كلية القانون
College of Law
الحرم الجامعي بأبوظبي

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص،

في موضوع:

سلطة المحكم إزاء عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)

The authority of the arbitrator relating to international commercial contracts

(Comparative analytical study)

من إعداد الطالبة:
- بشاير أحمد خلف الحوسني

تحت إشراف الأستاذ:
- الدكتور/ محمد الهادي المكنوزي

أعضاء لجنة المناقشة

- **الدكتور/ محمد الهادي المكنوزي**، أستاذ القانون الخاص المشارك بكلية القانون، جامعة أبوظبي، رئيساً؛
- **الدكتورة/ لينا الفيومي**، أستاذ القانون الخاص المساعد بكلية القانون، جامعة أبوظبي، عضواً.

السنة الأكاديمية: 2020-2021

جامعة أبوظبي
Abu Dhabi University

كلية القانون
College of Law

قرار إجازة الرسالة

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2021/07/18، وقد قررت اللجنة اعتبار الطالبة "بشاير أحمد خلف الحوسني" (الرقم الجامعي: 1074393) ناجحةً، ومنحها درجة الماجستير في القانون الخاص.

أعضاء لجنة المناقشة:

---

1. الدكتور/ محمد الهادي المكنوزي	رئيساً ومشرفاً	التوقيع:
2. الدكتورة/ لينا الفيومي	عضواً	التوقيع:

إقـــــــرار

أقر أنا الموقعة أدناه **الطالبة / بشاير الحوسني**، المُقيدة ببرنامج القانون الخاص، أن هذا البحث المقدم مني للحصول على الماجستير في القانون الخاص، هو نتاج عملي وجهدي العلمي الخالص، وأنه لم يسبق لي التقدم به لأي جهة علمية أو إدارية أو غيرها داخل الدولة أو خارجها للحصول على أي درجة علمية أخرى أو لأى سبب من الأسباب، وأن مضمون هذه الرسالة يعكس آراء الباحثة الخاصة وهي ليست بالضرورة الآراء التى تتبناها الجهة المانحة للدرجة العلمية.

كما أقر بقبول قيام الجامعة في حال إجازة الرسالة من قبل لجنة المناقشة والحكم بطباعة الرسالة ونشرها بالكيفية التي تراها محققة لأغراضها وأهدافها، دون أن يكون لي حق العدول عن هذا الإقرار بعد إجازة الرسالة.

مقدم من: بشاير الحوسني

الرقم الجامعي: 1074393

التوقيع:

﴿وأنزل الله عليك الكتاب والحكمة وعلمك ما لم تكن تعلم﴾

سورة النساء (الآية 113)

الشكر والتقدير

الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى عدد خلقه ورضى نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته على نعمائه التي لا تعد ولا تحصى، والحمد لله الذي أعانني على إتمام هذه الدراسة. وعظيم الشكر والعرفان **للدكتور/ محمد الهادي المكنوزي** على جهوده في الإشراف على هذه الدراسة.

والشكر موصول إلى أساتذتي الكرام أعضاء هيئة التدريس في كلية القانون في جامعة أبوظبي، وكل من كان له الفضل في تعليمي، الذين لن أنسى فضلهم ما حييت على كل ما بذلوا وقدموا لي من علم ودعم ومشاعر راقية.

ومن الشكر أجذله لكل من ساهم وساعد بأي صورة في إتمام هذه الدراسة.

الفهرس

المقدمة	**1**
الفصل الأول **سلطة المحكم إزاء تفسير عقود التجارة الدولية**	**9**
المبحث الأول: إلزامية ربط العقد التجاري الدولي بنظام قانوني	**12**
المطلب الأول: إمكانية ربط العقد التجاري الدولي بالنظام القانوني الإماراتي	**13**
المطلب الثاني: إمكانية ربط العقد التجاري الدولي بالنظام القانوني الدولي	**19**
المبحث الثاني: اعتبار الأحكام التحكيمية مصدراً تفسيرياً	**24**
المطلب الأول: دور المحكم في تفسير القواعد القانونية والبنود الاتفاقية	**24**
المطلب الثاني: المناهج المستعملة من المحكم لتفسير القواعد القانونية والبنود الاتفاقية	**28**
الفصل الثاني **سلطة المحكم إزاء القانون المطبق على عقود التجارة الدولية**	**58**
المبحث الأول: تحديد الأطراف المتعاقدة للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي	**60**
المطلب الأول: دور المحكم في التثبت من وجود رابطة حقيقة بين القانون المختار والعقد التجاري الدولي	**63**
المطلب الثاني: استبعاد المحكم للقانون المختار من الأطراف عند التثبت من عدم وجود رابطة حقيقية	**70**
المبحث الثاني : تحديد المحكم للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي	**75**
المطلب الأول: نطاق السلطة التقديرية للمحكم لتحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي	**78**
المطلب الثاني: المناهج المستعملة من المحكم لتحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي	**81**
الخاتمة	**84**
قائمة المراجع	**86**

ملخص الرسالة

حسب قاعدة الإسناد في كثير من الدول فإن العقد التجاري الدولي يسري بناءً على القانون الذي يختاره الطرفان، ووفقًا للقضاء والفقه فإنه ينبغي أن يكون هذا القانون تبعًا لحكم العقد لقانون دولة ما، أما في حالة إذا قام الطرافان باختيار القواعد القانونية فلا يتم في الغالب الاعتراف بها كقانون بحسب العقد، وإنما يتم الأخذ بها على أنها جزء من بنود كتابة العقد، بشرط ألا يتعارض مع النصوص الآمرة في القانون الواجب التطبيق.

وبناء على قواعد التجارة الدولية، فقد تشكلت عدة مبادئ لعقود التجارة الدولية، ومنها مبادئ إلينيدورا والتي تعتبر المثل الجيد للقواعد القانونية التي يمكن اختيارها من أجل تطبيقها على العقود، وكذلك مبادئ لاهاي لعام 2015 من أجل اختيار القانون الواجب التطبيق على التجارة الدولية والتي تسمح المادة الثالثة منها بأن يقوم الطرفان باختيار القاعدة القانونية لحكم العقد. ومن هنا فإن هذا البحث يهدف إلى تحديد سلطات المحكم في خصومة التحكيم عامة ومعرفة سلطة المحكم في النزاعات الناشئة في عقود التجارة الدولية، إضافةً إلى تحديد حدود هذه السلطات في ظل اتفاق الأطراف وفقًا لأحكام القانون، وأخيرًا إزالة الغموض حول العلاقة بين سلطات وصلاحيات المحكم في خصومة التحكيم.

Abstract

According to the rule of attribution in many countries, the international trade contract applies based on the law chosen by the two parties, and according to the judiciary and jurisprudence that this law should be in accordance with the rule of the contract to the law of a country, but in the case if the two parties choose the legal rules, they are often not recognized As a law according to the contract, but it is taken as part of the terms of writing the contract, provided that it does not conflict with the peremptory texts in the applicable law.

Based on the international trade table, several principles for international trade contracts were issued, including the Ellenedora principles, which are considered a good example of the legal rules that can be chosen for their application to contracts, as well as the refining of the Hague Principles in 2015 in order to choose the law applicable to international trade, which allows Article The third of them is that the two parties choose the legal basis for the rule of the contract, and hence this research aims to determine the powers of the arbitrator in the dispute in arbitration in general, and to know the authority of the arbitrator in disputes arising in international trade contracts, as well as determining the limits of these powers under the agreement of the parties in accordance with the provisions of the law, finally removing Ambiguity about the relationship between the powers and authorities of the arbitrator in the arbitration dispute.

المقدمة

أصبحت التجارة الدولية في طليعة العلاقات الدولية الحديثة، وهي المحور الرئيسي الذي تدور حوله، حيث إنها شهدت نموًا سريعًا بفضل اعتماد الدول لمقاربة التعاون والتكامل بينها والاندماج في النظام التجاري الدولي، كما أن خصوصية المعاملات التجارية الدولية أثبتت أن القضاء الداخلي لم يعد يتماشى ويواكب التطورات الكبرى التي عرفتها ومازالت تعرفها التجارة الدولية من حيث فتح الحدود لتدفق السلع والخدمات وحقوق الملكية الفردية برفع كل الحواجز التي قد تقف أمام ذلك، الأمر الذي تطلب البحث عن وسيلة تتناسب مع هذه الخصوصية من خلال استحداث وسائل بديلة أطلق عليها تسمية الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، باعتبارها الأقرب إلى المرونة والاقتصاد في التكاليف والمصاريف وربحًا للوقت وحفاظًا على السرية.

لقد أدى ذلك إلى ظهور علاقات تعاقدية لم تكن معروفة في الماضي، حيث ظهرت أنواع جديدة من العقود تجاوزت طبيعة العقود البسيطة التي كانت متوافقة إلى حد ما مع الأنظمة القانونية والقضائية الوطنية، إذ نواجه عقودًا معقدة تثير العديد من المشاكل العملية، سواءً فيما يتعلق بصعوبة تحديد طبيعتها القانونية أو القانون المنطبق عليها، وكذلك السلطة المختصة لتسوية المنازعات التي تنتج

عن ذلك، من بين هذه العقود نجد عقود التراخيص وعقود التأجير وعقود نقل التكنولوجيا وعقود أخرى.

وأمام هذا الوضع؛ نادى بعض الفقه بأن السبيل إلى نمو وازدهار وحل مشاكل عقود التجارة الدولية يستلزم تخلص هذه الأخيرة من قيود القوانين الوطنية التي تجهل القلق وعدم الأمان القانوني الملازمين للعقود التي تتم بين رجال الأعمال والتجارة العابرة للحدود، مما دفع بعض المتعاملين في حقل التجارة الدولية إلى التحكيم التجاري الدولي باعتباره آلية لتسوية المنازعات تتلاءم مع خصوصيات ومتطلبات عقود التجارة الدولية من جهة، ويمكن لأطراف المنازعة في هذا النوع من العقود من التخلص من قيود القوانين الوطنية من جهة ثانية.

حيث من الصعب أن نجد اليوم عقد تجاري دولي يخلو من شرط التحكيم، نظرًا للمزايا التي يوفرها في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ويراد بالتحكيم عرض بعض أصناف النزاعات على هيئة تحكيمية تتشكل من محكوم أو محكومين من الغير يعينون باختيار من الاطراف المتنازعة أو بتفويض منها أو على ضوء شروط يتم تحديدها من قبل هؤلاء الأطراف، أو بواسطة القانون، والتفصل هذه الهيئة التحكيمية في النزاع بحكم يكون منهيًا للخصومة في جوانبها المحالة على الهيئة المذكورة.

كما عرف التحكيم كمؤسسة عريقة لتسوية المنازعات منذ عهود قديمة ترجع لمجتمعات مصر القديمة وبابل وآشور، ومر بمراحل وأتت حقب من الزمن فقد قيمته وكادت أن تنطفئ شعلته خصوصًا بعدما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي، والأكثر شيوعًا، لكن تسارع النمو الاقتصادي وتطور

العلاقات الدولية، خاصـــة في المجال التجاري الدولي، جعل منه محط اهتمام الدول والمؤســـسـات والهيئات الدولية والاقليمية التي ســـارعت إلى مأســـســـة التحكيم التجاري الدولي عبر مجموعة من الاتفاقيات الدولية تولد عنها عدة مراكز تحكيم دولية إلى أن أصــبح التحكم التجاري الوســيلة الأولى لفض منازعات التجارة الدولية، بما فيها منازعات عقود التجارة الدولية.

وما يؤكد اللجوء الدولي المتزايد بخصوص التحكيم التجاري الدولي ظهور مراكز متخصصة في هذا المجال مثل: الغرفة التجارية الدولية لباريس، والجمعية الأمريكية للتحكيم، وعلى الصـعيد العربي نجد المركز العربي للتحكيم، ومركز الخبرة الهندســية بالســعودية، كذلك مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم

التجاري، ومركز دبي للتحكم الدولي (DIAC)، والمركز الاســـلامي الدولي للمصـــلحة والتحكيم (IICRA)، ومن بين المزايا التي جعلت التحكيم التجاري الدولي يحتل مكانة عالمية:

- تبسيط إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات التي يفرضها اللجوء إلى القضاء.
- سرعة في الفصل في النزاعات وقلة النفقات.
- عرض النزاع على أشخاص مؤهلين قانونيًا واقتصاديًا ومعرفة علمية بارزة.
- توفير السرية التامة لأطراف النزاع في جلسات التحكيم
- تفادي مشكلة تنازع في اختصاص القضاء الدولي.

ولا يمكن الحديث عن التحكيم التجاري الدولي دون التطرق إلى "المحكم" كونه العنصـــر الفعال في العملية التحكيمية، حيث تعهد له مهمة الفصـــل في النزاعات المطروحة أمامه بناءً على الســـلطات الممنوحة له قانونًا أو اتفاقًا بعد تشـــكيل هيئة التحكيم، ولما كان للمحكم عند مباشـــرته لمهمته التحكيمية سـلطات وصـلاحيات تخوله اختيار ما يراه مناسـبًا وملائمًا لظروف الخصـومة التحكيمية وموضـوع نزاعها، الأمر الذي دفعنا لدراسـة هذا الموضـوع الجدير بالبحث والتعمق فيه لمعرفة هذه الصلاحيات، ومدى ما يتمتع به المحكم من سلطات إزاء عقود التجارة الدولية.

أولاً: إشكالية الدراسة

عادة ما تتخذ الأطراف المتعاقدة قرار اللجوء إلى التحكيم قصد حل الخلافات التي قد تنشأ بينها بخصوص تفسير أو تطبيق أحد بنود عقد تجاري دولي يرتبط بمصالح اقتصادية عابرة للحدود، تفاديًا لطول آجال الاجراءات القضائية، وسعيًا وراء السرية، ينتج عن سلب الاختصاص من القضاء الوطني قصد إسناده لهيئة تحكيمية، طرح مجموعة من الاشكاليات بخصوص سلطة المحكم فيما يتعلق بتفسير إحدى بنود العقد التجاري الدولي، وإزاء القانون المطبق على هذا النوع من العقود، في هذا السياق، يتحدد الإشكال المحوري لهذه الرسالة في التساؤل التالي:

ما حدود سلطة المحكم إزاء عقود التجارة الدولية؟

ثانياً: أهمية الدراسة

تنبثق أهمية هذه الدراسة من جوانب متعددة، لعل من أهمها: سلطة المحكم إزاء عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، بصفة عامة، يمكن تقسيم أهمية الدراسة إلى أهمية نظرية وأهمية تطبيقية، وذلك على النحو التالي:

- **الأهمية النظرية:** تتمثل في التعرف على موضوع المحكم بشكل عام، وما يتمتع به من صلاحيات وسلطات خلال العملية التحكيمية بصفة عامة، وسلطته إزاء عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، إذ أنه كان ولايزال محل جدل فقهي، مما يستدعي تناول هذا الموضوع بشكل

معمق، أخذًا بعين الاعتبار لتكتم المشـرع في كثير من المسـائل المتعمقة بهذا الموضـوع، الأمر الذي زاد من حدة الجدل وتباين الآراء حوله.

- **الأهمية التطبيقية:** تتمثل فيما سـتسـفر عنه الدراسـة من نتائج، واقتراح عدد من التوصـيات يمكن الاسـتفادة منها لإدراج قواعد قانونية دقيقة تحدد سـلطات المحكم ونطاقها، وكذا الصـلاحيات اللازمة التي تكفل أداءه لمهمته بالشـكل اللازم، وتدعيم دوره كقاضـي خاص، دون ترك ذلك للأطراف الذين يخولون بدورهم هذه الصـلاحيات للمحكم، فقد يوسـع في صلاحياته أو يضيق منها مما قد يؤثر على فاعلية التحكيم.

ثالثاً: أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية، وإزالة الغموض من كل ما يتعلق بـ:

- تحديد سلطات المحكم في خصومة التحكيم عامة.
- معرفة سلطة المحكم في النزاعات الناشئة في عقود التجارة الدولية.
- معرفة مدى حدود هذه السلطات في ظل اتفاق الأطراف وفقًا لأحكام القانون.
- توضيح الصلاحيات التي يتمتع بها المحكم والتي تفوق تلك الممنوحة للقاضي الوطني في بعض الأحيان.
- إزالة الغموض حول العلاقة بين سلطات وصلاحيات المحكم في خصومة التحكيم، ونطاق تدخل القضاء فيها سواءً من أجل المساعدة أو بفرض رقابته القضائية.

رابعاً: منهج الدراسة

سيتم الاعتماد على مجموعة من المناهج المتعارف عليها لإنجاز هذه الدراسة، وهي كما يلي:

- **المنهج الوصفي:** من أجل وصف واقع الدور الهام الذي يقوم به المحكم في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وكذلك وصف المدى الشاسع الذي يظهر به الواقع التجاري الدولي عن القوانين الداخلية، ومالها من أثر بالغ في نفوس المتعاملين في مجال التجارة الدولية نحو اللجوء للعمل بقواعد أوجدتها الظروف والطبيعة المميزة لكل نوه من أنواع النشاط التجاري عبر شروط متقابلة وأعراف وعادات تواتر العمل عليها من قبلهم، وبما يتلاءم مع حاجات العلاقات التجارية العابرة للحدود.

- **المنهج التحليلي المقارن:** انتهجت الدراسة أسلوب البحث القانوني التحليلي المقارن، إذ تناولت بالتحليل عددًا من التفاصيل المتعلقة بالدراسة من خلال عرض الآراء الفقهية وتحليلها وبيان اتجاهاتها ومناقشتها وترجيح الآراء السديدة منها وتعزيزها بالتطبيقات القضائية إن وجدت، كما اعتمدت الدراسة أيضًا على الأسلوب المقارن من خلال بيان موقف المشرع الإماراتي مقارنة بموقف المشرع المصري، فضلاً عن بيان موقف الاتفاقيات الدولية وما استجد من نظريات حديثة في هذا المجال، ثم التعرف على نقاط القوة ونقاط الضعف، وتقديم التوصيات المتاحة بشأنها.

