، ولا يجوز لها تطبيق مبادئ القانون الدولي العام إلا إذا كانت تتعلق بالنظام العام الدولي⁽⁵¹⁾، أو لم ينجح المنهج الوارد في القانون المختار لسد فجواته في سد الفجوة محل الاهتمام⁽⁵²⁾ والذي هو احتمال نادر الحدوث.

وعليه، إذا ما استبعدت هيئة التحكيم القانون المختار في غير هذه الأحوال - النادرة الحدوث - فإنها تكون قد تجاوزت صلاحياتها، وبالتالي يجوز الطعن على حكمها بالإلغاء وفقاً لنص المادة (52/1-ب) من اتفاقية واشنطن⁽⁵³⁾ والذي تم تأكيده في الممارسة العملية⁽⁵⁴⁾.

(50) محمد بكر، مرجع سابق، هامش 48، ص 483.

(51) Peter Feuerle, supra n15, p. 108. Christoph Schreuer, supra n2, p. 21.

(52) J. B. Fenyvesi, supra n21, p. 66.

(53) والتي جاء فيها أنه: «يجوز لكل من الطرفين أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إلغاء الحكم لأحد الأسباب التالية: ... ب- تجاوز هيئة التحكيم حدود سلطتها بشكل واضح».

(54) International Centre for Settlement of Investment Disputes, Hussein Nuaman Soufraki, v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, dated 5 June 2007, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C213/DC1553_En.pdf (retrieved on 16 March 2020), '23. ... An ad hoc committee is empowered to verify ... (ii) the integrity of the procedure – which means firstly that the tribunal must respect the boundaries fixed by the ICSID Convention and the Parties' consent, and not manifestly exceed the powers granted to it as far as its jurisdiction, the applicable law and the questions raised are concerned (Article 52(1)(b)) ...'.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Government of Guinea (Guinea), (Case ARB/84/4), dated 14 December 1989, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C136/DC674_En.pdf (retrieved on 16 March 2020), '5.03 ... [Article 42(1) Washington Convent] grants the parties to the dispute unlimited freedom to agree on the rules of law applicable to the substance of their dispute and requires the tribunal to respect the parties' autonomy and to apply those rules. From another perspective, the parties' agreement on applicable law forms part of their arbitration agreement. Thus, a tribunal's disregard of the agreed rules of law would constitute a derogation from the terms of reference within which the tribunal has been authorized to function. Examples of such a derogation include the application of rules of law other than the ones agreed by the parties, or a decision not based on any law unless the parties had agreed on a decision ex aequo et bono. If the derogation is manifest, it entails a manifest excess of power.'

الفرع الثاني

اختيار الطرفين قواعد قانونية

يجوز للطرفين تحديد قواعد قانونية معينة للتطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي، مثل: قواعد القانون الدولي العام بوجه عام، أو أحد مصادره - كالمبادئ العامة للقانون أو المبادئ المعترف بها بين الأمم المتمدينة، أو حتى قواعد قانون التجارة الدولية.

أولاً: اختيار قواعد القانون الدولي العام

يرى جانب من الفقه أن حرية الطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق، المستقرة في القانون الدولي الخاص، تتسع لاختيار قواعد القانون الدولي للتطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي⁽⁵⁵⁾. فمن ناحية، إن كون الدولة المضيفة أو إحدى مؤسساتها العامة طرفاً في هذا العقد، وهي واحد من أشخاص القانون الدولي العام، يجعلها غير مؤهلة للخضوع لنظام قانون أجنبي. ومن ناحية أخرى، لأن وجود المستثمر الأجنبي طرفاً في هذا العقد يجعله إما رافضاً أو رغباً في الخضوع لقانون الدولة المضيفة؛ وعليه فإن اختيار الطرفين تطبيق القانون الدولي العام يؤدي إلى التوفيق بين مصالح الطرفين ومقتضيات النظام الاقتصادي المتقدم⁽⁵⁶⁾، أضف إلى ذلك أن هيئات التحكيم تلتزم بتطبيق القانون المختار؛ كي لا يتعرض حكمها للطعن بالإبطال أو عدم التنفيذ⁽⁵⁷⁾.

وقد اعترض على ذلك جانب آخر من الفقه بحجة أن المستثمر الأجنبي، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، لا يعد من أشخاص القانون الدولي العام⁽⁵⁸⁾، إضافة إلى أن قواعد تنازع القوانين تتصور التزاحم بين قوانين دول مختلفة للتطبيق على العقد، وليس من بينها القانون الدولي العام، لاسيما وأنه يسمو على القوانين الوطنية الداخلية⁽⁵⁹⁾. ويمكن الرد على ذلك بالقول إن تطبيق القانون الدولي المختار على عقود الاستثمار لا يجعل من المستثمر الأجنبي شخصاً من أشخاص القانون الدولي⁽⁶⁰⁾، كما أن تعبير «قواعد قانونية» من السعة بمكان كي يسمح للطرفين باختيار قواعد القانون الدولي للتطبيق

(55) F. A. Mann, The Law Governing State Contracts, 21 Brit. Y. B. Intl L. (1944), Pp. 19, 28.

Phillipe Kahn, supra n2, p. 15. Gabriel A. Moens & John Trone, supra n8, p. 382.

(56) بوسماحة الشيخ، مرجع سابق، هامش 3، ص 9. طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، هامش 19، ص 188-189.

(57) Hop Dang, supra n18, p. 136.

(58) Thomas V. Firth, supra n42, p. 262.

(59) طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، هامش 19، ص 190.

(60) Phillipe Kahn, supra n2, p. 16.

على هذه العقود⁽⁶¹⁾. ولكن؛ ولعدم كفاية قواعد القانون الدولي لحكم كل جوانب منازعات الاستثمار الأجنبي، فإنه لا ينصح الطرفين باختياره ليكون وحده الواجب التطبيق⁽⁶²⁾

ثانياً: اختيار أحد مصادر القانون الدولي العام

يتفق الطرفان في بعض عقود الاستثمار الأجنبي على تطبيق واحد من مصادر القانون الدولي العام - كالمبادئ العامة للقانون أو المبادئ المعترف بها بين الأمم المتعددة -⁽⁶³⁾ وذلك من خلال إخضاع عقدهما لاتفاقية دولية⁽⁶⁴⁾، والتي تُعد مصدراً رئيسياً للقانون الدولي العام⁽⁶⁵⁾.

ومن أمثلة المبادئ العامة المستقرة في هذا المجال مبدأ التعويض الكامل عن كل خطأ يسبب ضرراً للغير، ومبدأ الإثراء بلا سبب، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية⁽⁶⁶⁾، ومبدأ توازن الأداءات العقدية، ومبدأ تغير الظروف⁽⁶⁷⁾. غير أن اختيار مثل هذه المبادئ قد لا يحل المشكلة نهائياً؛ بسبب عدم كفايتها وحدها لتغطية كل المسائل العقدية.

وقد أظهرت الممارسة العملية أن هيئة التحكيم تطبق مبادئ القانون التي اتفق الطرفان على تطبيقها على العقد. فمثلاً، في قضية Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus (Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3)⁽⁶⁸⁾ وجدت هيئة التحكيم أنه وفقاً لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين

(61) Phillipe Kahn, supra n2, p. 17.

انظر: أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 342.

(62) J. B. Fenyvesi, supra n21, p. 62.

(63) فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 299؛ أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 342.

انظر أيضاً: Thomas V. Firth, supra n2, p. 16. Phillipe Kahn, supra n55, p. 19. F. A. Mann, supra n42, p. 267.

(64) F. A. Mann, supra n55, p. 19.

(65) ليندا جابر، مرجع سابق، هامش 28، ص 84.

(66) عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 130-133.

(67) طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، هامش 19، ص 210. انظر أيضاً:

George W. Jr. Ray, Law Governing Contracts between States and Foreign Nationals, 5 Proc. Inst. on Priv. Inv. Abroad (1960), p. 23 ff.

(68) Online at: <https://www.italaw.com/cases/documents/481> (retrieved on 16 March 2020).

فرنسا والمكسيك، ولا اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين والمكسيك، يتعين على هيئة التحكيم أن تحكم في موضوع النزاع وفقاً لاتفاقيتي الاستثمار الثنائيين (BITS)، ووفقاً لقواعد ومبادئ القانون الدولي ذات الصلة. وبعد أن قررت هيئة التحكيم أن المدعى عليه أخل بالتزاماته المتعلقة بنزع الملكية بموجب كلتا الاتفاقيتين الثنائيين للاستثمار، تناولت على وجه الخصوص مسألة التعويض عن الربح الفائت، وفي إطار بحثها عما يؤكد جواز منح التعويض عن الربح الفائت استشهدت بالمادة (36) من مقترح لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً عام 2001، والتي تنص على ضرورة توفر قدر معقول من اليقين بشأن تدفقات الدخل المستقبلية.

ومع ذلك، ولدعم هذا المبدأ وتأييده، استشهدت هيئة التحكيم أيضاً بالمادة (7-4-3/1) من مبادئ لينيدروا التي تتطلب بالمثل «درجة معقولة من اليقين» لمنح التعويض عن الضرر المستقبلي، وهذا يؤكد أن شرط اليقين في إثبات مطالبة المدعي بالتعويض نسبي، ولا يتعارض مع قرار التعويض عن فوات الفرصة، إضافة إلى أن ذلك لا ينحصر بالضرورة بسلطة المحكم المفوض بالصلح.

