

الجامعة العربية الأمريكية – جنين
كلية الدراسات العليا



القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
في ظلّ قانون التحكيم الفلسطيني (دراسة مقارنة)

إعداد

آلاء فاروق عبد حج عبد

إشراف

أ. د. أمين رجا دواس

تم تقديم هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون التجاري

الجامعة العربية الأمريكية – جنين.

جميع الحقوق محفوظة ©

آب 2014 م

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
في ظل قانون التحكيم الفلسطيني
- دراسة مقارنة -

إعداد
آلاء فاروق حج عبد

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2014/08/06

أعضاء لجنة المناقشة:

التوقيع

1. الأستاذ الدكتور أمين دواس/ مشرفاً ورئيساً
2. الدكتور غسان خالد/ ممتحناً خارجياً
3. الدكتور بشار دراغمة/ ممتحناً داخلياً

يقول عماد الدين الأصفهاني:

"إني رأيتُ أنه لا يكتب أحدٌ كتاباً في يومه إلا وقال في غده لو غُيِّرَ هذا
لكانَ أحسن، ولو قُدِّمَ هذا لكان يُستحسن، ولو قُدِّمَ هذا لكان أفضل، ولو تُرِكَ هذا
لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر".*

الإهداء

أهدي عملي هذا إلى مَنْ هُمْ أَكْرَمُ مِنَّا جميعاً... إلى شهداء فلسطين الأبرار.

وإلى أسرى الحرية.

إلى الذي قال تعالى فيهما:

﴿وَخَفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾

أُمِّي وَأَبِي أَطَالَ اللَّهُ فِي عُمُرِهِمَا.

إلى نور عيوني... زوحي وأطفالي الأحباء حفظهم الله من كل سوء.

إلى مَنْ يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي... إخواني وأخواني.

إلى مَنْ ضاقت السطور بذكر أسمائهن... صديقتاني.

إلى كُلِّ مَنْ ساندني ووقفَ بجاني.

إليكم جميعاً أهدي جهدي المتواضع وسهري ونعبي.

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني لهذا ففتح لي الأبواب ومكن لي الأسباب للقيام بهذا العمل المتواضع.

أقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى أستاذي المشرف:

أ. د. أمين رجا دواس

الذي كان لي نعم المشرف والموجه والمرشد، فصحح أخطائي ووجهني بكل نواضع

فلك مني كلمة ملؤها الاحترام والتقدير والشكر... حراك الله ألف خير.

كما أقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة أستاذي الفاضلين

لتكرمهما بمناقشة هذه الرسالة.

إقرار

أقرّ أنا مقدّمة الرسالة أنّها قدّمة للجامعة العربية الأمريكية لنيل درجة الماجستير، وأنّها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تمّ الإشارة إليه حيثما ورد، وأنّ هذه الرسالة أو أيّ جزء منها لم يُقدّم لنيل أيّ درجة علمية أو بحث علمي لدى أيّ مؤسسة تعليمية جامعية أو معهد.

التوقيع:

آلاء فاروق عبد حج عبد

التاريخ 2014/8/6

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الإهداء
ب	كلمة شكر وتقدير
ت	إقرار
ث	فهرس المحتويات
خ	الملخص باللغة العربية
1	المقدمة
11	المبحث التمهيدي: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح
15	المطلب الأول: ماهية التحكيم الدولي وصوره
15	الفرع الأول- تعريف التحكيم
20	الفرع الثاني- صور اتفاق التحكيم
23	المطلب الثاني: مقارنة التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح
23	الفرع الأول- ماهية التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون
29	الفرع الثاني- نطاق سلطة المحكم بالقانون والمحكم بالصلح
38	الفصل الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الأطراف
40	المبحث الأول: اختيار الأفراد الصريح للقانون الواجب التطبيق
42	المطلب الأول: معنى القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع التحكيم ودوليته
43	الفرع الأول- معنى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
46	الفرع الثاني- معيار دولية التحكيم
52	المطلب الثاني: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
52	الفرع الأول- الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف وأشكاله
56	الفرع الثاني- موضوع اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق
61	الفرع الثالث- توقيت الاختيار صراحةً من قبل الأطراف والقيود الواردة عليه
72	المبحث الثاني: اختيار الأطراف الضمني للقانون الواجب التطبيق
73	المطلب الأول: الإرادة الضمنية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق
75	الفرع الأول- المقصود بالإرادة الضمنية
78	الفرع الثاني- بعض المؤشرات التي يعتمد عليها المحكم لتحديد ما اتجهت إليه إرادة الأطراف.

80	المطلب الثاني: دور المحكم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف
80	الفرع الأول- طرق البحث عن الإرادة الضمنية
83	الفرع الثاني- حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف وتحديد القانون الواجب التطبيق
89	المبحث الثالث: إمكانية اختيار قانون التجار (Lex-Mercatoria) من قبل الأطراف
91	المطلب الأول: قانون التجارة الدولية (Lex-Mercatoria) ومصادره المختلفة
91	الفرع الأول- معنى قانون التجار (Lex-Mercatoria)
95	الفرع الثاني- مصادر قواعد قانون التجار
101	المطلب الثاني: اختيار الأطراف لقانون التجار (Lex-Mercatoria) ومدى إلزامه لهيئة التحكيم
101	الفرع الأول- اختيار قواعد قانون التجار من قبل الأطراف ومدى إلزامها
110	الفرع الثاني- إمكانية اختيار قانون التجار في ظلّ قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنة
115	المبحث الرابع: الإحالة
116	المطلب الأول: مفهوم الإحالة وشروط تطبيقها
116	الفرع الأول- مفهوم الإحالة وأنواعها.
119	الفرع الثاني- شروط تطبيق الإحالة
121	المطلب الثاني: موقف كل من الفقه والتشريع من الإحالة
121	الفرع الأول- موقف الفقه من نظرية الإحالة
124	الفرع الثاني- الإحالة في قانون التحكيم الفلسطيني وبعض القوانين المقارنة
129	الفصل الثاني: اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم
131	المبحث الأول: تطبيق هيئة التحكيم لقاعدة إسناد معيّنة
132	المطلب الأول: إعمال قاعدة الإسناد في الدولة التي توجد فيها هيئة التحكيم (مقر التحكيم)
132	الفرع الأول- موقف الفقه من معيار مقر هيئة التحكيم
138	الفرع الثاني- موقف التشريعات المقارنة والمعاهدات الدولية من معيار مقر التحكيم
143	المطلب الثاني: اختيار هيئة التحكيم للقانون الأوثق صلة بالنزاع
143	الفرع الأول- قاعدة الأسناد القاضية بتطبيق القانون الأوثق صلة بالنزاع
145	الفرع الثاني- معايير اختيار القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع
147	المطلب الثالث: اختيار هيئة التحكيم لقاعدة الإسناد الملائمة
148	الفرع الأول- تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد إسناد في نظام قانوني معين

151	الفرع الثاني- تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد إسناد أكثر من نظام قانوني
155	المبحث الثاني: اختيار هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق مباشرةً (دون أعمال قاعدة إسناد)
156	المطلب الأول: ماهية منهج الاختيار المباشر
156	الفرع الأول- مفهوم الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق
159	الفرع الثاني- وسائل الاختيار المباشرة للقانون الواجب التطبيق
160	المطلب الثاني: موقف التشريعات المقارنة من منهج الاختيار المباشر وأهميته
160	الفرع الأول- موقف التشريعات المقارنة من منهج التطبيق المباشر
165	الفرع الثاني- أهمية منهج الاختيار المباشر بالنسبة لبعض العقود الدولية
169	المبحث الثالث: إمكانية أعمال قانون التجار (Lex mercatoria) من قبل هيئة التحكيم
171	المطلب الأول: موقف الفقه من تطبيق هيئة التحكيم لقانون التجار
172	الفرع الأول- قانون التجار بين مؤيد ومعارض
176	الفرع الثاني- اعتراض الفقه على تطبيق قانون التجار بدون إرادة الأطراف
181	المطلب الثاني: كيفية أعمال منهج القواعد الموضوعية لقانون للتجارة الدولية (Lex mercatoria) على منازعات العقود الدولية
181	الفرع الأول- تطبيق القواعد الموضوعية لقانون التجار (Lex mercatoria) من خلال منهج التنازع
184	الفرع الثاني- التطبيق المباشر لقانون التجار
187	الفرع الثالث- حالات لجوء المحكم للاختيار المباشر
191	المبحث الرابع: الإحالة
192	المطلب الأول: الإحالة في القوانين المدنية المقارنة
192	الفرع الأول- منهج تنازع القوانين والإحالة
194	الفرع الثاني- موقف المشرع الفلسطيني والتشريعات المقارنة من الأخذ بالإسناد الموضوعي أو الإجمالي
198	المطلب الثاني: الإحالة في قوانين التحكيم
198	الفرع الأول- الإحالة في قانون التحكيم الفلسطيني
200	الفرع الثاني- الإحالة في قوانين التحكيم المقارنة
203	الخاتمة
208	قائمة المصادر والمراجع
A	الملخص بالإنجليزي Abstract

ملخص الدراسة

استعرضت هذا الدراسة البحثية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في ظل قانون التحكيم الفلسطيني، وحيث ان المشكلة القانون الواجب التطبيق تنثور في المنازعات الاولى وكذلك في حال التحكيم بالقانون، وتنثور هذه المشكلة في ظل غياب قانون الادارة، لان اتفاق الاطراف على قانون معين أو قواعد قانونية يجعل مهمة هيئة التحكيم اسهل بكثير مما لو ترك الامر لهيئة التحكيم للبحث عن القانون الذي يطبق على موضوع النزاع.

وتطرقت الباحثة الى التحكيم بشكل عام والتحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون بشكل سريع - ودون الخوض بتفاصيل - حسب ما اقتضته طبيعة هذه الدراسة من حيث ماهية التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، ونطاق سلطة المحكم في كل منها، ومقارنة بينهما من عدة جوانب ولا بد من الاشارة الى ان هذا النوع في التحكيم -التحكيم بالصلح- مستبعد من نطاق هذه الدراسة ، لعدم امكانية الحديث عن قانون واجب التطبيق، لان التحكيم والصلح يكون وفق قواعد العدالة والإنصاف.

وتم الحديث عن اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بشكل صريح او ضمني، وبما ان اتفاق التحكيم وعقد كسائر العقود فالمصدر الأساس لتحديد القانون الذي يحكمه هو الارادة ، وكذلك تناولت الباحثة دولية التحكيم وتطرقت الى المقصود بالقانون الواجب التطبيق، وتوقيت الاختيار والقيود الواردة عليه، وكذلك امكانية اختيار قانون او قواعد قانونية، وتناولنا ايضا الاختيار الضمني وما يتعلق به من مسائل والمؤشرات التي يعتمد عليها المحكم لاستخلاص الارادة الضمنية.

استعرضنا ايضا امكانية اختيار قواعد قانونية مثل قواعد التجار (lex mercatoria) وموقف المشرع الفلسطيني والقوانين المقارنة من ذلك الموضوع، وما هو المقصود بهذه القواعد ومدى التزامها ومصادرها المختلفة وايضا موضح الاحالة من المواضيع التي كان لزاما علينا التطرق اليها عند الحديث عن موضوع القانون الواجب التطبيق مفهومها وانواعها أو درجاتها وموفق الفقه منها وفي

ظل قوانين التحكيم المحلية والعربية والدولية هل يؤخذ بالإحالة هذا ما تمت الاجابة عنه في هذه الدراسة.

ايضا في ظل غياب إرادة الاطراف، وتناولنا بالدراسة والبحث ما هي الخيارات امام هيئة التحكيم لتمديد ما هو القانون الواجب التطبيق وتمت معالجة المعيار التقليدي او كما يطلق عليه البعض المعيار التنازعي سواء قامت هيئة التحكيم باختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الاسناد له نظام قانوني معين من خلال الجمع بين قواعد الاسناد في اكثر من نظام قانوني، وقد يتم اختيار قانون مقرر هيئة التحكيم او القانون الاكثر صلةً بالنزاع وفق المعاهدات الدولية والقوانين المقارنة من هذه المعايير. وهنالك معيار اخر هو المعيار الحديث المباشر والذي تقوم هيئة التحكيم باختيار القانون الواجب التطبيق دون مرور بقاعدة اسناد معينة، وهذا المنهج يتسق مع متطلبات التجارة الدولية الى حد كبير، وتناولنا ايضا موقف التشريعات المقارنة من هذا المنهج الذي بدأت بالفعل تنادي بالتححرر من قواعد التقليدية التي تحكم العلاقات الداخلية وتطبيق قوانين او قواعد عبر دولية مثل (lex mercatoria).

اما في الختام تطرقنا لموضوع الإحالة في حالة اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم ، فاذا تبين ان هنالك إحالة في قانون المختار من قبلها لا يجوز الاخذ بالإحالة اطلاقاً وهذا رأي مجمع عليه وذلك لان الاخذ بالإحالة مستبعد لان غالبية قوانين التحكيم تأخذ بالإسناد الموضوع وفي حالة اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق ويجب النص صراحة على الاخذ بالإحالة ، فالأصل عدم الأخذ بالإحالة والاستثناء الاخذ بها بموجب نص واتفاق فهئية التحكيم لا تملك اكثر من صلاحيات الاطراف فالكلام عن الاخذ بالإحالة هنا مستبعد.

المقدمة

نظراً للتطور السريع والمستمر في أنماط التجارة والخدمات بأنواعها المختلفة، وما نتجَ عن ذلك التطور من زيادة كبيرة في حجمها ونوعها وتعقيد المعاملات الناشئة عنها، والحاجة الملحة إلى السرعة والفعالية الضرورية للبت في النزاعات الناشئة عن تلك المعاملات، أضحت ضرورياً اللجوء للطرق البديلة لحل النزاعات خاصة في وقتنا الحاضر لمواكبة متطلبات الحياة وطبيعة هذه العلاقات وتشابكها، والتي لم تعد المحاكم النظامية قادرة على إيجاد حلول وآليات قانونية يتمكن الأفراد من حل خلافاتهم بشكل سريع وفعال مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

فظهرت الطرق البديلة لحل النزاعات والتي من أهمها التحكيم وهو موضوع دراستنا، والتحكيم بالقانون تحديداً -وهو محل البحث في هذه الدراسة-، ويُعد التحكيم في الوقت الحاضر الأسلوب الغالب في حل المنازعات التي تثور بين الأفراد والمؤسسات، والتحكيم في وقتنا الحاضر يختلف عما كان موجوداً قديماً، فصحيح أن التحكيم من الوسائل المعروفة منذ القدم، لكنه كان يعتمد على الأعراف والعادات التجارية في تلك المجتمعات. ولكن التحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن هو من مظاهر الفكر الاقتصادي والقانوني الحديث على المستوى العالمي، حيث أنه يكاد لا يُبرم اليوم عقد تجاري دولي دون أن يتضمن شرطاً تحكيمياً يقضي بأن يفصل في كل نزاع ينشأ عن هذا العقد بطريق التحكيم⁽¹⁾ إما عن طريق التحكيم الخاص بتعيين هيئة التحكيم من قبل الأطراف أو عن طريق اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية معينة وهو

(1) الخراز، إلهام وحيد، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع (دراسة مقارنة)، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح-كلية الدراسات العليا، نابلس-فلسطين، 2009، ص 1. متوفرة على الموقع الإلكتروني Najah.edu.

"التحكيم المؤسسي" مثل غرفة التجارة الدولية (I.C.C.) في باريس⁽¹⁾، أو وفق نظام تحكيم دولي معيّن مثل النظام الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية اليونسترال⁽²⁾ وآخر تعديلاته نشرة 2010.

ففي ظلّ عولمة الاقتصاد وتبني سياسة السوق المفتوح، وفي ظلّ تنامي الاستثمارات الأجنبية وزيادة العلاقات التجارية الدولية وتشابكها، بدأت أيضاً الدول في سنّ قوانين خاصّة بالتحكيم مثل قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 وأيضاً قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 -وهي محل المقارنة في هذه الدراسة- وذلك لمجاراة ما يحصل على الساحة الدولية، فلا بدّ من مسايرة التطورات التي جعلت من التحكيم الوسيلة الأمثل والأجديّ لحلّ المنازعات الناشئة عن العقود الدولية، فأصبح التحكيم هو الأصل في هذا المجال واللجوء إلى القضاء استثناءً.

والتحكيم بوصفه نظاماً خاصاً لتسوية المنازعات ينشأ منه العديد من أنواع مثل التحكيم التجاري الدولي والتحكيم المحلي، وكذلك التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح⁽³⁾. وإذا كان الأصل أن يتمّ التحكيم وفقاً لأحكام القانون حيث تُمارس هيئة التحكيم سلطة القاضي في الفصل في النزاع المحكّم فيه وتلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة، على عكس تفويض هيئة التحكيم صلاحية الفصل في موضوع النزاع وفقاً لما تراه محققاً للعدالة للوصول إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح أطراف النزاع، ولو كان ذلك مخالفاً لأحكام القانون المكملّة التي من المفترض أن

(1) غرفة التجارة الدولية تأسست عام 1919، حيث تُعتبر من أهم مؤسسات التحكيم التجاري الدولي والتي تعمل على حلّ حوالي 500 قضية تحكيمية سنوياً.

(2) اليونسترال: هو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (UNCITRAL) الصادر عن لجنة الأمم المتحدة في 21/ يونيو 1985 وهو ما يُعرف بقواعد اليونسترال وآخر تعديل على هذه القواعد كان في نشرة عام 2010.

(3) شيعان، فراس كريم، حدود سلطة المحكّم في التحكيم وفقاً للعدالة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.uobabylon.edu.iq/publications/law-edition2/article-ed2-q.doc، ص 58.

تحكم موضوع النزاع المحكم فيه. وهذه الصورة من صور التحكيم لا تثير مشكلة تنازع القوانين كما هو الحال في التحكيم بالقانون، إلا أن هذا لا يقلل من شأن التحكيم التجاري الدولي بصوره وأشكاله المختلفة نتيجة للمزايا التي يتميز بها كالسرعة في البت في المنازعات وقلة التكاليف والكتمان الذي تحاط به عملية التحكيم وكفاءة المحكمين⁽¹⁾.

وستحاول الباحثة في هذه الدراسة البحثية المتواضعة إلقاء الضوء على موضوع التحكيم بالقانون الواجب التطبيق كونه من أهم الوسائل البديلة للقضاء في حل المنازعات التجارية الدولية وأكثرها إثارة للجدل في نفس الوقت، ولأهمية هذا الموضوع الذي يتداخل فيه قانون التحكيم مع القانون الدولي الخاص في بعض المناطق، كان لا بد من تناوله بالبحث والتحليل ومقارنة النصوص القانونية للوصول إلى تصوّر شامل للموضوع محل البحث والدراسة.

موضوع الدراسة:

تتمحور هذه الدراسة حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في ظلّ قانون التحكيم الفلسطيني، فهذا الموضوع عناية في الأهمية، لأنّ مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عندما تكون إرادة الأفراد ضمنية، أو حتى في حالة غيابها تنتقل إلى المحكم، فما هي الدلائل التي يجب على المحكم مراعاتها والتقيّد بها لتحديد هذا القانون؟

فتناولت الدراسة بشكل موجز الإشارة إلى التحكيم بالصلح في البداية للتمييز في بينه وبين موضوع دراستنا وهو التحكيم بالقانون والذي تمت دراسته من خلال زاويتين وهما حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع صراحةً أو ضمناً، وإمكانية

(1) حسين، مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7، السنة الثانية، ص 2.

اختيار الأطراف لقانون أو قواعد قانونية لتحكم أو تطبق على موضوع النزاع مثل قواعد قانون التجار⁽¹⁾، وإذا اختاروا قانوناً فيه إحالة هل يأخذ المحكم بها في ظل ما هو موجود على المستوى المحلي أو الدولي، كذلك من جهة أخرى تناولت الدراسة الجانب الآخر، حيث تختار هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق وكيفية هذا الاختيار والآليات المتبعة لتحديد خاصّة في ظلّ منهجين موجودين على الساحة الدولية وهما منهج التنازع التقليدي ومنهج التطبيق المباشر، وإمكانية اللجوء لقواعد قانون التجار من قبل هيئة التحكيم وهل تأخذ بالإحالة إذا كانت اختارت قانون معيّن وتبين أنه يحيل لقانون آخر.

نطاق الدراسة:

يقتصر نطاق البحث على دراسة موضوعه في ظلّ قوانين التحكيم المقارنة والمتمثلة في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 وقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 وقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، بالإضافة إلى مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي عنت بالتحكيم وبعض المبادئ الدولية مثل مبادئ اليونيدوا وقواعد اليونسترال.

منهج الدراسة:

سيتم في هذه الدراسة اتباع المنهج الوصفي التحليلي، الذي يقوم على التحليل، وربط الأسباب بالنتائج، وكذلك المقارنة بين الأنظمة القانونية محل الدراسة، حيث تساعد هذه المقارنة إلى التعرف على مزايا وعيوب القوانين محل المقارنة والثغرات الموجودة فيها.

(1) انظر في ذلك المبحث الثالث من هذا الفصل، ص 15 وما يليها.

أهمية الدراسة:

إنّ أهمية موضوع البحث كون التحكيم وسيلة مهمّة واسعة الانتشار على الساحة الدولية، وكذلك خطورة موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكّم فيه، وخاصّة أنّ هذه الوسيلة يُلجأ لها في الوقت الراهن في المنازعات العادية والبسيطة، وكذلك في منازعات محلها صفقات كبيرة مثل عقود نقل التكنولوجيا وعقود الاستثمارات الأجنبية، وفي ظل عدم وجود معيار واضح ومحدّد وموحّد دولياً لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فكان لا بُدّ من محاولة البحث في هذا الموضوع من أجل محاولة الإلمام ببعض آليات ومعايير اختيار القانون الواجب التطبيق في المنازعة ذات العنصر الأجنبي، وبيان مزاياها وعيوبها، وبيان أسس تحديد القانون المختصّ، والدعوة إلى توحيد التشريعات التي تعالج مسألة القانون الواجب التطبيق، أو على الأقل محاولة التوحيد من خلال تبني الوسائل الحديثة مثل المنهج المباشر لاختيار القانون الواجب التطبيق، ومن أجل ذلك قامت الباحثة بالاطّلاع على نصوص القوانين محل المقارنة وتحليلها وبيان رأيها بما جاء فيها.

أهداف الدراسة:

إنّ موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في ظلّ قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنة أصبح لا يعني قانوناً بمعنى نظام قانوني معيّن لبلدٍ ما، بل إنّ الاتجاهات الحديثة أصبحت تُنادي بتطبيق قواعد موضوعية مباشرة على هذه المنازعات للوصول إلى نوعٍ من الانسجام والتوحيد على المستوى الدولي، الأمر الذي عجزت عنه القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

فإنّ تطبيق القواعد القانونية مثل قواعد اليونسترال والمبادئ العامة مثل مبادئ اليونيدروا هو الحل الأمثل للوصول إلى تطبيق قوانين أو قواعد قانونية أو مبادئ قانونية موحّدة على المنازعات التي تثور بشأن المعاملات التجارية الدولية.

بالإضافة إلى ذلك بيان معيار دولية النزاع التي تثور عندها مشكلة تنازع القوانين وموقف التشريعات المقارنة من الأخذ بهذه المعايير، وحرية الأطراف المطلقة -ليس عليها قيد إلا النظام العام- في تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق، لكن عندما يأتي دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق هناك المزيد من القيود والاعتبارات والضوابط التي يجب عليه أن يأخذها بعين الاعتبار عند اختيار القانون الواجب التطبيق، وإلا كان حكمه التحكيمي عرضةً للبطلان.

وموقف الباحثة من القوانين محل المقارنة -الذي أشارت إليه حيث يلزم- ورأيها الخاص في هذه القوانين، وبالتالي الخروج ببعض النتائج والتوصيات للوصول إلى قانون تحكيم تجاري مرن ومتطور، يواكب التغيرات السريعة التي تتطلب أيضاً السرعة والمرونة والبعد عن التعقيد والتناقض والقصور عن تقديم الحلول الناجعة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم مما يُسهّل على الأطراف وعلى هيئة التحكيم كذلك.

إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة في نصّ المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني التي تعالج في فقرتها لأولى اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، وفي حالة عدم الاختيار من قبلهم تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني مباشرة، ثم جاءت نفس المادة في الفقرة الثانية وتبنّت منهج

الإسناد الموضوعي في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، بحيث لا يؤدي ذلك إلى الإحالة.