خامساً: خطة الدراسة

قصد الإحاطة بكل جوانب الموضوع، وارتباطًا بالإشكال المشار إليه أعلاه، سيتم اتباع الخطة التالية:

الفصل الأول: سلطة المحكم إزاء تفسير عقود التجارة الدولية

الفصل الثاني: سلطة المحكم إزاء القانون المطبق على عقود التجارة الدولية

الـفـصل الأول

سلطة الـمحكم إزاء تـفـسيـر عقـود الـتـجـارة الـدولـيـة

ميدان عقود التجارة الدولية في طبيعته يضم فروقات ثقافية، تعدد في اللغات وتباين في القوانين، كل هذه العوامل تمثل عوائق لفهم وتفسير الالتزامات التي تبناها متعاملي التجارة الدولية .في هذا النطاق ضرورة ترابط وتحديد ووضوح قواعد التفسير يمثل أهمية خاصة.[1]

وبالرجوع إلى الأنظمة القانونية الوطنية هناك فروقات عديدة في أساليب تفسير العقود، ففي القانون التجاري الاماراتي يفرض المشرع على القاضي البحث عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد، يفرض البحث عن إرادة الأطراف المعبر عنها من خلال المصطلحات المستعملة في العقد هذا التنوع والاختلاف بين قواعد تفسير العقد في القوانين الوطنية خلق نوعا من عدم الوضوح والاستقرار في العلاقات التجارية الدولية، وعليه وجود قواعد تفسير موحدة كضرورة أولية يسمح لأطراف العقد، القاضي والمحكم أن يحددوا بشكل أكثر دقة الحقوق والالتزامات التي يتضمنها العقد.[2]

محاولات توحيد قواعد تفسير العقود بدأت مطلع القرن العشرين إلى غاية ظهور ما يسمى بقانون التجار الدولي، هذا الأخير الذي مثل مجموع القواعد المادية الموحدة التي تنظم العلاقات التجارية الدولية، حيث توجت تلك المحاولات بمجموعة من الاتفاقيات الدولية لعل من أهمها اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع .هذه الخيرة تنا ولت مسألة تفسير الشروط التعاقدية التي تدخل في نطاق تطبيق الاتفاقية .كذلك وفي سنة 1994 المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص نشر مجموعة من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية والتي تم تجديدها في سنة 2004 وفي سنة 2010، وقد

1- هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. 2012، ص 977 وما بعدها ، بند 629 وما بعده.

2- طرح البحور على حسن: تدويل العقد - دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 2015م. منشأة المعارف، الإسكندرية،ص152

ظهرت تلك المبادئ بمثابة تقنين للعقود الدولية حيث تناولت مجمل أحكام العقد الدولي من بينها تلك المتعلقة بتفسير العقد.[1]

1- هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, مرجع سابق ,ص999

المبحث الأول

إلزامية ربط العقد التجاري الدولي بنظام قانوني

إن التطور السريع للمجتمعات البشرية في مختلف المجالات وعلى وجه التخصيص في العلاقات التجارية الدولية اقتضى بالضرورة تطورا آخر موازيا وملائما في المجال التشريعي؛ خاصة في النصف الثاني من القرن الماضي، فكثافة المبادلات التجارية وتنوعها من حيث الموضوع وتداخل العلاقات بين التجارة والنقد والتمويل والتنمية على الصعيد الدولي جعل العالم يعيش اليوم في شبكة كبيرة من الاتصالات التجارية الدولية من حيث تبادل السلع والخدمات وتنقل ورؤوس الأموال، حيث انتعشت الحركة التجارية عبر الحدود الشيء الذي دفع بالمعاملات التجارية التي كانت تتم داخل الدولة بمقتضى العقود الداخلية، إلى اللجوء إلى ما يعرف بعقود الدولة أو العقود الدولية والتي بدأت أهميتها تتعاظم في ضوء القانون الدولي، بحيث اعتبرت العقود الدولية أداة تسيير التجارة الدولية والمبادلات الاقتصادية عبر الحدود.[1]

1- سعد الدين امحمد، العقد الدولي بين التوطين و التدويل، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، سنة 2017 – 2018، ص 3.

المطلب الاول

إمكانية ربط العقد التجاري الدولي

بالنظام القانوني الإماراتي

أن غياب إطار قانوني محدد للعلاقات التعاقدية وحفاظا على ما يسمى اصطلاحا من قبل دول النادي المغلق " بمخاطر التشريع " أدى أيضا إلى تجميع الطرح الجاد وتغيبه في متاهات التميز بين القانون العام والقانون الخاص من جهة والقانون الدولي بفرعيه العام والخاص القانون الوطني أو الداخلي للدول من جهة أخرى وما تفرع عن غير طلك من مناظرات غايتها إيجاد قواعد ونظام يحفظ الحقوق المكتسبة، بحق أو بدون حق.

والأجدر من ضبط الأمور في إطار قانوني شامل وعام يحفظ التوازنات الكبرى للتعاملات الاقتصادية والقواعد القانونية المسيرة لها, لما كان العقد الدولي يرتبط بأكثر من نظام قانوني واحد فيثور التساؤل حول تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد وتتبنى كافة النظم القانونية المعاصرة والاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة والذي يقصد به أن إرادة الأطراف حرة في تنظيم العقود المبرمة بينهم وفي تحديد القانون الذي يطبق على هذه العقود، فالإرادة هي أساس التصرف القانوني فهي التي تنشئه وتحدد آثاره. وفي مجال العلاقات الدولية الخاصة فقد استقر مبدأ حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم.[1]

1- إن غياب الإطار القانوني أو تغيبه عن قصد أو عن غير قصد، انعكس سلبا على إرساء قواعد موضوعية للتعامل و بالتالي إيجاد قواعد قانونية تكفل و تضمن توازن العلاقات بين مختلف المتعاملين على الساحة الدولية و تتيح "

وقد ينصب هذا الاختيار على أحد القوانين الوطنية أو قانون التجارة الدولية أو المعاهدات الدولية أو المبادئ العامة للقانون أو تضمين العقد كافة الأحكام والحلول للمنازعات المتوقعة وهو ما يطلق عليه مبدأ الكفاية الذاتية للعقد[1]

أولا: **دور إرادة أطراف العقد الدولي (قانون الإرادة):** الأصل أن الإنسان حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وحر أيضا في اختيار القانون الذي يحكم التصرفات القانونية التي يبرمها، وهو ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة أو كما يسميه البعض نظرية قانون الإرادة. وطبقا لهذه النظرية فان الأطراف العقد مطلق الحرية في اختيار القانون الذي يخضع له العقد المبرم بينهم ولا يحد من هذه الحرية سوى فكرة النظام العام.

1- الآثار المترتبة على تطبيق قانون الإرادة على العقد الدولي: يترتب على خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة عدة آثار تتمثل فيما يلي[2]:

أ- تجزئة العقدة

ب- عدم لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختاره الأطراف والعقد

إدماج العامل الاقتصادي و تجعل منه عنصر من عناصر العلاقات الدولية والقانون الدولي أي العنصر الحاسم والفعال".

1- حنان عبد العزيز مخلوف، التحكيم الدولي للعقود التجارية , مجلة القانون والاقتصاد الاماراتية , العدد 51, 2015, ، ص 46

2 ثار خلاف فقهي وقضائي حول تحديد المقصود بقانون الإرادة . ما بين فريق يتبنى المفهوم الضيق لقانون الإرادة وفريق ثاني يوسع من نطاق هذا المفهوم . وفرق ثالث يحاول أن يسلك منهجا وسط .

2- **كيفية تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية في العقود الدولية:** [1] إذا كان الأصل أن الأطراف العقد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم وهو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة فإن التساؤل يثور في هذا الصدد عن كيفية التعرف على إرادة أطراف العقد لتحديد قانون الإرادة . وقد تكون هذه الإرادة صريحة أو ضمنية.

أ - **الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد:** قد يقوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة وذلك عن طريق إدراج شرط في العقد المبرم بينهم يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد وهو ما يسمى بشرط الاختصاص التشريعي، في هذه الحالة يخضع العقد للقانون المنصوص عليه فيه حتى ولو لم تكن هناك أية صلة بين القانون الذي تم اختياره والعقد وإن كان غالبا ما يختار الأطراف القانون الذي يحقق مصالحهم.

ويجوز للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم سواء في العقد الأصلي أو في عقد مستقل عن العقد الأصلي، كما يجوز لهم أيضا تعديل القانون المختار في أي وقت لاحق الإبرام العقد بشرط ألا يؤدي هذا التعديل إلى المساس بصحة العقد الأصلي[2]

---

1 قد تبنت اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980 مبدأ تجزئة العقد . حيث نصت المادة 3 منها على أنه ": يحق للمتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد ، أو على جانب منه فقط. "

2- حنان عبد العزيز مخلوف، المرجع السابق، ص 52-53.

ب – الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد: إذا لم يتفق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب على العقد فإنه يتعين البحث في الإرادة الضمنية للمتعاقدين حتى يمكن تحديد مثل هذا القانون.

ولاشك أن هناك العديد من القرائن التي تكشف عن هذه الإرادة ومن هذه القرائن لغة العقد، محل محاكم دولة معينة بنظر إبرام العقد، شرط الاختصاص القضائي أي الشرط الذي يحدد اختصاص المنازعات الناشئة عن العقد.

3-طرق الاختيار

أ. اختيار الأطراف للقانون الوطني لأحدهم: قد يقوم أطراف العقد باختيار القانون الوطني لأحدهم ليكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم وذلك إذا كان يحقق صالحهم.

ب. اختيار قانون محل إبرام العقد أو محل التنفيذ: قد يقوم أطراف العقد باختيار قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه وهو ما نصت عليه المادة 19 من القانون الاتحادي في دولة الامارات العربية [1]بقولها: يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنه، فإذا اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه".

1- حنان عبد العزيز مخلوف، مرجع السابق، ص 152-153

وعلى ذلك فإن للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وفقا لما يحقق صالحهم, ومع ذلك فمن الأفضل دائما أن يكون هناك صلة بين هذا القانون والعقد كقانون جنسية المتعاقدين أو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، أو التي يتم فيها التنفيذ.

ثانيا: التعيين القضائي للقانون الواجب التطبيق على العقد:

في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فان القاضي أو المحكم هو الذي يقوم بهذه المهمة. ويقوم القاضي أو المحكم باختيار القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

وانقسم الفقه بشأن تحديد المعيار الذي يمكن على أساسه تمييز العقد الدولي إلى ثلاثة اتجاهات.

الاتجاه الأول: الاتجاه القائل بالمعيار القانوني: طبقا لهذا المعيار فان العقد يعد دولية إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد. وتتمثل هذه العناصر إما في مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم. وعلى ذلك فان إسباغ صفة الدولية على العقد تتوقف على مدى تطرق الصفة الأجنبية لعناصره القانونية المختلفة.[1]

الاتجاه الثاني: الاتجاه القائل بالمعيار الاقتصادي لتمييز العقد الدولي: العقد طبقا لهذا المعيار يتسم الصفة الدولية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية أي إذا كان موضوعه تبادل السلع والخدمات عبر الحدود.

1- محمود السيد التحيوي (2015) التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، طبعة دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ص217.

وقد كان هذا المعيار محل نقد على أساس أنه يتسم بالغموض وعدم التحديد، فهو لا يضيف جديد وإنما هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني . حيث أن تبادل السلع والخدمات عن طريق العقد بين أكثر من دولة يسبغ عليه صفة الدولية لأنه يتضمن عنصرة أجنبية مؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص. ويتمثل هذا العنصر في آثار العقد أو تنفيذه والذي يمتد خارج حدود الدولة.[1]

الاتجاه الثالث: الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للعقد: طبقا للمعيار القانوني فان العقد يكتسب الصفة الدولية بناء على مجموع الظروف والعناصر الايجابية التي تحيط بالرابطة القانونية. كما أنه طبقا للمعيار الاقتصادي فان الصفة الدولية تلحق العقد بناء على العنصر أو العناصر الايجابية التي تطرقت إلى العقد فأصبح دولية لارتباطه بأكثر من نظام قانوني.[2]

– يعطي مرونة تسمح من تجاوز عقبات واكراهات القانون الداخلي منها[3]:

• قواعد النظام العام الداخلية .

قواعد الضبطية والبوليس الإداري. • القواعد الاجتماعية .

• القواعد الجبائية.

• القواعد الاقتصادية الداخلية .

1–صلاح الدين، مصيلحي محمود (2014م) الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية دراسة في ضوء أهم وأحدث احكام التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص117

2– سليم بشير، (2019/2018م) الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الامارات العربية المتحدة، 268

3– حداد، حمزة أحمد (2013) كتابة التحكيم وتفسـيره في القوانين العربية " مصـر والأردن والإمارات"، ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري، ص5.

المطلب الثاني

إمكانية ربط العقد التجاري الدولي

بالنظام القانوني الدولي

تعتبر العقود الدولية موضوع متعلقا بالعقود المحررة ذات الطابع التجاري أو المدني والملزمة الجانبين، والتي بناء عليها تنشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين بموجب مبدأ حرية التعاقد الموجود في مختلف اتفاقيات التجارة والأنظمة القانونية، فيجوز لأي من المتعاقدين أن يبر ما عقود دولية بأي وسيلة يتفقان عليها، وعادة ما تتم من خلال إجراء جولات من المفاوضات يتبلور فيها الإيجاب والقبول ويسفر فيها عن صياغة مشروع العقد الذي يمكن اعتباره بمثابة الإيجاب المشترك. ويمكن أن نحصر مراحل إمكانية ربط العقد التجاري الدولي بالنظام القانوني الدولي في ثلاث مراحل.

المرحلة الاولى: الإعداد والتفاوض: تشمل هذه المرحلة المسائل المتعلقة بتحديد موضوع التعاقد والتعريف المحيط وما تقتضيه من مراعاة الأخلاقيات التعاقد.

1-مرحلة الإعداد: مرحلة الإعداد هي مرحلة مهمة في إبرام المفاوضات بين الأطراف، وهذه المرحلة تعتمد على عدة نقاط يمكن ذكرها كالآتي[1]

1- ديب، فؤاد (2018م) المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الثاني، ص35.

أولا: تحديد موضوع التعاقد: إن عملية العقود الدولية عملية معقدة وتجتمع عدة عوامل في تكوينها وهي تستدعي الدقة والصرامة فغالبا ما تكون عملية تعاقدية واحدة تعود بازدهار حياة مؤسسة ومن هنا تظهر أهمية مدى معرفة وتحديد موضوع التعاقد ومن أين وكيف يتم التعاقد .

ويجب إتباع استراتيجية جيدة حيث يتم دراسة الجدول ومعرفة ما إن كان استثمارا مفيدا ويرتبط موضوع التعاقد ارتباطا وثيقا بالسياسة العامة للمشروع والاستراتيجية وتحديد موضوع التعاقد يستمد مصدره من المقومات الأساسية للمشروع ومن القرارات الهامة التي تؤثر على الوظائف المالية والإنتاجية.

ثانيا: دراسة المحيط: في هذه المرحلة يجب أن نراعي ونركز على دراسة شاملة للسوق، السلعة وأيضا الدراسة العامة عن القوى المؤثرة في السوق .[1]

1- دراسة السوق: دراسة السوق في مجال العقود الدولية يعني المرور بكل الآليات التي تتعرض لها السلعة في مختلف مراحل حياتها وكذا المتعاملين فيها والظروف الاقتصادية والنفسية والقانونية التي تحيط بهم ومعرفتها معرفة مدققة وصحيحة وذلك من خلال تحليل نتائج نشاطاته ومتابعة الأعمال التي يقوم بها القطاع المنتمي إليه، وتقييم مختلف التعاملات السابقة وكذلك تعتمد على الدراسات التي قامت بها هيئات ومكاتب الدراسة المتخصصة والخبراء ويفيد أيضا القيام بإجراءات خاصة تمكنه من دقائق الأمور في ميدان السوق الخاصة به .

1-فؤاد ديب (2011م) تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة "القسم الأول"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد 27 – العدد الثالث، ص37-38، 61.

2- دراسة السلعة: إن للسلعة أنواع سواء أموال أو خدمات وكلا النوعين يصنفان إلى الاستهلاك العادي وذات الاستعمال الدائم وأيضا الكمالية، وهذه لدى إعدادها وتسويقها يمكن حصرها في أربعة مراحل:[1]

فالمرحلة الأولى هي التي تكون فيها السلعة في طور التجربة والدراسة لتنتقل بعدها إلى فترة الرواج وتلبها فترة التعريف بالمنتوج وتطويره ثم فترة النضج وأخيرا فترة الإشباع والتلاشي.

ثالثا: دراسة المنظومة التشريعية والتنظيمية

دراسة ومعرفة المنظومة التشريعية والتنظيمية وآثارها على المحيط التي تجري فيه عملة التعاقد وعلاقتها به من الأهمية بمكان بالنسبة للمتعامل، وهي عامل حاسم بالنسبة لكل خطوة يخطوها، فهي قبل كل شيء الإطار الشرعي لكل الترتيبات التي تتخذ لدى إبرام العقد الدولي، وهي أيضا عالم من قوانين نظم متعددة ومختلفة، فعملية التصدير والاستيراد أو الاستثمار على الصعيد الدولي مجال واسع من القواعد القانونية غالبا ما تكون غير معروفة من قبل المتعاملين ما يستدعي التحضير والاستعداد والاطلاع الواسع ليتسنى للمتعامل التعامل معها، وقد حصرها أحد الباحثين المهتمين[2] بميدان التعاقدات الدولية في ما يزيد عن 190 تنظيم (130) هذا باستثناء التقسيمات الفرعية لكل تنظيم وتفرعات كل تقسيم.

1-رضا، علي رحيم (2018م) التحكيم الدولي "نشأته- مزاياه- تطبيقاته"، دار ومؤسسة رسلان، دمشق، سوريا، ص28

2-الزحيلي، محمد (2011م) التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد 27 – العدد الثالث، ص367.

المرحلة الثانية: التفاوض: تسبق مرحلة التفاوض والمباحثات بشأن التعاقدات الولية بالإعلان عن العملية وإجراء الاتصالات مع المتعاملين، وتتأثر عملية التفاوض بعدة عوامل وتستدعي في سيرها مراعاة أخلاقيات أساسية قد تترتب عنها ونتائج قانونية لها انعكاساتها على العقد الدولي .

ويراد بالمفاوضات على وجه العموم الالتقاء والمنافسة وتبادل وجهات النظر بين أطراف العقد الدولي أو من يمثلهم أو رجال الأعمال الذين يتم تفويضهم للقيام بذلك في مسائل التعاقدات الدولية الهامة إلى حين الوصول إلى توافق تام بينهما وإبرام التصرف بما يرضيهم.[1]

أولا: الإعلان عن عملة التعاقد: مبدئيا يمكن القول أنه ليس ثمة إجماع بين مختلف الأنظمة على طريقة معينة للإعلان عن عملية التعاقد الدولية ويلجأ إلى القوانين الداخلية للبلد الذي ينتمي إليه الطرف الذي يعلن عن العملية، وتنقسم في ذلك الدول إلى فريقين كما نص على ذلك المؤتمر العاشر للعلوم الإدارية المنعقدة في مدريد في سبتمبر 1956.[2]

1 – يتضمن كل ملف فرعي بدوره إجراء بتفاصيل ودقائق كل موضوع وذلك استعدادا للمرحلة الموالية والتي تخص الإعلان عن عملية التعاقد ودعوة المتعاملين وإجراء الاتصالات والقيام بالتفاوض بشأنها.

1–عبدالمجيد، منير (2015م) الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مطابع الشرطة، ص 423.

2–عمر، نبيل إسماعيل (2004م) التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ص212.

– دول ليس بها إجراءات محددة للتعاقد مثل بريطانيا، فنلندا، بورتوريكو، ايرلندا، هايتي, حيث تترك كامل الحرية للمتعامل في اختيار الطريق الذي يراه مناسبا على أن تتولى رقابته إدارة الهيئة التي يتبع إليها المشروع، دول تعتمد إجراءات منظمة ومحددة للتعاقد وتقسم هذه الدول بدورها إلى طائفتين:

– طائفة تجعل اللجوء إلى الطريق المنظم اختيارية ومنها اليونان، هولندا، ألمانيا وسويسرا وكذا الدنمارك.