وقد أشارت هيئة التحكيم، في معرض تبريرها لإشارتها إلى مبادئ لينيدروا، إلى أنه: «من الممكن توضيح هذه المبادئ العامة في عدة نظم قانونية وطنية أخرى (نظام الكومن لو والنظام اللاتيني على السواء)، ولكن ذلك ليس ضرورياً هنا؛ لأن هذه المبادئ العامة تم النص عليها بشكل عام في مبادئ لينيدروا؛ ولأنه لا شك لدى هيئة التحكيم في كون هذه المبادئ تشكل جزءاً من القانون الدولي وفقاً لما تم النص عليه في مواد لجنة القانون الدولي»⁽⁶⁹⁾

ثالثاً: اختيار قانون التجارة الدولية

يتضمن قانون التجارة الدولية أو قانون التجار (lex mercatoria) مجموعة القواعد عبر الدولية المتمثلة في الأعراف والممارسات السائدة في مجال التجارة الدولية⁽⁷⁰⁾، كتلك الواردة في الاتفاقيات الدولية، والقوانين النموذجية، ومبادئ لينيدروا لعقود التجارة الدولية. ووفقاً لبعض الفقه ينبغي أن تخضع عقود الاستثمار الأجنبي لنظام

(69) Ibid, '13-90 It would be possible to illustrate these general principles from several other national legal systems (both common law and civilian); but it is unnecessary to do so here because, first, such principles are broadly re-stated in the UNIDROIT Principles; and, second, the Tribunal is in no doubt that similar principles form part of international law, as expressed in the ILC Articles.'

(70) بوسماحة الشيخ، مرجع سابق، هامش 3، ص 10؛ ليندا جابر، مرجع سابق، هامش 28، ص 91؛ فؤاد أبو طالب، مرجع سابق، هامش 63، ص 326. انظر أيضاً: Philippe Kahn, supra n2, p.18.

قانون مستقل ومتميز عن كل من القانون الوطني والقانون الدولي العام، وبالتالي يجوز للطرفين - وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة - اختيار قانون التجارة الدولية للتطبيق على هذا النوع من العقود⁽⁷¹⁾، لاسيما وأن قواعده لا تتعارض معها، أضف إلى ذلك أن اختيار الطرفين قانون التجارة الدولية للتطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي يتلاءم والتحكيم الذي اتفقا عليه كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بهذا العقد⁽⁷²⁾.

ويعترض جانب آخر من الفقه على ذلك بحجة أن مبادئ وقواعد قانون التجارة الدولية ذات طابع تجاري ولا تناسب عقود الاستثمار الأجنبي التي تكون الدولة أحد أطرافها، لاسيما وأنه ليس سهلاً الوصول إلى محتوى هذه المبادئ⁽⁷³⁾، غير أن هذا القول لم يعد دقيقاً، فوجود مبادئ الينديروا لعقود التجارة الدولية، بكل ما فيها من نصوص تغطي جوانب مختلفة من العقد، متوفرة بعدة لغات ويسهل الوصول إليها، يلائم هذه العقود الدولية بطبيعتها، بل ويجعلها أكثر ملاءمة لها من أي قانون داخلي في أي دولة الذي ينظم العقود الوطنية البحتة. تنظم قواعد قانون التجارة الدولية، بما في ذلك مبادئ الينديروا، العلاقات الخاصة التي يكون أطرافها من أشخاص القانون العام أو الخاص، أو التي يكون أحد أطرافها شخصاً عاماً والآخر شخصاً خاصاً، في حين أن العلاقات التي تباشرها الدولة استناداً إلى سلطتها السيادية في شؤون تجارتها الخارجية، تخضع للقانون الدولي الاقتصادي، كالاتفاقيات المتعلقة بالإعفاءات الجمركية⁽⁷⁴⁾، لاسيما وأن المبادئ ذاتها تنص على ضرورة تطبيق القواعد الأمرة، الوطنية أو الدولية أو فوق الوطنية، الواجب إعمالها وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص ذات العلاقة⁽⁷⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالات اتفق فيها الطرفان على تطبيق قواعد العدالة، قامت هيئة التحكيم بتطبيق مبادئ الينديروا لعقود التجارة الدولية، ففي قضية (BAE Systems PLC, U.K. vs. Ministry of Defense and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran)، صادقت محكمة لاهاي (Gerechtshof Den Haag)

(71) ليندا جابر، مرجع سابق، هامش 28، ص 95؛ فؤاد أبو طالب، مرجع سابق، هامش 63، ص 326. انظر أيضاً:

Phillipe Kahn, supra n2, pp. 18-20. Gabriel A. Moens & John Trone, supra n8, p. 382.

(72) طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، هامش 19، ص 215.

(73) P. Dumberry & J. Stone, supra n11, p. 482.

أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 387.

(74) فؤاد أبو طالب، مرجع سابق، هامش 63، ص 234-235.

(75) Article 1.4 UNIDROIT Principles, online at: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/english-black-letter> (retrieved on 16 March 2020).

في هولندا على حكم هيئة التحكيم الذي طبقت فيه مبادئ الينيدروا، لمجرد أن بعض العقود بين الطرفين تشير إلى ضرورة فض النزاع على وفق «العدالة الطبيعية» (natural justice) أو «قوانين العدالة الطبيعية» (laws of natural justice) أو «قواعد العدالة الطبيعية» (rules of natural justice) (والبعض الآخر لا ينص على القانون الواجب التطبيق)، ولم تقبل طلب إبطال هذا الحكم بزعم أن هيئة التحكيم تجاوزت صلاحياتها عندما قامت من تلقاء ذاتها بتطبيق مبادئ الينيدروا⁽⁷⁶⁾.

وفي حالات أخرى اتفق فيها الطرفان (ضمنياً) على تطبيق القانون الدولي، قامت هيئة التحكيم بتطبيق مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية، ففي قضية (Joseph Charles Lemire v. Ukraine)⁽⁷⁷⁾ وجدت هيئة التحكيم في حكمها الأول (First Award) أن الاتفاق بين الطرفين تضمن تطبيق القانون الذي تعينه قواعد الإسناد التي ترى الهيئة تطبيقها، إضافة إلى قواعد القانون الدولي التي ترى الهيئة تطبيقها أيضاً. وبناء على ذلك، توصلت هيئة التحكيم إلى أن هذا البند المتعلق باختيار القانون يعتبر اختياراً سلبياً ضمناً من قبلهما لأي نظام قانوني وطني، وبالتالي فالنهج الأنسب هو إخضاع الاتفاق بينهما لقواعد القانون الدولي، مع إيلاء اعتبار خاص لمبادئ الينيدروا.

وتأييداً لقرارها، أشارت هيئة التحكيم إلى أنه من الواضح أن الطرفين قد فكرا في مسألة القانون الواجب التطبيق عند التفاوض بشأن الاتفاق، ولكنهما لم يتمكنوا - على ما يبدو - من التوصل إلى اتفاق لتطبيق القانون الأوكراني أو الأمريكي، وبدلاً من ذلك، أدرج الطرفان أجزاءً واسعة من مبادئ الينيدروا في الاتفاق، وأدرجا بنداً يسمح لهيئة التحكيم إما باختيار نظام قانوني وطني أو بتطبيق قواعد القانون التي تعتبرها مناسبة⁽⁷⁸⁾.

وفي الموضوع، أشارت هيئة التحكيم إلى بعض بنود الاتفاق بين الطرفين (والتي تعكس نصوص المواد (1-4، 3-4، 17-2) من مبادئ الينيدروا لتقرر أن قراءة هذه البنود، بعضها مع بعض، تقتضي انعكاس التوقعات التي أثرت أثناء مفاوضات الاتفاق في نص الاتفاق ذاته، وأن مجرد نقاش التزام ما، أو حتى الاتفاق عليه شفويًا في أثناء المفاوضات، ليس كافياً⁽⁷⁹⁾.

(76) Gerechtshof Den Haag, decision no. 200.095.535-01, dated 11 September 2013, online at: <http://www.unilex.info/principles/case/1925> (retrieved on 18 March 2020).

(77) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), No ARB/06/18; IIC 424 (2010), dated 14 January 2010, online at: <http://www.unilex.info/principles/case/1533> (retrieved on 18 March 2020).

(78) Ibid, para. 106-111.

(79) Ibid, para. 112-116.

وكذلك استندت هيئة التحكيم إلى المادة 1-8 من مبادئ الينيدروا لمنع المدعي من التصرف على نحو متناقض مع ما التزم به تجاه المدعى عليه⁽⁸⁰⁾، وإلى المادة (4-1-5) منها للقول في المدعى عليه قصر في بذل الجهود التي يبذلها شخص معقول في مثل ظروفه⁽⁸¹⁾.

وفي حكمها الثاني (Second Award)⁽⁸²⁾، قررت هيئة التحكيم منح المدعي تعويضاً عن الكسب الفائت⁽⁸³⁾. ومن أجل استبعاد تصنيف الأذى الذي لحق بالمدعي على أنه مجرد فوات للفرصة، أشارت هيئة التحكيم إلى المثال الوارد في التعليق رقم 2 على المادة (3-4-7) من مبادئ الينيدروا لتحديد مفهوم فوات الفرصة. وفيما يتعلق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، رأت هيئة التحكيم أن معاملة المدعي لا تشكل نوع «الظروف الاستثنائية» التي تبرر الحكم بالتعويض عن الأضرار المعنوية⁽⁸⁴⁾.