فكيف يقوم المشرّع بتبني طريقتين في آنٍ واحد عند غياب الاختيار من الأطراف وعدم تحديد القانون الواجب التطبيق، فهذا يجعل المحكم أو هيئة التحكيم في حيرة من أمرها، فأَيُّ من الطرق تُتَّبَع لاختيار هذا القانون؟ اضِفْ إلى ذلك أنَّ التنازع الموضوعي لا يؤدي قطعاً إلى الإحالة، فمن أين تأتي الإحالة التي يرفضها المشرّع الفلسطيني في ظل هذا المنهج ويقبل بها إذا كانت من الدرجة الأولى؟

وهناك إشكالية أخرى وهي أنَّ المشرّع الفلسطيني نصَّ على حرية الأطراف في اختيار قانونٍ معيّن في نفس المادة (19) فقرة (1) ولم ينصَّ على إمكانية اختيار قواعد قانونية، ثم جاء مرةً أخرى في المادة 43 فقرة (5) من نفس القانون ليرتّب البطلان على عدم تقيّد هيئة التحكيم بالقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، ففي هذه الحالة هل يمكن للأطراف في ظلّ هاتين المادتين أن يختاروا قواعد قانونية إلى جانب القانون أو قانون فقط؟ أو قواعد قانونية فقط؟

الدراسات السابقة:

تمّ الاستناد إلى العديد من المصادر والمراجع ذات الصلة بموضوع البحث والمشتمة على الكتب والقوانين والمواقع الإلكترونية ورسائل الدكتوراه والماجستير، ولكنها لم تتطرق بشكل مباشر لموضوع الدراسة، ولكنّي استفدتُ منها في بعض المواقع من هذه الدراسة، حيث تمّت الإشارة لها في الهوامش وكذلك في قائمة المصادر والمراجع.

وقد تحدّثت الباحثة بشكل عام عن القانون التجاري الدولي والقانون الواجب التطبيق بشكل عامّ وفي موضوع التحكيم بشكل خاصّ، وكذلك القانون التجاري الدولي، وقواعد تنازع القوانين.

وفيما لي إشارة سريعةً لبعض المراجع التي تمّ الاطلاع والاستفادة منها في موضوع هذه الدراسة من باب الأمانة العلمية:

1- سامي، محمد فوزي: التحكيم التجاري الدولي، تناول هذا المرجع موضوعات كثيرة تتعلق بالتحكيم أهمها التعريف بالتحكيم والاهتمام بالتحكيم في نطاق التجارة الدولية، واتفق التحكيم واختيار المحكّمين، كما تناول أيضاً القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع واستقلالية شرط التحكيم وانتهاءً بالقرار التحكيمي وإصداره ومحتوياته وآثاره وتنفيذه وطرق الطعن فيه.

2- شفيق، محسن: التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، تناول هذا المرجع قسماً نظرياً تعلّق بالتعريف بالتحكيم وقسم آخر عملي أو تطبيقي يتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم وعلى إجراءات التحكيم، ثم تناول صدور حكم التحكيم وتنفيذه وطرق الطعن فيه إلى غيرها من الأمور المتعلقة بهذا الأخير.

3- المصري، حسني: التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، والذي تناول ماهيّة التحكيم (أهميته وطبيعته وتميّزه عن غيره من النظم المشابهة)، وتجارية التحكيم ودوليته وموقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة منهما، كذلك تناول شرط التحكيم وإجراءات التحكيم وسلطات والمحكّمين وواجباتهم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي النهاية حكم التحكيم والطعن به وبطلانه.

4- دواس، أمين رجا: تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة، تناول هذا المرجع قاعدة

الإسناد والتكييف، وتعيين القانون الواجب التطبيق، واستكمال تعيين القانون الأجنبي

الواجب التطبيق، وكيفية تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المعين وموانع تطبيقه.

5- العوا، محمد سليم: دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، تناول اختيار

المحكّمين وسلوك المحكّمين والقانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم وحكم

التحكيم ومدى جواز تعديله، وكذلك تناول التحكيم وشروطه في الفقه الإسلامي والتحكيم

في القوانين العربية، وأخيراً التحكيم في الأعمال المصرفية والإلكترونية.

كذلك استندت الباحثة إلى مجموعة من الأبحاث والرسائل الجامعية التي لا يتسع المجال

لذكرها وتعدادها، حيث تمت الإشارة إليها في مواقع الإسناد في مواقع مختلفة من هذه الدراسة

وتم توثيقها والإشارة لها مرة أخرى في قائمة المصادر والمراجع، فمنعاً للتكرار لن تقوم الباحثة

بإعادة تعدادها في هذا الموقع.

غالبية الدراسات والمراجع السابقة تناولت موضوع القانون الواجب التطبيق على

موضوع بشكل سطحي أو عرضي، مع أنّ الموضوع غاية في الأهمية وبحاجة إلى البحث

والتعمق في دراسته والإلمام به من كافة جوانبه. مع ضرورة وضع معايير موحدة لتحديد

القانون الواجب التطبيق أو آلية معينة، وهذا ما لم أجده للأسف من خلال هذه الدراسات

والمؤلفات، فكانت مجرد تفصيل وسرد لنصوص القوانين والاتفاقيات الدولية دون تقديم حلول

منسجمة ومتّقة مع طبيعة التحكيم والتغلّب على مشكلة اختلاف المعايير والطرق المتّبعة

لتحديده.

وهذا ما ستحاول الباحثة القيام به من خلال هذه الدراسة إن شاء الله.

خطة الدراسة:

اقتضت طبيعة الموضوع الاستهلال بمبحث تمهيدي بعنوان التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، حيث من الضروري التنويه إلى أنّ موضوع دراستنا هو التحكيم بالقانون، فمن خلال هذا المبحث التمهيدي ارتأت الباحثة المرور سريعاً على التحكيم بالصلح الذي هو خارج موضوع البحث، حيث أنّ من غير المتصور أن تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في هذا النوع من التحكيم، فهو مستبعد من نطاق الدراسة.

ثمّ قامت الباحثة بتقسيم الدراسة إلى فصلين رئيسيين، الأول بعنوان: اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، وتمّ تقسيمه إلى أربعة مباحث، الأول يتناول اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق، والثاني يتناول اختيار الأطراف الضمني للقانون الواجب التطبيق، بينما تناول المبحث الثالث إمكانية اختيار قانون التجار (Lex mercatoria)، وأخيراً المبحث الرابع تناول الإحالة. أما الفصل الثاني فكان بعنوان: اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم، فالمبحث الأول يتناول تطبيق هيئة التحكيم لقاعدة إسناد معيّنة، والمبحث الثاني اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق مباشرة (دون المرور بقاعدة إسناد)، والمبحث الثالث تطرّق إلى إمكانية إعمال قانون التجار من قبل هيئة التحكيم، ورباعاً في المبحث الأخير الإحالة.

المبحث التمهيدي

ماهية التحكيم

تقديم:

التحكيم هو وسيلة رضائية لفضّ المنازعات، وتقوم فلسفة التحكيم على فكرة واضحة ومحدّدة، وهي رضا الخصوم واتفاقهم على تفويض فرد أو أفراد معيّنين أو مؤسسة معيّنة لتسوية نزاع نشأ بينهم حول علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية.

ويعتبر العصر الحالي عصر نهضة التحكيم⁽¹⁾، وذلك لانتشار مراكز التحكيم في جميع أنحاء المعمورة، والتي تقوم بدورها في تسوية المنازعات المعروضة عليها سواءً على المستوى المحلي الداخلي بين رعايا الدولة الواحدة، أو على المستوى الوطني فيما يتعلّق بمنازعات التجارة الدولية، لما يمتاز به من سرعة الفصل في النزاع والسريّة والمرونة في تنظيمه⁽²⁾.

فنظام التحكيم بمجمله يقوم على اتفاق الأطراف على انتزاع الاختصاص من محاكم الدولة المختصة بنظره أصلاً، وعرضه على المحكّم أو هيئة التحكيم بحيث يصدر حكماً فاصلاً في النزاع. ويشكّل اتفاق التحكيم دستوراً أو خارطة طريق للمحكّمين من حيث تحديد موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق عليه والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وصلاحيات المحكّم وغيرها من المسائل التي يتم الاتفاق عليها بين الأطراف. وإذا لم يتفقوا يحددها المحكّم بموجب القانون المختصّ، وذلك لأنّه من غير المتصور وجود عقد أو اتفاق (طليق) في فراغ تشريعي أي لا يوجد قانون محكّمين، ففي البداية إرادة الأطراف هي التي تختار سواءً كانت

(1) وهذا لا يعني أن التحكيم وليد عصرنا الحاضر، إنما هو وسيلة قديمة ابتدعها الإنسان لحلّ المنازعات التي تثور بين الأفراد للحفاظ على العلاقات الطيبة بينهم.

(2) Fouchard, (PH), L'arbitrage commercial international, Dalloze, Paris, P. 3

صريحة أو ضمنية، وفي حال تخلفها المحكم هو الذي يختار القانون الواجب التطبيق وغيره من المسائل المتنازع عليها مع ضرورة تقيّد المحكمّ والأطراف بالنظام العام وأعراف التجارة الدولية، بل وأكثر من ذلك هناك اتجاهات حديثة خرجت عن هذه التعاليم الراسخة محاولةً نزع التحكيم من أحضان القوانين الوطنية وضمّه إلى عالم قانوني آخر متميّز بقواعده والمخاطبين به⁽¹⁾ وهو القانون الموضوعي للتجارة الدولية كما سنرى لاحقاً⁽²⁾.

فالتحكيم يحتاج إلى خبرة وثقافة قانونية قبل المتطلبات المادية، فليس من المغالاة القول بأنّ التحكيم هو عدالة الأثرياء، وكونه وسيلة بديلة للقضاء، فهذا لا ينفي دور رقابة القضاء على إجراءات التحكيم ودوره في تنفيذه، أي أنّ عدالة التحكيم تعمل في ظلّ العدالة القضائية والعلاقة بينهما تقوم على المعاونة والمساندة بهدف تحقيق الهدف العام وهو استقرار المراكز القانونية وتحقيق أمن المجتمع.

ونظراً للأهداف المرجوة من التحكيم كوسيلة لتوحيد مضمون فكرة التحكيم ونظامه القانوني على مستوى العالم، بدأ البحث عن قواعد قانونية غير وطنية (Regels anationales) أكثر اتفاقاً وانسجاماً مع نظام التحكيم الدولي، وهذه القواعد أرسّتها العادات والأعراف التي استقرّت في مجال معاملات التجارة الدولية وأصبحت تشكّل في مجموعها منهجاً جديداً إلى جانب المنهج التقليدي لتنازع القوانين، وهذا المنهج الجديد هو منهج القواعد الموضوعية أو المادية للتجارة الدولية.

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ص 325-226.

(2) انظر في ذلك المبحث الثالث من الفصل الأول، والمبحث الثاني والثالث من الفصل الثاني من الرسالة.

فلاحظ أنّ القاضي الوطني يطبّق قواعد التنازع المعمول بها في البلد الذي يمارس فيه وظيفته، أما المحكّم الدولي وكما يرى الفقه الحديث⁽¹⁾ -وعلى خلاف المحكمة- ليس له قانون وطني ثابت "Lex Fori". وقد تمّ تأييد هذا الاتجاه بعدّة قرارات تحكيمية صدرت تحت رعاية محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس⁽²⁾. أضف إلى ذلك أنّه يحقّ للمحكّم أن يحكّم وفق مبادئ العدالة والإنصاف، وهنا يسمّى هذا النوع من التحكيم بالتحكيم بالصلح، غير المقيد بأيّة قواعد قانونية، فبموجب اتفاق التحكيم يتوجّب على الأطراف النصّ صراحةً على منحه سلطة الفصل بالنزاع حسب مبادئ العدالة والإنصاف فتتّسع صلاحيات المحكّم وحدود سلطته بناءً على ذلك، فهو غير مقيد بأيّ قانون، فهذا يعطيه المزيد من المرونة في تسوية المنازعات وكذلك يقوم بدور إيجابي كبير فهو يقيم بين أطراف النزاع علاقات قانون جديد يختلف عن القانون الذي يطبّقه القاضي الوطني أو حتّى المحكّم المقيد بقانون معيّن، فهو يتركّز على العدالة ويتخطّى الشكليات للقوانين الوطنية⁽³⁾.

إضافةً إلى ذلك، ففي حالة التحكيم بالصلح يتمتّع المحكّم الطليق بصلاحياته المستمدّة من الاتفاق الصريح من قبل الأطراف بالتنازل عن تطبيق قواعد القانون على موضوع النزاع، وهذا لا يعني أن ها التنازل مطلقاً بل إنه يصطدم في الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها قانوناً، ما يعني أنّ التنازل مسموح في مجال الحقوق التي يكون الأطراف أحراراً في تنظيمها. ومن هنا ولأنّ القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عرض هذا النزاع للتحكيم -يشكّل محوراً أساسياً، فبناءً عليه تتحدد مهمة المحكّم، فإذا اختاره الأطراف صراحةً فإنّ هذا يعني أنّ

(1) شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1977، ص 269.

(2) والتي نصّت على أنّ المحكّم الدولي ليس لديه قانون وطني ولا قواعد تنازع ملزم بتطبيقها. انظر في ذلك:

Sentence CCL n' 1512, 1971, Clunet 1975, p. 886.

René; DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, p.p. 463, 464. (3)

على المحكمّ التقيد بما اختاره الأطراف صراحةً، وإذا اختاروه ضمناً عليه البحث عن إرادة الأطراف الضمنية وما اتجهت إليه والتقيد بها. أما في حالة عدم تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من قبل الأطراف يأتي دور المحكمّ في اختياره وفقاً لشروط ومعايير معيّنة سنأتي للحديث عنها لاحقاً⁽¹⁾.

أما في حالة استبعاد القانون وتفويض هيئة التحكيم بالتحكيم بالصلح أو التحكيم الطليق، نلاحظ أنّ المحكمّ هنا يتمتع بأكبر قدر من الحرية في حسم النزاع وفق مبادئ العدالة والإنصاف ولا بدّ من التأكيد على ضرورة الاتفاق صراحةً على التحكيم بالصلح، فإذا ثار شكّ حول إرادة أطراف النزاع يجب أن يتمّ الفصل بالنزاع بمقتضى القانون⁽²⁾.

لهذا وحسب ما تطلّبه طبيعة الموضوع محلّ الدراسة، لا بدّ من البحث في موضوع التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح (أو التحكيم الطليق) من خلال تقسيم هذا المبحث التمهيدي إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية التحكيم وصوره.

المطلب الثاني: مقارنة التحكيم بالقانون بالتحكيم بالصلح.

المطلب الثالث: مصادر التحكيم بالقانون ومصادر التحكيم بالصلح.

(1) انظر في ذلك الفصل الثاني من الرسالة.

(2) الحجايا، نور حمد، القانون الذي يحكم موضوع النزاع المحكمّ فيه، بحث منشور في أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر، بعنوان التحكيم التجاري الدولي، ط 1، المجلد رقم (2)، 2008، ص 670.

المطلب الأول

ماهية التحكيم الدولي وصوره

اختلفت التشريعات والآراء الفقهية حول مفهوم التحكيم وأشكاله أو صورته، لهذا سنتناول الباحثة في هذا المطلب موضوعين رئيسيين وهما الفرع الأول: تعريف التحكيم، والفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم.

الفرع الأول- تعريف التحكيم:

أخذ التحكيم يلعب دوراً مميزاً في حلّ الخلافات بين المتنازعين، وازدادت أهميته في الوقت الحاضر وخاصةً في إطار العلاقات التجارية الدولية، بحيث يندر أن نجد عقداً مالياً ودولياً لا يتضمن شرط الإحالة للتحكيم في حال نشوب خلاف بين طرفي العقد⁽¹⁾. وقد اكتسب التحكيم تدريجياً استقلالية خاصة به كنظام دعمته معظم الأنظمة القانونية، وعليه قامت معظم الدول بتنظيم التحكيم ضمن قانون تحكيم خاص، كذلك قامت لجنة القانون التجاري الدولي، التابعة للأمم المتحدة بوضع قواعد خاصة سُمّيت بقواعد التحكيم للجنة المذكورة، ووضعت هذه اللجنة القانون النموذجي للتحكيم، والذي اتخذته معظم الدول مصدراً لتطوير قوانينها الخاصة بالتحكيم، إضافةً لما سلف فقد وقّعت اتفاقيات دولية وثنائية بين الدول نظمت مسائل التحكيم التجاري الدولي وتنفيذ القرارات التحكيمية.

(1) حذاء، حمزة، التحكيم في القانون الإسلامي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القانون والدين، الجامعة اليسوعية، بيروت، من 18-20/5/2000، ص 1.

ومن هنا لا بدّ من التعرّف على ما هو المقصود بالتحكيم وتوضيح ذلك من خلال التعريفات الفقهية والقضائية والتشريعية التي قيلت بشأن التحكيم.

أولاً: التحكيم فقها وقضاءً

عرّف الدكتور محمد أبو العينين التحكيم بأنّه "اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات عن اختصاص القضاء العادي، وأنّ تعهّد به إلى هيئة تتكوّن من محكمّ واحد أو أكثر للفصل فيه بقضاءٍ مُلزم"⁽¹⁾.

وبهذا يكون التحكيم حسب هذا التعريف ينأى بالنزاع عن القضاء العادي باتفاق الأطراف وإرادتهم، وكذلك يكون قرار التحكيم الذي يفصل بالنزاع مُلزمًا⁽²⁾.

كما عرّفه الدكتور عبد الحميد أبو هيف "بأنّه حقّ قرّره القانون للأفراد يجوز لهم الاتفاق على إحالة ما نشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معيّن، أو على إحالة نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمّون محكمّين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من القضاء المختص"⁽³⁾.

كما عرّفه بعض الفقه على أنه: "نظام خاصّ للتقاضي يبدأ بين الأطراف ذات العلاقة على شخص أو أشخاص عدّة من الغير للفصل في النزاعات القائمة بينهم من خلال حكم يصدر من هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص، ويكون الحكم متمتعاً بحجية الأمر المقضي به"⁽⁴⁾.

(1) أبو العينين، محمد، المبادئ القانوني التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، 1998، ص 8.

(2) انظر في هذا المعنى أيضاً: الجمال، مصطفى، عبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، جزء أول، دون ناشر، 1998، ص 9.

(3) أبو الهيف، عبد الحميد، طرق التنفيذ والتحكّظ في المواد المدنية والتجارية، 1918، ص 380.

(4) الحداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 40؛ ورضوان، أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدول، دار الفكر العربي، مصر، 1981، ص 19. مشار إلى هذا

أما الأستاذ الدكتور -المغفور له- محسن شفيق على الرغم من أنه لم يُعطِ للتحكيم تعريفاً قانونياً، إلا أنَّ العناصر التي ذكر أنَّ التحكيم يتكوّن منها وهي خصومة ومحكم يزود بسلطة الفصل بقرار ملزم أو اتفاق بين الأطراف على التحكيم، فهذا يبيّن انصرافه للمعنى القضائي.

كذلك أوردت محكمة النقض المصرية عدّة تعريفات للتحكيم منها أنه: "طريق استثنائي لفضّ الخصومات وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وما تكلفه من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم⁽¹⁾. وأيضاً عرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه: "طريق استثنائي لفضّ الخصومات مقصور على ما تنصرف إرادة الفريقين إلى عرضه على المحكم"⁽²⁾.

ومن هنا نخلص إلى القول أنَّ التحكيم يعتبر استثناءً على الأصل أي قضاءً استثنائياً وملزماً لأطرافه سواءً أكان التحكيم إجبارياً كما هو الحال في بعض منازعات شركات القطاع العام في مصر⁽³⁾، أو اختيارياً، مدنياً أو تجارياً، فأصبح من النادر أن يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط التحكيم، فأضحى التحكيم من مزايا مقارنة بالقضاء، فنلاحظ أنَّ المحكم يضع نصب عينيه تحقيق العدالة أكثر من التمسك بحرفيّة نصوص القانون، بينما القاضي يسعى إلى تحقيق العدالة من خلال تطبيق القانون، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ التحكيم يتميّز بسرعة البتّ

التعريف لدى: الفضلي، أحمد محمود، وعبيدات مؤيد أحمد، بحث بعنوان: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، منشور في المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، 2010، ص 42، هامش رقم (7).

(1) الطعن رقم 1004 لسنة 61 جلسة 1997/12/27، مجلة القضاة، السنة الثلاثون، العدد الأول والثاني، يناير وديسمبر 1998، ص 313، كذلك الطعن رقم 740 لسنة 52، جلسة 1989/5/18، مجموعة أحكام النقض لسنة 89، المكتب الفني، 1994، ص 301.

(2) تمييز حقوق رقم 93/452، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة 42، العدد السادس، 1994، ص 1241.

(3) حبيب، ثروت، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، 1975، ص 100.

في القضايا المنظورة أمامه، وأكثر سرعة في الفصل في المنازعات، وما يحققه من السرية المطلوبة في بعض المجالات التي تكثر فيها المنافسة.

ويقول البعض أنّ التحكيم وسيلة بديلة للقضاء ومُساندةً له في نفس الوقت، فعند لجوء الأطراف للتحكيم يتخلوا ضمناً عن أمرين، الأول هو التخلي عن اللجوء للمحاكم لفضّ النزاع، والثاني هو التخلي عن الطعن بالقرار الصادر عن هيئة التحكيم أو المحكّم لدى أيّة جهة أخرى⁽¹⁾.

ثانياً: التعريف التشريعي للتحكيم

عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم في المادة 1790 بأنّه: "اتخاذ الخصمين حكماً آخر برضاها ليفصل في خصومتها ودعواهما".

وبما أنّ التحكيم أصبح من أهمّ سمات العصر خصوصاً في مجال منازعات التجارة الدولية، فقد تناولته التشريعات الوطنية بالتنظيم والتقنين في قوانين وطنية خاصة بالتحكيم مثل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000⁽²⁾ وكذلك قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994⁽³⁾.

فعرّفه المشرّع الفلسطيني في المادة الأولى من القانون المذكور أعلاه بأنّه "وسيلة لفضّ نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة تحكيم للفصل فيه".

(1) الرفاعي، أشرف عبد العليم، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، ص 9 وما بعدها.

(2) قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 المنشور في العدد 33 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2000/6/30، ص 5.

(3) قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 16 بتاريخ 94/4/21 وبدأ العمل به من 1994/5/23.

كذلك عرفه المشرع المصري في المادة 114 من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على أنه "ينصرف لفظ التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أم لم تكن كذلك".

ومن الملاحظ أنّ التعريف الأول هو تعريف بسيط ولكنه اقتصر اللجوء إلى التحكيم فقط في حالة النزاع القائمة فعلاً وأغفل النزاعات التي ستثور، فالاتفاق على التحكيم قد يكون بصورة شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، هذا لأنّ التحكيم يجب أن يشتمل على الاتفاق وعلى عمل المحكم أيضاً عندما يثور بين الأطراف نزاع بشأن مسألة معيّنة.

أما بالنسبة للتعريف الثاني فنلاحظ أنّ المشرع المصري -كما المشرع الفلسطيني- ينتقد لأنّ إيراد التعريفات ليس من اختصاص المشرعين وإنّما من اختصاص الفقه، إلّا أنّه حسناً فعل عندما أشار إلى تولّي التحكيم من مؤسسة أو منظمة أو مركز دائم للتحكيم وهذا وارد أيضاً في القانون الفلسطيني، وإن لم يكن كذلك فهذه العبارة جاءت مفتوحة، ومن الملاحظ أنّ هذا التعريف جاء في المادة الثانية وفقرتها الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، إضافةً إلى ذلك يرى بعض الفقه أنّ هذا التعريف يحدّد أنواع التحكيم وليس التحكيم ذاته⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أنّ التحكيم أيضاً حظي بالتنظيم على المستوى الدولي، فهناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي تناولته بالتنظيم مثل اتفاقية نيويورك لعام 1958 والاتفاقية الأوروبية لعام

(1) الحداد، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص 40.

1961 (اتفاقية جنيف)، وكذلك قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي

اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1985 وآخر تعديل له في 2010.

وخلاصة القول أنه يمكن تعريف التحكيم: بأنه وسيلة رضائية لحل المنازعات سواءً

كانت مدنية أو تجارية، وذلك بعرضها على هيئة التحكيم، وإنهاء النزاع بحكم مُلزم للجانبين

ويتمتع بحجية الأمر المقضي به.