– طائفة تجعل اللجوء إلى الطريق المنظم إجباريا بحيث يلتزم المتعامل بإتباع الوسيلة المقررة قانونا ومنها: بلجيكا وشيلي وإسبانيا وفرنسا ومصر والجزائر نظرا لطبيعة النظام القانوني الذي ورثته.

– التراضي أو الممارسة .

– التعاقد بناءً على فاتورة أو مذكرة طلبات.

المبحث الثاني

اعتبار الأحكام التحكيمية مصدرين تفسيرية

إن الكلام حول سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية قد تأكد بأنه من المواضيع التي وإن سال معها المداد إلا إنها ما تزال توصف بأنها فكرة متشعبة الجوانب ولم ترفع عنها الأقلام , فضلًا من إن الكثير من جوانبها ما تزل بعد يعتريها الغموض فهي تحتاج إلى إجلاء وعليه فان مقتضيات البحث العلمي لهذا الموضوع تلزمنا تناول الأمور التالية: –

المطلب الأول

دور المحكم في تفسير القواعد القانونية والبنود الاتفاقية

يتولى عملية التحكيم الدولي محكم أو أكثر يسمى مباشرة من قبل المتعاقدين أو من قبل هيئة تحكيمية دولية وفقًا لطرائق مختلفة، وفي التحكيم الدولي يختلف مركز المحكم وسلطاته وأسلوب عمله عن مركز القاضي أو المحكم الوطني، وعن سلطاته وأسلوب عمله، وذلك لأن المحكمين لا يمارسون سلطتهم في التصدي للنزاع باسم دولة معينة.

ولقد رتب الفقه على هذه الاستقلالية التي يتمتع بها المحكم الدولي نتائج بالغة الأهمية أهمها: وجوب تحريره من النظم القانونية الوطنية، ولاسيما نظم تنازع القوانين الكلاسيكية، وإلزامه بالمقابل بوجوب اتباع قواعد غير وطنية خاصة بالتحكيم الدولي [1]

1–عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. 2015, ص 35.

ونص عليها نظام التحكيم الدولي في المادة 1/1والتي تنص على أن اتفاق التحكيم "سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشارطة تحكيم مستقلة ".

من هذه المادة يتضح لنا أن المحكمون يستمدون ولايتهم للفصل في النزاع من اتفاق التحكيم، وهذا الاتفاق قد يأخذ صورة الشرط أو صورة المشارطة وتسمى هذه أيضاً وثيقة التحكيم، واشتراط التحكيم يكون جزء من العقد إلا أنه وعلى الرغم من كونه جزءاً من العقد إلا أنه يتمتع باستقلالية تامة عن هذا العقد الذي هو مدرج فيه، بحيث أنه لا تسري على شرط التحكيم ما يسري على العقد من قواعد، فمثلاً لو كان العقد الأصلي باطلاً فإنه يلاحظ أن هذا البطلان لا يمتد إلى شرط التحكيم بل يبقى هذا الشرط صحيحاً ومنتجاً لآثاره، وكذلك إذا كان العقد الأصلي ينتهي بانتهاء مدته فإن شرط التحكيم الذي يشكل بندًا أساسيًا فيه يبقى قائماً، إلا أنه إذا كان هذا الشرط يعتريه بعض العيوب التي تؤدي إلى بطلانه فإن خاصية الاستقلال لا تنفعه في هذا الوقت ويصبح هذا العقد باطلاً إذا ما تم التأكد من هذا العيب، ويترتب على استقلالية شرط التحكيم في التحكيم التجاري الدولي خضوع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي[1]

1- الطبيعة المزدوجة للتحكيم:

إن البحث في موضوع ماهية التحكيم – داخلي أو دولي– قد أثار جدلاً كبيرًا بين الفقهاء وظهر على إثر هذا الجدل اتجاهات ثلاثة[2]

1-عاطف محمد الفقي (2015م) التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراســـة مقارنة، دار النهضـــة العربية، القاهرة، ص5.

2-هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 844، بند 536؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص- دراسة تحليلية تطبيقية. مرجع سابق ، ص 51 ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج القوانين. مرجع سابق, ص 256؛ د.

الاتجاه الأول: يرى في التحكيم مؤسسة ذات طبيعة تعاقدية، وأساس ذلك أن المحكمين يستمدون سلطاتهم من اتفاقية التحكيم، أي من اتفاق الخصوم على إحالة النزاع على التحكيم وأن قرارهم ليس إلا نتيجة طبيعية لهذا الاتفاق، ومن ثم لا بد أن يكون التحكيم من نظام العقود الإرادية.

الاتجاه الثاني: يرى الطبيعة الإجرائية للتحكيم، بناء على أن مهمة المحكم تماثل في نظرهم مهمة القاضي ويخضع في ممارستها لإجراءات قضائية أو شبه قضائية، وأن هذه المهمة لا يمكن قبولها في النظام الوطني إلا إذا كانت جزءًا من نظام القضاء لأن قرار المحكمين ليس إلا حكما صادرا وفقا لإجراءات محددة، فلا يمكن من ثم إنكار الصفة القضائية لهذا الحكم بشكل خاص ولعملية التحكيم بشكل عام.

الاتجاه الثالث: فيرى في التحكيم مؤسسة ذات طبيعة مختلطة تعاقدية إجرائية، والاتجاه السائد حاليًا في الفقه يميل إلى التمسك بالطبيعة المختلطة للتحكيم، والواقع أنه لا يمكن تغليب الطبيعة التعاقدية على الطبيعة الإجرائية للتحكيم أو العكس لأن ذلك ينطوي على التسليم بنصف الحقيقة لا الحقيقة كاملة، فلا يمكن تجاهل أي من هاتين الطبيعتين في التحكيم، ولابد من ثم من التعامل معه على هذا الأساس، أي على أساس كونه ذا طبيعة خاصة مختلطة تعاقدية وإجرائية في الوقت نفسه، وإن كان الجانب التعاقدي أي الإرادي، يحتل مساحة أوسع على هذه الأرضية القانونية المختلطة، وهذا ما يبدو واضحا جدا في التحكيم التجاري الدولي الذي يترك لحرية الأفراد ميدانا رحبا، وهذا ما يبرر قيام قواعد خاصة بالتحكيم الدولي تلبي واقع التحكيم الدولي وطبيعته القانونية، وتأخذ بالحسبان خصوصيته الذاتية

يوســـف عبد الهادي خليل الاكياني: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص. ، ص 256 . وانظر أيضاً

ومظاهره المتطورة التي عمقت التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، انطلاقا من معطيات اقتصادية وقانونية، والاقتصادية تحتل ضمنها مرتبة الصدارة [1]

ونظرا لأن القضاء الوطني لم يلب تماما حاجات التجارة الدولية، ولم يظهر قدرته على مراعاة التعامل التعاقدي في هذا المجال، ومن ثم يمكن القول إن التحكيم التجاري الدولي يتمتع حاليًا بقضاء خاص به هو التحكيم الدولي، وهذه الخصوصية تتطلب بالضرورة تعاونًا فعالا بين الدول من أجل ضمان فعالية التحكيم الدولي من جهة، والمحافظة على أمن العلاقات التعاقدية من جهة أخرى كما تستلزم من المحاكم الوطنية المحافظة على الحد الأقصى من هذه الفعالية بالتقليل أو بتخفيض رقابتها على التحكيم الدولي إلى الحد الأدنى، وهذا ما سارت عليه بعض الاتفاقيات الدولية[2]

من بين أهم خصائص التحكيم التجاري الدولي أنه نظام يختص بالفصل في المنازعات المرتبطة بمعاملات التجارة الدولية، ومعنى ذلك أنه لابد من وجود نزاع حتى يكون هناك داعي للتحكيم، ويشترط زيادة على ذلك أن يكون هذا النزاع محله اتفاق ذا طبيعة تجارية ودولية لكي نستطيع القول بأننا أمام تحكيم تجاري دولي.

1–هشـــام على صـــادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع ســـابق، ص 853، بند 543؛ د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي. مرجع سـابق، ص 192، بند 341. وانظر أيضاً

2–هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. 2015، ص 867 – 868، بند 550

وعلى هذا الأساس في إطار الرقابة القضائية اللاحقة على أحكام التحكيم يمر حتما الحكم التحكيمي سواء كان الداخلي أم الدولي على الجهة القضائية المختصة، ولذا تفرض طبيعة الموضوع معالجته في المطلب التالي:

المطلب الثاني

المناهج المستعملة من المحكم لتفسير القواعد القانونية والبنود الاتفاقية

ظهر منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في البداية تحت مسمى " القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر " على يد الأستاذ Franciscakis، حينما أراد مقابلة ما شاع استخدامه في الفقه التقليدي على مثل هذا النوع من القواعد القانونية، والتي تتصل بحماية المجتمع، وتنظيمه السياسي، والاقتصادي، والاجتماعي ومراعاة المصلحة العامة[1]، مبيناً أن سبب التسمية الجديدة التي يقترحها هو تجميع تلك المسميات التي جرى القضاء على استعمالها بغير تمييز، وذلك داخل مصطلح واحد من شأنه أن يتجاوز الغموض الذي يعتور المسميات المذكورة[2].

ومهما يكن من أمر التسميات، فقد بلغت هذه القواعد من الأهمية حداً كبيراً، بحيث أنها لا تدخل في منافسة مع القوانين الأجنبية – حيث يتحتم إنزال حكمها الموضوعي على المسائل الواقعة في نطاق سريانها، دون إتباع منهج قواعد الإسناد– بيد أنه مازال يكتنف القواعد ذات التطبيق الضروري الكثير

(1) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010م. ص 26.

(2) د. أحمد قسمت الجداوي: نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري، ومنهجية تنازع القوانين. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، (تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس)، السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول والثاني، يناير 1981م، ص 9 – 10.

من الغموض، حيث لا يوجد تعريف جامع مانع لتلك القواعد، حتى إن الفقه– أحياناً– يكتفي ببيان أهمية تلك القواعد، وسرد بعض المعايير التي يمكن أن تحدد تلك القواعد.

وإذا كنا نقر بوجود صعوبة حقيقية في وضع تعريف جامع مانع للقواعد ذات التطبيق الضروري، فإن ذلك لم يمنع البعض من محاولة وضع تعريف لها لتمييزها عن غيرها من القواعد والمناهج، فقد ذهب الرائد الأول Franciscakis إلى تعريف القواعد ذات التطبيق المباشر بأنها: " القوانين التي تكون مراعاتها ضرورية من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، ويتمثل المعيار لها في فكرة التنظيم[1].

ولقد تعرض هذا التعريف لسهام النقد. إذ يذهب البعض إلى أن المعيار الغائي الذي اعتمد هدف تطبيق القاعدة القانونية محدداً له يتضمن خلطاً بين القواعد ذات التطبيق الضروري، وقواعد القانون العام، ذلك أن أي قاعدة من قواعد القانون العام تتغيا بالأساس حماية التنظيم السياسي والاقتصادي للدولة [2].

وعلى ذلك، فإنه وكما قرر البعض تقع القواعد ذات التطبيق الضروري في المنطقة الرمادية بين كل من قواعد القانون العام، وقواعد القانون الخاص حيث تتداخل المصالح العامة للجماعة الوطنية، مع المصالح الخاصة لأفراد المجتمع[3].

([1]) أشـار إليه : د. عبد الحميد عبد الله سـعيد القرشـي: القواعد ذات التطبيق الضـروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 29.

([2]) د. أشـرف وفاء محمد: تنازع القوانين في مجال التقادم. الطبعة الأولي، دار النهضـة العربية، القاهرة، 2006م, ص 242.

([3]) د. عنايت عبد الحميد ثابت: ذاتية وعدم ذاتية قواعد تأمين المجتمع. مرجع سابق، ص 93؛ جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد: تنازع القوانين في مجال حوادث العمل. دار النهضة العربية، القاهرة, 2002، ص 314؛ د. عبد الحكيم

أيضاً، يلاحظ أن المعيار المادي الذي يعتمد على فكرة تنظيم الدولة كمحدد للقواعد ذات التطبيق الضروري، يمكن أن يوجه إليه ذات الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الغائي، ذلك أن الدولة أو أحد أجهزتها لا تتدخل إلا لتحقيق هدف أو مصلحة تسعى إليها، علاوة على ذلك فإنه يؤخذ على المعيار الغائي أنه يزيد عدد القواعد الضرورية، فالواقع أنه لا يوجد منحى من مناحي الحياة المختلفة إلا والدولة إما تشرف عليه، أو تساعد في تسييره[1].

من ذلك، ما ذهب إليه البعض من أن القواعد ذات التطبيق الضروري هي: " القواعد الداخلية التي تتسم بطابع آمر، يفرض تطبيقها الضروري على المراكز التي تدخل عقلاً في نطاق سريانها الذي يتطلبه مضمونها، والأهداف التي تسعى إلى إدراكها، وسواء كانت هذه المراكز ذات طابع داخلي بحت، أو اتسمت بالصفة الدولية فهي على هذا النحو تجلب الاختصاص الدولي للنظام القانوني الذي تنتمي إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين"[2]، ويبدو لنا أن اعتماد معيار" الصلة العقلانية" بين نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، ومضمونها وأهدافها التي تسعى إليها، لتحديد هذه القواعد، يمكن أن يؤدى في النهاية إلى الإخلال بتوقعات الأطراف, إذ هو يفتح الباب أمام القاضي

مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص - دراسة انتقادية. مكتبة النصر، الحرم الجامعي، جامعة القاهرة، ص71.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص- دراسة تحليلية تطبيقية. مرجع سابق ، ص 70.

(2) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، 2014م ، ص 842 – 843، بند 534. وانظر أيضاً: Mayer (P.): "Les Lois de Police Etrangères". Clunet, 198,p.287, No.13.

ويمنحه سلطة تقديرية قد تؤدى إلى تحكمه، وذلك عندما يتصدى لتقدير مدى توافر هذه الصلة، علاوة على أنه وكما يقرر البعض فإن معيار الصلة العقلانية يحتاج إلى ما يحدده[1].

ويبدو أن التعريف أراد أن يساير بعض الفقه الفرنسي في أن صعوبة وضع معيار محدد لتمييز القواعد ذات التطبيق الضروري توجب ترك الحرية للقاضي الوطني لكي يقدر ويستخلص في كل حالة على حدة، بفحص كل نص تشريعي ليتثبت من وجود مثل هذه القواعد[2].

أخيراً، ذهب البعض إلى تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها: " القواعد التي خرج المشرع في سنه لها عن مساره المعتاد، والتي قد تلازم تدخل الدولة، بهدف تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة والطرف الضعيف الجدير بالحماية أياً كان، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وأهداف القانون الدولي الخاص، ولذلك فهي واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أياً كانت طبيعتها وطنية، أو ذات طابع دولي[3].

أما وقد تحدد لنا مفهوم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية فإنه ينبغي علينا بعد ذلك التصدي لمعايير تحديدها وتمييزها عن غيرها من قواعد

---

(1) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق, ص 35.

(3) راجع هذا الاتجاه لدى: Batiffol (H.): "Le pluralisme des méthodes en droit international privé". Collected Courses of the Hague Academy of International Law, (Publications of the Hague Academy of International Law), Volume 139, 1973.

(3) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: المرجع السابق. ص 39.

الإسناد، والقواعد المادية، وصولاً للكشف عن هذه القواعد, وبيان كيفية تطبيقها في مجال هذه النوعية من المنازعات.

1-معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

بغية تسهيل الأمر أمام القاضي في تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري وضع الفقه القانوني أكثر من معيار للكشف عن الأسباب التي من أجلها تفرض هذه القواعد تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية، دون حاجة لمنهج تنازع القوانين. ونبحث فيما يلي لأهم المعايير التي قيل بها في هذا الصدد، وذلك على النحو التالي:

أولاً: المعيار الشكلي:

يتخذ أنصار هذا المعيار من مجرد إرادة المشرع الصريحة في تحديد نطاق سريان القاعدة القانونية أساساً لاعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري، فكونها حظيت بوجود إرادة صريحة من المشرع تقرر ضروريتها، فهذا يعنى اتجاه إرادته في تطبيق هذه القاعدة على كافة المراكز التي تدخل في إطار سريانها المكاني دون حاجة إعمال قواعد الإسناد المزدوجة، بل ولو كان تطبيق هذه القاعدة يؤدى إلى اختصاص قانون أجنبي في شأن المركز المطروح أمام القاضي[1]، ويتخذ المعيار الشكلي في تحديده للقواعد ذات التطبيق الضروري إحدى صورتين:

---

(1) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 844، بند 536؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص- دراسة تحليلية تطبيقية. مرجع سابق ، ص 51 ؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج القوانين. مرجع سابق, ص 256؛ د. يوسف عبد الهادي خليل الاكياني: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص. مرجع سابق، ص 256 . وانظر أيضاً : Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods". Joly editions, Parution, 1990, P.176 ets.

الصورة الأولى:

لا تثير هذه الصورة صعوبة بشأن تحديد تلك القواعد، حيث يفصح المشرع عن إرادته صراحة في أن القاعدة التي يضعها من القواعد ذات التطبيق الضروري، ويحدد النطاق المكاني لسريانها، فلا يملك القاضي سوى الإذعان لإرادة مشرعه في تطبيق هذه القاعدة على كل المراكز القانونية التي تدخل في نطاق سريانها المكاني، مع استبعاد قاعدة التنازع، وعدم إعمالها، حتى ولو كانت تقضي باختصاص قانون أجنبي بشأن النزاع المطروح أمام القاضي[1].

الصورة الثانية:

يمكن تكييف القاعدة على أنها من القواعد ذات التطبيق الضروري عندما يحرص المشرع على منح هذه القاعدة مجالاً واسعاً للانطباق يزيد عن ذلك المترتب على إعمال قواعد تنازع القوانين[2].

ن ذلك أيضاً نص المادة (16) من القانون الفرنسي الصادر في 1966/6/18 الخاص بالنقل البحري، إذ تتضمن هذه المادة ما يلي: " تطبيق القانون الفرنسي على كل عقود النقل التي تتم من أو إلى ميناء فرنسي، والتي لا تخضع لاتفاقية دولية تكون فرنسا طرفاً فيها "[3].

([1]) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 844، بند 537.

([2]) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 846، ص 538.

([3]) يذهب البعض إلى أن هذه الصورة الأخيرة من صور المعيار الشكلي تبدو أكثر دقة وانضباطاً من سابقتها، ذلك أنها تحتوى إسناداً عادياً يمكن أن يعتبر دلالة على إرادة المشرع، بيد أن ذلك يحصر القواعد ذات التطبيق الضروري في نطاق ضيق للغاية ، راجع : د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 846 – 847 ، بند 538.

يضيف البعض الآخر أن الاعتماد على التحديد التشريعي للقواعد ذات التطبيق الضروري يؤدى إلى التضييق في مجال إعمال هذه القواعد، حيث يصبح إعمالها مرهوناً بوجود نص تشريعي، الأمر الذي يترتب عليه ندرة هذه القواعد[1].