الفرع الثالث

اختيار الطرفين مزيجاً من الأنظمة القانونية

فكما يجوز للطرفين اختيار قانون أو قواعد قانونية، فكذلك يجوز لهما اختيار مزيج من هذه الأنظمة، ففي القضية رقم ARB/03/16 تقرر صراحة: «أن الافتراض المقبول عموماً في تنازع القوانين هو أن للطرفين اختيار مجموعة واحدة متماسكة من القواعد القانونية التي تحكم علاقتها...، بدلاً من مجموعات مختلفة من القواعد القانونية، ما لم يتم التصريح بخلاف ذلك بوضوح»⁽⁸⁵⁾.

(80) Ibid, para. 134.

(81) Ibid, para. 154.

(82) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ARB/06/18, dated 28 March 2011, online at: <http://www.unilex.info/principles/case/1669> (retrieved on 23 March 2020).

(83) Ibid, para. 250.

(84) Ibid, para. 251-252.

(85) International Centre for Settlement of Investment Disputes, ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, dated 2 October, 2006, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C231/DC648_En.pdf (retrieved on 16 March 2020): '290. ... This is so since the generally accepted presumption in conflict of laws is that parties choose one coherent set of legal rules governing their relationship (which is the case here as it will be seen below), rather than various sets of legal rules, unless the contrary is clearly expressed.'

وقد أكدت ذلك الممارسة العملية في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فمثلاً في قضية (Maffezini)⁽⁸⁶⁾ والتي كان محلها إنشاء مصنع كيماوي، وجدت هيئة التحكيم أن اتفاقية الاستثمار الثنائية (BIT) بين الأرجنتين وإسبانيا تنص على تطبيق قانون الدولة المضيفة والقانون الدولي؛ ولذلك قامت بتطبيق القانون الدولي على بعض المسائل، مثل: مسؤولية الدولة الإسبانية⁽⁸⁷⁾ وأثر المصنع الكيماوي على البيئة⁽⁸⁸⁾، والقانون الإسباني (قانون الدولة المضيفة) على مسائل أخرى، مثل: تنفيذ العقد⁽⁸⁹⁾ والتقدم⁽⁹⁰⁾.

وفي قضية (EUREKO B.V. v. Republic of Poland) والتي تم الفصل فيها بتاريخ 19 آب / أغسطس 2005، وجدت هيئة التحكيم الخاصة أن الطرفين اتفقا على أن يتم الحكم «استناداً إلى القانون، بما في ذلك على وجه الخصوص هذه الاتفاقية وغيرها من الاتفاقيات القائمة بين الطرفين، إضافة إلى قواعد ومبادئ القانون الدولي المستقرة عالمياً»، ولدى تعرضها للموضوع استندت هيئة التحكيم إلى نص المادة (1-3/1-7) من مبادئ النيديروا الذي يقن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ⁽⁹¹⁾.

وفي قضية (Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems, Inc.) وجدت هيئة التحكيم أن الطرفين اتفقا على أن يتم تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي والأعراف التجارية، وأن عليها - من أجل الوصول إلى مضمون هذه القواعد - أن تستهدي بمبادئ النيديروا⁽⁹²⁾.

(86) International Centre For Settlement Of Investment Disputes, Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom Of Spain, Case No. ARB/97/7, dated 13 November 2000, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_En.pdf (retrieved on 9 March 2020).

(87) Ibid, para. 50, 52, 57, 77, 83.

(88) Ibid, para. 67.

(89) Ibid, para. 89, 90.

(90) Ibid, para. 92, 93.

(91) Ad hoc Arbitration, Brussels, EUREKO B.V. v. Republic of Poland, Arbitral Award dated 19 August 2005, online at: <http://www.unilex.info/principles/case/1042> (retrieved on 16 March 2020).

(92) ICC International Court of Arbitration, Paris 7365/FMS, dated 5 May 1997, online at: <http://www.unilex.info/principles/case/653> (retrieved on 16 March 2020).

المطلب الثاني

الاختيار الضمني للقانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق

تقر النصوص محل الاهتمام جميعها الاختيار الصريح من قبل الطرفين للقانون الواجب التطبيق، ولكن يثور التساؤل حول مدى جواز الاختيار الضمني في ظل هذه النصوص. وفقاً لنص المادة (59/1) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، إذا لم يتفق الطرفان على القانون الواجب التطبيق صراحة، ينبغي أولاً البحث عن الإرادة الضمنية للطرفين بخصوص هذا القانون، وذلك قبل إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في هذا النص. فقد جاء في هذا المادة صراحة أنه: «يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، ... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه».

وبالمقابل، لم تنص على ذلك صراحة المادة (42/1) من اتفاقية واشنطن، أو المادة (35/1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم، ومع ذلك ولأن النص في كل منهما على تطبيق القانون الذي يختاره الطرفان جاء مطلقاً وعماماً، فإنه يستوي أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو ضمناً⁽⁹³⁾. ففي قضية (Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica)، مثلاً، أكدت هيئة التحكيم أن: «المادة (42/1) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا تشترط أن يكون اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق كتابياً أو حتى أن يُذكر صراحة، ومع ذلك ولكي تقرر هيئة التحكيم أن هذا الاتفاق كان ضمناً يجب عليها أولاً أن تجد جوهر الاتفاق، وبغض النظر عن شكله، واضحاً في هذا الخصوص»⁽⁹⁴⁾.

(93) Y. Banifatemi, supra n2, p. 198. J. B. Fenyvesi, supra n21, p. 62.

انظر: محمد بكر، مرجع سابق، هامش 48، ص 480.

(94) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica, Case No. ARB/96/1, dated 17 February 2000, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf (retrieved on 9 March 2020): '63. Article 42(1) of the ICSID Convention does not require that the parties' agreement as to the applicable law be in writing or even that it be stated expressly. However, for the Tribunal to find that such an agreement was implied it must first find that the substance of the agreement, irrespective of its form, is clear.'

وفي قضية (ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary)، خلصت هيئة التحكيم إلى أن: «الموافقة على التحكيم بموجب المادة (7) من اتفاقية الاستثمار الثنائية فيما يتعلق «بأي نزاع بين دولة متعاقدة ومستثمر من دولة متعاقدة أخرى بشأن نزاع ملكية استثمار...» تعني أيضاً موافقة الطرفين على انطباق أحكام هذه الاتفاقية الثنائية، ولاسيما الأحكام المنصوص عليها في المادة (4)... وهذه الأحكام هي أحكام تعاهدية تتعلق بالقانون الدولي، وتندرج تلك الموافقة في الجملة الأولى من المادة (42/1) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار («تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفين»). ويجب أيضاً اعتبار هذه الموافقة اختياراً للقانون الدولي العام، بما في ذلك القانون الدولي العرفي، إذا ما كان ذلك، وبالقدر الذي يكون فيه ذلك، مناسباً لتفسير أحكام الاتفاقية الثنائية وتطبيقها»⁽⁹⁵⁾.

وفي قضية (Joseph Charles Lemire v. Ukraine) أكدت هيئة التحكيم على ما نصت عليه ديباجة مبادئ لينيدروا من أن اختيارها من قبل الطرفين للتطبيق على العقد بينهما قد يكون صريحاً أو ضمناً، وخلصت إلى أن قيام الطرفين بإدماج عدة نصوص من مبادئ لينيدروا في العقد، واتفاقهما على تخويل هيئة التحكيم تطبيق نظام قانوني وطني أو اختيار القواعد القانونية التي تراها مناسبة للتطبيق، يعني ضمناً اتفاق الطرفين على عدم تطبيق قانون وطني بعينه؛ الأمر الذي جعل هيئة التحكيم تقرر تطبيق قواعد القانون الدولي، مع الأخذ بالاعتبار على وجه الخصوص مبادئ لينيدروا⁽⁹⁶⁾.

(95) International Centre for Settlement of Investment Disputes, ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, dated 2 October, 2006, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C231/DC648_En.pdf (retrieved on 9 March 2020): '290. In the Tribunal's view, by consenting to arbitration under Article 7 of the BIT with respect to "Any dispute between a Contracting Party and the investor of another Contracting Party concerning expropriation of an investment . . ." the Parties also consented to the applicability of the provisions of the Treaty, and in particular those set forth in Article 4 Those provisions are Treaty provisions pertaining to international law. That consent falls under the first sentence of Article 42(1) of the ICSID Convention ("The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties"). The consent must also be deemed to comprise a choice for general international law, including customary international law, if and to the extent that it comes into play for interpreting and applying the provisions of the Treaty.'

(96) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), No ARB/06/18; IIC 424 (2010), dated 14 January 2010, online at: <http://www.unilex.info/principles/case/1533> (retrieved on 23 March 2020):

وعليه، إذا لم يحدد الطرفان القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي صراحة، تلتزم هيئة التحكيم باستجلاء إرادتهما الضمنية⁽⁹⁷⁾، وذلك قبل تركيز العقد وفقاً لضوابط الإسناد الاحتياطية الواجب إعمالها، وفقاً للنصوص محل الاهتمام عند غياب اتفاق الطرفين⁽⁹⁸⁾. وفي هذا المجال، تنظر هيئة التحكيم في شروط العقد والظروف الملائسة لتكوينه⁽⁹⁹⁾، وفي كل الأحوال يجب أن تكون إرادة الطرفين الضمنية

‘110. As the Preamble to the Principles states, they “shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them” and they “may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by ‘general principles of law’, the ‘lex mercatoria’ or the like”.