الفرع الثاني- صُور اتفاق التحكيم⁽¹⁾:

تتعدد صور التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح من حيث التوقيت الذي يتم الاتفاق على

اللجوء إليه، فإن اتفق الأطراف ابتداءً على اللجوء للتحكيم لحسم أيّ نزاع يثور بين الأطراف

نكون بصدد (شرط التحكيم) أو ما يُطلق عليه (Clause Compromissoire)، فهنا لا يشترط

تحديد موضوع النزاع، فهنا يكون الاتفاق مُطلقاً دون تحديد، على عكس ما هو مُتبع في حالة

مشاركة التحكيم (Compromise) وهي الصورة الأخرى من صُور اتفاق التحكيم والتي يلجأ

لها أطراف النزاع عندما يثور النزاع فعلاً، وفي هذه الحالة يجب تحديد موضوع النزاع. وفي

الحالة الأولى ربما يتم تنفيذ العقد دون الحاجة للجوء للتحكيم فقيام نزاع بين أطراف العقد لم

يتحقق لإعمال شروط التحكيم، لكن في الحالة الثانية نلاحظ أنّ الاتفاق على اللجوء للتحكيم

لاحق على قيام النزاع (أي أنه ثار نزاع بشأن مسألة معينة ولجأ الأطراف بشأنها للتحكيم

لاحقاً).

(1) انظر نص المادة 1/7 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم حيث عرّفت اتفاق التحكيم من خلال صوره فقالت: "بأنه اتفاق بين الطرفين على أن يُحيل إلى التحكيم كلّ أو بعض المنازعات المحددة التي تنشأ أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط أو عقد أو اتفاق منفصل".

وقد يكون شرط التحكيم بصورة إحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ويعتبر هذا الشرط جزءاً لا يتجزأ من العقد.

وقد يكون اتفاق التحكيم مجرد إحالة -ترد في عقد أصلي- إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم⁽¹⁾.

لكن على الرغم من ذلك يمكن ردّ اتفاق التحكيم إلى صورتين تقليديتين أساسيتين وهما شرط التحكيم (Clause Compromissiore) ويندرج تحت هذه الصور وهي شرط التحكيم بد ذاته⁽²⁾، وكذلك الإحالة فيسرى عليها ما يسري على العقد وتقوم الإحالة مقام شرط التحكيم⁽³⁾، ويشمل أيضاً شرط التحكيم صورة أخرى وهي اتفاق التحكيم كعقد مستقلّ فإنّه من غير المتصور وجود اتفاق تحكيم منعزلاً عن العقد الأصلي، حيث أنّ كلّ منهما يسبق النزاع ويكون النزاع مجهولاً عند إبرام اتفاق التحكيم، لذا نلاحظ أنّه من الضروري تحديد موضوع النزاع في هذه الدعوى ويكون ذلك مكتوباً وموجّهاً من المدعي إلى المدعى عليه.

أما الصورة التقليدية الثانية فهي مشاركة التحكيم (Compromise) والتي يبرمها طرفا العقد الأصلي بعد نشوء النزاع فعلاً فيتفقان على اللجوء للتحكيم لحلّ النزاع وتسويته، وهنا يجب

(1) وغالباً ما يتمّ وضع شروط اللجوء إلى التحكيم مقترناً بوسائل مسبقة لتسوية النزاع مثل التوفيق أو التفاوض أو التحكيم أو غير ذلك من وسائل التسوية، مثال ذلك نصّ البند 38 من المادة 16 من اتفاقية إنشاء مركز الشرق الأوسط الإقليمي للنظائر المشعّة للدول العربية بالقاهرة والتي وافق عليها مجلس محافظي الوكالة الدولية للطاقة الذرية بتاريخ 14 سبتمبر 1962 والذي ينصّ على: "يتمّ تسوية المنازعات بين دولتين أو أكثر من أطراف الاتفاقية المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية والتي لا يمكن تسويتها بالمفاوضات أو بطرق أخرى يتفق عليها عن طريق التحكيم".

(2) المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، بدون سنة نشر، ص 57.

(3) عبد الفتاح عزمي، (قانون التحكيم الكويتي)، مطبوعات جامعة الكويت، 1990، ص 93، حيث يقرر أن تعبير "اتفاق التحكيم الذي شاع استعماله مؤخراً.

تحديد المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم بهذه الصورة، واختيار المحكمين وتأکید إرادة الأطراف على أن يتم فصل النزاع عن طريق التحكيم، هذا بالإضافة إلى الشروط التي يجب أن تتوفر في العقود عموماً كالرضا والأهلية والمحل والسبب، ومن الجدير بالذكر أن مشاركة التحكيم قد تكون على شكل وثيقة موقعة بتوقيع خاص وهي تسمى بهذه الحالة (عقد عرفي)، وقد يتم توثيقها أو توقيعها أمام الموثق وهنا نكون أمام عقد موثق⁽¹⁾.

(1) حسين، مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسة، العدد 7، السنة 2، ص 6.

المطلب الثاني

مقارنة التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

إذا كان الأصل يقضي بأن يتم الفصل في النزاع وفقاً للقانون، فهناك استثناء آخر على هذا الأصل -كون التحكيم أصلاً طريقاً استثنائياً لحل المنازعات وبديلاً للقضاء- وهو التحكيم بالصلح أو التحكيم وفقاً لقواعد العدالة.

وعليه فإنه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول يتناول ماهية التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، والثاني يتناول نطاق سلطة المحكم بالصلح وتمييزه عن التحكيم بالقانون.

الفرع الأول- ماهية التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون:

يعرّف البعض التحكيم الطليق أو التحكيم بالصلح⁽¹⁾ على أنه ذلك النظام الذي لا يتقيد فيه المحكم عند حسمه للنزاع بقواعد القانون⁽²⁾.

فالمحكم وفقاً للعدالة يحكم ويفصل بالنزاع وفقاً لما تقتضيه قواعد واعتبارات العدالة والإنصاف مستبعداً القواعد القانونية، فالمحكم يمارس عملاً قضائياً ينتهي بصدر قرار ملزم لطرفي النزاع وذلك بالاستناد لاتفاق التحكيم الذي يستمد سلطاته منه، بما يحقق مصالح الأطراف ويحفظ التوازن حتى لو خالف في ذلك أحكام القانون التي كان من المفترض أن تحكم وقائع النزاع⁽³⁾.

(1) انظر الفقرة الثالثة من المادة (28) من قانون التحكيم النموذجي (الأونسترال) لعام 1985.

(2) يستعمل مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح في فرنسا، بينما تذهب بعض الدول إلى استعمال مصطلح التحكيم وفقاً للعدالة مثل سويسرا، وأخذ قانون التحكيم النموذجي الذي أعدته لجنة التجارة الدولية اليونسسترال بالمسميّن لتلافي الاختلاف الذي قد يقع. مشار إليه لدى: شيعان، فراس كريم، مرجع سابق، ص 88، هامش رقم (1).

(3) المرجع السابق، ص 61.

والنوع الآخر من التحكيم هو التحكيم بالقانون، أو ما يُطلق عليه البعض التحكيم بالقضاء⁽¹⁾ والذي يفيد بأنّ المحكمّ في هذا النوع من التحكيم يكون مقيداً عند نظر النزاع أن يصدر حكمه وفق القواعد القانونية الموضوعية في القانون الواجب التطبيق⁽²⁾، فهذا النوع من التحكيم يعتبر القاعدة أو الأصل إلا أنّ المشرّع أجاز للأطراف استثناءً الحقّ بتفويض المحكمّ بالحكم وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بأيّ قانون، ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرّع الفلسطيني في قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 في المادة (36) منه، حيث نصّت على: "يحقّ لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة، ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع".

ومن الملاحظ أنّ المشرّع الفلسطيني قد خلط بين التحكيم الطليق أو التحكيم بالصلح أو وفق قواعد العدالة، ومصطلح آخر مشابه له لفظاً ومختلف تماماً في المعنى والمفهوم وهو مصطلح "الصلح"، فلا بدّ من التمييز بين كلا المفهومين، فالصلح هو أحد الوسائل البديلة للقضاء لتسوية النزاعات شأنه شأن التحكيم⁽³⁾، إلا أنّ الصلح يختلف عن التحكيم كون الأوّل يعتبر وسيلة ذاتية بمعنى أنّ الأطراف ذوو الشأن يقومون بها بأنفسهم، حيث أنّه يكون ثمرة تفاوض مباشر بينهم، حتى وإن فوّضوا شخصاً من الغير في هذا الصلح أو المصالحة لمحاولة تقريب وجهات النظر بينهم، بينما في نظام التحكيم وفقاً للعدالة فإنّ دور إرادة الأطراف تقف عند تخويل هيئة التحكيم المختار في الفصل بالنزاع الذي ينشأ بينهم⁽⁴⁾.

(1) شيعان، فراس كريم، مرجع سابق، ص 60.

(2) وهذا النوع من التحكيم نصّت عليه المادة 18 من قانون التحكيم الفلسطيني وكذلك المادة 19 من نفس القانون واللّتان نصّتا على كيفية تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم وموضوع النزاع.

(3) عرّف المشرّع العراقي في المادة (698) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 بأنّه: "عقد يرفع به النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي".

(4) التحيوي، محمد السيد، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 147.

أُضيفَ إلى ذلك أنَّ عقد الصلح هو عقد بين طرفيه وإنَّ هذا الاتفاق بحدِّ ذاته لا يُعتبر سنداً تنفيذياً بذاته ولا يرقى إلى مرتبة الحُكم القضائي إلا إذا أفرغ هذا الاتفاق في صورة عقد رسمي أو تمَّ أمام القضاء، أما التحكيم فإنَّ المحكِّم يكون له دور القاضي فيصدر حكماً حاسماً يُسمَّى الحُكم التحكيمي ويكون ملزماً لأطراف النزاع، ويعتبر سنداً تنفيذياً⁽¹⁾.

كما يُضاف إلى ذلك أنَّ نظام الصلح يقوم في جوهره على فكرة تقديم تنازلات مُتبادلة بين الأطراف ذوي الشأن، أما التحكيم فالأطراف المتنازعون لا يقدِّمون مثل هذا التنازل وإنما يفوضون هيئة تحكيم للفصل في النزاع وإصدار حُكم تحكيمي ملزم.

وكان الاتجاه التقليدي يعتمد في التفرقة بين الصلح والتحكيم على معيار تدخُّل أو وساطة طرف ثالث من الغير، إلا أنَّ هذا المعيار وحده لا يكفي للتفرقة بين الصلح ونظام التحكيم بالصلح، فهناك وسائل أخرى بديلة للقضاء لحلَّ المنازعات مثل الوساطة (mediation) والتوفيق (Conciliation)، فالوسيط والموفق كلاهما أشخاص محايدون كلاهما يجتهدان لحلَّ النزاع وتكون قراراتهما غير ملزمة⁽²⁾، وأيضاً حلَّ النزاع بواسطة شخص ثالث (Adjudication) بناءً على اعتماد هذا المعيار يعتبر هذا النظام صلحاً، إلا أنَّه نظام مستقل بذاته وكذلك الاحتكام إلى خبير (Expert Determination) فجميعها هي وسائل بديلة للقضاء لحلَّ المنازعات كلُّ منها له خصائصه ومميزاته وجميعها أيضاً تكون بتدخُّل طرف ثالث من الغير وتنتهي بقرارات غير ملزمة، فلا يمكن اعتبارها صلحاً استناداً إلى المعيار التقليدي، فلا بدَّ

(1) التحيوي، محمود السيد، مرجع سابق، ص 146.

(2) أباريان، علاء، الوسائل البديلة لحلَّ النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص

من وجود معايير أخرى مساندة احتياطية تُساعد في الوصول لتمييز كل نظام من هذه النظم عن غيره⁽¹⁾.

وبناءً على ما سلف ذكره فإنه لا بدّ من إعادة النظر في المادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، ففي الشقّ الأول تحدّثت المادة عن التفويض بالصلح⁽²⁾، وهو التحكيم بالصلح وفقاً لقواعد العدالة كما ذكرنا آنفاً، وفي الشقّ الثاني تحدّث المشرّع عن عرض هيئة التحكيم بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها التسوية الودية وهي (المصالحة)، التي تحدّث عنها في الشقّ الأول بناءً على تفويض الأطراف، ولكنّه قصد التحكيم بالصلح وفق قواعد العدالة والإنصاف، فهذه المادة بحاجة إلى إعادة نظر وصياغة لتلافي الخلط بين المفاهيم. أما في حالة التحكيم بالقانون فيجب على المحكم أن يتعرّف على وقائع النزاع وأن يبحث عن القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق التي تتولّى حسم النزاع مراعيّاً بذلك القواعد الآمرة وشروط العقد (أي ما اتفق عليه الأطراف) ولا يمكنه اللجوء إلى قواعد العدالة والإنصاف، إلا إذا لم يجد نصّاً خاصاً يتضمّن حلاً للمسألة محلّ النزاع⁽³⁾.

على عكس التحكيم بالصلح الذي يتخطى به المحكم كل القوانين والقواعد القانونية ويلجأ مباشرة إلى قواعد العدالة والإنصاف، فللمحكم أن يستبعدّها ويحلّ محلّها حلولاً يراها عادلةً

(1) خالد، هشام، أولويات التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والأنجلوسكسونية والعربية"، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004، ص 149 وما يليها.

(2) إنّ التفويض بالصلح هو ترجمة التسمية الفرنسية، وهي كما يقول الأستاذ محمود مختار أحمد بربري: "ترجمة لا نراها موفقة لما تنهيه من خلط بين التحكيم والصلح رغم التمايز بينهما، فضلاً من أنّ المحكم لا يجري صلحاً في حالة تفويضه وإنما يصدر حكماً ملزماً، غاية ما هناك أنّه لا يصدر هذا الحكم متبنياً نصوص قانونية أو تشريع محدّد وإنما يوائم بين المصالح إلى حكم (ودي) بمعنى عدم استناده إلى نصوص قانونية. ويرى الأستاذ المذكور من الأفضل تسميته بالموفق وليس المحكم بناء على ذلك.

مشار إليه لدى: الرفيعي، علي كاظم، سلطات المحكم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة بغداد، ص 57.

(3) سامي، محمد فوزي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، عمان، ص 196.

بمفهومه الشخصي، فللمحكم سلطة تقديرية واسعة لمحاولة إدراك العدالة دون الالتزام بأيٍّ من نصوص القانون الجامدة، ومن هنا جاء القول بأنّ عدالة التحكيم ترتبط بعدالة المحكم⁽¹⁾.

كذلك يرى البعض أن التحكيم بالصلح أو الطليق لا يتجزأ كما هو الحال بالنسبة للتحكيم بالقانون، لذلك فإنّ بطلان جزء منه يقضي ببطلان العقد كلّ هذا في التحكيم بالصلح.

كما أنّ التحكيم بالقانون هو الأصل والاستثناء هو التحكيم بالصلح، فالمحكم قانوناً يمارس سلطة القاضي في تطبيق القانون على الواقعة أو النزاع المطروح أمامه، ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة، فيصدر المحكمّ بالقانون حكمه وفقاً للقواعد القانونية الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، ويتقيّد بالإجراءات المنصوص عليها في القانون.

وبما أنّ التحكيم بالقانون هو الأصل واستثناءً عليه هو التحكيم بالصلح أو الطليق فلا بدّ من النص صراحةً على اتجاه إرادة الأطراف صراحةً على إعفاء المحكم من التقيد بالقانون، وتفويض بالصلح وفق قواعد العدالة، فلا يجوز الارتكان للإرادة الضمنية والتوسّع فيها لما فيه من خطورة مما يعرض الحكم وفق قواعد العدالة (الطليق) للبطلان نتيجة مخالفة ما انصرفت إليه إرادة الأطراف.

لذلك فإذا كانت إرادة الطرفين قد تم التعبير عنها بطريقة تُثير الشكّ فالحلّ هنا تفسير الاتفاق بما يضمن حقوق الأفراد ويحمي توقعاتهم، وذلك لأنّ التحكيم بالصلح يتطلّب التحرّر من قواعد القانون الشكلية والموضوعية، فمثلاً في حال اتفاق الأطراف على التحكيم مع تفويض المحكمّ بالصلح وتضمن اتفاق التحكيم شرطاً يقضي بضرورة احترام المحكمّ لقواعد القانون، هنا يفسّر هذا على أنّه تحكيم بالقانون.

(1) المصري حسن، مرجع سابق، ص 400.

كما أنّ الاتفاق على منح المحكمّ بالصلح سلطة الفصل دون أن يكون قراره قابلاً للطعن أو يتمّ إعفاؤه من التقيد بالمواعيد والإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون، فلا يمكن اعتبار هذه المسائل ضابطاً للتفرقة بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح وليست معياراً لاعتباره تحكيمياً طبقاً⁽¹⁾.

فالتحكيم بالصلح لا يعني أن المحكمّ لا يستقي حكمه الفاصل في النزاع من روح القوانين الوضعية⁽²⁾ وذلك لأنّ قواعد العدالة والإنصاف هي من المصادر الرئيسية للقوانين الوطنية وتمثّل روح القوانين⁽³⁾، إلا أن المحكمّ في حلّ من أمره فله أن يأخذ من القوانين أو القواعد القانونية ما يراه محققاً للعدالة، وهو غير ملزم بذلك لكن تحقيق العدالة قد يقتضي منه ذلك.

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا بأنّ التحكيم يلعب دور "المكوّن الودّي" (arbitr amiable compositeur)، وهذا يعني إعطاء المحكمة سلطة الفصل بالنزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف، الأمر الذي من شأنه السماح لهيئة التحكيم بإصدار حكم ليس تطبيقاً لما تقتضي به قواعد القانون، وإنما استناداً لما تقرّره قواعد العدالة والإنصاف نفسها.

وسواءً كان التحكيم بالصلح أو بالقانون فالمحكمّ دور بارز في حماية التوقعات المشروعة لأطراف النزاع الذين اختاروا التحكيم وسيلةً لحلّ النزاع القائم، والإجابة على هذه

(1) تنصّ المادة 3/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "لا يجوز لمحكمة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودّي (التحكيم بالصلح) إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحةً".

(2) Talmon, Stefan, Applicable law in investor- State Arbitration, Oxford Monograph International Law, (2013, p. 65.

(3) أبو الوفا، أحمد، مرجع سابق، ص 38.

التوقعات بالصورة المثلّية⁽¹⁾، ومع هذا لا يمكن إنكار حقيقة ما ينطوي عليه التحكيم بالصلح من عمومية وعدم تحديد قد يضع المتعاقدين في خطر الابتعاد عن توقعاتهم وحرمانهم من الأمان القانوني⁽²⁾.

ومن تطبيقات قواعد العدالة والإنصاف مثلاً، أنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة على المسؤولية، أو توزيع مخاطرها على الطرفين، إذا ما رأت في ذلك تحقيقاً للعدالة، كما يجوز لها تحقيقاً لمقتضيات العدالة أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه رغم عدم توفر الأعدار التي يتطلبها القانون⁽³⁾.

الفرع الثاني - نطاق سلطة المحكمّ بالقانون والمحكمّ بالصلح:

على الرغم من الفروق الجوهرية بين النظامين التحكيميّين ، إلا أنّ هناك بعض القيود المشتركة التي تقيد المحكمّ، فاتفاق التحكيم يُعتبر بمثابة خارطة طريق ترسم للمحكمّ حدود صلاحيّاته في حسم النزاع المنظور أمامه، فمثلاً قواعد الإجراءات أو المرافعات المدنية فالمحكمّ بالقانون أو المحكمّ بالصلح (الطليق) يعتبر مُعقّى من التقيد بهذه الإجراءات المطبّقة أمام المحاكم، إلا أنّ هذا الإعفاء لا يؤخذ به على إطلاقه، ففي حال اتفاق الأطراف على إجراءات معينة فالمحكمّ هنا يلتزم بما اتّجهت إليه إرادة الأطراف وفقاً لما تقتضيه مصلحتهم وما تمّ الاتفاق عليه وعدم مراعاة المحكمّ لهذا الاتفاق يعتبر خروجاً عن حدود وثيقة التحكيم، وتجاوزاً لحدود سلطته.

(1) الرفاعي، أشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 34.

(2) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص 759-760.

(3) الجمال، مصطفى وعبد العال، مرجع سابق، ص 764.

أيضاً المحكم يكون لزاماً عليه في كلا النظامين التقيد بتلك الإجراءات وعدم مخالفة المبادئ الأساسية الثابتة للتقاضي مثل حق الدفاع، والمساواة بين المحكّمين⁽¹⁾، وإلا كان قرار التحكيم عرضةً لرفض تنفيذه من قبل قاضي الدولة المراد تنفيذ القرار فيها. كذلك من المفترض أن يتقيد المحكم أيضاً بالنظام العام سواء كان محكماً بالصلح أو بالقانون، والاتجاه الحديث في القضاء والتشريع يميل إلى التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي⁽²⁾، وهذا ما يمكن استنتاجه من نصّ الفقرة (5) من المادة (1502) من قانون المرافعات الفرنسي والذي اقتبس منه المشرّع اللبناني نصّ المادة (814) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، والتي تنصّ على أنّه "يعترف بالقرارات التحكيمية ويعطى الصيغة التنفيذية إذا أثبت الشخص الذي يتدرع بها، وجودها ولم تكن مخالفة بصورة واضحة للنظام العام الدولي".

ومن الملاحظ أنّ القرارات القضائية الفرنسية غنيّة في هذا المجال، حيث تمّ تنفيذ الكثير من القرارات التحكيمية على الرّغم من مخالفتها للنظام العام الداخلي (الفرنسي) ولكنها لا تخالف النظام العام الدولي⁽³⁾.

(1) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 413-414.

(2) يُطلق مصطلح "قواعد النظام العام الدولي" على القواعد التي تكوّنت جرّاء ما استقرّ عليه التعامل الدولي وهي تتفق إلى حدّ كبير مع قواعد الأخلاق والآداب العامة في التعامل بين التجّار.

(3) في هذا المجال نشير إلى قرارات القضاء الفرنسي التي نُشرت عام 1989 في مجلة التحكيم Revue de L'arbitrage وهي كالآتي:

قرار محكمة استئناف باريس في 6 مايس 1988 وقرار المحكمة المذكورة في 27 تشرين الثاني 1987 وفي 2 شباط، وهذه القرارات منشورة في مجلة التحكيم، العدد الأول لعام 1989 في الصفحات 62، 75، 83، وقرار استئناف باريس في 22 كانون الثاني 1988 وفي 13 مارس 1988 المنشوران في مجلة التحكيم العدد الثاني لعام 1989، ص 251.

إلا أن هذا الاتجاه ليس هو السائد دولياً، فنجد غالبية التشريعات لا تعترف بهذه التفرقة مثل اتفاقية نيويورك، فتقرر رفض تنفيذ القرار التحكيمي إذا تعارض مع النظام العام، دون تفرقة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي⁽¹⁾.

كذلك نجد مثلاً أن اتفاقية جنيف لعام 1961 نصّت في المادة (7/ف 2) على جواز إنهاء النزاع من قبل المحكّمين بالصلح إذا كان ذلك يمثل إرادة الأطراف وإذا كان القانون الذي يطبّق على التحكيم يسمح بذلك.

فهذا قيد آخر على عملية التحكيم بالصلح (ومن باب أولى تعتبر قيوداً على التحكيم بالقانون أيضاً، وهي إرادة الأطراف أولاً والقانون الذي يحكم التحكيم يسمح بالتحكيم في هذه المسألة ثانياً).

ولكن في حين نجد القاضي الوطني ملزم بتطبيق القواعد المكّملة في جميع الحالات التي لا يتفق الأطراف على مخالفتها، فإنّ المحكم بالقانون والمحكم بالصلح في حال استبعادها من قبل الأطراف وتنازلهم عنها، فهنا يتمتّع المحكم بالصلح بسلطة استثنائية ويحقّ له طرح هذه القواعد القانونية المكّملة جانباً.

إذا كان الحال كذلك فيما يتعلق بالقواعد القانونية المكّملة، فما هي الصورة فيما يتعلّق بالقواعد الآمرة؟

يميّز الفقه والقضاء بين نوعين من هذه القواعد وهي قواعد النظام العام الحمائية⁽¹⁾ (L'ordre Public de Protection) وهي القواعد المخصّصة لحماية مصالح الأفراد، وقواعد

(1) ومثال ذلك أيضاً اتفاقية جنيف 1927 (المادة الأولى فقرة هـ) واتفاقية الرياض لعام 1983 المادة (27/هـ) والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري المادة 2/35.