ويرى فريق ثالث أن المعيار الشكلي المقترح لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري ما هو إلا التفاف وتزايد على قاعدة التنازع، حيث أن هذه القاعدة قد عرفت هذا النوع من القواعد القانونية، وأطلقت عليها مسمى قواعد الإسناد مفردة الجانب ولو بشكل جزئي، فيما لو أراد المشرع تطبيق قانونه الوطني على المسائل التي تمس سياسته التشريعية، وذلك استثناءً على قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب[2].

أخيراً، يبدو أن الفقه الحديث حينما اتجه إلى التسليم بالإعمال الأحادي لبعض القواعد الأجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بموجب قواعد الإسناد – فليس هناك ما يلزم القاضي في هذا الفرض بالانصياع للتحديد التشريعي لنطاق تطبيق القاعدة الأجنبية – قد فقد هذا المعيار الشكلي لفاعليته في هذه الحالة، ما يتعين معه البحث عن المعيار الواجب الإتباع في هذا الصدد [3]. الأمر الذي نبحثه فيما يلي:

---

(1) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص 241.

(3) راجع : Deby-Gérard (F.): "Le role de la relge de Conflit dans le reglémént des rapports internationaux". Dalloz, Paris, 1973, P.48.

(38) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 848 ، بند 539. وانظر أيضاً : Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods".Op. Cit., P. 178.

ثانياً: المعايير الفنية:

حاول اتجاه فقهي التوصل إلى معيار يمكن من خلاله تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، عن طريق اللجوء إلى أفكار عامة في القانون الدولي الخاص، مثل فكرة الإقليمية، والنظام العام، وقد كان هذا هو مسلك القضاء الفرنسي بصفة خاصة لتبرير استبعاده لمنهج التنازع – في بعض الفروض – وتطبيقه للقانون الوطني تطبيقاً مباشراً، وفيما يلي نبحث الفكرتين السابقتين في مجال تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري بصفة عامة، وفي مجال المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة بصفة خاصة.

1- معيار الإقليمية:

ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى الاستناد لفكرة الإقليمية كمعيار لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، باعتبار أن هذه القواعد هي في الأصل ذات طابع إقليمي[1]، فالإقليمية وفقاً لهذه الوجهة من النظر هي شيء مضاد للتنازع، بحيث ينفى أحدهما الآخر[2].

ويذهب البعض – وبحق – إلى أن محاولات تفسير ظاهرة القواعد ذات التطبيق الضروري في ضوء فكرة الإقليمية هي في حقيقتها محاولات لفهم فكرة غامضة عن طريق فكرة أخرى أشد غموضاً [3]، ومن ناحية أخرى، وحتى بفرض تحديد هذه الفكرة على نحو منضبط، فليس كل قانون إقليمي يعد من

([1]) د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي. مرجع سابق، ص 190، بند 337.

([2]) يقرر البعض في هذا الشأن أن: " العلاقة ما بين الإقليمية والتنازع كالعلاقة بين الماء والنار، فأما أن يطفئ ماء الإقليمية لهيب التنازع ، وأما أن يتمكن هذا اللهيب من تبخير مبدأ الإقليمية " راجع : أحمد قسمت الجداوي: نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري. مرجع سابق، ص 15. :

([3]) د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي. مرجع ســـابق، ص 191، يند 339.

القوانين ذات التطبيق الضروري، فقانون موقع المال هو قانون إقليمي، ومع ذلك فلا يعد هذا القانون من قبيل القوانين سالفة الذكر[1].

2- معيار النظام العام:

ذهب فريق من الفقه مؤيداً بأحكام القضاء إلى تفسير ظاهرة القواعد ذات التطبيق الضروري في ضوء فكرة النظام العام، دون استلزام أي صلة بين النزاع والإقليم عند تطبيق هذه القواعد، بحيث يقف القاضي عند الهدف الاجتماعي للقانون المرتبط بالنظام العام، ويقوم بالتطبيق المباشر لبعض القواعد الآمرة في قانونه، رغم اختصاص قانون أجنبي بحكم العلاقة العقدية وفقاً لقواعد الإسناد، صيانة للمبادئ الأساسية للجماعة الوطنية، أي حماية الأهداف السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية للدولة [2].

كما أن القواعد ذات التطبيق الضروري تنطبق انطباقاً مباشراً على النزاع المطروح قبل إعمال قاعدة الإسناد، أما الدفع بالنظام العام فلا يتم اللجوء إليه إلا بعد إعمال قواعد الإسناد، وفحص مضمون القانون الأجنبي المختص، وثبوت تعارضه مع المصالح الحيوية للجماعة الوطنية [3].

وعلى ذلك، يبدو منطقياً عدم إمكانية إعمال كلا المنهجين بطريقة جامعة، لأن إعمال أحدهما يستبعد الآخر بالضرورة، حيث أن الدفع بالنظام العام يؤدى إلى استبعاد تطبيق القانون المختص بمقتضى

([1]) د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي. مرجع سابق، ص 191، بند 340.

([2]) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 853، بند 543؛ د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي. مرجع سابق، ص 192، بند 341. وانظر أيضاً: Deby-Gérard (F.); "Le role de la relge de Conflit dans le reglémént des rapports internationaux". Op. Cit., P.19.

([3]) د. هشام علي صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 856، بند 544.

قاعدة الإسناد، في حين أن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يستتبع استبعاد قاعدة التنازع ذاتها، في شأن المسألة المطروحة [1].

ويعاب على هذا الاتجاه الذي اتخذ من فكرة النظام العام محدداً للقواعد ذات التطبيق الضروري، أنه ذهب ابتداءً إلى أن تعلق هذه القواعد بالنظام العام يوجب تطبيقها المباشر، دون لجوء القاضي لإعمال قواعد الإسناد، والتي قد تشير باختصاص قانون لا يتعارض والنظام العام في دولة القاضي، الأمر الذي يخرج فكرة النظام العام عن مفهومها التقليدي، بوصفها دفعاً استثنائياً، ولا يتم اللجوء إليه إلا في حالة تعارض القانون الأجنبي المختص والمبادئ العليا في دولة القاضي، بل ويخلق لهذه الفكرة دوراً جديداً يختلف عن دورها المألوف في القانون الدولي الخاص[2].

ويبدو كذلك أن هذا الاتجاه يعجز عن تفسير إعمال قواعد القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد، فإذا كانت بعض قواعد القانون الداخلي تعد أحياناً من القواعد التي تتعلق بالنظام العام، بيد أنه قد يصعب اعتبارها في كل الأحوال مع ذلك من القواعد ذات التطبيق الضروري، فإنه في حالة الإعمال المباشر لإحدى هذه القواعد المتعلقة بالنظام العام واعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري، فإن يبدو منطقياً لانتماء القاعدة المذكورة لقانون

---

(3) راجـع: Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods". Op. Cit., P. 181 ets.

(2) حيث يظهر لفكرة النظام العام إضـافة إلى دورها " العلاجي " كوسـيلة تتحقق من خلالها حماية المبادئ العليا للجماعة الوطنية، دور " وقائي " يكفل الحماية المتطلبة للسياسة التشريعية التي يسعى المشرع إلى إدراكها، وذلك عن طريق الإعمال المباشـــر لبعض قواعد القانون الداخلي دون حاجة للالتجاء لقواعد الإعمال المباشـــر لبعض قواعد القانون الداخلي دون حاجة للالتجاء لقواعد الإسناد ، راجع: د. أحمد قسمت الجداوى: نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري. مرجع سابق، ص 51.

القاضي، حيث إن هذا الأخير يأتمر بأوامر مشروعه، أما إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد، فيصبح من العسير تفسيره في ضوء فكرة النظام العام، ذلك أن جزء من النظام العام في دولة القاضي[1].

ومهما يكن من أمر، فلا يخفى ما يؤدى إليه التوسع في نطاق تطبيق قانون القاضي، من خلال الإعمال المباشر لقواعد البوليس في شأن العلاقات الدولية من إخلال بالتنسيق المتطلب بين النظم القانونية المختلفة، والتي تسعى قواعد الإسناد المزدوجة إلى إدراكه[2].

ويذهب جانب من الفقه الحديث إلى تأكيد تعلق القواعد ذات التطبيق الضروري بفكرة النظام العام الدولي، بيد أنه يرى أن هذه القواعد لا تعبر عن منهج مستقل في القانون الدولي الخاص، ولا تنال من منهج التنازع المزدوج، حيث إنها مجرد تطبيق لفكرة النظام العام، ويرجع التطبيق المباشر لتلك القواعد في قانون القاضي لأسباب عملية، ترتد إلى عدم جدوى الرجوع أحياناً للقانون الأجنبي المختص، طالما أن القاضي سوف يستبعده إذا تعارض مع قواعد القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية، ويرفض هذا الاتجاه التطبيق المباشر القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد – فهي لا تتعلق بالنظام العام في دولة القاضي، أو في القانون المختص

---

(2) راجع: Toubiana (A.): "le domaine de la loi du contrat en droit international prive".these, Paris, Dallas, 1972, P. 234 ets.

([2]) د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي. مرجع سـابق، ص 196، بند 346.

بمقتضى قواعد الإسناد – ما لم يكن القاضي ملزماً بإعمالها بطبيعة الحال بموجب اتفاقية دولية، كما هو شأن اتفاقية روما لسنة 1980[1].

وعلى ذلك، فإنه وفقاً لهذه الوجهة من النظر يستند تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري – خاصة القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية – إلى منهجية التنازع، وليس إلى إرادتها في الانطباق المباشر على المراكز التي تدخل في نطاق سريانها، ما يفقد هذه القواعد طابعها الخاص، ويجردها على هذا النحو من منهجها المستقل الذي أراده لها أنصارها. ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن هذا الرأي: " يصطدم بالحقائق الوضعية السائدة في غالبية النظم القانونية المعاصرة، والتي تؤكد خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة, فاختيار المتعاقدين لقانون العقد هو اختيار تنازعي وليس مجرد اختيار مادي كما أراده هذا الاتجاه[2].

ثالثاً: المعايير الغائية:

ذهب فريق من الفقه إلى تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري اعتماداً على معايير غائية، تضع في اعتبارها الغاية التي تسعى إليها القاعدة القانونية محل التحديد، ومن المعايير التي قيلت في هذا الصدد الآتي:

1- معيار مصلحة الدولة (القوانين السياسية):

---

(2) راجع هذا الاتجاه لدى : Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods". Op. Cit., P. 191 ets.

([2]) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 867 – 868، بند 550.

ذهب أنصار هذا المعيار إلى تعريف قوانين البوليس بأنها: " القوانين السياسية التي تخرج عن مجال تنازع القوانين، لتنطبق على كافة الأشخاص والوقائع والتصرفات التي صدرت من أجلها، والتي تسعى على هذا النحو إلى إدراك مصلحة الدولة التي أصدرتها"[1].

وعلى ذلك فقد ذهب أنصار هذا المعيار إلى استخدام فكرة مصلحة الدولة كأساس لرفض تطبيق القوانين السياسية الصادرة عن دولة أجنبية، حتى ولو كان هذا القانون منتمياً إلى النظام القانوني المختص الذي تشير به قواعد الإسناد، مع الاعتراف بإمكان تطبيق هذا القانون، فيما لو كان ينتمي إلى النظام القانوني لدولة القاضي، ما يعنى أن القوانين السياسية – قوانين البوليس – وفقاً لهذا النظر تعبر عن فكرة الإقليمية البحتة التي لا يتصور قيام التنازع بين القوانين في إطارها[2].

ويبدو لنا أنه علاوة على أن فكرة القوانين السياسية في حد ذاتها فكرة غامضة تترك مجالاً واسعاً لتحكم القضاء، فإنه يصعب تحديد فئة معينة ومميزة من القوانين يمكن أن تتسم بالطابع السياسي، حيث إن كل قانون يستهدف في الواقع هدفاً سياسياً، فالاختلاف بين قانون وآخر ليس في الطبيعة بقدر ما هو اختلاف في الدرجة [3].

---

(2) انظر: Arminjon (P.) : “les lois politiques et le droit int. prive”, Rev. Crit., 1930, P. 385 ets.

([2]) ذهبت المحكمة العليا الألمانية في حكمها الصادر في 17 / 12 / 1959 إلى أنه : لا يجب فقط مراعاة المصالح الخاصة الجديرة بالحماية ، ولكن تحقيق الأهداف الاجتماعية والسياسية للدولة التي وضعت القيود المقصودة ". راجع الحكم منشوراً في : (Rev. Crit.,1961,P.313 etss.)

(3) راجع : El – Kocheri: “les nationalizations dans les pays du tiers monde devant le juge occidental”, Rev. Crit., 1967, P. 244.

وبهذه المثابة، فإنه يبدو لنا عدم قدرة فكرة مصلحة الدولة – القوانين السياسية – عن تفسير الاتجاه المعاصر الذي ينحو باتجاه قبول التطبيق المباشر للقواعد القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية، سواء كانت تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد، أو القانون غير مختص بموجب هذه القواعد. الأمر الذي دفع رائد النظرية الأستاذ " فرنسيس كاكيس " إلى تفضيل اعتناق معيار آخر بصدد تحديد قواعد البوليس، وهو معيار " تنظيم الدولة ". [1].

2- معيار تنظيم الدولة[2]:

بعد أن ربط الأستاذ الفرنسي " فرنسيس كاكيس " بين القواعد ذات التطبيق المباشر، وبين فكرة النظام العام، فضل في مرحلة من مراحل تطور أفكاره أن يتخذ من فكرة " تنظيم الدولة " معياراً محدداً للقواعد سالفة الذكر، وعرف هذه القواعد بأنها " القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، والتي يتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم وعلى ذلك فقد وضع هذا الاتجاه معياراً مستمداً من الهدف الذي ابتغاه المشرع من سن هذه القوانين وصولاً إلى تحديدها وتعريفها[3]، فكل قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر إنما يتم التعرف عليها في ضوء

(1) د. محمد إبراهيم على محمد: القواعد الدولية الآمرة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م, ص 72.

([2]) ذهب جانب من الفقه المصري – وبحق – عند تصديه لعرض فقه الأستاذ فرنسيس كاكيس إلى وصف معيار " تنظيم الدولة " بالمعيار " المادي أو العضوي " مرجعاً ذلك إلى أن الفقيه سالف الذكر وإن كان قد عرف القواعد ذات التطبيق المباشر بأنها تلك التي تسعى إلى تحقيق أهداف سياسية واجتماعية ، واقتصادية للدولة ، بيد أن وسيلتها في بلوغ هذه الأهداف هي الهياكل والأجهزة التي تنظمها الدولة ، ما يعنى أن الغاية الاجتماعية للقوانين ليست هي جوهر المعيار ، ولكن فكرة " تنظيم الدولة " للمصلحة محل البحث، أي تكفل الدولة بذاتها بتنظيم المسألة المعروضة، راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص- دراسة تحليلية تطبيقية. مرجع سابق، ص 67.

([3]) د. هشام علي صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 873، بند 556.

وظيفتها باعتبارها قاعدة من قواعد التنظيم[1]، ومن ثم يتحتم تطبيقها دون تزاحم، لأن طابع التنظيم فيها لا يطيق تدخل القانون الأجنبي[2].

وبهذه المثابة يتسع نطاق القواعد ذات التطبيق المباشر ليشمل إلى جانب مجال علاقات القانون الخاص كافة روابط القانون العام أيضاً، مثل القانون الإداري، والقانون الجنائي، إضافة إلى مجالات أخرى قد لا تدخل في فكرة تنظيم الدولة ابتداء، ولكن أهميتها تصل إلى حد لا يقبل في شأنها إعمال قانون أجنبي، مثل المسائل المتعلقة بالضمان الاجتماعي، والتشريعات الخاصة بتربية وحماية القصر, وغير كاملي الأهلية، والسلطة الأبوية، والالتزام بالنفقة[3]، الأمر الذي يبدو معه – وفقاً لأنصار هذه الاتجاه – قلة أهمية التفرقة بين قواعد القانون الخاص، وقواعد القانون العام[4].

وإذا كان الأستاذ " فرنسيس كاكيس " قد استخدم فكرة تنظيم الدولة معياراً للتطبيق المباشر لقواعد البوليس في دولة القاضي، فإنه مع ذلك لم يُسَلم – على العكس – بإمكان التطبيق المباشر للقواعد المماثلة في قانون أجنبي، إلا أن تشير قواعد الإسناد الوطنية باختصاص القانون الأجنبي الذي تنتمي إليه تلك القواعد[5].

---

(2) راجع: Franciscakis (Ph.): “Quelques precisions sur les lois d'application immediate et leurs rapports avec les regles de Conflit de lois”. Op. Cit., p. 11.

(2) راجع العبارة لدى: د. أحمد قسمت الجداوي: نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري. مرجع سابق، ص 10.

(4) راجع: Franciscakis (Ph.): “Quelques precisions sur les lois d'application immediate et leurs rapports avec les regles de Conflit de lois”, Op. Cit., P. 11 ets.

(5) راجع: Franciscakis (Ph.): Op.Cit. P.15.

(1) راجع: Franciscakis (Ph.): Op .Cit., P. 11.

أخيراً، يذهب البعض إلى أن الاقتصار على الإعمال المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي، ورفض إعمال نظيرتها في القانون الأجنبي إلا أن تشير قواعد الإسناد في دولة القاضي بذلك، يجرد هذه القواعد من أهم خصائصها الذاتية التي تتمتع بها، بصرف النظر عن انتمائها لقانون القاضي، أو أي قانون آخر، وهى الصلة العقلانية بين مضمونها وأهدافها وبين نطاق سريانها [1]، الأمر الذي دفع هذا البعض إلى تبنى معيار " الصلة العقلانية " كمعيار لتمييز هذه القواعد، ونبحث فيما يلي هذا المعيار.

رابعاً: معيار الصلة الذاتية (المعيار العقلاني) [2]:

مضت الإشارة إلى أن المعايير سالفة الذكر قد تغيت في الأساس الكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي، أو في القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، بيد أنها لم تقدم تفسيراً مقنعاً لتطبيق القاضي لقواعد ذات تطبيق ضروري لا تنتمي للقانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه، فإذا كانت هذه القواعد قد تم رفضها فترة من الزمن بدعوى أن تطبيقها لا يكون إلا إقليمياً بحتاً، أو أنها من قبيل قواعد القانون العام المحصور تطبيقها داخل الدولة التي أصدرتها، بيد أن الفقه الحديث لم يسلم بهذه الحجج ذلك أنها تتعارض مع أحد غايات القانون الدولي

---

(1) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 881 ومابعدها.

(2) يذهب أستاذنا العميد محمد السيد عرفة إلى التخفيف من ضرورة تطلب هذه الصلة مراعاة لظروف المعاملات الخاصة الدولية إلى حد القول: " ويكفى أن توجد صلة بين العقد وقانون الإرادة أياً كانت ". راجع:

د. محمد السـيد عرفة: القانون الدولي الخاص - التنازع الدولي للقوانين. الكتاب الأول في تنازع القوانين، مكتبة العالمية بالمنصورة، 1990- 1991, صـ411.