111. When negotiating the Settlement Agreement, the parties evidently gave thought to the issue of applicable law, and were apparently unable to reach an agreement to apply either Ukrainian or US law. In this situation, what the parties did was to incorporate extensive parts of the UNIDROIT Principles into their agreement, and to include a clause which authorises the Tribunal either to select a municipal legal system, or to apply the rules of law the Tribunal considers appropriate. Given the parties’ implied negative choice of any municipal legal system, the Tribunal finds that the most appropriate decision is to submit the Settlement Agreement to the rules of international law, and within these, to have particular regard to the UNIDROIT Principles.’

(97) J. Ch. Thomas & H. K. Dhillon, supra n21, p. 978.

(98) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, Case No. ARB/96/1, dated 17 February 2000, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf (retrieved on 16 March 2020): ‘63. ... Having reviewed and considered Respondent’s oral and written argument on this question and analysed the documents to which we have been referred, including, in particular, the Helms Amendment and related documents, the Tribunal is unable to conclude that the parties ever reached a clear and unequivocal agreement that their dispute would be decided by the Tribunal solely in accordance with international law.

64. This leaves the Tribunal in a position in which it must rest on the second sentence of Article 42(1) (“In the absence of such agreement...”) and thus apply the law of Costa Rica and such rules of international law as may be applicable.’

(99) أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 311.

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Case No. ARB/87/3, date 27 June 1990, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C140/DC676_En.pdf (retrieved on 16 March 2020), ‘20. ... the choice-of-law process would normally materialize after the emergence of the dispute, by observing and construing the conduct of the Parties throughout the arbitration proceedings.’

مؤكدة وحقيقية⁽¹⁰⁰⁾، ولكن لم يتم التعبير عنها صراحة، فلا يجوز لها أن تفترض هذه الإرادة⁽¹⁰¹⁾.

ومن الأمثلة على الإرادة الضمنية أن يختار الطرفان تطبيق بنود عقد نموذجي أعدته دولة معينة، ما يدل على أنهما قصدا تطبيق قانونها على عقدهما⁽¹⁰²⁾، وكذلك يعد قرينة للدلالة على الإرادة الضمنية للطرفين بشأن القانون الواجب التطبيق ما يلي: مكان إبرام العقد، ومكان تنفيذه، واللغة التي كتب فيها، والعملية التي يتم الوفاء بها⁽¹⁰³⁾، وكلما تعددت القرائن التي تشير إلى اتجاه إرادة الطرفين إلى قانون معين، كلما قامت هيئة التحكيم بتطبيقه.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه يعارض الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق، لاسيما في ظل المادة (42/1) من اتفاقية واشنطن، بزعم أن ذلك يؤدي إلى عدم لجوء الدولة المضيفة إلى التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب هذه الاتفاقية، خوفاً من استبعاد هيئة التحكيم تطبيق قانونها تحت ستار الإرادة الضمنية التي قد يتم التوصل إليها من خلال معايير شخصية، ويغلب عليها طابع الظن لا اليقين⁽¹⁰⁴⁾، غير أنه يمكن الرد على ذلك من ناحيتين: الأولى، لا يجوز لهيئة التحكيم الأخذ بالإرادة المفترضة للطرفين، وإنما يتوجب عليها البحث عن إرادتهما (الضمنية) الحقيقية واستخلاصها من الظروف الملازمة. والثانية، تضع اتفاقية واشنطن ذاتها نظاماً خاصاً للطعن في أحكام التحكيم، ما يُمكن كل طرف من الطعن في الحكم الذي استبعد تطبيق القانون الواجب تطبيقه، خصوصاً إذا ما تجاوزت هيئة التحكيم صلاحياتها في هذا المجال⁽¹⁰⁵⁾.

(100) ليندا جابر، مرجع سابق، هامش 28، ص 49.

(101) Amin Dawwas, Law Applicable to the Merits of International Commercial Arbitration: MAL, PAL and KCCCP Compared, 6 Kuwait International Law School Journal, (2015), p. 39.

راجع أيضاً: أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 311.

(102) Amin Dawwas, supra n101, p. 39.

(103) Id.

(104) See Phillipe Kahn, supra n2, pp. 9, 15-16.

(105) راجع الهامش رقم (53)، أعلاه.

المبحث الثاني

اختيار هيئة التحكيم القانون

أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق

كل النصوص محل الاهتمام تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد عند تخلف إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في هذا الخصوص؛ الأمر الذي يمكن الطرفين من معرفة هذا القانون الواجب التطبيق على عقدهما عند سكوتها عن تحديده⁽¹⁰⁶⁾، غير أن هذه النصوص تختلف فيما بينها في شأن هذا القانون: وفقاً للمادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن، تلتزم هيئة التحكيم في هذه الحالة بتطبيق «قانون الدولة المضيفة (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين)، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع»⁽¹⁰⁷⁾، ما يجعل القانون الواجب التطبيق معروفاً للطرفين ابتداءً حتى في غياب اتفاقهما عليه⁽¹⁰⁸⁾.

ووفقاً للمادة (35/1) جملة ثانية من قواعد الأونسيترال للتحكيم، تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق «القانون الذي تراه مناسباً». واستناداً إلى المادة (59/1) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق «قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحداً موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد».

وللهولة الأول، يبدو أن نص المادة 35/1 من قواعد الأونسيترال للتحكيم تتضمن ضابط إسناد احتياطي واحد، في حين أن نص كل من المادة 59/1 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، والمادة (42/1) من اتفاقية واشنطن يشير إلى قانونين احتياطين اثنين. وفيما يلي سيتم تناول الأحكام الواردة في كل من هذه النصوص لبيان مدى صحة هذا الاستنتاج، إضافة إلى معنى التعدد في القوانين الواجب تطبيقها بموجب النصين الأخيرين: التخيير أم التدرج؟

(106) Phillippe Kahn, supra n2, p. 21.

(107) قارن أيضاً: المادة (1/54) جملة ثانية من (ICSID Arbitration) (Additional Facility) Rules (2006)، والتي جاء فيها أنه: «وفي غياب اتفاق الطرفين على القواعد القانونية، يجب على هيئة التحكيم أن تطبق (أ) القانون الذي تعينه قواعد الإسناد التي ترى تطبيقها. (ب) قواعد القانون الدولي التي ترى تطبيقها».

(108) Francisco J. P. Vives, supra n8, para. 38.

المطلب الأول

تطبيق قانون الدولة المضيفة (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين) بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع

من الطبيعي أن يتم تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار الأجنبي، عند عدم اختيار الطرفين القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق؛ وذلك على اعتبار أنه يتم عادة إبرام هذا العقد، وكذلك تنفيذه في الدولة المضيفة⁽¹⁰⁹⁾. أضف إلى ذلك أن قانون الدولة المضيفة يتم أيضاً تطبيقه على عقود أخرى كثيرة يبرمها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة، ما يؤدي إلى حد بعيد إلى تطبيق قانون واحد على الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة⁽¹¹⁰⁾.

غير أن هذا كله لا يعني عدم تطبيق القانون الدولي إلى جانب قانون الدولة المضيفة. في الحقيقة، أثار نص المادة (42/1) من اتفاقية واشنطن خلافاً حول الهدف من التعدد في القوانين الواجب تطبيقها على عقد الاستثمار الأجنبي عند تخلف اتفاق الطرفين على ذلك: فهل يتوجب أولاً تطبيق قانون الدولة المضيفة ومن ثم مراجعة أحكامه في ظل القانون الدولي، أم يجب تطبيقهما معاً ابتداءً؟ وكذلك، ما معنى الإشارة في النص إلى قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة المضيفة؟ وهذا ما سيتم بيانه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

معنى التعدد في القوانين الواجب تطبيقها

لا يجوز لهيئة التحكيم تطبيق مبادئ القانون الدولي وحدها؛ وذلك لعدم كفايتها للفصل في كل المنازعات التي قد تثار بشأن عقد الاستثمار الأجنبي⁽¹¹¹⁾، ولخالف ذلك صريح نص المادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن؛ ولذلك يذهب الفقه السائد إلى أنه يجب أولاً، وفي كل الأحوال، تطبيق قانون الدولة المضيفة، لاسيما وأن تطبيقه غير مقيد بعبارة (as may be applicable) «الواجب تطبيقه» التي تم تقييد تطبيق القانون الدولي بها⁽¹¹²⁾، ولا يجوز لهيئة التحكيم تطبيق مبادئ القانون الدولي إلا لتكملة النقص فيه⁽¹¹³⁾.

(109) Phillippe Kahn, supra n2, p. 23. Thomas V. Firth, supra n42, p. 262.

(110) Phillippe Kahn, supra n2, p. 24.

(111) أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 342.

(112) Peter Feuerle, supra n15, p. 113.

(113) Id.