النظام التوجيهي (L'ordre Public de direction inperative)⁽²⁾ وهي قواعد النظام العام المخصصة لحماية مصلحة عامة. فالقواعد الحمائية يجوز للمحكم الخروج عنها، أما الأطراف فلا يجوز لهم الاتفاق ابتداءً على مخالفتها، لكن يجوز لهم التنازل عنها بعد استحقاقها فعلاً، أما القواعد العامة التوجيهية فلا يجوز مخالفتها من المحكم ولا من الأطراف ولا يجوز التنازل عن الحقوق التي تقرّها لهم⁽³⁾.

ولكن اختلف الفقه في مدى التزام المحكم بالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام⁽⁴⁾، فمنهم من قال⁽⁵⁾ بضرورة التزام المحكم بها في بلد صدور القرار التحكيمي، ولكن غالباً ما يتجه الأفراد إلى اختيار تحكيم محايد مما يجعل من فرض تطبيق القواعد الآمرة في دولة مقر التنفيذ حالة استثنائية، ذلك لأنّ هذه القواعد لا تشكّل قانون اختصاص للمحكم وأيضاً لا تكون هذه القواعد على صلة بموضوع النزاع.

واتّجه فريق آخر إلى ضرورة الالتزام بالقواعد الآمرة في الدولة التي يطلب من محاكمها تنفيذ القرار التحكيمي، فعدم مراعاة المحكم للنظام العام في بلد التنفيذ يؤدي إلى تجريّد القرار التحكيمي من فعاليته وامتناع القضاء عن تنفيذه.

(1) تهدف هذه القواعد إلى حماية المصلحة الخاصة عموماً وفي خصوص الروابط الاقتصادية بهدف حماية الطرف الضعيف اقتصادياً كالمزارع أو المستهلك في عقد البيع أو العامل في عقد العمل.

(2) هي قواعد تعمل على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية مثل القوانين الخاصة بالائتمان.

(3) الجبال، مصطفى محمد، عبد العال عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 111.

(4) انظر في ذلك المادة 2/182 من قانون المرافعات الكويتي والتي تنصّ على أن لا يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح، فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام.

(5) انظر في هذا المعنى: الحجايا، نور حمد، مرجع سابق، ص 73. نقلاً عن: Y. Derains, Les tendances de La jurisprudence arbitrale internationale, Jour. d. int. 1993, p. 846.

وهناك جانب آخر ينادي بضرورة الالتزام بالقواعد الآمرة في القوانين ذات الصلة بموضوع النزاع، وهنا أيضاً لا يوجد معيار معيّن لتحديد ما هو القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع، أيضاً لا يوجد معيار توفيق للنظام العام في عدد كبير من الدول.

خلاصة القول أنّ المحكم يتقيد بالنظام العام الدولي، وفي حالة تعارض قواعد النظام العام الدولي مع قواعد النظام العام المحلي أو الوطني فعليه الالتزام بالقواعد الآمرة في النظام الأول وتغليبها على النظام العام الوطني، وكذلك هناك آراء مختلفة بضرورة تقيد المحكم في النظام في بلد تنفيذ القرار التحكيمي أو النظام العام في القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع، أو بلد صدور قرار التحكيم، أو موطن العقد... الخ، ويرى الباحث أنّ معيار مكان تنفيذ قرار التحكيم ربّما هو الأقرب للصواب والمنطق، لأنّ اصطدام قرار التحكيم بالقواعد الآمرة للنظام العام⁽¹⁾ في البلد التي يطلب من محاكمها تنفيذه يفرغ هذا القرار من محتواه ويجرّده من الفعالية، فما هي الفائدة من عملية التحكيم إذا لم يكن هذا القرار التحكيمي متمتعاً بفعالية التنفيذ وامتنع القضاء عن تنفيذه لمخالفته للنظام العام في ذلك البلد؟

ولكن هنا نتساءل، هل يفترض بالمحكمة البحث عن مكان تنفيذ حكم التحكيم والاطّلاع على قانونه المحلي والنظام العام فيه وقواعده الآمرة والمكملة.

(1) لا بدّ من التأكّد أنّ القواعد الآمرة ليست كلها من النظام العام، بل قواعد النظام العام كلها أمرة، وهذا الرأي مستقرّ عليه الفقه والقضاء. كذلك يرى الفقه الحديث مثل (A. CHAPPELLE) أنّ النظام العام في القانون الدولي الخاص يمكن مقارنته بالنظام في القانون الداخلي، فلا بدّ من التفرقة بين النظام العام كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي، والنظام العام كضابط لإسناد النزاع لدولة القاضي ابتداءً، فالنظام العام كدفع يقابل (النظم العام الحمائي)، أما النظام العام كضابط إسناد فيقابلة (النظام العام التوجيهي)، فكلاهما نظام عام سلبي بمعنى أنّهما يعملان على استبعاد كلّ اتفاق أو قانون يتعارض معهما والعمل على الحفاظ على المبادئ والأسس العامة لكيان المجتمع (هذا بالنسبة للنظام العام كدفع والنظام العام الحمائي)، أما النظام العام كضابط إسناد لصالح قانون القاضي والنظام العام التوجيهي فيجمع بينهما أنّهما نظام عام إيجابي لا ينبغي استبعاد قواعد معينة، بل يفرض تطبيق قواعد قانون القاضي اللازمة لإدراك أهداف التوجيه الاقتصادي والاجتماعي التي أرادها القاضي.

فمثلاً المادة 43 فقرة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 نصّت على أنه يجوز لأطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لمخالفته للنظام العام في فلسطين، كما أنّ المادة 48 من نفس القانون أجازت للمحكمة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي إذا: 1- كان مخالفاً للنظام العام في فلسطين. 2- لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين. وكذلك عدم تسبیب الحكم يُعتبر مخالفة جوهرية للنظام العام الإجرائي ويترتب عليها بطلان الحكم⁽¹⁾.

وترى الباحثة أنّ تكليف المحكمّ بالتقيّد بالنظام العام الداخلي هو أقرب الآراء إلى المنطق، والمقصود بالقواعد الآمرة في النظام العام هنا القواعد الآمرة في النظام العام الدولي وليس المحلي، لأنّ فرض التقيّد بهذا الأخير على المحكمّ يعتبر تكليفه بما لا يستطيع فيجب عليه كحدّ أدنى مراعاة النظام العام الدولي الذي يُعتبر موحّداً على المستوى الدولي، فمثلاً غسيل الأموال والرشوة هي مسائل مُخالفة للنظام العام الداخلي والدولي معاً ولا يمكن أن نتصوّر ادّعاء هيئة التحكيم بالجهل بهذه المسائل ومخالفتها للنظام العام أثناء النظر بالنزاع.

هذا من حيث الدفع بالنظام العام ومدى تقيّد المحكمّ بالنظام العام سواء كان محكمّاً بالقانون أو بالصلح ومدى تقيّد المحكمّ فيه وإمكانية استبعاده أو تجاهله، ولكن العقد وشروطه هل يملك المحكمّ الخروج عن أحكام العقد؟

يذهب البعض إلى أنّ المحكمّ يملك الخروج على أحكام العقد وعدم التقيّد بما ذكر فيه من شروط تعاقدية، فله أن يخفض من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين أو يزيد من

(1) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 413-414.

الحقوق المعطاة له⁽¹⁾، فمثلاً للمحكم أن يزيد معدل الفائدة المتفق عليها في العقد أو ينقصها، أو أن يغير التزام المدين في العقد من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، إلا أن هذه السلطة الممنوحة للمحكم مقيدة بعدم تغيير العقد تغييراً جوهرياً، يؤدي إلى تحويله من عقد إلى آخر بشكل يخالف ما اتجهت إليه إرادة الأطراف مثل تحويله من عقد بيع بالتقسيط إلى عقد إيجار ويقرر أن ما يدفعه المدين هو أجره وليس ثمناً للمبيع، أو يقوم بفسخ العقد دون أن يطلب أحد أطراف العقد ذلك، فلا بدّ من التقيّد باتفاق الطرفين الذي يستمدّ سلطاته منه.

وهذا بحدّ ذاته يؤدي إلى نتيجة خطيرة جداً وهي تحريف العقد فلا يجوز التوسّع في السلطات الممنوحة للمحكم الطليق إلى ما لا نهاية، إضافةً إلى ذلك لا يجوز للمحكم تعديل العقد وسدّ ثغراته وإضافة شروط وإهدار شروط، لأنّ مهمته هي الفصل في النزاع⁽²⁾، وليس له أن يحلّ محلّ أطرافه فيقوم بتعديل الثمن، فمثلاً تبعاً لتغير الظروف الاقتصادية⁽³⁾. ومع أنّ هذا الرأي تعرّض للانتقاد إلا أنّه لا يمكن إغفال الاعتراف للمحكم بالدور المخفّف من صرامة شروط العقد أحياناً، إلا أنّه لا بدّ من الانتباه إلى عدم إهدار مبدأ سلطان الإرادة الذي يؤدي إلى تغيير مضمون العقد تغييراً جذرياً، فيصبح مُغيّراً للعقد الأصلي مثار النزاع⁽⁴⁾.

ولا بدّ من الإشارة إلى أنّ التحكيم بالصلح (الطليق) يعتبر من أفضل الطرق لحلّ المنازعات الناشئة عن العقود طويلة الأجل المركّبة، أو تلك التي تتضمن شروطاً معقّدة ويسود

(1) حداد، حمزة أحمد، التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح في قوانين الدول العربية، ورقة عمل مقدمة إلى ملتقى التحكيم السعودي من منظور إسلامي ودولي منشور على الإنترنت على الموقع التالي <http://www.aiadr.com>.

(2) انظر في هذا المعنى: خالد، هشام، مرجع سابق، ص 129.

(3) هنا تكون بصدد عمل خبير وليس محكم، وهما مختلفان تماماً، فالخبير يقوم بتحديد عنصر من تصرّف قانوني أو تعديله إعمالاً لإرادتي الطرفين على عكس المحكم الذي يبحث عن إرادة القانون فيطبّقها وفي حال التحكيم.

(4) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 429-430.

فيها صراع المصالح بين الطرفين أكثر من التعاون بينهما في تنفيذها، مما يستدعي التدخل لإعادة التوازن إليها، دون التقيّد بقواعد قانونية أو اتفاقية تحول دون تحقيق هذا التوازن، ورفع الظلم الذي حاق بأحد الطرفين نتيجة للظروف الاقتصادية غير العادية.

أيضاً لا بدّ من التأكيد على أنّ التحكيم بالصلح لا يقبل التجزئة، فلا يعتدّ بما أصدره المحكّم المفوض بالصلح في بعض الطلبات دون الأخرى خلال الأجل المحدّد له، حتى لو كانت هذه الطلبات مستقلة عن بعضها البعض، والسبب في ذلك أنّ محكّم المصالح يمكن أن يكون قد راعى في بعض الطلبات أحد الخصوم دون أن يُراعي خصمه على سبيل التقابل⁽¹⁾، إلا إذا ارتضى الخصوم خلاف ذلك⁽²⁾.

بل بالإضافة إلى ذلك قد يضطرّ المحكّم إلى التضحية بشرط من شروط العقد بحثاً عن العدالة، إذا رأى أنّ هذا الشرط أو الشروط تتعارض مع العدالة أو لا تؤدي إلى تحقيقها⁽³⁾ - هذا بالنسبة للتحكيم الطليق - أما بالنسبة للتحكيم بالقانون، فإرادة الأطراف والقانون يمثلان قيداً على المحكّم هنا.

وبهذا فقد يؤدّي التحكيم بالصلح (الطليق) إلى إفلات أو تحرير العقد تماماً من سلطان القانون الداخلي على نحو أكثر من التحكيم بالقانون، فهذا الأخير إذا كان القانون المختار هو قواعد القانون التجاري الدولي ولم يجد حلاً في هذه القواعد، سوف يلتجئ إلى قواعد التنازع، في حين أنّ المحكّم بالصلح سوف يتّجه إلى خلق الحلّ المناسب مستلهماً العدالة كما يعرفها مجتمع التجار.

(1) الجعير، إبراهيم رضوان، بطلان حكم المحكّم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2009، ص 153.

(2) أبو الوفا، أحمد، التحكيم بالقضاء والصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965، ص 180.

(3) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 428.

ويرى الدكتور هشام صادق⁽¹⁾ أنّ "مجرّد التجاء المتعاقدين إلى تحكيم العدالة يفيد في حدّ ذاته رضا هؤلاء الضمني بتطبيق أعراف وعادات التجارة الدولية، وبالتالي فلن تكون بصدد عقد يفلت من حكم القانون لأنّ الأمر سينتهي بتحكيم العدالة إلى التوصل إلى نفس الحلّ الذي سيحكم به المحكّمون فيما لو لم يكونوا مفوضين بالصلح".

وخلاصة القول، لقد تناولت الباحثة في هذا المبحث التمهيدي بشكل موجز التحكيم بالصلح أو التحكيم بالعدالة، حيث اقتضت طبيعة الموضوع التطرّق لهذا الموضوع وبيان الفروقات الجوهرية بين التحكيم بالصلح، والتحكيم بالقانون والذي هو موضوع دراستنا في الفصلين القادمين، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالتحكيم تحديداً. وسيتم تناول الموضوع من زاويتين من حيث الجهة التي تختار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع المحكّم فيه. ففي الفصل الأول تتناول الباحثة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الأطراف، وفي الفصل الثاني تتناول اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق، وهذا ما سنأتي على تفصيله فيما يأتي.

(1) صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 186.

الفصل الأول

اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

من قبل الأطراف

إنّ مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكّم فيه ليس بالسهولة التي نتوقّعها، فالأمر لا يتطلّب فقط الفصل بين منهجين أي منهج القواعد المادية أو الموضوعية ومنهج التنازُع (السافيني)، وإنّما يتطلّب معرفة ما إذا كان الأطراف يملكون حريّة اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكّم فيه، وما هو الحلّ إذا لم يعيّن الأطراف القانون الذي ينزع المحكّم فيه؟

فمسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق تثير إشكاليتين رئيسيتين الأولى تتعلق بتحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق أي قانون الإجراءات الذي تطبقه هيئة التحكيم على الإجراءات التي تتم أمامها، والثانية هي تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وحقوق الأطراف والتزاماتهم التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية.

ومن هنا تدرك هيئة التحكيم أو المحكّمين أهمية وخطورة تعيين القانون الذي ستأخذ قواعده لتطبيقها على موضوع النزاع، فإنها تتجه أولاً للبحث عن إرادة الأطراف وما قصدت إليه⁽¹⁾، وإذا لم تجد في هذه الإرادة ما يعينها على تحديد هذا القانون تبحث عنه في قواعد القانون الدولي الخاص، وفيه لا بدّ لها من البحث عن القواعد التي ستطبقها، وهل ستكون قواعد

Ferrari, Franco, (Editor); Kroll, Stefan (Editor) conflict of laws in international Arbitration. Berlin, (1) DEU; de Gruyter Sellier, 2010, p. 258.

التنازع في قانون دولة مكان التحكيم (مقرّ التحكيم) أم قواعد التنازع التي تختارها بنفسها أم

قواعد التنازع في دولة أحد الأطراف؟ أم أنّها تختار القانون الملأئم بنفسها مباشرة؟

وفي هذا الفصل تتناول الباحثة الحالة التي يختار فيها الطرفان القانون الواجب التطبيق

على موضوع النزاع، ولذلك قامت الباحثة بتقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث رئيسية على

الترتيب التالي:

المبحث الأول: اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق.

المبحث الثاني: اختيار الأطراف الضمني للقانون الواجب التطبيق.

المبحث الثالث: إمكانية اختيار قانون التجار (Lex-mercatoria) من قبل الأطراف.

المبحث الرابع: الإحالة.

المبحث الأول

اختيار الأفراد الصريح للقانون الواجب التطبيق

بما أنّ التحكيم قضاءً اتفاقاً وجوهه يقوم على حرية الأطراف في الالتجاء له لحلّ النزاعات التي ثارت أو ستثور بشأن عقد معيّن مبرم بينهم، وكذلك فلسفته تقوم أساساً على حرية أطراف العلاقة القانونية في اختيار كلّ ما يتعلق به من حيث الهيئة التي تقوم به، أو القواعد واجبة التطبيق على إجراءاته وموضوعه.

"فنظام التحكيم بمجمله يستمدّ وجوده من اتفاق الأطراف على اللجوء إليه"⁽¹⁾. فقانون الإرادة أصبح سائداً ومُلزماً في معظم الحالات التي تفصل فيها هيئة التحكيم، ولا يشترط في القانون المختار من قبل الأطراف أن تكون له علاقة بجنسية الأطراف أو محلّ إبرام أو تنفيذ العقد، وبهذا يرمي الأطراف لاختيار قانون محايد، وقد لا يختار الأطراف قانوناً معيّنًا ويهدفون من ذلك إخضاع النزاع لقواعد العرف والعادات التجارية (قانون التجار)، بل أكثر من ذلك قد تتجه إرادة الأطراف لإخضاع اتفاق التحكيم لقانون يحكمه غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي، إلّا إذا ورد اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم على صورة بند من بنود العقد الأصلي، فهنا من غير المتصور فصل أحدهما عن الآخر، خصوصاً في مسألة القانون الواجب التطبيق⁽²⁾، ولا بدّ هنا من تحديد ما هو القانون الواجب التطبيق، ومتى تنثور مشكلة القانون الواجب التطبيق،

(1) عبد العال، عكاشة محمد، بحث بعنوان: القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم (دراسة مقارنة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة 2006 في شأن التحكيم في المنازعات التجارية)، البحث منشور في أعمال بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، ط 1، مجلد 2، المؤتمر العلمي السادس عشر، 2008، ص 585.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 290. "إنّه من الصعب فصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إذا ورد اتفاق التحكيم ضمن بنود العقد الأصلي أو شروطه".

وكيفية اختياره وتحديدته من قبل الأطراف، ووقت اختياره وضرورة التزام المحكّمين بما اتجهت إرادة الأطراف له والتقيّد به وعدم تجاوز الصلاحيات الممنوحة لهم وماذا يترتّب في حالة مخالفتهم لبنود اتفاق التحكيم؟ وعليه سيتمّ تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: المقصود بالقانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع التحكيم ومعيّار دوليته.

المطلب الثاني: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق ومفهومه ووقت الاعتداد به.

المطلب الأول

معنى القانون الواجب التطبيق

على موضوع نزاع التحكيم ومعياري دوليته

إنّ مشكلة معرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعة التحكيمية هي من أخطر وأصعب المشاكل التي من الممكن أن تُواجه المُتَنَازِعِينَ، ولذلك كان لا بدّ من أن يبيّن المشرّع بوضوح ما هو القانون الواجب التطبيق على أيّ منازعة تحكيمية سواءً بشكل عام أو بشكلٍ خاصّ.

وتكمن أهمية معرفة القانون الواجب التطبيق حتى تستطيع إصباح الحُكم بصيغة قانونية حتى تنفذ آثاره تجاه كلّ من المتنازعين.

فالبحث عن القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم يثير مسألة القانون الموضوعي والقانون الإجرائي، والمقصود بالقانون الإجرائي القانون الذي تطبّقه هيئة التحكيم على الإجراءات التي تتمّ أمامها، أو تتخذها لنظر النزاع تمهيداً للفصل فيه، أما القانون الموضوعي فهو القانون الذي يحكم موضوع النزاع وحقوق الأطراف والتزاماتهم التي تترتّب على الحُكم الصادر في الدعوى التحكيمية، والذي هو موضوع دراستنا.

وإنّ مشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هذه، لا تثور إلا إذا كان التحكيم دولياً.

وبناءً عليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ الفرع الأول يتناول المقصود بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والفرع الثاني يتناول معيار دولية التحكيم.

الفرع الأول- معنى المقصود بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

يعتبر القانون الواجب التطبيق من أهمّ قضايا التحكيم، فهو الأساس الذي يُبنى عليه إصدار حكم التحكيم وبالتالي إنهاء النزاع⁽¹⁾، وهذا التحديد يعتبر من المسائل الصعبة وتتّضح هذه الصعوبة عند إثارة هذه المسألة أمام المحكم الدولي في خصومة التحكيم الدولي الخاص، فلجوء أطراف العلاقات الدولية من مختلف الجنسيات إلى التحكيم يعطيهم الحرية في اتباع قواعد دولية معينة، وباختيار القانون الواجب التطبيق كي يحكم منازعتهم⁽²⁾، خصوصاً وأنه لا توجد قواعد موحدة للتحكيم⁽³⁾.

وقد حرصت معظم النظم القانونية على احترام إرادة الأطراف فيما يتعلق باختيارهم للقواعد التي تحكم موضوع النزاع طالما أنّها لا تخالف النظام العام في الدولة، مع ذلك فإنّ هذا الكلام قد يوحي بأنّ حرية الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تطبق على النزاع تسري على التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي على حدّ سواء، إلا أنّنا نرى أنّ المحكم في التحكيم الداخلي يتقيّد بتطبيق القانون الوطني فمن غير المتصور أن يتقيّد أو يتلقّى المحكم الوطني ما يختاره الأطراف من نصوص القانون أجنبي إلا إذا وردت بوصفها قواعد أو شروط موضوعية لتعاقدتهم، مع تقيد المحكم بالنظام العام عند تطبيقها⁽⁴⁾.

(1) الجعير، إبراهيم رضوان، مرجع سابق، ص 157.

(2) انظر في ذلك القضية التحكيمية رقم 196 نقض مدني لسنة 1974 تاريخ الجلسة 2010/2/23، جمهورية مصر العربية والتي تقرّر فيها أنّ "إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي تشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها"، وهذه القضية منشورة على موقع الأونسيترال <http://www.uncitral.org>.

(3) Wenge, M. Jean, Update to International Arbitration: Locating the Resources, No. 1, Introduction, 17 (3) September 2001, p. 74. (<http://www.iirx.com/features/arbitration2.htm>).

(4) مخلوف، أحمد، دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 452.

وبما أنّ اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود والأصل فيه هو حرية الطرفين في اختيار القانون الذي يحكم حقوقهم والتزاماتهم والتصرف فيها⁽¹⁾، أي خضوع العقد لقانون الإرادة⁽²⁾، ولكن هذا غير مُسلّم به تماماً، فهناك اتجاه آخر يتبنّى فكرة مقرر التحكيم وتطبيق قانون مقرر التحكيم نظراً للطبيعة القضائية للتحكيم.

وبالإضافة إلى اتفاق التحكيم ولأنّ عملية التحكيم ككل متكامل تتكوّن من اتفاق التحكيم والإجراءات والموضوع والحكم التحكيمي، نلاحظ أنّ المشرّع أطلق العنان لإرادة الأطراف الذين اختاروا اللجوء للتحكيم كوسيلة بديلة للقضاء لتسوية منازعاتهم واعتبار الإرادة ضابطاً إسناد في هذه الحالة.

فنلاحظ أنّ المصدر الأساسي لتحديد القانون الذي يحكم الموضوع والإجراءات هو إرادة الأطراف، وفي حال عدم تحديده واختياره من قبلهم -وهو خيار سيئ- هنا يأتي دور هيئة التحكيم كمصدر لتحديد القانون الواجب التطبيق.

كما يجوز لأطراف النزاع أيضاً اختيار أكثر من قانون ليحكم أجزاء العقد المختلفة⁽³⁾، لكن بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى التضارب في النتائج، ويشترط أيضاً أن تكون جوانب العقد نفسها تقبل التجزئة⁽¹⁾.

(1) الجبيري، إبراهيم رضوان، مرجع سابق، ص 157.

(2) أيد فقهاء القرن التاسع عشر خضوع العقد لقانون الإرادة من حيث موضوعه مع أنّ هذا الرأي تعرض للانتقاد بزعم أنّ العقد تحكمه القوانين التي تضعها السلطة المختصة، وبالتالي لا يجوز أن يكون للأفراد دور في تحديد القانون الذي يطبق على العقد، لأنّه في هذه الحالة يكون العقد في مركز أقوى من القانون، لكن هذا الانتقاد تم ردّه لأنّ حرية الأطراف في تعيين القانون المختص سنداً لقاعدة الإسناد التي تتضمّن ضابط الإسناد الإرادة، وفي الوقت الحاضر معظم النظم القانونية تعترف بحرية الأطراف في اختيار قانون العقد. انظر في هذا المعنى: دواس، أمين رجا رشيد، تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 138.