الخاص، والمتمثلة في التنسيق بين مختلف النظم القانونية [1]، كما أنها – أي الحجج سالفة الذكر – لا تحقق حماية الطرف الضعيف، التي من أجلها يخرج القاضي عن القواعد العامة المتمثلة في قواعد الإسناد[2].

ويبدو أن هذا الاتجاه الفقهي له صدى في الاتفاقيات الدولية المختلفة، ففي اتفاقية لاهاي 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري نصت المادة [16] على أنه: "عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة لكل دولة ترتبط بالمركز المطروح برابطة جدية، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقاً لقانون تلك الدولة أياً كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيها" [3].

كما نصت اتفاقية روما 1980 في المادة (117) على أنه: " عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون البلد الذي تنتمي إليه بصرف

---

(1) د. أشرف وفا محمد: الوسيط في القانون الدولي الخاص- المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن. دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص 78 ؛ أحمد قسمت الجداوي: نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري. مرجع سابق، ص 185.

(2) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 71.

(3) د. محمود محمد ياقوت: قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق - دراسة تحليلية وتطبيقية. دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003، ص 72.

النظر عن قانون العقد، وللاعتراف بمدى الآثار التي ستمنح لهذه النصوص يجب الاعتداد بطبيعتها وموضوعها، وكذلك النتائج المترتبة على تطبيقها، أو عدم تطبيقها "[1].

وإذا كان البعض يرى أن أهم ما يميز القواعد ذات التطبيق الضروري هي تلك الصلة العقلانية التي تربط بين مضمون هذه القواعد وأهدافها من ناحية، ونطاق تطبيقها من ناحية أخرى [2]، فإن البعض الآخر يرى أن هذه الصلة العقلانية لا تصلح معياراً لتكييف هذه القواعد وتحديدها، فهي تعطى تعريف وصفى لهذه القواعد لا يكشف عن الأسباب التي من أجلها تفرض بعض القواعد القانونية تطبيقها على العلاقات الدولية عن غير طريق قواعد الإسناد[3].

كما يذهب البعض إلى أن معيار الصلة العقلانية بين مضمون القاعدة ونطاق سريانها هي مسألة قانونية، ترتبط بمسألة أولية، وهى ما إذا كان تطبيق القاعدة المطروحة يعد ضرورياً من عدمه، فمن المتصور ألا يكون هذا التطبيق ضرورياً رغم توافر هذه الصلة، الأمر الذي يفرغ هذا المعيار من أي معنى، فلماذا تطبق قاعدة لا يعد تطبيقها ضرورياً استناداً إلى مجرد الصلة العقلانية بين مضمونها ونطاق سريانها[4].

---

(1) للمزيد حول هذا النص، راجع: د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 72.

(2) راجع : Fadlallah (Ibrahim): "la Famille legitime en droit en droit international prive". Dalloz , 1977.Op .Cit. P.124.

(3) قرب ذلك :. Mayer (P.): "Les Lois de Police Etrangères".Op. Cit., P.287

(1) راجع هذا الرأي لدى: Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods". Op .Cit., PP. 174 – 175 .

ويذهب البعض إلى أن:" هذا الاعتراض لا يقوم على أساس سليم ,فهو قد جعل من ضرورة التطبيق معياراً لقاعدة البوليس ,بينما هو في حقيقته أثر من آثار اكتسابها لهذه الصفة, فالتطبيق الضروري للقاعدة هو أثر

هذا؛ ويعترف أنصار الصلة العقلانية بأن هذا المعيار تتوارى أهميته في الفرض الذي نكون فيه بصدد تطبيق قاعدة وطنية تنتمي لقانون القاضي، أو أمام قاعدة أجنبية تنتمي للنظام القانوني الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه، ففي الحالتين يتحرك القاضي في إطار نظامه القانوني، سواء بتطبيق القاعدة الوطنية ذات التطبيق المباشر التي تريد الانطباق على العلاقة العقدية المطروحة، ولو لم تكن من القواعد ذات التطبيق الضروري، أو بتطبيق القاعدة الأجنبية واجبة التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي، ولا يكون القاضي بحاجة للبحث عن وجود صلة عقلانية بين مضمونها وأهدافها، وبين نطاق سريانها[1].

ويذهب هذا البعض إلى أن توافر الصلة العقلانية بين مضمون القاعدة وأهدافها، وبين نطاق سريانها، هو الذي يبرر استجابة القاضي لإرادة مشرع دولة أجنبية، ويعطى للقاضي سلطة تقديرية للحكم على مدى توافر هذه الصلة، حيث تبرز طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري[2].

مترتب على اكتساب هذه القاعدة صفة القواعد ذات التطبيق الضروري, وهى الصفة التي تستمد من الصلة العقلانية بين مضمونها ونطاق تطبيقها على نحو يؤدى إلى فقدان فاعليتها فيما لو تجاهل القاضي إعمالها على المسألة المطروحة ". راجع: د. هشام علي صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص887, بند 565.

(1) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص890, بند566؛ د. محمود محمد ياقوت: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي. مرجع سابق، ص205, بند364.

(2) د. طرح البحور على حسن: تدويل العقد - دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980م. منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م، ص 244.

أخيراً، ونظراً للانتقادات الجادة التي نالت من كل معيار من معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، فإن الباحث يذهب إلي أن الطبيعة الخاصة للمنازعات البيئية تقتضي التنسيق بين مختلف النظم القانونية من أجل الإعمال الجمعي لكل المعايير التي سبق الحديث عنها.[1]

وفيما يلي كيفية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري بصدد المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، سواء أكان ذلك أمام المحكم الدولي المختص بنظر هذه النوعية من المنازعات، أو أمام القضاء الوطني عندما ينظر في تنفيذ حكم التحكيم وذلك على النحو التالي:

1- إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أمام المحكم الدولي

إذا كان القانون الوطني هو المحدد الرئيس للعلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقاضي الوطني، إذ يقوم هذا الأخير بالفصل في النزاع المعروض أمامه باسم الدولة التي يصدر الأحكام فيها، فإنه ثمة إشكالية تثور بشأن هذه القواعد أمام المحكم، وذلك لغياب القانون الوطني في حق المحكم، فهو يفصل في النزاع المطروح عليه ليس وفقاً لقانون دولة معينة، بل هو يسعى جاهداً لتطبيق القانون الذي حدد له سلطته، ومنحه القدرة على حسم النزاع، ولا شك أن مصدر تلك السلطة، وهذه القدرة، هو اتفاق الأطراف وإرادتهم، ما يعنى أن تصبح جميع القواعد ذات التطبيق الضروري موسومة بـ" الأجنبية، وسوف نبحث في السطور التالية مدى سلطة المحكم في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، وكذا طرق تطبيق المحكم لهذه القواعد بشأن المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مدى التزام المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري:

---

(1) راجع هذا الرأي لدى: د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 74.

انقسم الفقه بشأن مسألة التزام المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: عدم التزام المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري:

يذهب هذا الفريق إلى أن المحكم غير ملتزم بإعمال هذه القواعد، بل ويرفض هذا الاتجاه تلك القواعد في مجال التحكيم التجاري الدولي، وذلك للأسباب الآتية:

1- عدم إلزام النصوص القانونية الوطنية والدولية للمحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أن القانون المقارن والاتفاقيات الدولية لا تحتوى أي منها على نص صريح يلزم المحكم بإعمال هذه القواعد[1]، بل على العكس من ذلك دافعت هذه النصوص وعلى نطاق واسع على حرية الأطراف، وجاءت صامتة حيال مسألة تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بواسطة المحكم[2].

([1]) نرمين محمد محمود صبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليها في قانون التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 252.

([2]) اتفاقية جنيف لعام 1923 ، وبروتوكول جنيف لعام 1927 ، واتفاقية نيويورك 1958 ، واتفاقية جنيف لعام 1961. وانظر أيضاً :

- المادة (39 / 1) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .
- المادة (1496) من قانون المرافعات المدنية الفرنسية لسنة 1981 .
- المادة 28 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن نص المادة (7) من اتفاقية روما 1980 – السابق الإشارة إليها في الفرع الأول – يقتصر إعمال السلطات الواردة بها عندما يكون النزاع معروضاً أمام القاضي الوطني – ذلك أن المادة (2/1) من هذه الاتفاقية قد حددت – على سبيل الحصر – المسائل الخارجة عن نطاقها، ومن بينها اتفاق التحكيم، ما يعنى – وفقاً لهذا الاتجاه – أن الاتفاقية ليس لها صدى يؤثر على تحديد القانون الواجب التطبيق أمام المحكم.

كما يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن نص المادة (19) من القانون الدولي الخاص السويسري – السابق الإشارة إليه – يقصر إعمال الرخصة البسيطة المقررة على القاضي الوطني في تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية، دون المحكم. راجع:

ويرى البعض أن الاعتماد على سكوت النصوص كمبرر لعدم التزام المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يبدو واهياً، ذلك أن أغلب القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية نصت على عدم مخالفة النظام العام كشرط لتنفيذ حكم التحكيم في البلد الذي يراد تنفيذه فيه[1]، ما يعنى أن النصوص على رقابة احترام القواعد ذات التطبيق الضروري موجودة وقائمة، وهى مكونة من شروط مطابقة النظام العام المنصوص عليه في إطار فحص أحكام التحكيم.

بل إن البعض يذهب إلى أنه يمكن الاستفادة من سكوت النصوص القانونية عن إلزام المحكم بإعمال هذه القواعد، بمنح المحكم مزيداً من الحرية في إطاره تعامله مع تلك القواعد، بحيث يستطيع المحكم أن يستلهم النصوص الدولية أو الوطنية التي قررت إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، حتى وإن جاءت لتنظيم تعامل القاضي الوطني مع تلك القواعد[2].

2- بطلان حكم التحكيم إذا طبق المحكم القواعد ذات التطبيق الضروري:

يقرر أصحاب هذا الاتجاه أن المحكم محدد بالنص التعاقدي، ومحصور بقرار المهمة التحكيمية، فإذا طبق هذا الأخير القواعد ذات التطبيق الضروري دون إذن من الأطراف يكون قد تجاوز حدود

طرح البحور على حسن: تدويل العقد - دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980م. مرجع سابق، ص 133، وما بعدها.

وانظر أيضـــاً: Chukwumerije (OK.): "Mondaory Rules of law in international commercial arbitration", African journal of international and comparative law. Volume5, October, 1993, p.73.

(1) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 418.

(2) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 416 .

مهمته[1]، وأخل بالتوقع المشروع للأطراف عند قيامهم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فتطبيق المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد يعد – وفقاً لهذا الرأي – أمراً غير متفق مع التوقع المشروع للأطراف.

ويبدو أن هذا الاتجاه يعتمد على التفسير الضيق والمحدود لسلطات المحكم للفصل في النزاع، بينما الواقع العملي يبصر أن جهات القضاء تعتمد على التفسير الواسع لهذه السلطات الممنوحة للمحكم، ولبنود مهمته من قبل الأطراف، وذلك عند مراجعتها لأحكام التحكيم[2]، بحيث اعتبرت بعض الأحكام أن المحكم هو سيد الموقف يستطيع تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري إذا رأى أن الحالة تسمح بذلك، دون اعتبار ذلك خروجاً منه عن حدود مهمته[3]، كما أننا نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن مراعاة المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري تحقق مصلحة الأطراف، فهي من ناحية تساعد الأطراف على تحقيق الهدف الضروري الذي يبتغيه الأطراف، ودخلوا من أجله في خصومه، وعرضوها على التحكيم، إلا وهو الحصول على حكم تحكيم ينهى النزاع، ويكون في نفس الوقت قابلاً للتنفيذ، لأنه إذا لم يتم المحكم بمراعاة مثل تلك القواعد فمن الصعوبة بمكان أن يتحقق ذلك الهدف[4]، ومن ناحية ثانية هناك بعض القواعد ذات التطبيق الضروري التي وإن تعارضت أحياناً في ظاهرها مع رغبات الأطراف،

([1]) د. محمد نور عبدالهادي: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين – "نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة". دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م، ص 384 وما بعدها.

(1) راجع أحكام التحكيم المشار إليها في: Seraglini (CH.): "lois de police et justice arbitral international" Dalloz,2001,p.137 ets.

([3]) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 421 – 422.

([4]) د. نادر محمد إبراهيم: مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي. مرجع سابق، ص 210.

إلا أنها توفر لهم – حقيقة – الحماية القانونية، كما في حالة القواعد التي تحمى الطرف الضعيف، ما يعنى أن تطبيق المحكم لهذه القواعد يوازن بين المصلحة العامة للدولة المشرعة والمصلحة الخاصة للأطراف المتعاقدة، ومهما يكن من أمر هذا الاتجاه فهناك اتجاه فقهي آخر يذهب إلى عكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول، ويؤكد على التزام المحكم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، نبحثه فيما يلي، مع بيان رأينا في الموضوع.

الاتجاه الثاني: التزام المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تأكيد التزام المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري [1]، فإذا كان المحكم يجب عليه أن يحرص وبشدة على عدم مخالفة السلطة الاتفاقية، واحترام توقعات الأطراف عند تحديدهم لقانون العقد(2)، وذلك حتى لا يكون حكم التحكيم عرضه للبطلان، فإنه وبذات الدرجة من الحرص يجب عليه عدم مخالفة السلطة الوطنية، حتى لا يفتح الباب واسعاً أمام عدم الاعتراف بحكمه، وعدم تنفيذه، ما يعنى أن المحكم ملتزم التزاماً لا شك فيه بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالنزاع المطروح عليه [3].

([1]) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص431 وما بعدها.

([2]) للمزيد حول تأثير الطابع الاتفاقي للتحكيم على إعمال لقواعد ذات التطبيق الضروري، راجع:

د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص1021 وما بعدها، بند 664 وما بعده.

([3]) للمزيد حول الطابع الدولي للنظام العام كمانع من موانع إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري. راجع: د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص1014 وما بعدها ، بند 6598 وما بعده.

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أن القضاء الوطني قد استقر على منح المحكم الاختصاص العادي والسلطة لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، وإن كان قد فرق بين سلطاته وسلطات هيئات أخرى، الأمر الذي يقطع بأن هناك سلطة مؤكدة للمحكم في تطبيق هذه القواعد، ويجب الاعتراف له بها، وأنه ليس هناك قيد على هذه السلطة سوى الاختصاص الاستئثاري لسلطة هذا القضاء، بحيث تصبح العلاقة بين القاضي الوطني والمحكم ليست علاقة تعارض، بل هي علاقة تنسيق[1].

ثانياً: إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري:

يبصر عرضنا السابق لمدى التزام المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري بأن الرأي الغالب في الفقه يذهب – وبحق – إلى ضرورة إلزام المحكم بإعمال هذه القواعد، مع ضرورة احترام توقعات الأطراف، بيد أن هذا الرأي يختلف حول المقصود بإعمال المحكم لهذه النوعية من القواعد، هل المقصود بإعمال هذه القواعد هو التطبيق الحقيقي لها، أم مجرد أخذها في الاعتبار؟[2].

وإذا كان الواقع التحكيم يبصر بأن بعض المحكمين يتجهون عند إعمالهم للقواعد ذات التطبيق الضروري إلى نوع خاص من الإعمال، بحيث يقتصر إعمالهم لهذه الأحكام عند إصدارهم لأحكام التحكيم على مجرد أخذ القواعد ذات التطبيق الضروري في الاعتبار، دون الوصول إلى التطبيق

---

(1) د. نادر محمد إبراهيم: مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي. مرجع سابق، ص214.

(2) لمزيد من التفاصيل حول التفرقة بين الأخذ في الاعتبار والتطبيق الحقيقي للقواعد ذات التطبيق الضروري راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص- دراسة تحليلية تطبيقية. مرجع سابق، ص 132؛ د. أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية –دراسة في قضاء التحكيم. مرجع سابق، ص 261؛ د. نرمين محمد صبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. مرجع سابق، ص 261؛ د. أشرف وفا محمد: المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق، ص 154.

الحقيقي لها أخذاً بالتفرقة التي يراها البعض بين تطبيق القاعدة القانونية من ناحية، وأخذها في الاعتبار من ناحية أخرى على النحو الذي أشرنا إليه سلفاً، فإننا نؤيد ما ذهب إليه البعض من ضرورة أن يلتزم المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق اتساقا مع الطبيعة الأحادية التي تتميز بها تلك القواعد[1], ونرى أن هذا الأمر يمثل أهمية خاصة بشأن المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة حتى يضمن المحكم فاعلية الحكم الصادر بشأن هذه النوعية من المنازعات من خلال ضمان تنفيذ الحكم في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه.

1- إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لقانون العقد:

الواقع أنه لا تثور صعوبة بشأن إعمال المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لقانون العقد، بل يتعين تأكيد التزام هذا المحكم بإعمال كافة القواعد القانونية المنتمية إلى قانون العقد بما فيها القواعد ذات التطبيق الضروري، دون أن يتطلب الأمر تمسك أحد الأطراف أمام المحكم بتطبيق هذه القواعد الأخيرة، إذ المحكم في هذا الفرض ملتزم بتطبيق تلك القواعد من تلقاء نفسه ما دام أنها تنتمي إلى القانون المختار، حتى لو أدى ذلك إلى بطلان العقد، أو أحد شروطه[2].

(1) راجع هذا الرأي: د. نرمين محمد صبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. مرجع سابق، ص 240؛ د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 480.

(2) د. نرمين محمد صبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. مرجع سابق، ص240.

2- إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون العقد[1]:

يبدو أن إعمال المحكم لهذه القواعد يترتب عليه إضافة لما يترتب على إعمال مثيلاتها التي تنتمي لقانون العقد، استبعاد أحد أحكام القانون المختار من قبل الأطراف والذي يعتبرونه موافقاً وملائماً لاقتصاد عقدهم ومصالحهم[2]، ويزيد الأمر صعوبة عدم امتلاك المحكم لقانون اختصاص مقارنة بالقاضي الوطني مع سعيه في ذات الوقت لاحترام توقعات الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو هدف على أهميته يناهض اعتبارات وضع القواعد ذات التطبيق الضروري، والتي تسعى إلى إدراك مصالح جماعية، أو مصالح خاصة قدر المشرع أهميتها الجوهرية مثل حماية الطرف الضعيف، وذلك بصرف النظر عن توقعات الأطراف لتطبيق هذه القواعد من عدمه، الأمر الذي دفع البعض إلى وصف القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون العقد بـ " مركب ذي طبيعة زئبقية "[3].

---

(1) ناقش البعض التزام المحكم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضـــروري التي لا تنتمي لقانون العقد تحت عنوان " **القواعد ذات التطبيق الضـــروري الأجنبية والتزام المحكم بإعمالها** " الأمر الذي يمكن أن يتوهم معه أن للمحكم قواعد ذات تطبيق ضـروري وطنية، على الرغم من الإجماع الفقهي بعدم امتلاك المحكم لقانون اختصـاص أصـلاً، حتى يطبق القواعد ذات التطبيق الضـــروري فيه، راجع هذا العنوان لدى: د. عبد الحميد عبد الله ســـعيد القرشـــي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 452 .