أو حتى استبعاد تطبيقه إذا ما تعارض مع القانون الدولي العام⁽¹¹⁴⁾، أو إذا ما كان تطبيقه يؤدي إلى نتائج غير عادلة⁽¹¹⁵⁾ (لا تنسجم والنظام العام الدولي)⁽¹¹⁶⁾.

وهذا ما استقر عليه العمل - لفترة - في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ففي قضية Klockner تقرر أن هيئة التحكيم تلتزم وفقاً للمادة (42/1) جملة ثانية بتطبيق قانون الدولة المضيفة أولاً وقبل أي شيء، ولا تطبق مبادئ القانون الدولي العام إلا في حالة وجود نقص في قانون الدولة المضيفة، أو في حالة تعارضه مع القانون الدولي العام⁽¹¹⁷⁾.

(114) ليندا جابر، مرجع سابق، هامش 28، ص 152؛ طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، هامش 19، ص 484؛ محمد بكر، مرجع سابق، هامش 48، ص 481.

Phillipe Kahn, supra n2, p. 28. J. Ch. Thomas & H. K. Dhillon, supra n21, p. 985.

Christoph Schreuer, supra n2, p. 12. Doug Jones, Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties, 26 Singapore Academy of Law Journal (2014), pp. 926-927.

(115) Thomas V. Firth, supra n42, p. 261. P. Dumberry & J. Stone, supra n11, p. 505.

(116) J. B. Fenyvesi, Application of International Law as Applicable Law under the Second Sentence of Art 42(1) in ICSID Arbitration, 3 Adam Antal, PhD tanulmanyok (2005), p. 70.

(117) International Centre for Settlement of Investment Disputes, Klockner v . Republic of Cameroon Case, (ARB/81/2), online at: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/cases/Decision%20of%20the%20ad%20hoc%20Committee_Translated_ARB.81.2.pdf#search=klockner (retrieved on 30 March 2020): 'Article 42 of the Washington Convention certainly provides that "in the absence of agreement between the parties, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute . . . and such principles of international law as may be applicable." This gives these principles (perhaps omitting cases in which it should be ascertained whether the domestic law conforms to international law) a dual role, that is, complementary (in the case of a "lacuna" in the law of the State), or corrective, should the State's law not conform on all points to the principles of international law. In both cases, the arbitrators may have recourse to the "principles of international law" only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to one principle, even a basic one) and after having applied the relevant rules of the State's law. Article 42(1) therefore clearly does not allow the arbitrator to base his decision solely on the "rules" or "principles of international law."'

وتم التأكيد على ذلك أيضاً في قضية Amco. انظر:

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Amco v. Indonesia, online at: [https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20\(Redacted%20per%20PO8\)/Legal%20Authorities/CL-0032.PDF#search=Amco](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20(Redacted%20per%20PO8)/Legal%20Authorities/CL-0032.PDF#search=Amco) (retrieved on 30 March 2020): '20. It seems to the ad hoc Committee worth noting that Article 42(1) of the Convention authorizes an ICSID tribunal to apply rules of international law only to fill up lacunae in the applicable domestic law and to

وفي قضية (SPP v. Egypt) أيضاً، المشار إليها أعلاه، تقرر صراحة التزام هيئة التحكيم، وفقاً للمادة (42) من اتفاقية واشنطن، بتطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي ذات العلاقة عند وجود نقص في القانون الوطني، أو تعارض أحكامه مع القانون الدولي⁽¹¹⁸⁾.

غير أن هذا الرأي محل نظر: فالقول بتطبيق القانون الدولي عند قصور قواعد قانون الدولة المضيفة لا يمكن التسليم به بشكل مطلق، لاسيما وأن هذا الأخير ينص عادة على الطريقة التي يجب وفقاً لها سد الفجوات فيه. والقول أيضاً بأن قانون الدولة المضيفة يتم استبعاد تطبيقه عند تعارضه مع قواعد القانون الدولي يجعل لهذا الأخير الأولوية في التطبيق، وذلك خلافاً لصريح نص المادة (42/1) جملة ثانياً من اتفاقية واشنطن. وبالنتيجة، تكون الإشارة في هذا النص إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة عديمة المعنى⁽¹¹⁹⁾، وحتى لو كان المقصود هو إعطاء الأولوية لقواعد النظام العام في القانون الدولي فقط، فهذا مجرد تحصيل حاصل، ويجعل الإشارة في النص إلى تطبيق القانون الدولي عديمة المعنى⁽¹²⁰⁾.

ولذلك، يرى جانب آخر من الفقه أنه يتعين على هيئة التحكيم، عند تخلف اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق، أن تطبق قانون الدولة المضيفة، ومبادئ القانون الدولي بشكل متزامن ودون أن يسبق أحدهما الآخر⁽¹²¹⁾، ولعل ما يؤيد ذلك الطبيعة الدولية

ensure precedence to international law norms where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms.'

ويعترض على ذلك بعض الفقهاء (Hop Dang, supra n18, Pp. 157-158) بالقول إن المادة (1/42) جملة ثانياً لا تخول هيئة التحكيم استبعاد قانون الدولة المضيفة عند تعارضه مع القانون الدولي، لاسيما وأن الأعمال التحضيرية للاتفاقية تظهر عدم قبول الدول النامية لهذا الاستنتاج. وعليه، ينبغي على هيئة التحكيم في مثل هذه الظروف تحديد القانون الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد في دولة مقر التحكيم.

(118) International Centre for Settlement of Investment Disputes, Southern Pacific Properties (Middle East) Limited V. Arab Republic Of Egypt, Case No. ARB/84/3, online at: [https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20\(Redacted%20per%20PO8\)/Legal%20Authorities/CL-0049.PDF#search=aminoil](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20(Redacted%20per%20PO8)/Legal%20Authorities/CL-0049.PDF#search=aminoil) (retrieved on 30 March 2020): '84. When municipal law contains a lacunae, or international law is violated by the exclusive application of municipal law, the Tribunal is bound in accordance with Article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law.'

(119) J. B. Fenyvesi, supra n116, p. 64.

(120) Ibid, p.65.

(121) Peter Feuerle, supra n15, p. 117. Christoph Schreuer, supra n2, p. 18. Y. Banifatemi, supra n2, p. 203. E. Gaillard & Y. Banifatemi, supra n11, pp. 381, 403, 409. P. Dumberry & J. Stone, supra n11, Pp. 514-515. J. Karton, supra n15, p. 231. Francisco J. P. Vives, supra n8, para. 36. J. B. Fenyvesi, supra n116, p. 66.

للتحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وحاجة اتفاقية واشنطن لتغطية كل أنواع منازعات الاستثمار⁽¹²²⁾، إن وجود اتفاقية ثنائية لتشجيع الاستثمار بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبي يعني التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الدولي⁽¹²³⁾، إذا ما تعلق الأمر بتقييد السلطات السيادية للدولة المضيفة في مواجهة المستثمر، باعتبارها تشكل الحد الأدنى لضمان الاستثمار الأجنبي⁽¹²⁴⁾، هذا طبعاً إلى جانب تطبيقها لقانون الدولة المضيفة بما فيه من مزايا وإعفاءات ممنوحة للمستثمر الأجنبي⁽¹²⁵⁾. وكذلك، تطبق هيئة التحكيم القانون الدولي العرفي بشكل مباشر⁽¹²⁶⁾ على المسائل التي لا ترتبط موضوعياً بالقانون الوطني، مثل احترام الحقوق المكتسبة للأجانب⁽¹²⁷⁾، وتحديد المسؤولية للدولة المضيفة⁽¹²⁸⁾، لاسيما عند تعديلها لقانونها من أجل تعديل أو إنهاء عقد الاستثمار الأجنبي⁽¹²⁹⁾.

وتجدر الملاحظة أن هذا الخلاف حول حالات تطبيق القانون الدولي العام ليس خلافاً

(122) J. Ch. Thomas & H. K. Dhillon, supra n21, p. 981.

(123) Y. Banifatemi, supra n2, p. 204. Christoph Schreuer, supra n2, pp. 10, 19. J. B. Fenyvesi, supra n116, p. 66.

انظر أيضاً: بوسماحة الشيخ، مرجع سابق، هامش 3، ص 9.

(124) Christoph Schreuer, supra n2, p. 11. Peter Feuerle, supra n15, p. 118.

(125) قارن: 5: Christoph Schreuer, supra n2, p. 5.

(126) P. Dumberry & J. Stone, supra n11, pp. 514-515. Christoph Schreuer, supra n2, p. 19. J. B. Fenyvesi, supra n21, p. 65.

(127) R. Y. Jennings, State Contracts in International Law, 37 Brit. Y.B. Intl L. (1961), p. 173-174. Thomas V. Firth, supra n42, p. 275.

(128) Christoph Schreuer, supra n2, p. 18. Peter Feuerle, supra n15, pp. 110, 118. Thomas V. Firth, supra n42, p. 262.