(3) مثال ذلك: يجوز لأطراف النزاع أن يختاروا تطبيق القواعد التي نصّ عليها القانون المدني الأردني على موضوع تسليم البضاعة، وتعيين قواعد القانون المدني الفرنسي على موضوع العيوب الخفية في البضاعة أو غيرها من القواعد التي يمكن أن تحكم نزاعهما. انظر في هذا المعنى: الجبيري، إبراهيم رضوان، مرجع سابق، ص 158.

ولكن الوضع مختلف تماماً إذا كان التحكيم دولياً⁽²⁾ أو تجارياً دولياً يجري في فلسطين، فإما أن يختار الأطراف وإما أن تختار هيئة التحكيم، وقد يكون القانون الفلسطيني من بين هذه الخيارات، لكن هنا هيئة التحكيم تختار فقط القانون الفلسطيني كونه قانون مقرر التحكم إذا كان التحكيم تجارياً دولياً ويجري في فلسطين⁽³⁾.

وجاء نص القانون واضحاً في المادة 19 حيث جاء في الفقرة الأولى أن التحكيم الدولي يجوز للأفراد اختيار القانون الذي يشاءون ليطبق على موضوع النزاع، لكن إذا لم يتفقوا هيئة التحكيم تطبيق القانون الفلسطيني كون التحكيم دولياً ويجري بفلسطين، وهذا منطبق قانون مقرر التحكيم، وحتى إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين الأولوية هنا لإرادة الأطراف واختيارهم، لكن في حال عدم الاتفاق على قانون معين، تطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم الأخذ بالإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق القانون الفلسطيني، مع ضرورة أن تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع كما جاء في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه.

كما أن المشرع الفلسطيني في المادة 43 فقرة 5 جعل مخالفة هيئة التحكيم للقانون الذي اتفق عليه الأطراف أو إساءة السلوك أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه من الأسباب التي تجيز لأي من الأطراف الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة⁽⁴⁾، وهذا يعتبر قيد

(1) دواس، أمين رجا رشيد، مرجع سابق، ص 141.

(2) انظر نص المادة 19 فقرة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

(3) انظر في ذلك اتفاقية نيويورك لعام 1958 فإنها أقرت نفس المبدأ بصورة غير مباشرة بالمادة (5/د) منها وذلك حينما ذكرت بأن قانون مكان التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف.

(4) المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 تنص على أنه "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية.... 5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه".

على هيئة التحكيم عند تطبيق القانون المختار وضرورة التقيّد به وإصدار حكمها بناءً عليه، وإلا كان الحكم عرضةً للطعن به.

والمشرّع الفلسطيني استبعد القانون الدولي الخاص -في المدة 19 ف 2- والذي يقوم بتكييف موضوع النزاع ومن ثمّ البحث عن قاعدة إسناد معيّنة، ومن خلالها تمّ الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق، فهو أخذ بتنازع القوانين، ولم يأخذ بالإحالة إلا إذا أدّت لتطبيق القانون الفلسطيني، هذا فيما يتعلّق بالنزاع الدولي الذي يتمّ في فلسطين، فما هو معيار دولية التحكيم؟ هذا ما سنتناوله الباحثة في الفرع الثاني.

الفرع الثاني- معيار دولية التحكيم:

لأهميّة تحديد ما إذا كان التحكيم دولياً أو أجنبياً أو وطنياً لا بدّ من البحث عن المعيار الذي على أساسه يُمكن اعتبار التحكيم دولياً أو أجنبياً، خاصةً وأنّ الكثير من الكتاب يجدون صعوبة في التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي، فيذهبون إلى القول أنّ الأجنبيه هي "في الواقع مرادفة للدولية"⁽¹⁾.

فكما ذكرنا سابقاً أنّ التحكيم الوطني بجميع عناصره والتحكيم الطليق لا يُثيران مشكلة القانون الواجب التطبيق، كذلك هذا النوع من التحكيم (الوطني) أهمّ ما يميّزه الارتباط القائم بين التحكيم وبين النظام القانوني لدولة معيّنة، فإذا كان التحكيم ينتمي بجميع عناصره سواءً كان ذلك من حيث المنازعات أو الإجراءات أو القانون الواجب التطبيق إلى دولة واحدة سُمّي تحكيمياً وطنياً، وعلى العكس من ذلك إذا ارتبط التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية

(1) رضوان، أبو زيد، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الثاني، دولية التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشرعية، الكويت، السنة الثانية، العدد الثاني، ص 42.

سُمِّيَ بالتحكيم الأجنبي⁽¹⁾، أما دولية التحكيم فتعني العديد من نقاط الالتقاء التي لا صلة لها بأي من النظم القانونية الوطنية.

وبناءً على تحديد صفة التحكيم هل هو محلي أو أجنبي أو دولي يمكننا تحديد ما هو القانون الواجب التطبيق، وما هي المحكمة المختصة أيضاً، فما هي النظريات والمعايير التي تبناها الفقه لتحديد الصفة الدولية للتحكيم؟

أولاً- نظرية قانون الإجراءات: كان معيار التفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي هو القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، فإذا خضع التحكيم لقانون داخلي اعتبر وطنياً وإذا كانت قواعد الإجراءات مأخوذة من قانون أجنبي اعتبر تحكيمياً أجنبياً، أيضاً في حال كانت قواعد الإجراءات مُستمدة من نصوص اتفاقية دولية، هنا يعتبر التحكيم وطنياً بالنسبة لدولة ما، وأجنبياً بالنسبة لدولة أخرى⁽²⁾.

ولكن يُعاب على هذا المعيار أنه من الصعب الاعتماد عليه لأنه قد لا يتواجد المحكمون في بلد معين إلا لفترة قصيرة، وقد يكون وجودهم لإعداد قرار التحكيم وهذا المعيار يؤدي إلى نتيجة خطيرة وهي البحث على قانون الإجراءات منذ بداية التحكيم حتى إصدار حكم التحكيم. ثانياً- معيار مكان صدور القرار: وهذا المعيار تبنته اتفاقية نيويورك لعام 1958 حول الاعتراف بالأحكام وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة الأولى منها؛ وكذلك أخذت به من قبل اتفاقية جنيف لعام 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مادتها الأولى أيضاً.

مع ضرورة الإشارة إلى أنه ليس كل تحكيم دولي مرادف للتحكيم الأجنبي، ذلك لأنه قد تكون طبيعة النزاع دولية، ويجري في دولة واحدة، وينتمي إليها أطراف النزاع بجنسياتهم

(1) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 101.

(2) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 98.

ويطبّق قانونها على الإجراءات والموضوع ومع ذلك يعتبر تحكيمياً دولياً لكونه متعلقاً بشؤون التجارة الدولية، وهو ما يقودنا إلى التطرّق للمعيارين الأكثر حسماً من حيث تحديد دولية النزاع أو العقد كونها من المسائل الأولية لأعمال قاعدة التنازع التي تقضي بإخضاع العقود لقانون الإرادة، ولكن الفقه يختلف حتى اليوم في اعتماد معيار معيّن لإعماله لتحديد دولية اتفاق التحكيم كشرط لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص⁽¹⁾.

ثالثاً- المعيار القانوني: وهذا ما اتجه إليه الفقه التقليدي في القانون الدولي الخاص لتحديد دولية العقد، يعتمد هذا المعيار على أنّ العقد يُعدّ دولياً فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني يعود لدول متعدّدة، وهذه العناصر قد تكون شخصية مستمدة من جنسية المتعاقدين أو محلّ إقامتهم، أو موضوعية مستمدة من مكان الإبرام أو مكان تنفيذ العقد⁽²⁾.

ولكن هذا المعيار يُعتبر جامداً ولا يلبي احتياجات التجارة الدولية في وقت تطوّرت فيه وسائل الاتصال وأصبحت تبرم مئات الآلاف من العقود إلكترونياً، وبالتالي لا يمكن الاعتماد على أيّ من عناصره لتحديد إذا ما كان العقد دولياً أم لا، وبالتالي التعرّف على القانون الواجب التطبيق في حال عدم اختياره من قِبل الأطراف. ولقصور هذا المعيار وتعرّضه للانتقاد ظهر معيار آخر وهو المعيار الاقتصادي.

رابعاً- المعيار الاقتصادي: يقوم هذا المعيار في جوهره على طبيعة المعاملة أو العقد فإذا كان النزاع ناشئاً عن المعاملات التجارية الدولية كان التحكيم بشأنه دولياً، وقد أخذ القضاء

(1) الفضلي، أحمد محمود، وعبيدات، مؤيد أحمد، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، بحث منشور في المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، 2010، ص 43.

(2) منصور، سامي بديع، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص 394.

الفرنسي⁽¹⁾ منذ فترة طويلة بهذا المعيار والذي استمدّه الفقه الفرنسي من نصّ المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الجديد لعام 1981، والتي تنصّ على أنّه يكون دولياً "التحكيم الذي يضع في الاعتبار مصالح التجارة الدولية"⁽²⁾، فمعيار الدولية ينطوي على صفقة تجارية تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة⁽³⁾.

مع أنّ هذا المعيار تعرّض للنقد كونه يتّصف بالغموض وعدم التحديد، خاصّةً وأنّ العلاقة العقدية المتضمنة انتقال الأموال من دولة إلى دولة أخرى في إطار مصالح التجارة الدولية هي أيضاً رابطة تتضمن الكثير من العناصر التي تتّصل بأكثر من نظام قانوني واحد، وهذا يعني توفير المعيار القانوني في نفس الوقت⁽⁴⁾.

وترى الباحثة أنّ طبيعة المعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية التي تقتضي انتقال القيم أو الأموال أو الخدمات أو الدّفع عبر الحدود، حتى ولو لم يتمّ الانتقال فعلاً كما ذهب الفقه الفرنسي، ما دام العقد أو المعاملة تُنبئ عن هذا الانتقال عبر الحدود.

ولكن إذا وجد عنصر أجنبي أو توفّر أكثر من نظام قانوني لا يمكن إغفال الصفة المؤثّرة لهذا العنصر الأجنبي خصوصاً عند الحديث عن الصفقات والمعاملات التجارية الدولية عبر الحدود، ولا يمكن على أرض الواقع أن تكون هناك معاملة متعلّقة بالتجارة الدولية أن تخلو من عنصر أو مجموعة عناصر تتّصل بأكثر من نظام اقنوني، مع أنّ الاتجاه السائد في معظم

(1) كذلك ذهب الفقه الفرنسي إلى تعريف اتفاق التحكيم الدولي بأنّه "اتفاق يتمّ بمقتضاه التزام شخصين أو أكثر على حسم المنازعات التي يمكن أن تنثور بينهما (بينهم)، أو ثارت بالفعل عن طريق محكم أو عدّة محكمين، والذي يضع بالاعتبار مصالح التجارة.

(2) مخلوف، أحمد، مرجع سابق، ص 64.

(3) فإذا كان النزاع ناشئاً عن المعاملات التجارية الدولية وجرى التحكيم بين مواطنين فرنسيين حول أمر متعلّق بالتجارة الدولية، وجرى في فرنسا، وربما المحكمّ فرنسياً، هنا النزاع يعتبر دولياً لتعلّقه بالتجارة الدولية، إذ أنّ هذا المعيار الاقتصادي لا يُعير أهميّة لجنسية أطراف النزاع أو جنسية المحكمّين أو مكان التحكيم.

(4) ويُذكر أنّ الأستاذ (P. Matter) المحامي العام الفرنسي قد توصّل إلى تقرير هذا المعيار، وقامت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق لأول مرة في تعريفها للعقد الدولي في القضية:

Cour de FCass. 17 Mai 1927. Arrêt Pelissier du Besset D.P. 1928, 1-25, not capitant et conct, Matter.

التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي مثل الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري لعام 1961 وكذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات ذات الطبيعة الدولية، ويمكن القول أنه هو المعيار السائد حالياً لكونه يتفق مع طبيعة النزاعات وواقع التعامل الدولي.

وتميل الباحثة إلى ضرورة الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، للقول بأنّ هذه المعاملة أو تلك تتحقّق فيها صفة الدولية، كون المعاملات التجارية الدولية متغيرة ومتنوّعة ولكلّ معاملة حيثياتها وطبيعتها وخصوصيتها، وتتّصف بالتطوّر المستمر لهذا وإنّ كان تبنّي معيار واحد وهو المعيار الاقتصادي ربما يؤدي إلى التوحيد في هذا المجال، إلا أنّه لا ضير من الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي حسب كلّ حالة على حدة.

وقد تبنّى المشرّع الفلسطيني هذا المعيار من خلال المادتين (3) التي ذكر فيها أنواع التحكيم⁽¹⁾، وكذلك المادة 18 والمادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني.

فالتحكيم الدولي الذي يجري بفلسطين ولا يتعلّق بالتجارة الدولية هو تحكيم محليّ ويُطبّق عليه بالضرورة القانون الفلسطيني، أما التحكيم التجاري الدولي فإنّ التحكيم هنا موضوعه تجارة دولية (معيار اقتصادي) ويتعلّق بالمسائل المدنية أو التجارية. ونصّ المشرّع على عددٍ من

(1) تنصّ المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنّه "لغايات هذا القانون يكون التحكيم أولاً: محلياً إذا لم يتعلّق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين. ثانياً: دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلّق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية، وذلك في الأحوال الآتية: 1- إذا كانت المراكز الرئيسية لأطراف التحكيم تقع في دولة مختلفة وتحت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحلّ إقامته المعتاد. 2- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة. 3- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى: أ- مكان إجراء التحكيم كما عيّنه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه. ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف. ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع. ثالثاً: أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين. رابعاً: خاصاً إذا لم تُقَمْ بتنظيمه مؤسسة مختصة بالتحكيم. خامساً: مؤسسياً إذا تمّ من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها.

الشروط لا بدّ من توفّرها، وإذا كان التحكيم تجارياً دولياً فهنا يحقّ للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق ولهم حرية مطلقة بموجب المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني، وإذا لم يحدّد الأطراف القانون الواجب التطبيق فإنّ هيئة التحكيم تطبّق القانون الفلسطيني على اعتبار أنّه قانون مقرّ التحكيم (أي ارتباط قانوني)، أيضاً هذا بموجب المادة 19 فقرة 1، أو القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد الإسناد في القانون الفلسطيني. والتحكيم يُعتبر أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين، وهذا من المآخذ التي تُؤخذ على المشرّع الفلسطيني، فمن الممكن أن يكون التحكيم الأجنبي تجاري دولي، لكن العكس غير صحيح⁽¹⁾.

ولكن قد يقع البعض⁽²⁾ في الخلط بين التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي، ممّا دفعهم للقول إنّ الأجنبية "في الواقع هي مرادفة للدولية".

والنزاع قد يكون تجارياً دولياً بطبيعته (يتعلّق بمسائل التجارة الدولية)، ويجري في دول واحدة ويطبّق قانونها وأطراف النزاع ينتمون لهذه الدولة بجنسياتهم، هنا النزاع تجاري دولي. فهنا المسائل تُعتبر غايةً بالدقّة والخطورة، فلا بدّ من تناول كلّ مسألة على حدة. لكن بالنتيجة ومن خلال المواد المشار إليها سابقاً فإنّ المشرّع الفلسطيني حاول أن يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي وهو اتجاه محمد لمشرّعنا الفلسطيني وهذا هو السائد على الساحة الدولية.

وبالعوض يقول إنّ المعيار الاقتصادي يُعتبر حاسماً لتحديد دولية التحكيم وليس بحاجة إلى معايير أخرى احتياطية⁽¹⁾.

(1) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 42.

(2) فالتحكيم الأجنبي عندما يتعلّق بالتجارة الدولية هو تجاري دولي، لكنه أجنبي من حيث مكان التحكيم خارج فلسطين، فيمكن القول أنّ التحكيم الأجنبي المتعلّق ب التجارة الدولية هو أحد صور التحكيم الدولي التي ذكرها المشرّع في المادة (3).

المطلب الثاني

الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

على موضوع النزاع

إنّ الاختيار الصريح من قِبَل أطراف النزاع لقانون معين هو من أفضل الخيارات التي تفسح المجال لهم باختيار قانون أو قواعد قانونية لتحكم النزاع، كذلك قد يتمّ اللجوء لاختيار قانون محايد لا علاقة له بالعقد أو بمحلّ الإبرام أو بمكان التنفيذ، أو قد يتم اختيار قانون متطورّ في أحكامه ليحكم النزاع، وقد يتم اللجوء لقواعد قانون التجار (Lexmercatoria)، وقد يتمّ اختيار هذه القواعد بالإضافة إلى بعض القوانين الوطنية، أو أحد القوانين الوطنية بالإضافة إلى مبادئ العدالة والإنصاف⁽²⁾.

فكيف يتم الاختيار الصريح ومتى يتم الاختيار الصريح وهل هناك قيود على الأطراف أو هيئة التحكيم؟ لهذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع؛ الأول يتناول المقصود بالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، والفرع الثاني موضوع الاختيار، والفرع الثالث توقيت الاختيار الصريح والقيود الواردة على الأطراف وهيئة التحكيم عند الاختيار الصريح.

الفرع الأول- الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف وأشكاله:

إنّ إرادة الأطراف مطلقة نوعاً ما في إخضاع موضوع النزاع للقانون الذي تختاره الأطراف، ولا بدّ من التمييز هنا بين شقي مبدأ سلطان الإرادة وهما العقد شريعة المتعاقدين في

(1) مخلوف، أحمد، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 65.

(2) LANDO, Ole, ibid, p. 107.

مجال النصوص الموضوعية (Privatautoromie) والذي يجوز بموجبه تضمين العقد أية شروط يراها المتعاقدان مناسبة دون أن تكون متعارضة مع الآداب والنظام العام، أو ممنوعة بنصوص خاصة، والشق الآخر وهو حرية الأطراف في اختيار قانون العقد في مجال تتازع القوانين (Parteidutonomie). عندما يعرض النزاع على المحكم من أجل تحديد ما هو القانون الواجب التطبيق، لا بدّ له من تكييف اتفاق الطرفين باللجوء إلى التحكيم، فقد يكتفه محكم ما على أنه من مسائل الإجراءات وبالتالي يطبق عليه القانون الذي يحكم الإجراءات -وعادةً ما يكون قانون المكان الذي تتم فيه الإجراءات-، وقد يكتفه محكم آخر على أنه عقد مستقلّ وبالتالي يخضع لقواعد الإسناد المتعلقة بالعقود الدولية والتي تشير إلى اختصاص قانون الإدارة⁽¹⁾.

إذن كما هو متفق عليه إنّ اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود يخضع لمبدأ قانون الإرادة، والمقصود بالإرادة هي الإرادة الصريحة والضمنية التي يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد، ولكن في حالة الاختيار الصريح من قبل الأطراف لقانون معيّن ليحكم موضوع النزاع نلاحظ أنّ هذا الاختيار يجعل من هيئة التحكيم متلقياً لما اتجهت إليه إرادة الأطراف، ولا يجوز لها مخالفته أو إهماله أو عدم تطبيقه كما سنرى بالتفصيل لاحقاً، لأنّ هذا الاختيار الصريح ترد عليه بعض القيود بالنسبة للمحكمين والمحتكمين.

وبطبيعة الحال قد تتجه إرادة الأفراد لاختيار قانون وطني معيّن، لدولة معينة كالقانون الفلسطيني أو الأردني أو المصري أو الفرنسي.... الخ، والمقصود هنا الأحكام المتعلقة بالمسألة موضوع النزاع في فروع القانون الأخرى لتلك الدولة مثل القانون المدني أو التجاري أو قانون الإجراءات المدنية في الحدود اللازمة لفضّ النزاع.

(1) الفضلي، أحمد محمود، وعبيدات، مؤيد أحمد، البحث السابق، ص 47.

وليس هذا الحل أو الخيار الوحيد أمام إرادة الأطراف الصريحة، فقد يختار الأطراف صراحةً القانون بذكره في اتفاق التحكيم (سواءً كان في صورة شرط أو مشاركة) ونجده في الغالب مدوناً في العقود النموذجية، فهذا يوفر على الأطراف والمحكمين عناء البحث عن القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

كذلك يرى البعض أنّ إرادة الطرفين يجب أن تكون مطلقة تماماً، طالما أن اختيارهم للقانون الواجب التطبيق لا يخالف النظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم على إقليمها، وذلك على اعتبار أنّ اختيار القانون صراحةً من قِبَل الأطراف يندمج بالعقد المُبرم بينهم وينزل منزلة الشروط العقدية⁽²⁾، أُضيف إلى ذلك أنّ القوانين الوطنية لم تُعدّ صالحةً لتحكم عقود التجارة الدولية وتسوية منازعاتهم، فأصبح لا بُدّ من تحرير التجارة الدولية من قيود وأغلال القوانين الوطنية⁽³⁾، التي تجعل القلق وعدم الأمان مُلزاماً لممارسي التجارة الدولية، إضافةً إلى ذلك أنّ هناك أنواع من العقود الضخمة التي لا يمكن ربطها بدولة معينة حيث أنّها تعقد في ظلّ مؤسسات مختصة، وتخضع عادةً للتحكيم التجاري الدولي.

غير أنّ هذا الرأي الذي يقود باندماج القانون المختار بالعقد، لا يمكن التسليم به على اعتبار أنّه يبقى العقد بحاجة إلى قانون ما ليحكمه. فطالما أنّ الأطراف تختار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سنداً لقاعدة إسناد معينة، ومعلوم أنّ كل الدول تعترف اليوم بحريّة

(1) انظر المادة 13 ومن ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الإنشائية بين الدول الغربية حيث نصّت على أنّ العقد وما تنشأ عنه من منازعات تخضع لقانون دولة البائع، إلا إذا أنفقت الأطراف على غير ذلك. مُشار إليه لدى: سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 180.

(2) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 129.

(3) أبو زيد، رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص 125.

الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق، فإنّ لهذا القانون (المختار) الصلاحية الكافية لحكم موضوع النزاع.

ولذلك لا بدّ من الإشارة أيضاً أنّ اتفاق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص، لأنّ المنازعات الدولية غالباً ما تتعلّق بالمسائل العقديّة ولكنها قد تشمل أيضاً على مسائل تتعلّق بالأهلية أو المنافسة غير المشروعة أو المسؤولية غير العقديّة... الخ، وهذا يعني أنّ القانون الذي يحكم موضوع النزاع حسبما اتجهت إليه إرادة الأطراف لا يمكن الاكتفاء به وحده، يقول كولدمان: "إنّ تعيين الأطراف للقانون سوف يحترم في جميع الأحوال ولكن إضافةً إلى ذلك، وبالنسبة للمسائل التي لا تدخل في نطاق القانون المذكور يتمّ فيها الرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاصّ لذلك البلد"⁽¹⁾.

مع أنّ القانون الدولي الخاص لم يعد مؤهلاً لحل المشاكل التي يطرحها واقع العلاقات القانونية الخاصة على المستوى العالمي⁽²⁾، ومع أنّ هذا المنهج التقليدي المعترف به في مختلف النظم القانونية الوضعية المتّصف بحياده بالنسبة لعلاقته بالقوانين المتزاحمة حول العلاقة أو المركز لحكمه، بحيث يشير إلى القانون الأكثر ملاءمة لحكم العقد، بالنظر لأوجه الصلة بين القوانين المتزاحمة بالعلاقة وأكثرها اتصالاً بها وملاءمةً لها، فهذا المنهج لا يمكن الاستغناء عنه تماماً حتى في حالة وجود قانون مختار من قبل الأطراف ومحدّد صراحةً أو ضمناً، فقد يغفل أطراف العقد مسألة معينة ولا يتفقوا على القانون الذي يحكمها أو استبعاد جزئية معينة لاصطدامها بالنظام العام مثلاً، هنا لا بدّ من البحث عن حلّ أو غطاء تشريعي في القانون الواجب التطبيق لهذه المسألة حسب تنازع القوانين وما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة.

(1) نقلاً عن سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 183.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 326.

ولكننا نلاحظ أنَّ المشرِّع الفلسطيني في المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 في الفقرة الأولى من المادة (19) أجاز للأطراف الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وبهذا جاء هذا النصُّ في شقِّه الأوَّل مُنسجماً مع ما هو مُتعارف عليه دولياً من حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، إعمالاً لمبدأ حرية الأطراف في تحديده، وهنا المقصود بالاتفاق على القانون الواجب التطبيق بمفهومه الواسع الاتفاق الصريح أو الضمني، مع ملاحظة أنَّ التحكيم هنا دولياً، ثم جاء المشرِّع وتحدَّث في الشقِّ الثاني من نفس الفقرة بأنَّه "فإنَّ لم يتفقوا تطبَّق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني".