بينما يناقش البعض الأخر التزام المحكم بإعمال هذه القواعد تحت عنوان " **الصـفة الأجنبية لكافة القواعد ذات التطبيق الضـــروري أمام المحكمين** " الأمر الذي نراه معبراً عما اتفق الفقه عليه من أن المحكمين لا يملكون قانوناً داخلياً يعد قانون اختصـاصـــهم. راجع هذا العنوان لدى: د. هشـام على صـادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 1011، بند 656.

(2) د. نرمين محمد صبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. مرجع سابق، ص 253.

(3) راجع هذا التعبير لدى: د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضـروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق، ص 435.

وبالنظر إلى هذه الاعتبارات السابقة فقد انقسم الفقه بصدد إعمال المحكم لهذه القواعد إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرفض فكرة إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون العقد، أو حتى أخذها في الاعتبار، ذلك أن المحكم لا يلتزم بالقانون الداخلي لدولة معينة باعتباره قانون اختصاصه، وإنما يقتصر التزامه نحو احترام إرادة الأطراف فقط، والتي تعتبر محور الارتكاز في العملية التحكيمية، فالمحكم يجب عليه أن يبنى حكمه على أساس القوة الملزمة للعقد، واحترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وليس له أن يضحى بذلك تحت مبرر الدفاع عن المصالح العامة، لأن مهمته قاصرة على تحقيق مصالح المتعاقدين[1].

الاتجاه الثاني: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة أن يوازن المحكم بين احترامه لإرادة الأطراف من ناحية، وضمانه لفاعلية الحكم الذي سوف سيصدره من ناحية أخرى، والتي تقتضى أن يطبق المحكم القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون العقد وتكون موضوعة بواسطة دولة لها رابطة وثيقة بالعقد، ذلك أن المحكم لا يحل محل قاضى الدولة إلا برضا النظام القانوني لهذه الدولة، كما أن تلك الدولة لن تقبل بعدالة خاصة دون أن تفرض في ذات الوقت على قضائها أن يأخذ في الحسبان المصالح العامة المعتبرة في الدولة.

ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الثاني حتى لا يخاطر المحكم بحكمه في مواجهة السلطات القضائية، ذلك أن عدم تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون العقد، وتنتمي للدولة التي ترتبط بالنزاع برابطة وثيقة سوف يؤدى بلا شك إلى عدم الاعتراف بمثل هذا الحكم،

---

(1) د. نرمين محمد صبح: **مبدأ العقد شريعة المتعاقدين**. مرجع سابق، ص 256.

خصوصاً إذا كانت هذه الدولة هي دولة تنفيذ الحكم، وتعلق الأمر بتطبيق هذه القواعد بصدد المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الدولية .كيفية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أمام القضاء، تتضح الكيفية التي يتم بها تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لقانون القاضي، وذلك بصدد المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة في النقاط التالية:

أولاً: التزام القاضي بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه:

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن القاضي لا يملك سلطة تقديرية بصدد إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لقانونه، نظراً لالتزامه بالإذعان لإرادة مشرعه، التي فرضت إعمال هذه القواعد على النزاع المطروح عليه، وذلك بصرف النظر عن مدى عقلانية هذا الإعمال(1).

وإذا كانت الرابطة العقدية ذات الطابع الدولي تخضع – بحسب الأصل – للقانون الذي تختاره إرادة الأطراف بمقتضى منهج التنازع المزدوج، وإذا كان القاضي ملزم بإعمال القواعد سالفة الذكر التي تنتمي لقانونه على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها، فهذا يعنى استبعاد العقد في صدد هذه المسائل، وتجزئة الرابطة العقدية، وإخضاعها لأكثر من قانون واحد(2).

ويؤكد البعض أن تطبيق القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه يمثل استجابةً منه للصفة الآمرة لهذه القواعد، والتي تكون قد بلغت حداً لا تطيق فيه مزاحمة قانون أجنبي، ما يعنى أن النظام

---

(1) راجــع: Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthods".Op. Cit., P.178 .

(2) قرب ذلك: Lagard (P.): "Le « dépeçage » dans le droit international privé des contrats". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, No.4, Octobre -Dicembre 1975, P. 658 ets .

العام في دولة القاضي هو الأساس الحقيقي لإعمال هذه القواعد على نحو مباشر[1]، ويذهب البعض الآخر إلى أن تطبيق القاضي للقواعد سالفة الذكر في قانونه، دون الرجوع إلى قواعد الإسناد، يرتد في الأساس إلى اعتبارات عملية تتمثل في اقتصاد الإمكانيات، إذ القاضي سوف يستبعد القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد، فيما لو تضمن حكماً مخالفاً للحكم الذي تقرره القاعدة الوطنية[2].

هذا، وقد تبنت اتفاقية روما لعام 1980 م في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية هذه الوجهة من النظر، حيث نصت المادة (217) منها على أن: " نصوص هذه الاتفاقية لا تنال من تطبيق القواعد الداخلية الآمرة في قانون القاضي والتي تحكم المركز محل النزاع بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد"[3].

([1]) د. هشام على صادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 901، بند 576.

(1) راجع بصفة خاصة: Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthods".Op. Cit., P.191; Franciscakis (Ph.): "Quelques precisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les regles de Conflit de lois". Op. Cit., P.3.

(2) راجع : Lagarde (p.) : "Le nouveau droit international prive des contrats après l entrée en Vigueur de la convention de Rome du 19 / 6 / 1980". Rev. Crit., 1991, tome //, P. 324.

الفصل الثاني

سلطة المحكم إزاء القانون المطبق على عقود التجارة الدولية

العقد الدولي مثل أي عقد لديه بعض الشروط الموضوعية بجانب شروطه الشكلية، ومن أهم هذه الشروط أطراف العقد الدولي، فالتراضي هو أساس التعاقد ويتم ذلك بتلقي القبول والإيجاب بين الأطراف المتعاقدة، فالرضا فقط ليس كافيًا لكي يكون العقد صحيحًا، ولكن لابد أن يصدر من أشخاص مؤهلة قانونيًا.

والعقد الذي ينعقد القبول والإيجاب لابد أن يصدر عن طرفي العقد، ولا يجب أن يشترط في الإيجاب للمشتري والقبول للبائع أو العكس، ولكن العبرة هنا باتصال كلاً من القبول والإيجاب الذي يتم توجيه لأحد طرفي العقد للطرف الآخر.

غير أن الأمر لا يكون بهذه السهولة في العقود الدولية، حيث أن هذه العقود تسبقها مفاوضات بين طرفي البيع أو حسب المعاملة السابقة فيما بينهم، ويعتبر سلوك الأطراف لانعقاد التعاقد دون أن يكون هناك حاجة لتميزه أو تجسيده في الإيجاب والقبول.

والأمر الثاني الهام وهو محل العقد، فالمحل أي الشيء الذي يدور حوله التعاقد، فهو إما أن يكون عيني أو عمل أو امتناع عن العمل، وبالتالي فالعقد لا يعتبر صحيح إذا كان محله متواجد بالفعل وقت إبرام التعاقد صحيح أو مشروع.

المبحث الأول

تحديد الأطراف المتعاقدة للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي

تنشئ العقود التجارية الدولية نتيجة الالتزامات في الحقوق المتبادلة بين بعض الأطراف، وهي تختلف وتتنوع حسب طبيعة هذا العقد، غير أنه يحدث في الواقع للتميز بين إحدى نوعين من الالتزامات التي تورد في العقد، وهذه الالتزامات تتمثل في التزامات التنفيذ والضمان والتي تقع على عاتق الأطراف المتعاقدة،[1] وتتمثل هذه الالتزامات في المعلومات والنصح والمشورة والمحافظة على سرية العمل.

أطراف العقد الدولي

من المهم التعريف بأطراف أي تعاقد، فهو يساهم في مدى معرفة القضاء المختص بسرعة تسوية النزاعات والعمل على تعيين القانون الملزم بالتطبيق، ومن التحليل العملي يتبين أن الغالبية تكون في عمليات العرض والطلب الدولي، حيث تقوم ما بين فئتين من الأطراف قد يكون إحداها الدولة والشركات المتعددة الجنسيات من ناحية أخرى.

1- الدولة: تعد الدولة إحدى طرفي العقود الدولية، ولكنها تتوقف في مسألة مدى تدخل الدولة في العقد ومفهوم الدولة على أساس أنها طرف في هذا التعاقد.

- مدى تدخل الدولة في العقود الدولية: وهنا يمكننا التمييز في اتباع الدولة إحدى الطرق التالية:

[1] تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، 2006، ص2.

1- إما أن تقوم الدولة بترك الأمر للقوى الاقتصادية لديها، ولكنها تقوم باتخاذ الأساليب والتدابير التي تكفلها لتوجيه هذه المبادرة حسب السياسة التي تتبعها، كأن تقوم بترك بتقديم التكنولوجيات الأجنبية المشروعات للقطاع الخاص، ولكنها من تقوم بإصدار اللوائح والقوانين المنظمة من أجل هذا العمل، وفي نفس الوقت قد تلزم أطراف التعاقد بإصدار التراخيص من جهة معينة، أو أن تقوم بوضع قوانين وقيود محددة في العقد، ويمكن للدولة أن تقوم بهذا الأمر في تحت مظلة السياسة الرقابية أو الحماية ولكنها في نفس الوقت ليست طرف في التعاقد.

2- وفي كثير من الأوقات نجد دائمًا بديل للسياسات الرقابية أو وضعها لقوانين مكملة لهذه السياسات والتي تجعلها ضرورة أن تتدخل بنفسها في هذا التعاقد خاصة إذا كانت هذه العقود تخص نقل التكنولوجيا لصناعة خاصة أو سرية مثل أن تنقل التكنولوجيا للمجال العسكري أو للصناعات الثقيلة مثل إنشاء الجسور أو المطارات.

وتقوم الدولة هنا بفرض مجموعة من القوانين واللوائح والتي لا تتصرف إلا باعتبارها شخص عام له امتيازات سيادية، وكلن في الحالة الأخرى فالتعاقد يكون بذاتها أو بواسطة شخص تابع لها، أو يمكنها أن تظهر مظهر هذا الشخص صاحب السيادة، أو توافق على أن تكون بصفتها متعاقد عادي، وكل هذا يحكمه الظروف المحيطة بإبرام العقد.

- الدولة باعتبارها طرفًا للتعاقد في العقود الدولية:

لا يعتبر تحديد الدولة باعتبارها إحدى طرفي التعاقد أي صعوبات، إلا إذا قامت بالتعاقد بذاتها، عن طريق ممثل لها مثل رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو أحد الوزراء، فالوضع هنا لا يكون بهذه

السهولة، لأن إذا كان التعاقد في وجود بديل للدولة كأن يكون أحد الأجهزة التي تتبعها أو تعمل من أجلها؛ فهنا لابد أن نتوقف لنعرف هل المقصود بالدولة أي المفهوم الضيق لها، بحيث تكون هذه العقود عقود دولة وأجهزة تابعة لها فتعامل كأي عقد تجاري دولي بالمفهوم التقليدي أي تقع خارج نطاق العقود الدولية، أم سوف يكون معنى الدولة بالمفهوم الموسع أي عن طريق الدولة بأجهزتها التابعة لها؟

إن هذه التساؤلات تعد محل خلاف كبير؛ حيث أن هناك ترجيحات واضحة للمفهوم الموسع للدولة على اعتبار أن المعيار هنا في عقود الدول هو اعتبار الدولة طرف للعقد أو أحد مؤسساتها، وجاء مؤيدي هذا الاتجاه اعتمادًا على نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن التي أنشأت للمركز الدولي لحل منازعات الاستثمار والتي تقضي بأن "يختص المركز بنظر المنازعات القانونية والناشئة بين الدول المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديد هذا الجهاز أمام المركز ..".

أما بخصوص تحديد تبعية أجهزة الدولة فهنا يمكن اعتبار أن المعيار القائم على مزج الدلائل والبراهين على تبعية الجهاز للدولة هو الأمر الصحيح، حيث يبعده هذا عن الخطر مستقبلاً في العلاقات الدولية على اعتبار أن هذا الجهاز مؤسسة ما أو شركة ما.

2- المتعاقد أجنبي: وهنا يمكن أن يكون طرفي التعاقد مجرد أشخاص طبيعية، وليس من المستبعد أن تقوم الدولة بعقد اتفاقية مع شخص طبيعي، وهنا يقوم بصياغة العقد على أنه عقد دولة، ومثال على ذلك التعاقد المبرم بين السعودية والمليونير أناسيس، وقد خلق هذا التعاقد تعارض مع عقد المملكة مع شركة Aramco، وهنا يتم إحالة النزعات بينهم إلى مركز تسوية منازعات العقود الدولية مثل مركز

تسوية المنازعات المنشأ بمعاهدة واشنطن، غير أنه نادرًا ما يحدث، والغالب يكون التعاقد مع الدولة باعتبارها شخص اعتباري أجنبي مثل ما يحدث في الشركات المتعددة الجنسيات.[1]

المطلب الأول

دور المحكم في التثبت من وجود رابطة حقيقية بين القانون المختار والعقد التجاري الدولي

إن موضوع التحكيم الدولي أصبح في وقتنا الحاضر من أهم الموضوعات التي تشكل لها مكانة بارزة في الفكر الاقتصادي والقانوني على المستوى الدولي، فلم يعد الأمر مقصورًا على محاولة تسوية المنازعات التي تخص الأطراف المتعاقدة في الداخل بل أصبحت تخص الأطراف المتعاقدة بين الدول وبعضها أو بين أطراف من دول مختلفة.

ويحاول التحكيم الدولي إلى وضع حلول التي تتلاءم مع المعاملات التجارية بين الدول وذلك بإرساء بعض العادات والتقاليد التي ليس لها مثيل في القوانين المحلية، فهو يعطي سلطاته لما هو متبع في الأوساط المهنية لكي يساعد على تحدي مضامينها، بل ويعمل على خلق عادات جديدة بابتكار حلول من خلال المشكلات التي تصادف إبرام هذه العقود الدولية.[2]

---

[1] هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية – دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.

[2] محمد أحمد على المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الحامد، الأردن، ط1، 2013، ص 191.

إن عملية الفصل بين المنازعات التجارية الدولية لمحكمين لديهم اختصاص مهني أو تجاري في الموضوعات التي تثار بشأنها النزعات حسب اللغات الأصلية التي تتم بها هذه المعاملات، على أن يكون محيطين بالأعراف والعادات التجارية والمهنية التي يتحكمون عليها، وهنا يخرج العقد الدولي من كونه يسري بحسب القوانين المحلية لكي لا يخضع للقواعد المادية للتجارة الدولية والتي نشأت في المجتمع الدولي للتجارة، وبالتالي أصبح من الشائع القول أن القوانين الموضوعية أو المادية للتجارة الدولية أصبح لها قانون متبلور من القواعد المناسبة لمجابهة المنازعات الدولية، وهنا أصبح التحكيم أحد عوامل خلق وتطبيق القانون التجاري الدولي.[1]

ومن هنا أصبح من الضروري إبراز دور المحكم في إرساء القواعد الخاصة بالتجارة الدولية، فإن اتجاه الفقه والقضاء هو اعطاء المحكم الحرية في اختيار القانون أو القاعدة التي يجب عليه تطبيقها والتي يراها أكثر ملائمة لحل النزاع القائم خاصة في حالة عدم وجود إرادة لاختيار قانون معين، وعلى ذلك فالمحكم هنا يخرج عن المفاهيم والقوانين المحلية لأنها تختلف اختلافًا جذريًا عن القوانين الدولة، بل وقد تكون معيقة للتجارة الدولية بسبب انطواء الاعتبارات الداخلية والتي لا تتيح حلول معقولة للمعاملات التجارية الدولية،[2] وهنا يلجأ المحكم في الكثير من الأوقات لوضع حل للنزاع حسب القواعد التي أنشأت

[1] محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون التعاقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 345.

[2] أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 1981، ص 166.

بالأعراف والعادات الدولية السائدة في مجال التجارة الدولية، وهنا يراها المحكم أكثر ترابطًا بالعقد من أي قوانين محلية أو وطنية.[1]

وبناء على هذا الوضع أصبح من المألوف لجوء المحكمين للأعراف والعادات التجارية الدولية بسبب عدم تناسب القوانين الوطنية للموضوع محل النزاع، وذلك باعتبار أن هذه القواعد قد وضعت خصيصًا لكي تنظم العلاقات بين المجتمع الدولي في مجال التجارة والأعمال والتي يسمح لها باستبعاد القوانين الداخلية والتي قد يعاني إما من نقصها أو عدم ملائمتها، كما أن تفضيل التحكيم حسب القواعد العرفية المعروفة مسبقًا يساعد على استئناس العمل وإيجاد قدر كبير من الأمان القانوني فيها.[2]

ويبدو دور المحكم واضح إزاء النقص الملاحظ في قواعد القانون التجاري الدولي، والتي لم يتم تطويرها حتى الآن لتكون نظام متكامل،[3] وهنا يضطر المحكمون بوضع حلول واجبة التنفيذ حسب ظروف التجارة الدولية ومتطلبات العدالة أو المبادئ المشتركة القانونية،[4] ولهذا كان التفسير بإشارة للمتعاقدين إلى أن المبدأ في عقودهم التجارية بحسب ما يفيد الرغبة في تدويل العقد وإخضاع الحل لما استلهمه

---

[1] محمد عبد الله محمد المؤيد، القانون الدولي الخاص، جامعة السودان، 2017، ص270

[2] يؤيد الأخذ بوجهة النظر هذه في غالبية الفقه، كما تبينته العديد من الاتفاقيات الدولية واللوائح مثل اتفاقيات أوروبا للتحكيم الدولي وقواعد التحكيم التجاري الدولي وقواعد التحكيم الصادرة من الأمم المتحدة ولائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، أحمد ضاغن السمدان، ص200.

[3] هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001 ص 228.

[4] لقد استطاع القضاء التحكيمي أن يتوصل للعديد من المبادئ المشتركة فيما يناسب العلاقات الاقتصادية الدولية والتي أصبحت كمبادئ عامة في هذا المجال ولها طابعها المميز والمتفق مع طبيعة المجتمع الدولي لرجال الأعمال والتجار، هشام على صادق، ص223.

المحكم من هذه المبادئ في التطبيقات الفعلية، وربما الهدف من كل هذا هو الرغبة لدى المتعاقدين في تخويل المحكم فرصة التوصل لحل مناسب بخصوص مسائل النزاع في التعاقدات الدولية.