وتجدر الإشارة إلى أنه في القضية رقم 38/ICSID No. ARB/13، بين شركة الغانم وأبنائه وبين الحكومة الأردنية، ناقشت هيئة التحكيم إمكانية مساءلة الحكومة الأردنية في ظل القانون الدولي عما زعمه المستثمر الأجنبي من اتخاذها إجراءً تعسفياً بحق استثماره في الأردن (وهو استيفاء الضريبة على بيع أسهم المستثمر في شركة أمنية للاتصالات والتكنولوجيا)، وفي سبيل ذلك ناقشت الهيئة قرار محكمة التمييز الأردنية المؤيد لقرار محكمة استئناف ضريبة الدخل الذي قرر الضريبة، وتوصلت إلى أنه قرار مبرر في ظل القانون الأردني، ولم يتم اتخاذه بسوء نية أو لدفاع سياسي، وبالتالي لا يشكل خرقاً للالتزامات الأردن في ظل القانون الدولي. انظر:

International Centre For Settlement Of Investment Disputes, Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. and Mr Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan, (ICSID Case No. ARB/13/38), dated 14 December 2017, Para. 479, online at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3288/DS10826_En.pdf (retrieved on 16 March 2020).

(129) R. Y. Jennings, supra n27, p. 163-165. Thomas V. Firth, supra n42, p. 275.

أكاديمياً فحسب، وإنما قد يؤثر في الحكم الفاصل في النزاع، ففي الإجراءات الخاصة بإلغاء حكم التحكيم الصادر في قضية *Wena v. Egypt*، عرضت اللجنة الخاصة (ad hoc Committee) لهذا الخلاف حول تطبيق قانون الدولة المضيفة وقواعد القانون الدولي عند غياب اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق⁽¹³⁰⁾، وأوضحت أن وظيفتها لا تتمثل في حسم هذا الخلاف، وإنما تحديد ما إذا كانت هيئة التحكيم تجاوزت الصلاحيات الممنوحة لها بموجب المادة (42/1) من اتفاقية واشنطن⁽¹³¹⁾، ولكنها قررت بوضوح أن «المناقشات التي أدت إلى تبني نص المادة (42/1) تسمح بإعطاء دور لكل واحد من هذين النظامين القانونيين. في الحقيقة، يمكن تطبيق قانون الدولة المضيفة بالتزامن مع القانون الدولي إذا ما كان ذلك مبرراً. وعليه يمكن أيضاً للقانون الدولي العام أن يطبق بذاته إذا ما وجدت فيه

(130) International Centre For Settlement Of Investment Disputes (ICSID): *Wena Hotels Ltd v. Arab Republic Of Egypt (Annulment Proceeding)*» [January 28, 2002], 41 ILM 933 (2002), online at: <https://www.italaw.com/cases/1162> (retrieved on 16 March 2020): '38. This discussion brings into light the various views expressed as to the role of international law in the context of Article 42(1). Scholarly opinion, authoritative writings and some ICSID decisions have dealt with this matter. Some views have argued for a broad role of international law, including not only the rules embodied in treaties but also the rather large definition of sources contained in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice. Other views have expressed that international law is called in to supplement the applicable domestic law in case of the existence of lacunae. In *Klockner I* the ad hoc Committee introduced the concept of international law as complementary to the applicable law in case of lacunae and as corrective in case that the applicable domestic law would not conform on all points to the principles of international law. There is also the view that international law has a controlling function of domestic applicable law to the extent that there is a collision between such law and fundamental norms of international law embodied in the concept of jus cogens.'

(131) *Ibid*, '39. Some of these views have in common the fact that they are aimed at restricting the role of international law and highlighting that of the law of the host State. Conversely, the view that calls for a broad application of international law aims at restricting the role of the law of the host State. There seems not to be a single answer as to which of these approaches is the correct one. The circumstances of each case may justify one or another solution. However, this Committee's task is not to elaborate precise conclusions on this matter, but only to decide whether the Tribunal manifestly exceeded its powers with respect to Article 42(1) of the ICSID Convention. Further, the use of the word «may» in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and of domestic law and, correspondingly, that this has the effect to confer on to the Tribunal a certain margin and power for interpretation.'

القاعدة المناسبة»⁽¹³²⁾. وبالنتيجة، صادقت اللجنة على ما توصلت إليه هيئة التحكيم من منح المستثمر فائدة مركبة وفقاً لمبادئ القانون الدولي التي كرستها اتفاقية الاستثمار الثنائية ذات العلاقة، وذلك خلافاً للقانون المصري الذي يسمح بالفائدة البسيطة⁽¹³³⁾.

ويتضح أن هذا الخلاف بين الفقهاء، وفي الممارسة العملية، لا يحق للطرفين الأمان المطلوب بشأن القانون الواجب التطبيق. ومع ذلك، يرى الباحث أن إعطاء هيئة التحكيم الحرية الواسعة في تطبيق قانون الدولة المضيفة أو قواعد القانون الدولي العام ذات العلاقة في ظل المادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن، وذلك عند تخلف اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق⁽¹³⁴⁾، ينسجم والتوجه الحديث في مجال التحكيم التجاري الدولي الذي يسمح لهيئة التحكيم في هذه الحالة بتطبيق القواعد القانونية التي تراها مناسبة⁽¹³⁵⁾، والذي كرسته قوانين بعض الدول⁽¹³⁶⁾ ولوائح بعض مؤسسات التحكيم التجاري الدولي المرموقة⁽¹³⁷⁾.

وعليه، واستناداً إلى نص المادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن، تقوم هيئة التحكيم - أولاً وقبل كل شيء - بتطبيق قانون الدولة المضيفة، والذي في الحقيقة يتضمن حلولاً لجل منازعات الاستثمار الأجنبي الناشئة عن العقد بين الطرفين. وبالتأكيد، إذا كان تطبيق هذا القانون يتعارض مع النظام العام الدولي فإنه يتم استبعاده. وكذلك،

(132) Ibid, '40. What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit.'

(133) Ibid, '53. The option the Tribunal took was in the view of this Committee within the Tribunal's power. International law and ICSID practice, unlike the Egyptian Civil Code, offer a variety of alternatives that are compatible with those objectives. These alternatives include the compounding of interest in some cases.21 Whether among the many alternatives available under such practice the Tribunal chose the most appropriate in the circumstances of the case is not for this Committee to say as such matter belongs to the merits of the decision. Moreover, this is a discretionary decision of the Tribunal. Even if it were established that the Tribunal did not rely on the appropriate criteria this in itself would not amount to a manifest excess of power leading to annulment.'

(134) J. B. Fenyvesi, supra n116, pp. 69, 72.

(135) Pro. E. Gaillard & Y. Banifatemi, supra n11, p. 411. J. B. Fenyvesi, supra n116, p. 72.

(136) انظر مثلاً: المادة (1406) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة (1/813) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(137) انظر مثلاً: المادة (1/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، والمادة (1/27) من قواعد معهد تحكيم غرفة تجارة ستوكهولم، والمادة (3/22) من قواعد محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي، والمادة (1/31) من إجراءات فض المنازعات الدولية لجمعية التحكيم الأمريكية.

وفي حالة ظهور مسألة لا يمكن الفصل فيها وفقاً لهذا القانون (الوطني)، لتعلقها مثلاً بالمسؤولية الدولية للدولة المضيفة تجاه المستثمر الأجنبي، يجوز عندها لهيئة التحكيم تطبيق قواعد القانون الدولي ذات العلاقة.

الفرع الثاني

التزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد تنازع القوانين

في قانون الدولة المضيفة

تجدر الإشارة أولاً إلى أنه عند اتفاق الطرفين على تطبيق قانون دولة معينة وفقاً للمادة (42/1) جملة أولى من اتفاقية واشنطن، فإنه يتم تطبيق القانون الداخلي لتلك الدولة دون قواعد تنازع القوانين فيه، والتي قد تحيل الاختصاص إلى قانون دولة أخرى⁽¹³⁸⁾، والسبب في ذلك أن الإرادة كضابط إسناد تأبى أن يتم الأخذ بالإحالة في عقود التجارة الدولية بوجه عام⁽¹³⁹⁾.

وأما إذا كان قانون الدولة المضيفة واجب التطبيق وفقاً للمادة (42/1) جملة ثانية، فإنه - وكما يبدو - سيتم الأخذ بالإحالة⁽¹⁴⁰⁾ وفقاً لصريح هذا النص، ينبغي تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة المضيفة، فإعمال هذه القواعد أولاً، يحول دون تطبيق القانون الداخلي لهذه الدولة على عقد الاستثمار الأجنبي، إلا إذا عينته قواعد الإسناد الواردة فيه⁽¹⁴¹⁾، وقد يكون هذا الحل مناسباً لعقود القروض الدولية التي جرت العادة على عدم تطبيق قانون الدولة المضيفة عليها، وإنما قانون دولة المقرض⁽¹⁴²⁾، إلا أن تعميمه على سائر عقود الاستثمار الأجنبي ليس أمراً مقبولاً؛ لما تثيره الإحالة من مشاكل جمّة في مجال العقود الدولية⁽¹⁴³⁾.

وعلى أي حال، ورغم المشكلات التي قد تثيرها هذه الإحالة، فإن غياب الإرادة في تحديد هذا القانون يبرر عدم استبعاد تطبيق قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة المضيفة. ومع ذلك، فإن هذه الإشارة غير المباشرة في المادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن إلى قانون دولة أخرى غير الدولة المضيفة (عن طريق قواعد تنازع القوانين في الدولة المضيفة) يوحي بتقييد حالات تطبيق قانون الدولة الأخرى⁽¹⁴⁴⁾.

(138) ويعارض ذلك: Dominic N. Dagbanja, supra n10, p. 21.

(139) أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 313.

(140) المرجع السابق نفسه، ص 316.