ولكن هل يختلف الأمر في حال اختيار الأطراف لقانون دولة معينة، أو قواعد قانونية

معينة؟

الفرع الثاني - موضوع اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق:

تنصُّ بعض اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكِّم تطبيقه على موضوع النزاع⁽¹⁾، بينما ينصُّ البعض الآخر على حرية الأطراف في الاتفاق على قواعد القانون التي يجب على المحكِّم تطبيقها على موضوع النزاع، مثل المادة 42 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار⁽²⁾.

(1) وهو النصُّ المقرر في المادة (7) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم والاعتراف الدولي، وكذلك نصُّ المادة 13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، مثلاً تنصُّ في فقرتها الثالثة:

%Les Parties Sont Libres de determiner le droit que L'arbite devra appliquer au Fond du Litige..."

(2) كذلك المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تنصُّ الفقرة الأولى من هذه المادة:

"The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of Law as are chosen by the Parties as applicable to the substance of the dispute..."

أولاً: اختيار قانون

إن مصطلح "القواعد القانونية" هو مصطلح فضفاض مقارنةً مع "القانون" فهو يسمح باختيار واسع أمام طرفي النزاع⁽¹⁾ يمكن أن يكون القانون من ضمن القواعد القانونية، فهي أعم وأشمل من لفظ القانون الذي يُقصد به قانون الدولة الطرف في التعاقد أو قانون دولة الطرف الأجنبي، أو قانون دولة ثالثة مُحايدة أو القانون الدولي العام أو القانون التجاري الدولي⁽²⁾، ويستوي في ذلك اختيار الأطراف صراحةً أو ضمناً لهذه القوانين، وكذلك هيئة التحكيم يجب أن تتقيّد بما اختاره الأطراف تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة، ويندرج أيضاً تحت تسمية القانون المختار المعاهدات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها، وفي حالة التعارض بين أحكام القانون الداخلي والاتفاقية أو المعاهدة الدولية تسمو الأخيرة وتكون أولى بالتطبيق⁽³⁾.

أيضاً يندرج تحت اختيار قانون دولة معينة قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع كما هو الحال في سويسرا والولايات المتحدة مثلاً، فما هو الحلّ؟

أولاً: إذا اختار الأطراف قانون دولة فيدرالية تتعدد فيها الشرائع تعدّداً إقليمياً، وكان قانون هذه الدولة واحداً بالنسبة لجميع ولاياتها مثل القانون المدني السويسري، هنا لا توجد مشكلة في

(1) انظر في ذلك ما اتجه إليه المشرّع الأردني في نص المادة (36/أ) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، حيث نصّت على أنه: "تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتّبعَت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين". كذلك الفقرة (ب) من نفس المادة نصّت على أنه: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق.....".

وأيضاً المشرّع المصري في المادة (3) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، حيث نصّت الفقرة الأولى منها على أنه: "تطبق هيئة التحكيم القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتّبعَت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

(2) المواجدة، مراد محمود، مرجع سابق، ص 195.

(3) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 586.

حالة تعيين الأطراف القانون المدني السويسري كقانون ليحكم موضوع نزاعهم⁽¹⁾، وأيضاً لو اختاروا قانون إحدى المقاطعات فتحصيل حاصل بما أنه القانون المُطبّق عليها جميعاً هو نفسه.

ثانياً: إذا اختار الأطراف قانون ولاية معينة للانطباق على عقدهم الدولي مثل قانون ولاية تكساس في الولايات المتحدة الأمريكية، هنا لا توجد مشكلة في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

ثالثاً: المشكلة تثور في حالة اختلاف القوانين المعمول بها من ولاية إلى أخرى، سواء من حيث المضمون أو من حيث المصادر، هنا يأتي دور المحكم الذي يبحث مع الفرقاء ما هو المقصود بالقانون الأمريكي؟ فيطرح المسألة للنقاش مع أطراف النزاع للوصول إلى تحديد يحقق توقعات أطراف النزاع واحتراماً لمبدأ الوجاهية بينهم على اعتبار أنه من المبادئ الأساسية التي تحكم سير النزاع.

زد على ذلك أن حرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق لا تقتصر فقط على اختيار قانون داخلي لدولة معينة أي قواعده المادية أو الموضوعية مثل سريان أحكام القانون المدني الأردني الخاصة بعقد البيع على موضوع النزاع، بل أيضاً قد تكون القواعد القانونية المختارة هي عبارة عن قاعدة تنازع القوانين الخاصة بمسألة معينة في قانون إحدى الدول مثل إخضاع التقادم لقانون موطن المدين.

وأيضاً يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على إخضاع موضوع النزاع لأكثر من قانون واحد ليحكم جوانب العقد المختلفة، مثلاً يخضعوا الجوانب المتعلقة بإنشاء الرابطة التعاقدية لقانون،

(1) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 517.

والآثار لقانون آخر، وعلى الرغم من الصعوبات العملية التي يواجهها هذا الخيار إلا أنه لا غبار عليه من الناحية القانونية، وإذا خرج المحكم ولم يتقيد به، يجعل حكمه عرضةً للبطلان.

كذلك يجوز لأطراف النزاع تبويض القانون⁽¹⁾ بمعنى أن يختاروا ضمن قانون معين بعض قواعده دون الآخر، أو اختيار بعض القواعد المشتركة من عدة قوانين لتحكم موضوع النزاع.

ثانياً: القواعد القانونية

بينما تجيز بعض القوانين والأنظمة الدولية للطرفين اختيار القانون "Le. Droit" الذي يطبق المحكم على موضوع النزاع مثل المادة (13) من نظام غرفة التحكيم الدولية، والمادة 33 من نظام تحكم لجنة الأمم المتحدة كما ذكرنا سابقاً، إلا أن البعض الآخر من هذه الأنظمة وقوانين التحكيم نفسها تنصّ على حرية الأطراف باختيار قواعد قانونية (Règle de droit) التي يجب على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع⁽²⁾، فما هو الفارق بين هذين الاصطلاحين؟

بالتأكيد إن كلاً من هذين المصطلحين له مفهومه ودلالته وإلا ما اختلفت التشريعات في النص على هذا أو ذاك أو كلاهما معاً، فنحن نلاحظ أنه عندما يكون القانون المختار قانون وطني محدد فالمحكم يكون مقيداً بالحكم بمقتضى هذا القانون، بينما يملك حرية أوسع ويتحرر من القيد بالحكم بناءً على قانون معين، إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى قواعد قانونية أو ما تُعرف بالقواعد العبر دولية (transnationales)، وهذه القواعد ربما لا يُنصّ عليها في قانون وطني محدد، مثل القواعد المستمدة من المبادئ العامة للقانون والأعراف والعادات التجارية، والتي وضعها البعض

(1) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 589.

(2) مثلاً نصت المادة 17 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (I.C.C. 320) على أنه: "1- للأطراف حرية تحديد القواعد القانونية التي يجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع وإذا لم يحدد الأطراف هذه القواعد طبق المحكم القواعد القانونية التي يراها مناسبة".

في مصافّ القواعد القانونية الملزمة التي تتضمنها أغلب الأنظمة القانونية الدولية كالتزام المتعاقد بمبدأ حسن النية، وواجب الحدّ من الخسارة، والأثر الموقوف للقوة القاهرة⁽¹⁾.

ويعتبر البعض⁽²⁾ أنّ اختيار الأطراف لقواعد قانونية هو استثناء، فالأصل هو اختيار قانون، وجاء الاستثناء السماح للأطراف باختيار قواعد قانونية، كما جاء في مذكرة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عام 1988، وهذا الاتجاه المحمود للجنة الأمم المتحدة تبدو أهميته في ناحيتين كما أشار لها الدكتور حسني المصري:

- فمن الناحية الأولى: اكتسب هذا الاستثناء (اختيار قواعد قانونية) أهمية كبيرة كون بعض القوانين الوطنية لا تعترف بحرية الأطراف باختيار قواعد قانونية، بل الاختيار يبقى محصوراً في ظلّ قوانين وطنية، وهذا الاعتراف يغطّي القصور في بعض القوانين الوطنية والذي يعرقل التجارة الدولية.
- ومن ناحية أخرى: يُتيح اختيار القواعد القانونية للمحكّم وللأطراف مجموعة أوسع من البدائل المتنوّعة التي تتعلّق بتعيين القانون الواجب التطبيق، فكلمة القواعد من العمومية والإطلاق بحيث تستوعب اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد العقود النموذجية المنظّمة للسلعة أو الخدمة محل التعاقد، سواءً كانت هذه القواعد النموذجية دولية أو محلية، وقد يتمّ الاتفاق على القواعد والأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية.

(1) Gddman (B.): les conflits des lois dans L'arbitrage international de droit privé, Recueil des cours de L'Academie de droit international de, Vol. 1, 1963, p.p. 347 ets.

(2) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 350.

الفرع الثالث - توقيت الاختيار صراحةً من قبل الأطراف والقيود الواردة عليه:

مسألة توقيت اختيار القانون الواجب التطبيق تُثير الكثير من التساؤلات، فمتى يُعتدّ باختيار القانون الواجب التطبيق وهل يجوز تغييره لاحقاً وغيرها من الإشكاليات سنجيب عليها في الجزء الأول من هذا الفرع، ومن ثم نتطرق لبعض القيود الواردة على حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

أولاً: توقيت الاختيار صراحةً للقانون الواجب التطبيق

إن اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع قد يتمّ الاتفاق عليه عند إبرام العقد والاتفاق على شرط التحكيم، وقد يكون بشكل لاحق عند نشوء النزاع أو بعد ذلك، صراحةً أو ضمناً، بل ويجوز للمتعاقدين أيضاً تغيير أو تعديل اختيارهم السابق للقانون المختار لقانون آخر جديد بشرط عدم المساس بحقوق الغير، ولأنّ اختيار المتعاقدين اللاحق لقانون آخر يعني بالضرورة تغيير القانون الذي كان مختصاً ليحكم الرابطة العقدية، فهذا ما دفع القضاء في إيطاليا إلى التأكيد على ضرورة أن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع اختيار القانون الواجب التطبيق، فالاعتراف بحق الأطراف بالاختيار اللاحق للقانون يعني الاعتراف لهم بسلطة غير مألوفة إزاء قانون العقد⁽¹⁾.

أما القضاء في فرنسا فقد ذهب في بعض أحكامه إلى تخويل المتعاقدين للاختيار اللاحق في حين رفض في بعضها الآخر الاعتداد بمبدأ الاختيار المتأخر لقانون العقد⁽²⁾.

(1) cass. Italie 28/6/1966, Clunet 1968-377 (1)

(2) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 108.

كذلك نصّت اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها 2/3 إلى تحويل المتعاقدين سواء حق الاختيار اللاحق لقانون العقد أو حق تعديل القانون السابق لهم اختياره عند التعاقد، مع التحفظ الخاص بحماية حقوق الغير.

كذلك من القيود على حرية المتعاقدين أنه حتى في حالة التعديل اللاحق للقانون المختص عند التعاقد أو التغيير لهذا القانون لاحقاً، فإنّ ما هو مستقر أنّ هذا التغيير يسري بأثر رجعي يمتدّ إلى وقت إبرام العقد إلا في حالتين؛ هما: الأولى ألا يؤدي هذا التغيير إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحاً من حيث الشكل وفقاً لقانون المحدّد وقت التعاقد، والثانية حماية حقوق الغير⁽¹⁾.

ولكن إذا كان القانون المختار نفسه قانون دولة معينة، فهل يعتد به وقت التعاقد أو بعد ذلك خصوصاً إذا تم تعديله أو تغييره من قبل، وقام نزاع بين أطراف العقد فما هو الحل في هذه الحالة؟ إنّ اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يُقصد به القانون النافذ وقت التعاقد أو بمعنى أدقّ وقت وقوع الاختيار، فالتغيير والتعديل اللاحق لقواعد هذا القانون لا يؤخذ به لأنّ إرادتهما انصرفت إلى الأخذ بالقانون على وضعه وقت الاختيار بدون تعديلات أو تغيير فلا يمكن إلزامهم بما لم تنصرف إرادتهم إليه مما يجعل الأخذ به مخالفاً لتوقعاتهم⁽²⁾.

مع أنّ البعض يرى أنّ الأصل هو أنّ القانون المختار من قبل المتعاقدين لينظم التزامهما في العقد المبرم بينهما ويهemin هذا القانون بقواعده القائمة وقت اختياره، بل ويحكم ما قد يطرأ من تعديل مستقبلي وذلك منذ التعاقد وحتى قيام الحاجة إلى تطبيقه أمام هيئات التحكيم، أما الاستثناء

(1) ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، ص 109.

(2) عبد العال، عكاشة، البحث السابق، ص 597.

وهو تطبيق القانون بحالته التي كان عليها وقت التعاقد -بدون أيّ تعديل أو تغيير- أي اتفاق الأطراف على ما يُعرف بـ "التجميد الزمني"⁽¹⁾.

ويتحقّق التجميد الزمني للعقد بطريقتين، وهما:

- الأولى:** اتفاقية، بحيث يدرج صراحةً من قبل أطراف العقد شرطاً بأن يسري على العقد عند إثارة النزاع قانون الإرادة بأحكامه وقواعده النافذ فقط وقت إبرام العقد أي وقت الاختيار.
- الثانية:** تشريعية، وبمقتضاها تتعهد الدولة التي ستدخل كطرف في عقد أو اتفاق دولي في مواجهة المتعاقدين المستقبلي معها بالآباً تبدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاقية بالآباً يكون للتعديل أو الإلغاء أثر على العقود والاتفاقات التي تُعدّ هي في الواقع أحد أطرافها.
- ويُطلق عليها البعض "شرط عدم المساس" أو "الشروط المقدّمة"⁽²⁾، فبموجبها تتخلّى الدولة كلياً أو جزئياً عن ممارسة امتيازات السلطة العامة والتي تسمح لها من حيث المبدأ بالحقّ بالتعديل من جانبها فقط، أي من طرف واحد.

أيضاً هناك نموذج آخر يُسمّى "بشرط الثبات" ويُقصد به وضع المتعاقد الخاص في حماية من التشريعات أو التعديلات التي يُحتمل تشريعها مستقبلاً من قبل المتعاقد الآخر، وذلك أثناء مُدة العقد لاسيما في المسائل المالية، ونلاحظ أنّها الوجه الآخر لشرط عدم المساس، فغالباً ما نصادفها في عقود الدولة على وجه الخصوص ولكن هذا لا ينفي أنّها موجودة في عقود التجارة الدولية التي لا تكون الدولة أحد أطرافها.

(1) حسين، مظفر ناصر، بحث بعنوان: مرجع سابق، ص 17.

(2) المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 205. كذلك مشار إليه لدى: حسين، مظفر ناصر، مرجع سابق، ص 17.

وهذه الشروط محلّ خلاف فقهي، فجانِب من الفقه يُدافع عن صحّة هذه الشروط استناداً إلى نظرية العقد الطليق باعتبار أنّ هذه الشروط صحيحة في ذاتها دون الرجوع إلى أيّ نظام قانوني يقرّر ذلك احتراماً لمبدأ قدسية العقود، والرأي الثاني يقول بعدم صحّة هذه الشروط المذكورة استناداً إلى طبيعة عقود الدولة وما تتطلّبه من تغليب اعتبارات السيادة، وبالتالي تقرير حقّ الدولة في المساس بالعقد وبسكونه وثباته إذا ما اقتضت المصلحة العامة مثل تدخل الدولة لإنهاء العقد بإرادة منفردة⁽¹⁾.

ولكن على أرض الواقع نرى أنّ هذه الشروط غير مُلزِمة للدولة، فمن غير المتصوّر حتى مع وجود هذه الشروط أن يطلب أحد المتعاقدين مع الدولة أن تبقى قوانينها وسياساتها دون تغيير، وبالتالي ليس لها أيّ قيمة، لكن قيام الدولة من جانبها بخرق أيّ من هذه الشروط يجعل هذا الخرق والمسّاس غير قانوني وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام، ولكنّها تُصبح ملزمة أمام الطرف الآخر المتعاقد بتعويضه عن زيادة الأعباء الناتجة عمّا تصدره من تشريعات جديدة⁽²⁾.

ثانياً: القيود الواردة على الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

إنّ الوصول إلى القانون الواجب التطبيق يختلف بطبيعة الحال في حال إخضاع أطراف النزاع صراحةً (أو ضمناً) عقدهم لأحكام قانون معيّن لدولة ما، أو لقانون غير منتمي لدولة ما طالما أنّه سيتمّ حسم النزاع بالتحكيم التجاري، أو يتركون للمحكّم سلطة حسم النزاع على ضوء أعراف وعادات التجارة الدولية، أو يكون حسم النزاع على ضوء قواعد لا تستمدّ من تشريعات

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة، المجلة المصرية للقانون الدولي رقم (34) لسنة 1987، ص 1077.

(2) المواجهة، مراد محمود، مرجع سابق، ص 233-234.

وطنية كما هو الحال بالنسبة للكثير من العقود النموذجية، أو يتضمن العقد على قواعد مستمدة من تشريعات وطنية مختلفة⁽¹⁾.

فهذا الاختيار ربّما يوفّر على المحكّم عناء البحث عن القانون الواجب التطبيق من جهة، ومن جهة أخرى قد يُعتبر هذا قيداً على حرية المحكّم فيجب عليه التقيّد بما اختاره الأطراف من قانون أو قواعد قانونية لتحكم نزاعهم بناءً على مبدأ سلطان الإرادة، فإرادة الأطراف لا تفرض إسناداً موضوعياً بعكس قواعد الإسناد الأخرى، كونها ضابط إسناد، ومن هنا فإنّ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد ليس اختياراً تنازعيّاً، والقول بغير ذلك إنكار لدور الإرادة وهو مخالف لأحكام القانون الوضعي وحاجة المعاملات التجارية:

أولاً: القانون المختار من قبل الأطراف:

إنّ فالقانون المختار من قبل الأطراف يشكّل قيداً على حرية المحكّم ويجب عليه التقيّد به وعدم مخالفته أو الخروج عنه أو استبعاده⁽²⁾ ممّا يعرض حكمه للبطلان⁽³⁾ ويؤدّي لمفاجأة

(1) يصبح بمقتضاها هذا العقد (طليقاً) من الخضوع لأيّ منها أي لا يخضع لقانون محدّد بعينه وهو ما يُطلق عليه بالفرنسية Supramational وإن كان خاضعاً لقانون خاصّ سواءً المستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية أو من نصوص العقد ذاته.

(2) ومثال على ذلك (أي استبعاد القانون المختار) وهو يمثّل نموذجاً سيئاً للخروج عن إرادة الأطراف والإجحاف بحقوقهم من وجهة نظر الباحث، ومثال ذلك: تحكيم أبو ظبي الذي جرى بين شيخ أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحددة (P.D.F Petroleum Development) في العام 1951 حيث استبعد المحكّم الإنجليزي قانون أبو ظبي رغم أنّ القانون المختص نظراً لإبرام العقد وتنفيذه في تلك الدولة، وذلك لاعتباره قانوناً متخلفاً لا يصلح لحكم العلاقات الدولية الحديثة، ما استوجب تطبيق المبادئ العامة في الأمم المتحدة، وبالتالي تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره يعكس تلك المبادئ. مشار إليه لدى: رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص 146.

(3) والبطلان هنا ليس من النظام العام لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها إلا إذا تمسك أحد الأطراف، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 26 لسنة (12) قضائية، جلسة 1943/1/21، مجموعة أحكام النقض رقم 17 الجزء الرابع، ص 397.

وجاء في قانون التحكيم الأردني الجديد رقم 31 لسنة 2001 مقررّاً في المادة 45 من أسباب البطلان وهي مطابقة في مضمونها للأسباب الواردة في المادة (1/53) من القانون المصري الخاص بإلزام المحكمة بأنّ تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في الأردن، وأضاف إليها المشرّع الأردني حالة كون المسألة التي فصل فيها المحكّم مما لا يجوز التحكيم فيها.

الطرفين والحكم في النزاع بناءً على قانون غير الذي اتجهت إرادتهم إليه، وكذلك شروط العقد أيضاً من القيود.

ثانياً: أحكام العقد وشروطه:

بالإضافة إلى ضرورة التقيد في القانون المختار صراحةً يجب على هيئة التحكيم أيضاً التقيد بأحكام العقد وشروطه، فهي واجبة الاحترام كون التحكيم نظام قانوني يقوم على إرادة الأطراف.

ثالثاً: المسألة محل النزاع:

وقبل كل شيء يجب أن تكون المسألة محل النزاع من المسائل التي يجوز الفصل فيها بالتحكيم، وكذلك يجب على هيئة التحكيم الالتزام بالأعراف التجارية فتلتزم بتطبيق ما يُعرف بالعادة المتبعة في المعاملات التجارية أو ما يُسمى بالعرف التجاري، لأن هذه الأعراف تعدّ مصدراً من مصادر القانون الواجب التطبيق.

رابعاً: القواعد الآمرة:

أيضاً يجب على الأطراف والمحكمين ضرورة التقيد بالقواعد الآمرة في القانون المختار ولا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على استبعادها، إنما يجوز للأطراف أو المحكم حسب مقتضيات العدالة استبعاد القواعد المكملة فقط، وكما أشرنا سابقاً إلى أن قواعد النظام العام تقسم إلى حمائية وتوجيهية، وهذه الأخيرة لا يجوز التنازل عنها ولا استبعادها، أيضاً لا يجوز التعارض بين القانون المختار والقوانين ذات التطبيق المباشر، حيث أن الدولة تضع بعض التشريعات التي تحمي نظامها السياسي والاقتصادي لا يجوز أن تصطدم بمبدأ حرية الإرادة.

خامساً: النظام العام:

أما بالنسبة للنظام العام فهو أيضاً يمثّل قيداً على الأطراف وعلى المحكم، فلا بدّ من التفرقة هنا بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، فالأول نسبي مرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية لدولة ما أو مجتمع ما.

فالنظام العام الداخلي يختلف من بلدٍ إلى آخر، مثال ذلك سنّ الأهلية، أما النظام العام الدولي فهو مشترك بين كلّ دول العالم مثل بيع المخدرات والفساد والرشوة وتبييض الأموال⁽¹⁾.

وهنا لا بدّ من التفرقة بين عدّة فرضيات لمخالفة حكم التحكيم للنظام العام سواء كان داخلياً أو دولياً:

- فالفرض الأول: في حالة مخالفة حكم أو قرار التحكيم الداخلي للنظام العام الداخلي، هنا يبطل حكم التحكيم.
 - الفرض الثاني: حكم تحكيمي دولي خالف النظام العام الداخلي هنا لا يبطل الحكم التحكيمي إذا خالف النظام العام الداخلي.
 - الفرض الثالث: قرار أو حكم تحكيمي دولي وخالف النظام العام الدولي، هنا حتماً القرار يبطله النظام العام الدولي الذي لا تجوز مخالفته.
- وقد اتخذ اجتهاد محكمة استئناف باريس الذي أصدرته بتاريخ 2005/3/10 حول القضية المقضية موقفاً من موضوع النظام العام الدولي ينسجم وموقفها الرافض لأيّ شكل من أشكال التعرّض لأساس النزاع تحت ذريعة النظام العام الدولي⁽²⁾.

(1) Poon, Nicholas, Striking a balance Between Public Policy and arbitration Policy in international commercial arbitration, Singapore Journal of Legal Studies 2012, p.p. 189-190.

(2) الأحبد، عبد الحميد، بحث بعنوان: إجراءات التحكيم، منشور في أعمال المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، بعنوان التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، ط 1، المجلد 2، 2008، ص 547، 548.

ولكن ماذا بالنسبة لعلاقة النظام العام والشروط التعاقدية؟؟

هنا يكون الحديث عن التنازع بين النظام العام في القانون المختار والشروط العقدية، هنا

يفرق الأستاذ الدكتور عكاشة عبد العال بين حالتين في هذا المجال وهما كالتالي:

- في حالة النص في العقد في أحد شروطه أن كافة المسائل التي ينظمها العقد يحكمها القانون اللبناني مثلاً، في هذه الحالة تراعى شروط العقد ولو كانت باطلة بمقتضى النظام العام في القانون اللبناني.

- أما على خلاف ذلك في حالة النص على أن "هذا العقد يحكمه القانون اللبناني"، فهذا الشرط يعني تطبيق القانون اللبناني وإخضاع العقد له بما في ذلك ما يعتبر من النظام العام في هذا القانون، ففي حالة وجود بند أو شرط يتنافى مع النظام العام يتقدم النظام العام في القانون المختار ويستبعد الشرط المخالف له، وهذا نوع من التدرّج بين القانون المختار وشروط العقد⁽¹⁾.