وبهذا أصبح للمحكم دور هام في وضع حلول لحالات التحكيم مع إمكانية تفويض الصلح، على أساس أن هؤلاء المحكمين بإمكانهم خلق قواعد مادية للقوانين الدولية الخاصة بالتجارة، ونظرًا لأن المتعاقدين ليس لا يقمون بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق محل قاعدة النزاع بل أنهم يقدمون حلول للمنازعات التي تكررت وخلق لها قاعدة قانونية تساعدها في تكوين قانون مادي تجاري دولي.[1]

أولاً: دور المحكم في إنشاء قاعدة قانونية مادية

من وجهة نظر أنصار القانون التجاري الدولي بأن التحكيم هو مصدر إنشاء هذا القانون، وبالتالي فللمحكم القدرة على خلق القانون عن طريق تبنيه للقواعد المعيارية أو للمبادئ العامة في القرارات التي قد تصبح عرف قضائي، وذلك عن بالزام المحكمين على احترام تلك القواعد والتي يستخلصها الزملاء من المحكمين في حالات مضت، وهذا يعني استنادهم على التسليم أن التحكيم هو طبيعة قضائية، ويحق للقضاء المنشئ للقانون أن يعتبره مصدر من المصادر الشكلية.[2]

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2018، ص 248.

[2] محمد محسوب عبد الحميد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 688.

ومما لا شك فيه أن اطراد المحكمين للأخذ بالحلول السابقة سوف يساهم في تحويلها من مجرد سابقة إلى قاعدة عامة، وفي الوقت نفسه سوف لا تفتقر لعنصر الإلزام، للعلم باستقرار قضاء التحكيم عليها مما يعطيها الصفة القانونية مثل أي قاعدة قضائية أخرى.[1]

وبذلك يظهر الدور التحكيمي بشكل خاص في التحكيم مع تفويض التصالح، فالمحكم هنا هو الشخص الثالث الذي يفوض بإصدار قراره حسب العدالة غير ملزم له القوانين الوضعية ولكنه لابد أن يراعي القواعد الإجرائية الاعتيادية، غير أن المحكم المفوض بالتصالح هو من يستطيع إضفاء صفة خلق الأحكام المادية للقانون الدولي، وذلك لأن أطراف التعاقد أو التنازع لا يشيرون لمثل هذا الأمر أو للقانون الواجب التطبيق عند التعاقد، مما يعطيهم الفرصة للإفلات من الالتزام بالقوانين الداخلية والفصل المباشر في النزعات بحسب المبادئ المقررة في مجتمع التجارة العابرة للقارات.[2]

ثانيًا: دور المحكم الكاشف للقواعد المادية

هناك من يؤيد نظرية أن القانون التجاري الدولي يتكون من ممارسات للتجار الدوليين دون أي تدخل من المحكمين أو فقهاء القانون، على اعتبار أنه نظام مكون من قبل أن يتدخل القانونيين، ولهذا فإن دور المحكمين يثبت فقط عند الكشف على القاعدة القانونية وإظهارها، كما أنهم يؤيدون الرأي بأن هيئة التحكيم ليس من اختصاصها إنشاء كيانات قانونية من القواعد الحديثة، فهي ملزمة بأن تنفذ بحسب القانون السابق، أما في غياب عادات متماسكة أو مشتركة بشكل كبير أو حائز للقيم العرفية فإن

[1] هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 243.

[2] محمد محسوب درويش، مرجع سابق، ص 697.

المحكمين هنا يستطيعون اللجوء للقانون الوطني أو للقانون الدولي أو المبادئ القانونية العامة، وبذلك فإنه ينتفي الدور الإنشائي للمحكمين في مجال قانون التجارة الدولية.[1]

وغالبًا فإن قواعد التحكيم الدولي مازالت على مصدرها أو أثرها في عدم تنبئ سلطة عليا لتكفل إصدار أو ضمان تحقيقها لاستقرار المعاملات، هذا بالإضافة لتعدد تفسير غياب الحجج التي تطلب لكي تسبب الحكم العام، فإن الامر هنا يكون السبب في نفي دور الخلق لهيئة التحكيم التجاري الدولي، وهذا الأمر أعطى البعض الموافقة على الرأي بأن قرار التحكيم غير معبر عن رغبة الجماعة في الهيئة التحكيمية، ولذا فإنه يبدو كقرار توفيقي بين جملة آراء الأعضاء المحكمين، وعلى ذلك لا يمكن أن يعتبر من القواعد التجارية الدولية، كما أن الإقرار بسلطة هذا القضاء في إنشاء القوانين يمثل خطر حقيقي عندما يتعلق الأمر بالتوازنات العقدية بدون ضوابط، خاصة حسب الوضع المزاجي في تحديد قاعدة التطبيق وحسب الميل العاطفي لأحد الأطراف.[2]

وأيًا كان الخلاف بين الفريقين إلا أن هناك إجماع بأن للمحكم دور في خلق أو كشف القاعدة القانونية المادية، كما أن له دور في تنمية المعاملات التجارية الدولية والذي لا يتمثل في المحافظة على التقاليد أو خرق القواعد الوطنية ولكن في إعادة تهيئة ما يوجب التطبيق أو الابداع في تطويرها مع وضع

---

[1] Virally Michel , Un tiers droits ? réflexion théorique , Mélanges Goldman ,paris, 1983 , p373 et s

[2] محمد أحمد إبراهيم محمود، مرجع سابق، ص 135.

المبادئ والمفاهيم الحاكمة لكي تصبح حاجة التجارة الدولية هي ما تضفي قرارات التحكيم الطبيعية وبالتالي إعطائها الصفة الإلزامية في تنفيذ تلك القرارات.

المطلب الثاني

استبعاد المحكم للقانون المختار من الأطراف عند التثبت من عدم وجود رابطة حقيقية

لقد حرص المشرع في قانون التحكيم على مبدأ رضا التحكيم من البداية وأثناء سير الإجراءات، فقد جاءت أحكامه متضمنة تأكيد حرية طرفي التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق وبالتالي فإن الحكمين هنا ملزمين بتنفيذ هيئة التحكيم واحترام إرادته وعدم مخالفة سير التحكيم، والسبب هنا هو الإرادة، فقد أعطى المشرع حق الدول في وضع اتفاقياتهم الدولية، ولهذه الإرادة دور هام في حسب القانون الواجب التنفيذ، وفي هذا الاتجاه نجد الفقه يجري عليه العمل بالتحكيم حسب القانون الدولي،[1] أي لهيئة التحكيم هنا الحرية في وضع لنفسها القاعدة الإجرائية المناسبة حسب ظروف القضية محل النزاع مع ضرورة احترام ضمانات التقاضي.[2]

وهنا يعطى لأطراف النزاع الصلاحية فيما يتعلق باختيار القاعدة الإجرائية التي تقوم بتنظيم عملية التحكيم، غير أنه للأطراف حرية ممارسة هذا الحق كيفما يرون وذلك حسب الاحتمالات التالية:

1- عند تولي الأطراف المتفقة عملية تحديد إجراءات التحكيم إذا كان بينهم عقد ينص على ذلك أو هناك قاعدة قانونية تحدد الاجراءات الواجب اتباعها في حال نشوب نزاع بينهم.

---

[1] فتحي والي، التحكيم، المعارف، 2014، ص 384

[2] أبو العلا على أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ص 15

2- عند الاتفاق بين الأطراف على أن مهمة الحكم في النزاع يرجع لهيئة التحكيم نيابة عنهم، أي أنه يحال لهيئة التحكيم كل ما يختص بالتحكيم بصرف النظر تفاصيل هذه الاجراءات، وهنا يعتبر الاطراف المتعاقدة أن اتخاذ هيئة التحكيم للإجراءات هو أمر يتم الاتفاق عليه بإرادتهم.

3- قد يتفق الأطراف باتباع الاجراءات المنصوص عليها في قانون معين، أو أن يختار المتخاصمين القانون الذي يحكم به هيئة التحكيم، والتي يعتقد من قبل الأطراف أن هذه القاعدة القانونية مناسبة للتحكيم، فقد يتم الاختيار بناء على بساطة الإجراءات وأنها بعيدة عن التعقيد، كما قد يتم اختيار نفس القانون في حل المنازعات.

4- من الممكن أن ينتقي الأطراف القاعدة القانونية من بين القوانين واللوائح الوطنية أو الإقليمية أو الدولية، مثل اختيار القاعدة التي تشكل هيئة التحكيم.

وفي هذه الحالات يطلق على التحكيم بالتحكيم المطلق أو التحكيم بلا قانون، وأخذت التسمية هذه من كونها لا تتقيد بنظام قانوني أو قاعدة معينة ولكنها عبارة عن مزيد من القوانين.

مما سبق كان حسب إرادة الأطراف في اختيار القاعدة التي لابد أن يتبعها هيئة التحكيم، أي قد لا يتوصل الأطراف لوضع القاعدة المفرض اتباعها لحل النزاع، وهنا يقع على هيئة التحكيم العبء في اختيار القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لحل النزعات.

وقد تباينت العديد من المعاهدات الدولية والهيئات في مسألة إعطاء السلطة التقديرية للمحكم في تحديده للقانون الواجب تطبيقه عند حالة النزاع، فهناك من جعل القاعدة الإجرائية أساسية بجانب إرادة الأطراف، وهناك من جعل إرادة الأطراف أساسي بجانب القاعدة الإجرائية مع إلزام الأطراف بعدم مخالفة القواعد الملزمة.

ومن الأمثلة على ذلك الاتفاق التحكيمي بين السعودية وAramco، فقد جاء في نص الاتفاقية في المادة (6) "أنه على هيئة التحكيم تقرير القواعد الإجرائية التي تتبعها"،[1] في حين جاءت في لائحة التحكيم لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي في المادة (1/ 2/ 29) أنه في حالة الفصل في النزاع فإن على الهيئة تطبيق ما يلي:

1- العقد المبرم بين الطرفين

2- القانون الذي يقع على اختيار الطرفين.

وتبينت اتفاقية نيويورك مبدأ حرية أطراف تحديد القانون الواجب التطبيق في إجراءات التحكيم عند عدم اتفاق الطرفين، وقد تقرر تطبيق قانون الدولة التي يتم التحكيم بها،[2] وجاء هذا في الفقرة (د) من المادة (5) فنصت على "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة بالبلد الطلوب الاعتراف والتنفيذ، الدليل على تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي يتم فيه التحكيم في حالة عدم التوصل لاتفاق ...".

ولكن ذهبت الاتفاقية الأوروبية لأبعد من ذلك، ففي عام 1961 أكدت على حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التنفيذ، كما أكدت على حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم، وقد نصت المادة (4) من الاتفاقية الأوروبية بأنه:

---

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 167.

[2] Fouchard " l'arbitrage Commercial international " thèse Dalloz 1965, P. 328.NO. 506

- يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم على أن:

1- تخضع المنازعات لمركز تحكيم دائم

2- أن تخضع المنازعات لإجراءات التحكيم الحر.

3- عند الاتفاق على تسوية المنازعات بطريق التحكيم الحر فإنه من حق المحكومين اتخاذ هذه الاجراءات.

أما بالنسبة لما جاء في غرفة التجارة الدولية عام 2012 في مادتها (19)[1] "تخضع الاجراءات أمام هيئة التحكيم لهذه القواعد، وإذا خلت القواعد من الحكم المطلوب فإنها تخضع لاتفاق الأطراف أو ما تقرره هيئة التحكيم في حال غياب أطراف الاتفاق"،[2] وهذا يدل على أنه في حال عدم اتفاق الأطراف المتنازعة فيحق للمحكم اتباع الإجراءات التي تنص عليها غرفة التجارة الدولية،[3] وهنا يذهب بعض

[1] اتفاقية باريس عام 1998 غرفة التجارة الدولية والتي أوضحت الاتفاقية في المادة 15 فقرة 1 بأنه إذا وجود نص اجرائي في النظام الذي اعتمدته الاتفاقية فإنه تكون له الاولية في التطبيق و لكن في حالة سكوت النظام فيتعين تطبيق القواعد التي يتفق عليها الأطراف و في حالة اتفاق الاطراف فإن هيئة التحكيم تتولى تحديدها دون ان تكون ملزمة بالاستناد الى اي قانون وطني مطبق على التحكيم ونلاحظ ان الاتفاقية أعطت سلطة تقديرية واسعه لهيئة التحكيم و ذلك في المرتبة الثالثة وذلك بعد تطبيق نظام غرفة التجارة الدولية بباريس في المرتبة الاولى و من ثم تطبيق اتفاق الاطراف بصفه احتياطية عند عدم كفاية قواعد الاجراءات التي عددها النظام في المرتبة الثانية.

و مما يمكن ملاحظته كذلك على هذا النص انه اكد الاختصاص الاحتياطي للأطراف والمحكمين في تحديد القواعد الاجرائية الواجبة التطبيق دون الزامهم بالالتجاء الى قانون وطني معين و على ذلك فإن هذا النص يسمح بالأخذ بالاتجاه الذي يقضي باستقلال اجراءات التحكيم و تحريرها كلية من الخضوع لأي نظام وطني حيث انه يجوز للمحكمين تطبيق قواعد اجرائية غير وطنية غير ان الواقع العملي للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية يكشف عن لجوء المحكمين من اجل تكملة القواعد الواردة في نظام تحكيم الغرفة او تلك المتفق عليها بين الاطراف الى تطبيق قانون مهني معين غالبا ما يكون قانون الدولة مكان التحكيم، سراج حسين محمد أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، 1998 (منشورة) ، ص 505

[2] ART/ The proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the Rules and, where the Rules are silent ,by any rules which the parties or, failing them, the arbitral tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration.

[3] Kopeimanas , L, La place de la convention Europeene sur l'arbitrage commercial International , Du 21 avril , 1961 , danse l'évolution du droit

الفقهاء بأن الاتفاقية الأوروبية تضع حلول مختلفة لموضوع القانون الواجب التطبيق، لأنها تتجنب المشاكل التي قد يحدث عند تنازع القوانين في بلد التحكيم، ولهذا جاء في نص المادة (19) من قانون التحكيم التجاري الدولي ما يلي:

1- ضرورة مراعاة أحكام القانون على أن يكون للأطراف حق الاتفاق على الاجراءات والتي على هيئة التحكيم اتباعها.

2- إذا لم يتم الاتفاق فعلى هيئة التحكيم مراعاة أحكام القانون في وضع الآلية التي تراها مناسبة بحسب السلطة المخولة لها، وهذا ما نصت عليه محكمة لندن للتحكيم الدولي في مادتها (14).

ومن وجهة نظري أعتقد أنه يمكن للأطراف الخصومات التحكيمية مخالفة اللوائح والقواعد بمراكز ومؤسسات غرفة التحكيم حيث أن التحكيم هو عبارة عن اتفاق يلتزم به إرادة أطراف الخصومة، وهذه الإجراءات هي وسيلة وليست غاية هدفها التوصل للحل الذي يرضي جميع الأطراف، أو للتوصل للصلح بناء على ما يتم الاتفاق عليه حتى إذا تطلب الأمر خلق قواعد جديدة.

International de l'arbitrage , Annuaire français droit international paris , 1961 , p341

المبحث الثاني

تحديد المحكم للقانون المطبق على العقد التجاري الدولي

من الضروري محاولة الكشف عن رابطة دولية للعقود من أجل وضع قواعد تنازع القوانين، والصفة الدولية هنا تمنح للأطراف الحق في اختيار القانون المتبع للحكم على علاقاتهم التعاقدية، وفي هذا المبحث سوف يتم توضيح دور المحكم في تحديده للقانون المطبق في العقود الدولية من خلال التعرف على:[1]

أولاً: دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد التجاري الدولي

القاعدة الموضوعية هي القاعدة التي تقوم بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة والتي تعرض على المحكم لكي يطبق عليها القانون الوطني بدون المرور على قاعدة تنازع القوانين، وهذه القاعدة تمتاز بالحل المباشر في موضوع النزاع، كما أنها تقرر قانون الدولة المختصة بشكل مباشر،[2] وتتميز القواعد الموضوعية بالعديد من الخصائص حيث أنها تعتبر الجانب الإيجابي في المنهج الموضوعي لحل التنازعات، وكما أنها تمتاز بأنها قواعد مباشرة فتقوم بتقديم حل مباشر وموضوعي لموضوع النزاع، ولكن هناك إحدى الخصائص التي تميزها أكثر وهي أنها قاعدة دولية، فيمكن اللجوء إليها في حاجات

[1] محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 38.

[2] عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ص 52.

التجارة الدولية، خاصة بعد تطور الحياة الاقتصادية والنمو التجاري الدولي عبر القارات،[1] وتأخذ القاعدة الموضوعية صورتين:[2]

- قواعد قانونية ذات مصدر دولي.
- قواعد قانونية ذات مصدر وطني

ثانيًا: دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

عند تحكيم أقراد الدولة الواحدة فإن عناصرها يكونون محليين وبالتالي فيكون الخضوع للقانون المحلي، أما بالنسبة للقانون الناشئ عن العقود الدولية فهو يعطي حرية لكي يختار الأفراد النشاط الذي يرغبوا فيه، وبالتالي فإنه يتم إضافة شروط لعقدهم بحيث يحددوا القانون الواجب تطبيقه، وهذا ما يعرف بمبدأ القانون أو سلطان الإرادة.[3]

وتلعب هنا إرادة أطراف التعاقد الدور الأهم في مجال القانون الدولي بوصفهم لوسيلة النزاع، وبالتالي فهم يكونون واضحوا الاسناد في قاعدة النزاع فيما يخص العقود الدولية، وبهذا فإن مبدأ قانون الإرادة بالقانون الدولي الغرض منه حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق مع العلم احتمالية خضوعه لقوانين بلاد مختلفة.[4]

---

[1] محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 117.

[2] أحمد عبد الحميد عشوش، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1989، ص 21.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 156.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص 170

ثالثًا: دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق

رأينا مما سبق أن أولوية تحديد قانون المفروض تطبيقه على أطراف النزاع تكون طبقًا لإرادة المحتكمين، ولكن يشترط ألا يصطدم القانون بالقاعدة الأمرة في النظم القانونية، ويكون هذا التعيين صحيحًا بشرط ذكره في العقد، وهنا ففريق التحكيم يلزموا بتطبيقه أو ألا يقوم أحد من أطراف النزاع بتعيين قاعدة قانونية معينة، وهذه الحالة تكون نادرة الحدوث حيث يصعب عند وضع بنود العقد تحديد القانون الذي يلجأ إليه عند حدوث نزاع، وهنا يقع على المحكم اختيار القانون الواجب التطبيق مع وجود الإرادة أو عدم وجودها، فمع وضوح الإرادة قل دور المحكم، والعكس صحيح.[1]

وبناء على هذا فإن قضاء التحكيم والفقه والتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية جميعها تعطي الحرية للمحكم في اختياره للقانون الواجب التطبيق، وقد جاء في نص المادة 21/ 1 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري عام 1987 "تفصل الهيئة وفقًا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنًا إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطًا بموضوع النزاع على أن تراعي قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة"، وكذا نصت المادة 33/ 1 من قواعد التحكيم التي قامت لجنة القانون التجاري بالأمم المتحدة وضعها عام 1976 وأيضًا المادة 28 من القانون النموذجي الذ تم وضعه في عام 1985 وفي مادته 1496 من قانون المرافعات الفرنسي.

ومن هنا يمكن الاستنتاج أن هناك دور فعال للمحكم في اختياره للقانون واجب التطبيق، فبالإضافة إلى الدور الذي يلعبه في استظهار الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة فإن النصوص التشريعية الوطنية

[1] أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1251، 1993، ص 199.