(141) Peter Feuerle, supra n15, p. 114. J. Ch. Thomas & H. K. Dhillon, supra n21, p. 980.

(142) Phillipe Kahn, supra n2, p. 25.

(143) Ibid, p. 27.

(144) Peter Feuerle, supra n15, p. 102.

وفي دولة الكويت، فإن الإحالة مستبعدة صراحة، سواء أكان القانون الواجب التطبيق تم اختياره من قبل الطرفين أم تم تعيينه وفقاً لضوابط الإسناد الاحتياطية في المادة 59/1 من القانون رقم 5 لسنة 1961، فالمادة (72) من القانون ذاته تنص صراحة على أنه: «إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص».

المطلب الثاني

تطبيق القانون المناسب

تختلف المادة (35/1) جملة ثانية من قواعد الأونسيترال للتحكيم عن المادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن المذكورة أعلاه، فيما يخص القانون الواجب التطبيق عند غياب اتفاق الطرفين على ذلك، فهي (أي المادة (35/1) جملة ثانية من قواعد الأونسيترال للتحكيم) تمنح هيئة التحكيم صراحة سلطة تقدير واسعة⁽¹⁴⁵⁾ بخصوص تطبيق «القانون الذي تراه مناسباً»⁽¹⁴⁶⁾. أضف إلى ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة ذاتها تلزم هيئة التحكيم، عند الفصل بالنزاع، بمراعاة «أي أعراف تجارية سارية على المعاملة»، من دون ضرورة إعمال قانون الدولة المضيفة (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين)، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع - كما ورد في المادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن⁽¹⁴⁷⁾.

يتضح أن تعبير «القانون الذي تراه مناسباً» من السعة بمكان، بحيث يسمح لهيئة التحكيم باختيار أكثر القوانين الوطنية ارتباطاً وانسجاماً مع موضوع النزاع⁽¹⁴⁸⁾. ويبدو أن هذا القانون الذي تراه هيئة التحكيم مناسباً لا يجوز أن يكون مجرد «قواعد قانونية»،

(145) Francisco J. P. Vives, supra n8, para. 38. J. B. Fenyvesi, supra n116, p. 58.

(146) وتجدر الإشارة إلى أن نص هذه المادة يختلف بذلك عن نص المادة (2/28) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، والتي جاء فيها أنه: «إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق». فبينما المادة (1/35) من قواعد الأونسيترال تتبنى الأسلوب المباشر لتعيين القانون الواجب التطبيق / وهو الاتجاه الحديث في التحكيم التجاري الدولي، تتبنى المادة (2/28) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم الأسلوب غير المباشر الذي يعتمد على إعمال قواعد الإسناد، انظر:

Winnie Jo-Mei Ma, The Law Applicable to the Substance of Arbitral Disputes: Arbitrators' Choice in Absence of Parties' Choice, 8(2) Contemporary Asia Arbitration Journal (2015), pp. 192-193, online at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2699440> (retrieved on 10 February 2020). Doug Jones, supra n114, pp. 915-916.

(147) Y. Banifatemi, supra n2, p. 201. قارن:

(148) Winnie Jo-Mei Ma, supra n146, pp. 194-195. Doug Jones, supra n114, p. 914.

كما تنص على ذلك صراحة قواعد تحكيم أخرى⁽¹⁴⁹⁾، وهذا ما دفع بعض الفقهاء⁽¹⁵⁰⁾ إلى القول إنه لا يجوز لهيئة التحكيم - في غياب اتفاق الطرفين - أن تطبق قواعد قانون التجارة الدولية أو واحداً من مصادره (كاتفاقية فيينا للبيوع الدولية أو مبادئ النيديروا). غير أن تعبير «قانون» في نص المادة (35/1) من قواعد الأونسيترال للتحكيم، لا سيما وأنها تتبنى الأسلوب المباشر (voie directe) في تعيين القانون الواجب التطبيق، يمكن تفسيره بالمعنى الواسع ليشمل، ليس فقط القانون الوطني، وإنما أيضاً القانون المتوفر في الساحة الدولية⁽¹⁵¹⁾.

وعليه، يجوز لهيئة التحكيم أن تطبق على عقد الاستثمار الأجنبي القانون الذي تراه مناسباً لطبيعة النزاع المعروض عليها، سواء أكان القانون الوطني لدولة معينة - كقانون الدولة المضيفة - أو قانون التجارة الدولية، أو القانون الدولي العام. وفي كل الأحوال، فإن سلطتها في تقدير هذا القانون المناسب تتقيد بالظروف الملازمة للنزاع، بحيث يتوجب عليها تبرير قرارها في تطبيق هذا القانون أو ذلك بالنظر إلى كل حالة على حدة⁽¹⁵²⁾.

وبالنتيجة، فإن نص المادة (35/1) جملة ثانية من قواعد الأونسيترال للتحكيم، يلائم منازعات الاستثمار الأجنبي أكثر من نص المادة (42/2) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن، والذي يلزم هيئة التحكيم - عند غياب اتفاق الطرفين على القانون أو القواعد القانونية

(149) المادة (1/28) جملة ثانية من قواعد مركز سنغافورة للتحكيم الدولي (Singapore International Arbitration Centre) (SIAC) بشأن التحكيم في المنازعات الاستثمارية (Investment Arbitration Rules) لسنة 2017، والتي جاء فيها أنه: «في غياب اتفاق الطرفين، يجب على هيئة التحكيم تطبيق القانون أو القواعد القانونية التي تراها مناسبة، بما في ذلك القوانين الوطنية لأية دولة وأية معاهدة دولية ذات علاقة والعرف ومبادئ القانون العامة».

والمادة (1/46) جملة ثانية من قواعد لجنة التحكيم التجاري والاقتصادي الدولي الصينية (China International Economic and Trade Arbitration Commission) (CIETAC) بشأن التحكيم في المنازعات الاستثمارية الدولية (International Investment Arbitration Rules) لسنة 2017، والتي جاء فيها أنه: «في غياب اتفاق الطرفين، أو تعارض هذا الاتفاق مع نص أمر في القانون، يجب على هيئة التحكيم تطبيق القانون أو القواعد القانونية التي تراها مناسبة، بما في ذلك القوانين الوطنية لأية دولة ذات علاقة وأي قواعد في القانون الدولي واجبة التطبيق والأعراف التجارية».

والمادة (1/27) جملة ثانية من قواعد تحكيم (Arbitration Rules 2017) معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم (Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce)، والتي تتضمن ملحقاً يشتمل على نصوص خاصة بمنازعات الاستثمار التعاهدية، والتي جاء فيها أنه: «في غياب اتفاق الطرفين، يجب على هيئة التحكيم تطبيق القانون (القوانين) أو القواعد القانونية التي تراها أكثر مناسبة».

(150) Winnie Jo-Mei Ma, supra n146, p. 193.

(151) قارن: Doug Jones, supra n114, p. 924. أشرف وفا محمد، مرجع سابق (هامش 1)، ص 329.

(152) قارن:

Hop Dang, supra n18, p. 155. Winnie Jo-Mei Ma, supra n146, p. 195. Doug Jones, supra n114, Pp. 914-915.

الواجبة التطبيق - بتطبيق قانون الدولة المضيفة والقانون الدولي العام، ودون تحديد لأيهما تكون الأولوية؛ الأمر الذي أثار خلافاً حاداً بين الفقهاء والمحكمين. للسبب ذاته فقد توصلنا، أعلاه⁽¹⁵³⁾ إلى أن إعطاء هيئة التحكيم الحرية الواسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل المادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن، وذلك عند تخلف اتفاق الطرفين بخصوصه، يُمكنها من تطبيق القواعد القانونية التي تراها مناسبة، سواء أكانت قواعد قانون الدولة المضيفة أم قواعد القانون الدولي العام ذات العلاقة.

المطلب الثالث

تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدین

أو قانون محل إبرام العقد

وفقاً للمادة (59/1) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، تلتزم هيئة التحكيم - عند غياب قانون الإرادة - بتطبيق «قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد». والواضح أن هذا النص يكرّس منهج الإسناد الجامد، والذي لا يترك مجالاً لهيئة التحكيم سوى أعمال الضوابط الاحتياطية التي وضعها المشرع في عملية التركيز الموضوعي للعلاقة التعاقدية. والواضح أيضاً أن التعدد في ضوابط الإسناد الاحتياطية في هذا النص جاء على سبيل التدرج، فلا يجوز تطبيق قانون محل إبرام العقد إلا إذا لم يوجد للطرفين موطن مشترك. ورغم أن هذا المنهج الجامد في الإسناد يؤدي إلى الاستقرار في المعاملات ويوفر للطرفين الأمان القانوني اللازم بخصوص القانون المنطبق على علاقتهم التعاقدية⁽¹⁵⁴⁾، إلا أنه لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعقد. فمن ناحية، يغلب أن يكون موطن المستثمر الأجنبي في دولة أخرى غير الدولة المضيفة، ما يعني عدم تطبيق قانون هذه الدولة الأخيرة على عقد الاستثمار الأجنبي. ومن ناحية أخرى، قد يتم إبرام هذا العقد في دولة محايدة (ليست الدولة المضيفة أو دولة المستثمر الأجنبي)، ما يعني تطبيق قانون دولة غير ذات صلة بالاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة. وعليه، فإن هذا الإسناد الجامد قد يؤدي إلى تطبيق قانون غير ملائم لطبيعة عقد الاستثمار الأجنبي بين الطرفين والظروف الملازمة له، والذي تتعدد أنواعه وتختلف كثيراً بعضها عن بعض.