ومن الملاحظ أن مخالفة المحكم للقانون المختار أو النظام العام يعتبر في أغلب القوانين خروجاً عن مهمته ويترتب عليه بطلان القرار التحكيمي، فمثلاً نصّ المشرّع الفلسطيني في المادة 43 من قانون التحكيم الفلسطيني: "أنه يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: 3- مخالفته للنظام العام في فلسطين. 4- بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدّته. 5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه...".

(1) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 599.

بقي أن ننوه هنا أن الخطأ في التفسير أو تقدير الوقائع ليس سبباً لإبطال قرار التحكيم إذا لم يستتبع ذلك مخالفة للنظام العام الدولي في الدولة المرفوع أمامها الطعن بالبطلان، أو تلك المطلوب الاعتراف بالقرار التحكيمي أو الأمر بتنفيذه⁽¹⁾.

أما الموضوع الأخير الذي يجب التطرق له وهو مسألة القانون الواجب التطبيق وهل يجب أن تكون هناك ثمة صلة بين القانون المختار من الأطراف وموضوع النزاع؟⁽²⁾

إن السائد حالياً أنه لا يشترط أن تربط العقد صلة بالقانون الذي اختاره الأطراف، فقد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة محايدة، ومما لا شك فيه أن الدفع بالغش نحو القانون يظل ضابطاً لتصرف المتعاقدين في هذا المجال⁽³⁾.

ومن الممكن أن يختار الأطراف أيضاً قانوناً يرتبط بالعقد مثل اختيار قانون دولة يحمل المتعاقدان جنسيتها أو يكون فيها موطنهما، أو محل إبرام العقد أو مكان تنفيذه، كما أن بعض القوانين ذهبت إلى أبعد من ذلك فسمحت للأطراف باختيار نظام قانوني⁽⁴⁾ غير تابع لدولة ما ليطبق على العقد مثل قانون التجار (Lex mercatoria) كما سنرى.

كذلك يرى البعض⁽⁵⁾ أنه في بعض الأحيان أن العلاقات التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بإقليم الدولة بحيث لا تنفك عن هذا الإقليم لا يجوز أن يسري عليها إلا القانون الوطني لتلك الدولة، ويمثل

(1) المرجع السابق، ص 610.

(2) وهذا مختلف تماماً عن تجاهل المحكم للقانون المختار من قبل الأطراف وتطبيق قانون آخر غيره فيعدّ حكمه مخالفاً لنصوص اتفاق التحكيم، وهذا جزؤه حسب ما هو مستقر في القانون الفرنسي التقدم بدعوى إلغاء قرار التحكيم أو إصدار حكم بعدم تنفيذه.

(3) دواس، أمين رجا رشيد، مرجع سابق، ص 140-141.

(4) مثال ذلك اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في نص المادة (1/7) التي تنص صراحة على أن يكون القانون المختار قانون دولة معينة، والفقهاء الألماني يقرأ المادة 1/27 من قانون إصدار التقنين المدني الألماني في ضوء اتفاقية روما والمادة 7/1 وذلك باعتبار هذه الاتفاقية المصدر التاريخي لقواعد الإسناد الألمانية الخاصة بالعقد، مع أن ظاهر المادة 27 يسمح باختيار نظام قانوني مثل قانون التجارة. مشار إليه لدى: دواس، أمين رجا رشيد، مرجع سابق، ص 142.

(5) الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص 241. وبربري مختار، التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار النهضة العربية، 1995، بند 86، ص 132. وكذلك: الشرفاوي، سمير، القانون البحري، دار النهضة العربية، 1993، ص 396.

الفقه لذلك بالحقوق العينية الواردة على عقار أو مثال آخر القانون المصري البحري الذي تنصّ منه المادة (247) على "أن يقع باطلاً كلّ اتفاق سابق على قيام النزاع يقضي بإعفاء المحكّمين من التقيّد بهذه الأحكام".

ولا بدّ من الإشارة حتى نكون موضوعيين في هذا المجال أنّ المشرّع قد يخرج أحياناً عن هذه الحرية المطلقة ويضع بعض القيود على مبدأ سلطان الإرادة لأهميّة العقود المتنازع فيها، مثال ذلك ما جاء به المشرّع المصري في مجال عقود نقل التكنولوجيا حيث خرج المشرّع المصري عن المادة 39 فقرة (أ) من القانون التجاري وقال إنّ القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق على ما ينشأ من منازعات بمناسبة تفسير أو تنفيذ عقود التكنولوجيا، وذلك سواء كان النزاع مرفوعاً أمام المحاكم الوطنية أو التحكيم⁽¹⁾.

وبهذا يكون المشرّع المصري وضع حكماً خالصاً فيما يتعلّق بمكان وقانون التحكيم في المنازعات المتعلقة بنقل التكنولوجيا، وهذا الحكم يقيد ويلغي مبدأ حرية الأطراف في اختيار مكان أو قانون موضوع التحكيم وحكم القانون اللاحق يلغي السابق كون كلّ منهما قانون خاصّ. وربما يكمن هدف المشرّع من ذلك بدايةً -هي تتعلّق بالنظام العام- حماية الطرف المتلقّي في عقود نقل التكنولوجيا، حيث يكون في مركز تفاوضي في الغالب أدنى من مركز المورد، وذلك بسبب حاجته الملحة للتكنولوجيا محل العقد، إضافةً إلى ذلك أنّ المشرّع يفترض عدم علم المتلقّي بتفاصيل هذه العقود الدقيقة والخطيرة⁽²⁾.

(1) نصّت المادة (87) من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999 على أنّ "1- يختصّ المحاكم المصري بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة (72) من هذا القانون، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً وبطريق تحكيم يجري في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري. 2- في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكلّ اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً".

(2) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001. منشور في الجريدة الرسمية العدد 4496 بتاريخ 2001/7/16.

هذا بالنسبة لاختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق، حيث أطلق المشرع الأردني⁽¹⁾ والمصري حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يروونه مناسباً ليحكم موضوع النزاع، وكما رأينا أنه أجاز لهم أيضاً اختيار قواعد قانونية لا تنتمي لدولة معينة مثل قانون التجار، بل وأيضاً أجاز لهم تبعيض القانون أي اختيار جزء أو أجزاء معينة منه، وقد يكون قانوناً محايداً، أو له صلة بالموضوع.

خلاصة القول أن حرية الأطراف مُطلقة تقريباً بموجب أغلب التشريعات من حيث اختيار القانون الواجب التطبيق صراحةً، فهي غير مقيدة لا بزمان ولا بمكان ولا بنوع معين من القوانين إلا في بعض الحالات التي حدّد المشرع فيها القانون الواجب التطبيق وذلك لخطورة هذه العقود وأهميتها وتعقيدها. وسنلاحظ أن المحكم في حال غياب الإرادة الصريحة لا يتمتع بهذه الحرية، فيجب عليه أن يتقيد ببعض القيود في بحثه عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في بحثه عن إرادة الأطراف الضمنية، وهو ما سنتناوله في المبحث التالي.

(1) المواجدة، مراد محمود، مرجع سابق، ص 192-193.

المبحث الثاني

اختيار الأطراف الضمني للقانون الواجب التطبيق

كما ذكرنا آنفاً فإنّ للأطراف حريّة واسعة في مجال اختيار القانون الذي يحكم موضوع

النزاع⁽¹⁾ فيمكن اختيار قواعد قانونية لبلدٍ ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع⁽²⁾.

وقد يكون قانوناً متطوراً في أحكامه، وقد يقع الاختيار على قواعد العُرف والعادة السائدة

في التعامل التجاري، وقد يختارون مبادئ العدالة والإنصاف لتحكم موضوع النزاع.

هنا المحكّم عليه التقيّد بإرادة الأطراف الصريحة تطبيقاً لمبدأ احترام إرادة الأطراف، ولكن

في بعض الأحيان أيضاً قد لا يتوفّر أيّ فرض من الفروض السابقة، فلا يفصح الأطراف عن

إرادتهم الصريحة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهنا يبرز دور المحكّم

الذي يجب عليه البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف والتي من خلالها يتمكّن من تحديد القانون

الواجب التطبيق⁽³⁾. وقد يهمل الأطراف تضمين العقد ذاته أو في اتفاق لاحق تحديد القانون الواجب

التطبيق، ولكن عدم التحديد لا يعني انتهاء كلّ دورٍ لهم، فربّما هناك إرادة ضمنية وهي نيّة أو إرادة

حقيقية لا ينبغي إهمالها⁽⁴⁾ تنمّ عن ميل واضح - وإن كان كامناً - إلى نظام قانوني معيّن أو قابل

للتعيين من خلال ظروف العقد. لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وسيتناول المطلب الأول

الإرادة الضمنية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق، والمطلب الثاني يتناول دور المحكّم في

استخلاص الإرادة الضمنية.

(1) Chakwumerije, Okezie, Ibid, p. 119

(2) سامي، محمد فوزي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 180.

(3) المرجع السابق، ص 181.

(4) سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 309.

المطلب الأول

الإرادة الضمنية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق

لا بُدَّ في البداية من التنويه إلى أنَّ البعض يُطلق على الإرادة الضمنية الإرادة المفترضة، لكن في حقيقة الأمر أنَّ الإرادة الضمنية شيء (Implied Intent) والإرادة المفترضة (Presumed Intent) شيء أو تعبير آخر له دلالة مختلفة تماماً عن الإرادة الضمنية.

فالإرادة الضمنية هي في نظر الفقه إرادة حقيقية (Real Intent) يستخلصها المحكّم ويستدلّ عليها من خلال تحليله لظروف كلّ حالة على حدة⁽¹⁾، لهذا يمكن إطلاق لفظ الإرادة الإيجابية عليها.

ولكن على أرض الواقع ومن خلال بعض القضايا التحكيمية، نلاحظ أنَّ الخلط بدا واضحاً في مفهوم الإرادة الضمنية للأطراف من جهة وإرادة المحكّم من جهة أخرى، فأصبح مفهوم الإرادة الضمنية في أغلب الأحيان ما أصبح يُطلق عليه الإرادة السلبية، التي تهدف لاستبعاد قانون معيّن. ويمكن أن نتقبّل أن الإرادة الضمنية سواء كانت سلبية أو إيجابية يتم البحث عنها لتطبيق قانون معيّن أو استبعاد قانون، فيتّم البحث عنها في حال غياب الإرادة الصريحة، لكن ليس من المتصور أن يتم استخلاص الإرادة الضمنية من وقائع نزاع معيّن واستبعاد الإرادة الصريحة والقانون المختار من قبل الأطراف. وهذا ما حدث للأسف فعلاً، حيث رجّح المحكّم (Rene Jean Dupuy) الإرادة الضمنية التي بحث عنها استناداً (لشرط الثبات التشريعي) في قضية تكساكو

Al Samdan, Ahmad, Arab Private international law and contacts, conflict rules- (A comparative study (1) principles of Islamic and civil legal systems)- First Edition, Kuwait University, 1986, p. 61

(Texaco) والذي يعتبر أهمّ القرائن الرئيسية التي تدلّ على الإرادة الضمنية السلبية، وقام باستبعاد

القانون المختار صراحةً وهو قانون الدولة المتعاقدة (القانون الليبي)⁽¹⁾.

فبرأيي أنّ هذه الإرادة هنا ليست إرادة ضمنية وذلك لأنّه في حالة أن المحكّم مقيد بقانون معيّن وباختيار صريح من الأطراف وواضح فلا يجوز إهدار هذا الاختيار الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، وإحلال إرادة المحكّم مكانها بحجّة وجود قرينة تدلّ على الإرادة الضمنية السلبية، وهذا هو بالتحديد برأيي ما يُطلق عليه الإرادة المفترضة⁽²⁾ وهي إرادة غير حقيقية، وكما يطلق عليها البعض إرادة مقنّعة للمحكّم⁽³⁾.

يندر أن يسكت أطراف العقود الدولية على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع صراحةً، وقد يختار الأطراف قانوناً معيناً ولكن يكون غير كافٍ لحكم كلّ المسائل الناتجة عن هذه العلاقة⁽⁴⁾.

ففي حالة عدم إفصاح الأطراف بشكل صريح عن إرادتهم في تحديد القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، هنا وفي هذه الحالة يتعيّن على المحكّم أن يبحث عن الإرادة الضمنية⁽⁵⁾، وهذا ضروري جداً لمعرفة القانون الذي سيُطبّق على موضوع النزاع⁽¹⁾.

(1) راجع حول هذا النزاع وانتقادات حكم المحكّم: الدكتور محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود "بمناسبة قرار التحكيم في قضية شركة نفط كاليفورنيا الآسيوية وشركة نفط تكساكو عبر البحار ضد الحكومة الليبية، مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت بالسنة الرابعة، العدد الثاني، إبريل 1980، ص 115. مشار إليه لدى: فلحوط، وفاء مزيد، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل المناعات التجارية)، ط 1، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، 2008، ص 566.

(2) مع ضرورة التفرقة بين الإرادة المفترضة تشريعياً مثل نص القانون على قانون الموطن المشترك في حال اتحاد موطن المتعاقدين أو محلّ الإبرام في حال اختلاف الموطن وغياب قانون الإرادة، هذا فيما يتعلق بقواعد الإسناد في الالتزامات التعاقدية، وبين الإرادة المفترضة قضائياً، وهو ما يتمّ استنتاجه من خلال قرائن ودلائل معيّنة.

(3) انظر في ذلك فلحوط، وفاء، مرجع سابق، ص 567.

(4) المواجهة، مراد محمود، مرجع سابق، ص 202.

(5) القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي وكذلك غرفة التجارة الدولية، واتفاقية جنيف لسنة 196، كلّ منها يقيد بالاختيار الصريح ويستبعد الاختيار الضمني وتسد حكم العلاقة إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد التي تراها ملائمة.

وسنتناول في هذا المطلب المقصود بالإرادة الضمنية في الفرع الأول، والفرع الثاني يتناول كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق من قِبَل المحكّم بناءً على الإرادة الضمنية.

الفرع الأول - المقصود بالإرادة الضمنية:

كون إرادة الأطراف هي جوهر مصدر اختصاص المحكّم، فلا بدّ من احترام هذه الإرادة وعدم تعطيلها سواءً كانت صريحةً أو ضمنيّة، لأنّ التحكيم في جملته مخلوق إرادي صُنعت إرادة الأطراف، فالإرادة الضمنية هي وسيلة للكشف عن الاختيار الصحيح الذي اختاره الأطراف⁽²⁾، وهي وسيلة لضبط الاختيار المقصود من الأطراف بناءً على بعض القرائن والشواهد والدلائل. فغياب الإرادة الصريحة للقانون الواجب التطبيق يعني أنّهم تركوا الأمر للمحكّمين أنفسهم، وذلك لأنّه من غير المقبول في العلاقات التجارية الدولية إغفال الأطراف اختيار هذا القانون بحجّة الجهل أو الإهمال، ولكن من المحتمل أنّهم لم يتعرضوا لهذه المسألة لأنّهم يفضلون ذلك أو لأنّهم قدّروا استحالة الاتفاق عليها.

ومن هنا يُفهم أنّ الأطراف قد اتّجهت نيّتهم لتطبيق قانون معيّن بناءً على بعض المؤشرات التي يستدلّ من خلالها على إرادة الأطراف الضمنية والتي قد يتمّ من خلالها وفي ضوءها -مثلاً إبرام العقد أو اللغة المستخدمة في العقد-⁽³⁾ تحديد القانون الواجب التطبيق بناءً عليها من قِبَل المحكّم.

(1) سامي، محمد فوزي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 180.

(2) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 596.

(3) المواجدة، مراد محمود، مرجع سابق، ص 202.

والمحكم يتمتع بسلطة تقديرية، حيث تقف عندها ضرورة استظهار مؤشرات موضوعية ومعقولة لكل حالة بشكل منفرد ووفق الظروف المحيطة بها. ومن هنا جاء القول أن جوهر عمل المحكم هو التصدي لبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع، خاصة أنه لا يوجد للمحكم قانون اختصاص، ويترتب على التصدي لهذه المسألة من خلال واقع العلاقة والبحث عن رابطة موضوعية، يمكن الاطمئنان معها أن إرادة الأطراف المتعاقدة قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون بحيث تصبح إرادة الأطراف هي إرادة مفروضة من واقع الحال وليست إرادة مقنعة للمحكم نفسه⁽¹⁾.

كذلك هذا لا يعني أن يختار المحكم الطريق الأسهل، بل يعني اختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم موضوع النزاع، وهنا تختلف اجتهادات المحكمين والفقه لتقديم الحل المناسب، وهذه السلطة الممنوحة للمحكم هي سلطة ترجيح لأحد القوانين الوطنية على الأخرى. ولا بد من الإشارة إلى أن المحكم وهو بصدد تعرضه لهذه المشكلة، فإن مركزه يختلف عن القاضي الوطني، فهذا الأخير مقيد باتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه أي قانون دولته، وبالتالي يتعين عليه اتباع قواعد الإسناد للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهي الوسيلة الرئيسية في تحديد هذا القانون⁽²⁾، ويتقيد القاضي بتطبيق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد، وقد يكون قانون القاضي أو قانون آخر أجنبي⁽³⁾.

(1) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 136-137.

(2) إبراهيم، إبراهيم أحمد، أسلوب الإسناد في الميزان، دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية.

(3) الصانوري، مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية، والاتفاقيات والمراكز الدولية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 136.

أما المحكم فلا يُصدّر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك، ومن ثم لا يخضع بالتالي لسيادة أيّ دولة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها طرفاً في المنازعة المنظورة أمام المحكم⁽¹⁾.

وتأسيساً على ما سبق ذكره فإنّ دور المحكم هنا دور احتياطيّ أيّ أنّه لا يمارس سلطة اختيار القانون إلّا عند غياب إرادة المحتكمين بتعيين قانون معيّن ليحكم النزاع صراحةً، ومن الملاحظ أنّ المشرّع اشترط أن يكون القانون المختار من المحكم قانوناً مُتصلاً بالنزاع دون تحديد ضوابط لهذا الاتصال، فترك الأمر لتقدير المحكم لما يراه أنسب للنزاع، وهذا القانون الأنسب للنزاع سيختلف باختلاف ظروف كلّ قضية أو نزاع على حدة، فهو معيار موضوعي وليس شخصي.

إضافةً إلى قوانين التحكيم فإننا نجد أنّ الاتفاقيات الدولية أيضاً نصّت على أنّه في حال غياب إرادة الأطراف الصريحة فإنّ عبء تحديد القانون الواجب التطبيق ينتقل إلى المحكمين، مثال ذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 حول تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدولة الأخرى⁽²⁾.

ومن الملاحظ أنّه لا يتشترط وجود علاقة أو صلة بين القانون المختار والعلاقة محل النزاع إذا كان الاختيار صريحاً، لكن الأمر مختلف تماماً في حال كانت الإرادة ضمنية كما سنرى.

(1) الرفيعي، علي كاظم، مرجع سابق، ص 41.

(2) انظر نص المدة (42) من الاتفاقية المذكورة أعلاه: "هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي يحدده الطرفان، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك، فإنها تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، وهذا يشمل أيضاً القواعد الخاصة بتنازع القوانين، وكذلك مبادئ القانون الدولي الممكن تطبيقها".
كذلك نصّ الفقرتين السادسة والسابعة من المادة 19 من نظام مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية لعام 1980، حيث جاء فيهما:

"للفريقين تحديد القانون الذي تطبق هيئة التحكيم على النزاع فإن لم يحددها طيّقت هيئة التحكيم قاعدة تنازع القوانين عند اللزوم وفق ما تراه ملائماً في هذا الخصوص، تراعي هيئة التحكيم في مطلق الأحوال أحكام العقد والعادات والأعراف المصرفية التجارية".
مشار لهذه المادة لدى الدكتور محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 194.

الفرع الثاني- بعض المؤشرات التي يعتمد عليها المحكم لتحديد ما اتجهت إليه إرادة الأطراف:

هناك بعض المؤشرات التي يستدلّ المحكمّ منها على إرادة الأطراف المتعاقدة في حال عدم وجود اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أي الإرادة الكامنة أو الضمنية. وتُقسم هذه المؤشرات إلى مؤشرات عامة ومؤشرات خاصة، فمن خلال بعض الظروف الموضوعية الملازمة للعقد كاختيار الطرفين لمكان إبرامه أو اختيارهما لمكان التنفيذ، فهذا يفسّر اتجاه إرادة الأطراف لتطبيق قانون بلد الإبرام أو قانون بلد التنفيذ⁽¹⁾، فإذا لم يوجد اختيار صريح وواضح لهذا المكان أو ذلك، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً أو قانون الجنسية المشتركة إذا اتحدا في الجنسية⁽²⁾.

كذلك يمكن للمحكم استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف النزاع من خلال اعتبار النص الموجود في اتفاق التحكيم على اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية دائمة في بلد معيّن والنصّ فيه على محكمّ يتولى الفصل في النزاع، أو استخدام مصطلحات قانون معيّن أو الإشارة إلى بعض نصوصه، فهذا يعني اتجاه الإرادة الضمنية لتطبيق هذا القانون على موضوع النزاع⁽³⁾.

مع ضرورة الإشارة إلى أنّه في حال اتجاه الإرادة الضمنية لقانون معيّن ، والمقصود هنا القواعد الموضوعية لهذا القانون، وقد يكون جزء من قانون أو قد تتم المزاوجة بين قانونين أو أكثر حسب مقتضى الحال، يكون حسب السلطة التقديرية الممنوحة للمحكمّ والمقيّدة بالإرادة الضمنية، فهنا المحكمّ لا يجوز أن يكون استخدامه لهذه السلطة مزاجياً أو عشوائياً، إذ يلزم أن يكون اختياره

(1) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 343.

(2) الهداوي، حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، الكويت، 1974، ص 194.

(3) قد يتفق الأطراف على تطبيق "قواعد قانونية"، والمقصود بالقواعد القانونية أعم وأشمل في قانون دولة معينة، أو عقود التجارة النموذجية أو تنظيم وارد في وثيقة دولية، فيجوز للأطراف عند الاتفاق على قواعد قانونية أن يمزجوا بين مصادر متعددة فيستخلصوا ما يرونه مناسباً منها لحكم نزاعهم. أما في حال اتفاقهم على قانون دولة معينة فإنّ هذا يعني أعمال القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين إلا في حالة النصّ على غير ذلك صراحةً، فعلى هيئة التحكيم أن تعمل قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية.

للقانون الذي ستطبق على موضوع النزاع -حسب قاعدة الإسناد التي يعملها- ملائماً لهذا الموضوع على ضوء ظروف القضية وملايساتها، فهي التي تجعله يرجح قانون على قانون آخر لاختيار القاعدة الإسنادية المعينة⁽¹⁾.

أيضاً كون المحكم يتمتع بسلطة تقديرية في البحث عن الإرادة الضمنية فهي ليست مطلقة وإنما ترد عليها بعض القيود مثل: 1- شروط العقد محل النزاع. 2- الأعراف الجارية في نوع المعاملة. 3- أن يمتنع عليه تطبيق قواعد تتعارض مع النظام العام، فإذا كانت تتعارض مع النظام العام عليه استبعادها واختيار أخرى مناسبة لتطبق على موضوع النزاع⁽²⁾. فعندما يكون المحكم مقيداً بالقانون أو طليقاً فإن هذا معناه أن عليه مراعاة الشروط العقدية -سواء تم النص عليها صراحةً أو ضمناً- والعرف التجاري الذي لا يتوقف إعماله على إرادة المتعاقدين، ومن ثم العادة التجارية التي تعتبر على حد قول البعض⁽³⁾ عرف ناقص بحاجة إلى إثبات من الأطراف وكذلك العادة التجارية يتوقف إعمالها على ثبوت اتجاه الطرفين إليها، وإذا أثبت أحدهما عدم العلم بها فلا يجوز الاعتداد بها على عكس العرف الذي لا يجوز الادعاء بالجهل به.

(1) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 359.

(2) انظر المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري، كذلك المادة 1496 من المرافعات الفرنسي التي أوجبت على المحكم في جميع الأحوال أن يراعي العادات التجارية الجارية، وهو ما يعني أن نقيد المحكم بشروط العقد وبالأعراف التجارية يكون من باب أولى.

(3) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 371.