والدولية أعطته دور مستقل في حال عدم وجود إرادة، وهذا بالطبع يرتبط طرديًا مع دور الارادة، بحيث يستطيع المحكم التمتع بقدر من السلطة التقديرية لتحديد القانون الذي يستنبط الإرادة الضمنية لأطراف التعاقد وذلك بترجيح القوانين المتنازعة.

المطلب الأول

نطاق السلطة التقديرية للمحكم لتحديد القانون المطبق في العقد التجاري الدولي

لقد اختلف القضاء في وضع حكم تحكيمي من أجل تحديد قانون يتم تطبيقه في العقود التجارية الدولية، وقضاء التحكيم النموذجي والذي يتعلق بالسلطة المعطى لهيئة التحكيم لتحديد إجراءات حكم التحكيم، مثل قضية Aramco، وهي القضية محل النزاع بين المملكة العربية السعودية وشركة Aramco، وموضع النزاع يتعلق باستغلال حقل بترول على أرض السعودية حصلت شركة أرامكو عليه، ومن ثم قامت الحكومة السعودية بإبرام تعاقد مع رجل الأعمال أوناسيس لكي يتم نقل البترول المصدر وهنا قامت هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق، ثم قررت في هذا الشأن أن يكون التطبيق حسب الإجراءات الواردة بالاتفاقية، مع احتفاظ الحق كاملاً بقرار الأغلبية بحيث لا يخل بأحكام اتفاق التحكيم.[1]

وقامت محكمة التحكيم باستبعاد القانون السعودي تمامًا، على اعتبار أن هذا القانون غير متضمن لأي قواعد تحقق عقود استغلال البترول، وفي نفس الوقت تم استبعاد القانون الأمريكي وهذا لأن

[1] من الملاحظ أن عقد امتياز شركة أرامكو والسعودية كان موقعًا في 29 مايو 1933 حيث يشير أن محكمة التحكيم اعتبرت عقد الامتياز بمثابة جزء من القانون السعودي.

التحكيم تم خارج أمريكا وأيضًا اعمالاً بمبدأ المساواة بين أطراف هيئة التحكيم، وهنا قامت المحكمة باللجوء لتدويل التحكيم لإخضاعه لأحكام القانون الدولي بصفة مباشرة، وبالفعل تم تحديد المحكمة المقصودة بالخضوع للتحكيم في هذه القضية حسب القانون الدولي العام فقالت: إن هناك محل تطبيق للقواعد المتضمنة لمشروع الاتفاقية بالإجراءات التحكيمية والتي تمت الموافقة عليه من قبل لجنة القانون الدولي التابع للأمم المتحدة المنعقدة بنيويورك في عام 1955، ثم أكملت الهيئة التحكيم بقاعدة من الاجراءات فقامت بالمشاورة بين أطراف النزاع واتخذت القرار الأفضل وهو الرجوع لقانون المرافعات بدولة من الدول، وجاء في النهاية لإخضاع اجراءات التحكيم للقانون الدولي العام.[1]

وهناك أيضًا النزاع القائم بين الحكومة الليبية وشركة Texaco overseas فقد صدر حكم التحكيم في 19 يناير عام 1997 والسبب تأميم ليبيا للشركات البترولية لديها، وعلى الرغم من حصول الشركة على عقد استغلال للبترول الموجود على الأراضي الليبية من أيام الثورة، وتم استبعاد المحكم في هذه القضية وطبق قانون الدولة مقر التحكيم، والسبب تسيير تنفيذ الحكم، فمشكلة تنفيذ الحكم لابد ألا تؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق.

وهناك العديد من القضايا أيضًا مثل تلك الصادرة بتاريخ 12/ 4/ 1977 في قضية Liamco، وكان أيضًا بين الحكومة الليبية وشركة ليامكو لنفس السبب السابق، وهنا جاء قرار الهيئة صريح بأن غياب اتفاق الأطراف في تحديد القواعد الاجرائية يعطي صلاحيات لمحكمة التحكيم.

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط4، 2005، ص158.

من كل هذه القضايا فإنه يجدر الإشارة بأن أحكام التحكيم الدولي قد يتمسك بعض الأطراف المتنازعة على أفكار بها بعض الغموض مثل قضية شركة Aminoil المرفوعة ضد الكويت، حيث كانت فكرة إجراءات التحكيم مبهمة، بحيث لم ترتبط بنظام داخلي خاص يفرض عليه التعويل في بنود التحكيم، ولذا حرص المشرع أن يتم صياغة بنود التحكيم لتفادي العبارات المبهمة.

وعلى ذلك فإننا نجد أن هناك قيود عملية لابد من ترجمتها من أجل الاعتبارات القانونية والتي يتعين مراعاتها من قبل المحكم لكي تضمن فعالية الحكم الدولي، فالمحكم هنا لا يستطيع تجاهل القواعد الإجرائية في قوانين مقر التحكيم أو قانون الدولة المفترض تنفيذ الحكم بها، ولذا فإن هناك نصوص يتم وضع حدود حرية لكي يتمتع بها المحكم في تعيين إجراءات خصوصية التحكيم ومن هذه القيود:[1]

1- لابد أن يراعي المحكم النصوص الاجرائية الأمرة في قانون دولة مقر التحكيم.

2- لابد أن يحترم المحكم القواعد الاجرائية الأمرة في القانون محل التنفيذ للحكم.

3- لابد أن تقوم هيئة التحكيم باحترام حدود السلطات المخولة لها في شأن تنظيم الاجراءات التحكيمية.

[1] سامي محمد سعيد مريان، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم الدولي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2006، ص26.

المطلب الثاني

المناهج المستعملة من المحكم لتحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي

يقصد بالمناهج المستعملة للمحكم بالقانون الدولي الخاص هي تلك الطرق التي يتبعها المشرع من أجل تنظيم وصياغة المسائل القانونية المتنازع عليها، أو أي مسائل أخرى تخص القانوني التجاري الدولي، وهنا يتعين على المحكم المعروض عليه موضوع النزاع أن يأخذ بأحد تلك الوسائل للتوصل لحل النزاع، في القانون الدولي تعتبر المناهج هي تلك القواعد التي تبين القانون وادب التطبيق وعلاقته بالعنصر الأجنبي، والذي يبين سلطة ولاية المحاكم المحلية والوطنية بالنظر في النزاع الناشئ، ومن هذا المناهج المستعملة هي:

- المنهج التنازعي غير المباشر
- المنهج للقواعد ذات التطبيق الضروري
- ومنهج القواعد المادية أو الموضوعية

أولاً: المنهج التنازعي: وهو التنازع للاختصاص التشريعي بحيث يكون من السهل تواجد العنصر الأجنبي في العلاقات الدولية الخاصة، وهذا بالطبع يثير الشبهة حول وجود قوانين أخرى واجبة التطبيق مع التأكيد بأن التنازع هنا يقصد المفاضلة في اختيار القانون المناسب والذي ينشأ من خلال حسم النزاع.

ودور هذا المنهج يتحدد في العمل على اختيار القانون الواجب التطبيق على أساس اعتباره القانون الملائم بشكل كبير من خلال قاعدة التنازع، وهذه القاعدة يكون مصدرها المعاهدات والتشريعات والمبادئ القانونية الدولية، ولهذا المنهج شروط لابد من توافرها والتي تتمثل في:

1- وجود عنصر أجنبي واحد في العلاقات القانونية محل المنازعات، إما بسبب الجنسية أو الالتزام.

2- أن يوافق المشرع الوطني على تطبيق القانون الأجنبي، وإذا كان المشرع وطني فإنه لابد أن يأخذ بمبدأ إقليمية القانون بصورة مطلقة.

ثانيًا: منهج القواعد ذات التطبيق الضروري: وهو هنا المنهج متعدد المسميات، فيطلق عليه قواعد البوليس والأمن وذلك حسب ما ورد في القانون المدني الفرنسي أو القواعد فورية التطبيق، ويهدف هذا المنهج لتأكيد وحماية فعالية القوانين الوطنية والتي هدفها صالح الوطن وليس العلاقات والمعاملات الدولية، وبالتالي فإن قواعد هذا المنهج لا يهمها العنصر الأجنبي أو الطابع الدولي، بل إن قواعد المنهج هذا تناسب الطابع الدولي للمسائل الخاصة بمحل النزاع لأجل التوسع في نطاق تطبيق القانون الوطني.

وبناء على ذلك فإن قواعد مثل هذا المنهج يعتد بوجود العنصر الأجنبي في منازعاته من عدمه كما هو في المنهج التنازعي، ولكنه يعتمد على مضمون موضوعي لها سواء في النزاعات الوطنية أو الاجنبية.

ثالثًا: منهج القواعد الموضوعية: وهذا المنهج يقتصر على منازعات التجارة والمبادلات التي تتم عبر القارات أو عبر الحدود الملائمة لقواعد هذا المنهج في مجال التجارة الدولية، بشرط ألا تعيق تطور

التجارة الدولية الحديثة، وألا تؤدي لإخفاق القانون الوضعي ووضعه في سيطرة هذا التطور عن طريق القوانين الوضعية الداخلية.

وأهمية هذا المنهج تكمن في مجال عقود التوريدات الدولية، وهذه القواعد تتنوع بأخذها الطابع التشريعي والقواعد ذات الأصل التشريعي المتفق عليه بين الدول، والقواعد الموضوعية الذي أنشئ تلقائيًا أو أنشئ بالأعراف التجارية والدولية.

وفي النهاية يمكننا القول بضرورة وضع قانون أجنبي لنفس المركز لموجود فيه قانون وطني لكي يتم التطبيق حسب ما يتطلبه الأمر من عدم اتخاذ المحكم إجراءات يمكنها تفضيل القانون الوطني على الأجنبي، وبالفعل هذا ما أخذ به مجمع القانون الدولي في القرار الصادر عام 1952.[1]

[1] صالح رياض شلبي، مناهج القانون الدولي الخاص في تسوية المنازعات الدولية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 2017، ص 14.

الـخـاتـمـة

إن الأنظمة القانونية الخاصة بالتعاملات الدولية تختلف تمامًا عن تلك الخاصة بالمعاملات الوطنية، غير أن تطبيق القوانين الوطنية على العلاقات ذات الطابع الدولي هو أمر غير مقبول خاصة وأن كل دولة لها ظروف مختلفة عن غيرها، وهذا يؤدي إلى اضطراب في التعامل التجاري.

لقد أصبح تنازع القوانين في موضوع العقود التجارية الدولية من أهم المسائل التي تشغل القانون الدولي، حتى أنه لازال من أدق المسائل بسبب تصعيد اتساع مجالاتها، وبناء على ذلك فإن الأمر هنا يدعوا لتحديد الغرض والمقصد من تلك العقود الدولية للتوصل إلى القانون الذي يجب تطبيقه في هذا الأمر.

في نهاية هذا البحث يمكننا التوصل لعدة نتائج وتوصيات تتمثل في:

أولاً: النتائج

- تأخذ مشكلة التنازع في القوانين حيز كبير في منازعات العقود التجارية الدولية بسبب اتصالها بأكثر من نظام قانوني، وبالتالي فلابد من وجود تحرك قواعد القانون الدولي الخاص.
- لم يستطيع الفكر القانوني التوصل إلى تحديد المقصد من عقود التجارة الدولية، ولكنه اقتصر على معايير معينة من أجل تحديد هذا المقصد وهو المعيار القانوني والاقتصادي والمختلط.
- تلعب القواعد الموضوعية دور رئيسي وهام في الاتفاقيات الدولية، فيمكن عن طريقها تحديد القانون واجب التطبيق في الموضوعات محل النزاع الخاص بالعقود الدولية.
- هناك تشريعات حديثة تؤكد حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقود التجارية الدولية.

- يتحدد دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق حسب العلاقة العكسية مع وجود إرادة أم عدم وجودها.

ثانيًا: التوصيات

- لابد أن تقوم الدول بمواكبة التطورات التي تحدث في مجال اختصاص التشريع في تسوية المنازعات التي تحدث في مجال التجارة الدولية من خلال تتبع الاتفاقيات الدولية التي تعقد بمجالات القانون الخاص.
- كما لابد من أن يقوم المشرع لكل دولة بوضع تشريع خاص للتحكيم التجاري الدولي كما فعلت التشريعات الحديثة هذا الأمر، ويمكن الاستفادة من النماذج القانونية التي قامت لجنة الأمم المتحدة بوضعها للقانون التجاري بحيث يتناغم مع الاتفاقيات الواردة في منظمة التجارة العالمية.
- تحتاج سلطة المحكم إزاء عقود التجارة الدولية إلى ملاءمتها مع التطورات التكنولوجيا الحديثة، لاسيما مع ظهور التحكيم الإلكتروني، واستعمال الذكاء الاصطناعي في تسيير العملية التحكيمية.

قـائـمـة الـمـراجع

أولاً: باللغة العربية

- أبو العلا على أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم.
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 1981.
- أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1251، 1993.
- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2018.
- أشرف وفاء محمد: تنازع القوانين في مجال التقادم. الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط4، 2005.
- تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، 2006.
- حداد، حمزة أحمد (2013) كتابة التحكيم وتفسيره في القوانين العربية " مصر والأردن والإمارات"، ورقة عمل مقدمة لمركز دبي للتحكيم التجاري.
- حنان عبد العزيز مخلوف، التحكيم الدولي للعقود التجارية , مجلة القانون والاقتصاد الإماراتية، العدد 51, 2015.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.
- د. هشام على صادق: المطول في تنازع القوانين – دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م.

- ديب، فؤاد (2018م) المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الثاني.

- رضا، علي رحيم (2018م) التحكيم الدولي "نشأته- مزاياه- تطبيقاته"، دار ومؤسسة رسلان، دمشق، سوريا.
- الزحيلي، محمد (2011م) التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد 27 – العدد الثالث.

- الزهراني، فلاح بن موسى(2010م) التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي "دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية"، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، تخصص السياسة الجنائية.
- سامي محمد سعيد مريان، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم الدولي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2006.

- سراج حسين محمد أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، 1998 (منشورة).

- سعد الدين امحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، سنة 2017 – 2018،
- سليم بشير، (2019/2018م) الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الامارات العربية المتحدة.
- سليم بشير، (2019/2018م) الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الامارات العربية المتحدة.
- صالح رياض شلبي، مناهج القانون الدولي الخاص في تسوية المنازعات الدولية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 2017.

- صلاح الدين، مصيلحي محمود (2014م) الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية دراسة في ضوء أهم وأحدث احكام التحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.
- الطباخ، شريف أحمد (2018) موسوعة للتحكيم في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني، القاهرة، بدون ناشر.
- طرح البحور على حسن: تدويل العقد – دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 2015م. منشأة المعارف، الإسكندرية،
- عاطف محمد الفقي (2015م) التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.

- عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي.

- عبد الحميد الأحدب (2015) التحكيم وثائق تحكيمية، الجزء الرابع، دار نوفل، الامارات العربية.
- عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. 2015.

- عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي: القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي. (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010م.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.

- عبدالمجيد، منير (2015م) الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مطابع الشرطة.
- على حسن: تدويل العقد – دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980م. منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م.

- عمر، نبيل إسماعيل (2004م) التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة.

- عنايت عبد الحميد ثابت: ذاتية وعدم ذاتية قواعد تأمين المجتمع. مرجع سابق، ص 93؛ جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد: تنازع القوانين في مجال حوادث العمل. دار النهضة العربية، القاهرة, 2002، ص 314؛ د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص – دراسة انتقادية. مكتبة النصر، الحرم الجامعي، جامعة القاهرة.

- فؤاد ديب (2011م) تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة "القسم الأول"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد 27 – العدد الثالث.

- فتحي والي، التحكيم، المعارف، 2014.

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

- محمد أحمد على المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الحامد، الأردن، ط1، 2013.
- محمد إبراهيم على محمد: القواعد الدولية الآمرة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م.
- محمد السيد عرفة: القانون الدولي الخاص – التنازع الدولي للقوانين. الكتاب الأول في تنازع القوانين، مكتبة العالمية بالمنصورة، 1990– 1991.
- محمد عبد الله محمد المؤيد، القانون الدولي الخاص، جامعة السودان، 2017.
- محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- محمد محسوب عبد الحميد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- محمد نور عبدالهادي: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين – "نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة". دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
- محمود السيد التحيوي (2015) التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، طبعة دار الجامعة الجديدة، القاهرة.
- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون التعاقد الدولي، منشـــأة المعارف، الاســـكندرية، 2004.
- محمود محمد ياقوت: قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق – دراسة تحليلية وتطبيقية. دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003.
- نور حمد الحجازي (2018م) القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، من بحوث المؤتمر السنوي السادس عشر تحت عنوان التحكيم التجاري الدولي، بمركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية – أبو ظبي.
- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.

- هشـام على صـادق، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية – دراسـة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشـريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضـاء والمحكمين وتوصـيات مجمع القانون الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.
- هشـام على صـادق: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعى، الإسـكندرية، 2014م.
- يوسـف عبد الهادي خليل الاكياني: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص. (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1989م.

ثانياً: باللغة الأجنبية

- Arminjon (P.) : "les lois politiques et le droit int. prive", Rev. Crit., 1930.
- Audit (B.) : "Droit international prive". Economica, 1991.
- Batiffol (H.): "Le pluralisme des méthodes en droit international privé". Collected Courses of the Hague Academy of International Law, (Publications of the Hague Academy of International Law), Volume 139, 1973.
- Chukwumerije (OK.): "Mondaory Rules of law in international commercial arbitration", African journal of international and comparative law. Volume5, October, 1993.
- Deby-Gérard (F.); "Le role de la relge de Conflit dans le reglémént des rapports internationaux". Op. Cit., P.17.
- Deby-Gérard (F.): "Le role de la relge de Conflit dans le reglémént des rapports internationaux". Dalloz, Paris, 1973.
- El – Kocheri: "les nationalizations dans les pays du tiers monde devant le juge occidental", Rev. Crit., 1967.

- Fadlallah (Ibrahim) : " la Famille legitime en droit en droit international prive" . Dalloz, 1977.
- Fouchard " l'arbitrage Commercial international " thèse Dalloz 1965.
- Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods". Op. Cit., P. 181 ets. Toubiana (A.): "le domaine de la loi du contrat en droit international prive".these, Paris, Dallas, 1972.
- Heuze (V.): "La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des methods". Joly editions, Parution, 1990.
- Kopeimanas , L, La place de la convention Europeene sur l'arbitrage commercial International , Du 21 avril , 1961 , danse l'évolution du droit International de l'arbitrage , Annuaire français droit international paris , 1961.
- Lagard (P.): "Le « dépeçage » dans le droit international privé des contrats". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, No.4, Octobre –Dicembre 1975.
- Lagarde (p.) : "Le nouveau droit international prive des contrats après l entrée en Vigueur de la convention de Rome du 19 / 6 / 1980". Rev. Crit., 1991.
- Seraglini (CH.): "lois de police et justice arbitral international" Dalloz, 2001.
- Virally Michel , Un tiers droits ? réflexion théorique , Mélanges Goldman ,Paris, 1983.