(153) انظر: الهامش رقم (135)، والنص المرافق له.

(154) أشرف وفا محمد، مرجع سابق، هامش 1، ص 323.

الخاتمة:

تبين أن حرية الطرفين في اختيار القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي في ظل النصوص محل الاهتمام واسعة جداً، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (42/1) جملة أولى من اتفاقية واشنطن، والمادة (35/1) جملة أولى من قواعد الأونسيترال للتحكيم. ورغم أنه تم التوصل إلى النتيجة ذاتها في ظل القانون الكويتي، يرى الباحث ضرورة وجود نص خاص يبين لهيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وعلى غرار النصوص الدولية المتقدم ذكرها، ينبغي أن يتضمن هذا النص بوضوح الإشارة إلى حق الطرفين في العقد التجاري الدولي في اختيار «القواعد القانونية» واجبة التطبيق.

وفي المقابل، فإن حرية هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، عند سكوت الطرفين عن تعيينه، يضيق مداها في ظل النصوص محل الاهتمام، مقارنة بحرية الطرفين في هذا الخصوص. وفقاً للمادة (42/1) جملة ثانية من اتفاقية واشنطن تنحصر هذه الحرية في تطبيق قانون الدولة المضيفة وقواعد القانون الدولي، مع الاختلاف لدى الفقهاء والمحكمين حول كيفية تطبيقهما معاً. وفقاً للمادة (59/1) من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 تنحصر هذه الحرية أيضاً إما بتطبيق قانون الموطن المشترك للطرفين (إن وجد)، أو قانون محل إبرام العقد، ما يكرس إسناداً جامداً لا ينسجم مع العقود الدولية (وعقود الاستثمار الأجنبي على وجه الخصوص) أو مع التحكيم التجاري الدولي.

وأما المادة (35/1) جملة ثانية من قواعد الأونسيترال للتحكيم، فإنها تسمح لهيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي تراه مناسباً. ورغم أن هذا النص لا يمنح صراحة هيئة التحكيم حرية تطبيق «القواعد القانونية» التي تراها مناسبة، على غرار قوانين تحكيم وطنية وقواعد تحكيم أخرى (إقليمية ودولية) كثيرة، إلا أنه يخولها - برأي الباحث - الحرية في تطبيق قانون الدولة المضيفة، أو القانون الدولي، أو قانون التجارة الدولية إذا ما رأته مناسباً لموضوع النزاع.

وعليه، يرى الباحث ضرورة أن يتضمن النص المقترح في القانون الكويتي الإشارة الواضحة إلى حرية هيئة التحكيم في تطبيق «القواعد القانونية» التي تراها مناسبة، إذا لم يتفق الطرفان على ذلك. إن مثل هذا النص يجاري - من ناحية - التوجه الحديث في التحكيم التجاري الدولي، ويؤدي - من ناحية أخرى - إلى تطبيق القواعد القانونية التي تتناسب وطبيعة عقود الاستثمار الدولية، سواء باتفاق الطرفين أو باختيار هيئة التحكيم؛ الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى توفير الأمان القانوني لكل من الطرفين، وإلى جذب الاستثمارات الأجنبية إلى الكويت.

المراجع:

أولاً: المراجع العربية

- أشرف وفا محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية في مجال التحكيم، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بأبحاث المؤتمر السنوي الدولي السادس، ج 1، العدد التسلسلي 4، مايو 2019.
- بوسماحة الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 28، السنة 7، العراق، 2015.
- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية (فكرة العقد الإداري عبر الحدود)، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، 2010.
- فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Amin Dawwas, "Law Applicable to the Merits of International Commercial Arbitration: MAL, PAL and KCCCP Compared", 6 Kuwait International Law School Journal, (2015).
- Christoph Schreuer, The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes, researchgate.net at: https://www.researchgate.net/profile/Hege_Elisabeth_Kjos/publication/300181932_The_Primary_Applicability_of_National_Law_and_the_Role_of_International_Law/links/573b854c08ae9ace840eabdd/The-Primary-Applicability-of-National-Law-and-the-Role-of-International-Law.pdf (retrieved on 6 January 2020).

- Doug Jones, Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties, 26 Singapore Academy of Law Journal (2014).
- Dominic N. Dagbanja, Reasserting the Role of Municipal Law in International Trade and Investment Protection Through Choice of Law, online at: https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Congress/96-DAGBANJA-The_role_of_municipal_law_in_international_trade.pdf (retrieved on 3 January 2020).
- E. Gaillard & Y. Banifatemi, The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, 18 ICSID Rev. (2003).
- F. A. Mann, The Law Governing State Contracts, 21 Brit. Y. B. Intl L. (1944).
- Francisco J. P. Vives, Shaping the EU Investment Regime: Choice of Forum and Applicable Law in International Investment Agreements, 6 Cuadernos Derecho Transnational (2014).
- Gabriel A. Moens & John Trone, The First Amendment to the UNCITRAL Arbitration Rules, 14 Int’l Trade & Bus. L. Rev. (2011).
- George W. Jr. Ray, Law Governing Contracts between States and Foreign Nationals, 5 Proc. Inst. on Priv. Inv. Abroad (1960).
- Hop Dang, The Applicability of International Law as Governing Law of State Contracts, Austl. Int’l LJ (2010).
- J. B. Fenyvesi, Application of International Law as Applicable Law under the First Sentence of Art 42(1) in ICSID Arbitration, Jura: A Pescsi Todumanyegyetem Allam- es Jogtudományi Karanak tudományos labja (2005).
- J. B. Fenyvesi, Application of International Law as Applicable Law under the Second Sentence of Art 42(1) in ICSID Arbitration, 3 Adam Antal, PhD tanulmányok (2005).
- J. Christopher Thomas & Harpreet K. Dhillon, Applicable Law Under International Investment Treaties, 26 SAclJ (2014).

- J. Karton, Choice of Law and Interpretive Authority in Investor-State Arbitration, 3(1) CJCCL (2017).
- Lafi Daradkeh, Commercial Arbitration under Investment Treaties and Contracts: Its Importance and Danger in the Arab World, 27 Arab L. Q. (2013).
- Peter Feuerle, International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes, 4 Yale J. Int'l L. (1978).
- Phillip Kahn, The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes, 44(1) Indiana Law Journal (1968).
- P. Dumberry & J. Stone, International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contract Disputes Under ICSID Convention in the Twenty-First Century, 5 Yearbook on International Investment Law and Policy (2012-2013), online at: https://www.researchgate.net/publication/327289138_International_Law_Whether_You_Like_It_or_Not_An_Analysis_of_Arbitral_Tribunal_Practice_Regarding_the_Applicable_Law_in_Deciding_State_Contracts_Disputes_under_the_ICSID_Convention_in_the_Twenty_First (retrieved on 15 January 2020).
- R. Y. Jennings, State Contracts in International Law, 37 Brit. Y.B. Intl L. (1961).
- Thomas V. Firth, The Law Governing Contracts under the World Bank Convention, 1 N.N.Y. J. Int'l & Pol. (1968).
- Winnie Jo-Mei Ma, The Law Applicable to the Substance of Arbitral Disputes: Arbitrators' Choice in Absence of Parties' Choice, 8(2) Contemporary Asia Arbitration Journal (2015), online at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2699440> (retrieved on 10 February 2020).
- Y. Banifatemi, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration (Chapter 9), in K. Yannaca-Small, Arbitration Under International Investment

Agreements: A Guide to the Key Issues), New York, 2010, online at: https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2010/06/The-Law-Applicable-in-Investment-Treaty-Arbitrat__/Files/View-full-article-The-Law-Applicable-in-Investme__/FileAttachment/IA061010TheLawApplicableinInvestmentTreatyArbitr__.pdf (retrieved on 9 March 2020).

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
151	الملخص
152	المقدمة
156	المبحث الأول: اختيار الطرفين القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق
157	المطلب الأول: مدى حرية الطرفين في تحديد القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق
158	الفرع الأول: اختيار الطرفين قانون دولة معينة
159	أولاً: اختيار قانون الدولة المضيفة
159	ثانياً: اختيار قانون دولة المستثمر الأجنبي
160	ثالثاً: اختيار قانون دولة ثالثة
164	الفرع الثاني: اختيار الطرفين قواعد قانونية
164	أولاً: اختيار قواعد القانون الدولي العام
165	ثانياً: اختيار أحد مصادر القانون الدولي العام
165	ثالثاً: اختيار قانون التجارة الدولية
169	الفرع الثالث: اختيار الطرفين مزيجاً من الأنظمة القانونية
171	المطلب الثاني: الاختيار الضمني للقانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق
175	المبحث الثاني: اختيار هيئة التحكيم القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق

الصفحة	الموضوع
171	المطلب الأول: تطبيق قانون الدولة المضيفة (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين) بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع
176	الفرع الأول: معنى التعدد في القوانين الواجب تطبيقها
182	الفرع الثاني: التزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة المضيفة
183	المطلب الثاني: تطبيق القانون المناسب
185	المطلب الثالث: تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد
186	الخاتمة
187	المراجع