المطلب الثاني

دور المحكم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف

للمحكم دور بارز في الكشف عن الإرادة الضمنية عندما لا يعبر عنها لأطراف صراحةً، خصوصاً في موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهنا توجد بعض الإشارات التي يتركها المحكمون للمحكم وبعض الدلائل التي يمكن له الاستفادة منها للوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف⁽¹⁾.

يلعب المحكم دوراً بارزاً في اختيار أو الكشف عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حالتين وهما عندما لا يعبر الأطراف صراحةً عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق، لكنهم يتركون بعض الإشارات والدلائل التي يستطيع المحكم الاستفادة منها للوقوف على إرادتهم الضمنية، أما الحالة الثانية فهي عندما تسكت إرادة الأطراف عن تحديد القانون أو القواعد القانونية التي تنطبق على النزاع المحكم فيه.

ولعلّ ما يعنينا في هذا المقام هو الحالة الأولى من هاتين الحالتين، والتي سنبين بصددها ما كيفية قيام المحكم بالبحث عن الإرادة الضمنية، ومدى حرّيته في ذلك. وسنتناول كلاً من هاتين المسألتين في فرع مستقلّ.

الفرع الأول - طرق البحث عن الإرادة الضمنية:

من الأهمية بمكان اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، ومن الأفضل أن يكون هذا الاختيار صريحاً، تحسباً لما قد تقع فيه هيئة التحكيم من مخاطر غير محسوبة قد لا تحقق تطّعات

(1) الحجايا، نور، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، المجلد الثاني، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ص 671.

وتوقعات الأطراف في حال كان الاختيار ضمناً أو في حالة سكوتهم عن اختيار القانون الواجب التطبيق.

فالإرادة الضمنية يمكن استخلاصها من أفعال أو كتابات أو مراسلات تدلّ على اتجاه إرادة الأطراف أو توقعهم أن قانوناً معيناً سوف يحكم النزاع، وهنا يكون تحديدها من قبل المحكم أو هيئة التحكيم.

ولكن المشكلة تكمن في حال وجود إرادة ضمنية في ضرورة معرفة قواعد القانون الدولي الخاص الذي سيطبق (أي قواعد الإسناد) التي ستطبق ليستهدي بها المحكم لمعرفة القواعد القانونية التي سيطبقها لحسم النزاع⁽¹⁾، وخاصةً أنه من النادر جداً أن يتفق الأطراف على تعيين قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم النزاع، حيث أنه لا يخطر على بال الأطراف المتعاقدة أن تذهب إلى حدّ تعيين قواعد القانون الدولي الخاص التي قد يحتاج المحكم إلى الرجوع إليها للبتّ في بعض المسائل الخاصة بالنزاع، فالمحكم يستطيع الوقوف على الإرادة الضمنية للأطراف وتحديد ما اتجهت إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال:

- التحليل الموضوعي لموضوع النزاع والاطّلاع على ملابسات وظروف الحال⁽²⁾، مثال ذلك اختيار مؤسسة تحكيمية في بلد معيّن، وهذا البلد أيضاً كان مكان تنفيذ العقد، ففي هذه الحالة هناك اختيار ضمني للقانون الواجب التطبيق وهو قانون البلد المذكور، ففي هذا المثال الإرادة الصريحة غير موجودة فيُصار إلى الإرادة الضمنية، وهذه الطريقة متبعة في فرنسا وبريطانيا وألمانيا⁽³⁾.

(1) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 181.

(2) الحجابي، نور حمد، مرجع سابق، ص 672.

(3) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 181.

- القرائن الذاتية والخارجية المستمدة من أطراف النزاع مثل جنسيتهم المشتركة أو الموطن المشترك⁽¹⁾ أو استخدام بعض التعابير المستمدة من نظام قانوني معيّن.

كذلك لا يمكن الاعتماد على اللغة أو العملة إلا إذا كانت هناك ظروف أخرى لا تدع مجالاً للشك حول القانون الواجب التطبيق، فاللغة ليست خياراً مقنعاً ودليلاً واضحاً على اختيار الأطراف لقانون معيّن ليحكم النزاع، ففي كثير من الأحيان المتعاقدون لا يعرف أيّ منهم لغة الآخر، بحيث يلجؤون لاختيار لغة ثالثة يفهمانها كلغة للعقد.

- كذلك مكان إبرام الالتزام الأصلي، أو مكان تنفيذه قد يُعتبر قرينةً يُمكن بناءً عليها استخلاص الإرادة الضمنية.

ولا بدّ من التأكيد على أنّ المحكّم لا يجوز له اختيار القانون الأوثق صلةً بالنزاع إلا إذا تأكّد من غياب الإرادة الضمنية للأطراف.

وقد يقول قائل لماذا نحصر المحكّم بالبحث عن الإرادة الضمنية طالما هو يتمتّع بسلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على أساس موضوعي؟ فليس من مبرّر اللجوء للبحث عن الإرادة الضمنية.

ولكنّي أرى أنّ المشرّع حين ينصّ على حرية الأطراف في الاختيار للقانون الذي يحكم موضوع النزاع المقصود صراحةً أو ضمناً، فلو أراد المشرّع النص على الاختيار الصريح لنصّ عليه صراحةً، كما فعل في حالة تفويض هيئة التحكيم بالصلح.

(1) السمدان، أحمد، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول والثاني، السنة 17 مارس ويونيو 1993، ص 176، مشار إليه لدى الدكتور: حسني المصري، مرجع سابق، ص 344.

كذلك تعطيل مهمة المحكم في البحث عن الإرادة الضمنية، وإهماله في البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف النزاع والحكم بناءً على قانون غير الذي اتجهت إرادة الأطراف إليه، قد يؤدي إلى نتيجة قاسية وهي الطعن بحكم التحكيم والمطالبة بإبطاله لعدم تقيّد المحكم بالقانون المختار. وهناك من يقول أن تكليف المحكم بالبحث عن الإرادة الضمنية يؤدي إلى تعطيل سلطة الاختيار الشخصي المباشر التي أولاها القانون للمحكم، وهذا الكلام أيضاً ليس منطقياً، حيث تبدأ سلطة المحكم مباشرةً عندما ينتقي الاختيار الصريح أو الضمني من قبل الأطراف، فيجب الحكم بناءً على ما يحقق ويحمي توقعات الأطراف.

الفرع الثاني- حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف وتحديد القانون الواجب

التطبيق:

المحكم الدولي يستخلص الإرادة الضمنية من الظروف الملائمة للعقد ومن تفسير عباراته الدالة على هذا الاختيار الضمني مثل إبرام العقد في بلد معين⁽¹⁾، فالمحكم الدولي هنا ليس حراً في استخلاص الإرادة الضمنية للطرفين، ولا يجوز التعويل على إرادته هو في اتخاذ أيّ ظرف من الظروف الملائمة قرينةً على قيام هذه الإرادة، بل يجب أن يدلّ هذا الظرف دلالةً قويّةً لا يتسلّل إليها الشكّ بأنّ هذا هو القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف الضمنية دون غيره⁽²⁾.

ويعتبر هذا القيد على المحكم ذو أهمية كبيرة، بحيث أنه لو ترك للمحكم حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق بناءً على ما يعتبره قرينةً دالةً على الإرادة الضمنية، فإنّ خطأه في

(1) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 136 وما بعدها.

(2) المصري، حسن، مرجع سابق، ص 344.

هذا الاختيار واستخلاصها حسب ميوله الشخصية قد يؤدي إلى مفاجأة الطرفين بالفصل بالنزاع طبقاً لقانون وطني لم يكونا قد توقعاه⁽¹⁾.

وهذا بالتالي يجعل حكم المحكم عرضةً للبطلان أو عدم الاعتراف به، وبالتالي عدم تنفيذه في الدولة المراد تنفيذه فيها⁽²⁾، وذلك لمخالفته لقانون الإرادة وعدم تطبيقه القانون الصحيح.

وإن إعطاء المحكم حرية البحث عن إرادة الأفراد الضمنية من خلال الظروف والملابسات والقرائن، لا يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم طالما كان ذلك لا يمسح توقعاتهم.

فلا بد من التأكد من الدلالة الأكيدة لظروف وملابسات الحال بما لا يدع مجالاً للشك في دلالتها على الإرادة الضمنية وما اتجهت إليه حقيقةً، وإلا أدى ذلك إلى إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية محضة من قبل المحكم⁽³⁾.

ومثال ذلك تحكيم قطر لعام 1953 مع شركة (International marine oil)، حيث قرّر فيه المحكم [Sir Alfred Bucknill] القانون القطري قانوناً واجب التطبيق استناداً إلى قرينة وجود دولة ذات سيادة في العقد الذي حرّر باللغة العربية والإنجليزية معاً⁽⁴⁾.

كذلك يرى البعض⁽⁵⁾ أن الاعتماد على العملة التي يتم الدفع بها قد يُعتبر قرينةً لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أن الباحثة ترى أنه لا بد أن تكون هذه القرينة

(1) المرجع السابق، ص 345 هامش رقم (1)، نقلاً عن أحمد سعيد شرف الدين، مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية المشار إليها، ص 406، ص 407.

(2) راجع في ذلك اتفاقية نيويورك 1958، مادة (5) فقرة (أ): حيث لا تجيز الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إذا كان مخالفاً للقانون الذي اختاره الطرفان.

(3) الحجابيا، د. نور حد، مرجع سابق، ص 673.

(4) وقد استبعد القانون القطري لاحقاً لكونه لا يتضمن مبادئ كافية لحكم النزاع وتم إعمال قواعد العدالة والإنصاف وحسن النية. انظر في ذلك: د. وفاء فلحوط، بحث بعنوان النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي لبحث منشور في بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر، مجلد 2، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ص 569.

(5) البطاينة، عماد فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009، ص 29.

مؤشراً هاماً وفعالاً للاعتماد عليه كمؤشر أو قرينة تبين لنا الإرادة الضمنية للأطراف، فمثلاً في فلسطين وفي رام الله تحديداً العملة شبه الرسمية التي يتم الدفع فيها غالباً هي الدولار الأمريكي، فكيف يمكن الاعتماد على هذه القرينة كمؤشر للإرادة الضمنية للأطراف، فلا بد من الاستعانة بمؤشرات أخرى.

و غالباً نلاحظ أنّ أطراف النزاع قد يتجهون أو يميلون لاختيار قانون دولة محايدة غير التي ينتمي إليها أيّ من العاقلين⁽¹⁾، مثل القانون السويسري، كذلك يستطيع أطراف علاقة وطنية بحثة بجميع عناصرها وتتركز داخل نظام قانوني واحد يستطيعون إخضاع علاقتهم لقانون أجنبي، فلا يمكن الاعتماد على هذا المؤشر، أي أنّ العلاقة وطنية بجميع عناصرها، وتجاهل الإرادة الصريحة أو الضمنية لتطبيق قانون آخر على موضوع النزاع إلا في حالة الغشّ نحو القانون (أي اختيار الأطراف لقانون أجنبي معيّن بقصد التهريب من القواعد الآمرة في القانون الوطني الذي من المفترض أن يحكم العلاقة بينهم)⁽²⁾، أو الالتفاف على النظام العام والقواعد الآمرة.

إذن فالإرادة الضمنية يجب أن تستقرّ بأسباب معقولة تسوّغ ما انتهت هيئة التحكيم إليه⁽³⁾. ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تحلّ إرادتها واختيارها لقانون معيّن محلّ إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية بحجّة أنّه غير كامل أو لا يُوفّر حلاً كافياً للمنازعات المطروحة، بل يجب على هيئة التحكيم البحث والتقصّي والتأمّل والاجتهاد، لاستنباط الحلّ الملائم داخل منظومة القانون الذي اتفق عليه الأطراف صراحةً أو ضمناً⁽⁴⁾.

(1) السيد، حفيظة، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 47.

(2) البطاينة، عماد فتحي، مرجع سابق، ص 29.

(3) العوّا، محمد سليم، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 109.

(4) المرجع السابق، ص 112.

وترى الباحثة ممّا سبق أنّ الاختيار الضمني أيضاً -كما هو الاختيار- الصريح لا يشترط وجود صلة بين القانون المختار وموضوع النزاع أو أطرافه، فيمكن أن تتّجه إرادة الأطراف ضمناً لقانون دولة محايدة أو حتى لاختيار قواعد قانونية معيّنة منبئة الصّلة بأطراف النزاع وموضوعه، هذا على عكس الدور الذي تقوم به هيئة التحكيم عند غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، فهنا يجب البحث عن صلة معيّنة أو تركيز العقد وربما اختيار مباشر لقانون أو قاعدة قانونية معيّنة كما سنرى لاحقاً⁽¹⁾.

أيضاً قد يتفق الأطراف صراحةً أو ضمناً على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية مثلاً، هنا يجب على المحكّمين الالتزام بتطبيقها دون التقيّد بمذهب معيّن إلا في حال اتفاقهم (الأطراف) على تعيين مذهب فقهي بذاته⁽²⁾.

ولا بدّ من التركيز هنا أنّ كافة القوانين لا تُعتبر قانون اختصاص بالنسبة للمحكّم، فجميعها تُعتبر أجنبية بالنسبة إليه، فهو يبحث في الأدلّة والقرائن التي تكشف عن إرادة الأطراف الضمنية وتناسب توقّعاتهم⁽³⁾.

كذلك يرى الدكتور نور حمد الحجايا⁽⁴⁾ "بأنّ اختيار مقرّ التحكيم لا يعني بالضرورة أنّ إرادة الأطراف الضمنية اتّجهت لقانون محلّ التحكيم (مقر التحكيم) ليحكم موضوع النزاع، لأنهم ببساطة شديدة يُمكنهم اختيار مقرّ التحكيم لأسبابٍ أجنبية عن تحديد القانون الذي يحكم القانون المحكّم فيه، بالإضافة إلى أنّ إعمال قانون المقرّ ليس التزاماً يقع على عاتق المحكّم إلا إذا أشارت

(1) انظر في ذلك الفصل الثاني من هذه الدراسة.

(2) والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، بند 243، ص 418.

(3) انظر في ذلك المادة 5 فقرة (أ) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، حيث لا تجيز الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إذا كان مخالفاً للقانون الذي اختاره الطرفان.

(4) الحجايا، نور، مرجع سابق، ص 673.

القرائن والدلائل بشكل واضح إلى أنّ هذا القانون يُعبّر عن الإرادة الحقيقية للأطراف في اختياره لحكم النزاع المحكّم فيه".

ولأهميّة الدور الذي يلعبه المحكّم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف من خلال استخلاصها من خلال قرائن أكيدة وملابسات وظروف العقد⁽¹⁾، على عكس القاضي الذي يحترم ويطبّق النصوص القانونية فقط، بل وأكثر من ذلك فإنّ المحكّم يستطيع خلق القواعد الموضوعية وتقديم الحلول المناسبة للنزاع، وربّما أكثر من ذلك استبعاد بعض نصوص القوانين الداخلية المختبارة من قبل الأطراف.

طبعاً هذا الكلام في منتهى الخطورة والأهمية، وقوانين التحكيم لم تتطرق لمسألة أن يكون من بين أعضاء هيئة التحكيم شخص قانوني بالإضافة إلى الخبراء والفنيين، فلا بدّ من النصّ صراحةً على هذا البند عند تشكيل أو اختيار هيئة التحكيم.

وبناءً على العرض السابق فلا بدّ أن يكون من بين أعضاء هيئة التحكيم رجل قانون ذو خبرة قانونية، ليكون بذلك قادراً على البحث عن الحلّ القانوني المناسب في النزاع المطروح عليه، لأنّ عملية التحكيم هي عملية قانونية وقضائية بحتة، تحتاج من وجهة نظر الباحثة إلى الإلمام بأصول سماع الشهود ومناقشتهم ووسائل التحقيق وإجراءات التقاضي والتبليغات، وأهمّ من ذلك كلّ القانون الذي يحكم موضوع النزاع والإجراءات كذلك انتهاءً بإصدار الحكم الذي يُفترض أن يتضمّن الحد الأدنى من مشتملات أحكام التحكيم من حيث الصياغة القانونية السليمة وعدم التناقض بين أجزائها، أو تجاوز المحكّم لما هو متّفق عليه بين الأطراف من حدود لصلاحياته -سواءً كان ذلك صراحةً أو ضمناً- ولا ضير في أن تضمّ هيئة التحكيم من المهندسين أو الخبراء الفنيين

(1)الحجايا، نور، مرجع سابق، ص 86.

المختصين في المجال محل النزاع، وذلك لما لهذا الدور الذي يلعبه المحكم من أهمية كبيرة في البحث عن الإرادة الضمنية إن وجدت والتقيد بالإرادة الصريحة وحدودها، وأهمية أكبر في حال سكوت إرادة أطراف النزاع عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا ما ستتطرق له الباحثة في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الثالث

إمكانية اختيار قانون التجار (Lex-Mercatoria)

من قبل الأطراف

يشكل قانون التجارة الدولية الجديد المصدر الخصب الذي يستمد منه المحكم القواعد القانونية، وعلى الرغم من الانتقادات التي وُجّهت إلى القانون التجاري الجديد (Lex-Mercatoria)، إلا أنّ استخدامه لم يتوقّف عن التعاضد على الرغم من أنّه ما زال يشكل نظاماً قانونياً في طور التكوين⁽¹⁾.

ويرجع الفضل في بلوغ هذا القانون أوج مجده في أوائل القرن الخامس عشر الميلادي إلى محاكم التجار التي كانت تُعقد في تلك الأسواق لفضّ منازعات التجارة الدولية، وكانت تتكوّن من التجار أنفسهم أو المتفهمين لطبيعة المنازعات التجارية⁽²⁾. وكانت هذه المحاكم أقرب إلى محاكم التحكيم، حيث أقرّ ملوك وأمراء البلاد التي كانت تُعقد فيها هذه المحاكم إفلات هذه المنازعات من محاكم الدولة وإعتاقها من الخضوع لقوانينها الوطنية.

وفيما بعد أفل نجم قانون التجارة الدولية القديم نتيجة التنافس الاستعماري، وازداد الأمر سوءاً بعد اكتشاف القارة الأمريكية وظهور تعاليم المدرسة التقليدية والتي قدّست النعرة الوطنية، وفكرة الدولة ذات السيادة والتي لا تقبل خضوع رعاياها لغير قانونها الوطني أو لقضاء غير قصائها. وبذلك فقد قانون التجار القديم طابعه الدولي والعرفي، بفضل حركة التقنين.

(1) الحجايا، نور حمد، مرجع سابق، ص 667.

(2) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 433.

بقي الأمر كذلك حتى أواخر القرن التاسع عشر، فظهرت الدعوات التي تنادي بضرورة التوحيد الدولي للقواعد التجارية في مختلف مجالات النشاط التجاري عن طريق إبرام العديد من اتفاقيات التجارة الدولية في مختلف مجالات النشاط التجاري الدولي من جهة، وتواضع التجار أنفسهم على أعراف وعادات التجارة الدولية، وكذلك غالباً ما تضمنتها العقود النموذجية الدولية من جهة أخرى.

فما هو قانون التجارة الجديد وما هي مجالات تطبيقه؟ وهل يمكن اختياره كقانون واجب التطبيق ليحكم عقود ومنازعات التجارة الدولية؟

طبعاً مع ضرورة التنويه إلى أننا سنعالج في هذا المبحث إمكانية اختيارها من قِبل الأطراف -وليس من قِبل المحكمين أو هيئة التحكيم- ومدى إلزاميتها، لهذا سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب ما هو المقصود بقانون التجارة الدولية (Lex-Mercatoria) وما هي مصادره، والفرع الثاني: اختيار الأطراف صراحةً أو ضمناً لقواعد هذا القانون وهل يُعتدّ بهذا الاختيار ويُعتبر ملزماً لهيئة التحكيم، وهل يُعتبر قانوناً بالمعنى الصريح؟

لهذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، الأول يتناول مفهوم قانون التجار ومصادره المختلفة. والمطلب الثاني: اختيار الأطراف (صراحةً أو ضمناً) لقانون التجار ومدى إلزامه لهيئة التحكيم.

المطلب الأول

قانون التجار (Lex-Mercatoria)

ومصادره المختلفة

لا شك أن المحكم وهو يتصدى للفصل في موضوع المنازعة لا يمكنه أن يتخلص من سيطرة القوانين الوطنية عليه، إما بسبب اختيار الأطراف لها صراحة أو ضمناً أو نتيجة لإعماله قواعد تنازع القوانين التي تحدّد القانون المختصّ والواجب التطبيق على موضوع النزاع. وهنا يتشابه دور المحكم مع دور القاضي إلا أنه في بعض الأحيان قد يجد نفسه مضطراً لتطبيق قواعد وأعراف وعادات تجارية من خلق البيئة وطبيعة المعاملات التجارية، وتستقلّ بكيانها ومنابعها عن القوانين الوطنية، فلا بدّ من التعرّف ابتداءً على مفهوم قانون التجارة الجديد في الفرع الأول من هذا المطلب ومصادره المتنوّعة في الفرع الثاني.

الفرع الأول - معنى بقانون التجار (Lex mercatoria):

لقد اختلفت تسميات قانون التجارة الدولية حيث أطلق عليه الفقهاء تسميات مختلفة مثل القانون الدولي للأعمال (Driot international des affaires)، أو القانون الدولي التجاري (Driot international commercial)، ولكن في النهاية يُقصد به "مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كافة المصادر التي تغذي باضطراد وتستمر في تغذية البنيان والسير القانوني الخاص بمنتهى التجارة الدولية"⁽¹⁾.

Goldman (B.) la lex mercatoria Dans Les Contrats Et les Arbitrages international Journal De Droit (1) international, 1979, p. 475.

وهناك مَنْ ينظر لهذا القانون بمفهومه الواسع فيقول: "بأنه فرع من فروع القانون الدولي الخاص، يشتمل على القواعد الموضوعية التي تتضمنها العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية بشأن التعامل التجاري الدولي"⁽¹⁾.

هذا بالنسبة للمفهوم الموسَّع لقانون التجارة الدولية، أما المفهوم الضيق لقانون التجارة الدولية فيرى بأنه عادات وأعراف التجارة الدولية وإنَّ المحكَّم الطليق يكون طليقاً إلا من هذا القانون، أي عادات وأعراف التجارة الدولية التي تمثِّل قانون اختصاص بالنسبة للمحكِّم الدولي الطليق، بحيث يجوز للأخير "فضَّ المنازعات على ضوء قواعد لا تستمدَّ من التشريعات الوطنية ولا من معاهدات دولية، وإنما تستمد من نصوص العقد ذاته كما هو الحال بالنسبة لكثير من العقود النموذجية"⁽²⁾ التي تتضمن تلك العادات والأعراف.

ويرى البعض أنَّ العادات التجارية Usage de commerce والتي تطبَّق بصفة مضطردة على منازعات التجارة الدولية هي الكفيلة وحدها بتكوين قانون تجارة دولية جديد⁽³⁾. وهذا الرأي ينظر إلى هذه العادات بمفهومها الواسع فيرى أنَّ هذه العادات تتألَّف من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص كمبدأ القوة الملزمة للعقود، ومبدأ حجِّية الشيء المقضي به، فضلاً عن القواعد المعيارية والأعراف السائدة في مجال التجارة الدولية، والشروط الخاصة بعقود التجارة الدولية كشرط القوة القاهرة. ويضيف أصحاب هذا الرأي إلى أنَّ هذه الأعراف

(1) شفيق، محسن، اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، ص 5، مشار إليه لدى المصري، حسني، مرجع سابق، ص 435.

(2) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 76.

(3) Goldman (B.) Ibid, p. 471, Juglart et Bellet, Ibid, p. 422.

والقواعد المعيارية والشروط العقدية وإن كانت محدّدة سلفاً وتساهم بالتدرّج في تكوين قانون التجارة الجديد، إلّا أنّها لا تنفرد بهذا الدور وإنّما تشترك فيه مع معطيات الواقع الدولي الأساسية⁽¹⁾. وقد عرّفته أيضاً الأمانة العامة لمنظمة الأمم المتحدة من خلال التقرير الذي أعدّته بمناسبة إنشاء لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية (اليونسترال) بأنّه "مجموعة القواعد القانونية التي تسري على العلاقات التجارية المتّصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر".

فقانون التجارة الجديد وإن كان متعدّد التكوين لاشتماله على قواعد قانونية ومبادئ وأعراف وعادات دولية مختلفة، إلّا أنّه غير متكامل وذلك لأنّه يتضمّن بعض جوانب العلاقة القانونية التجارية الدولية، فهو لم يضع تنظيمًا شاملاً لهذه العلاقة، وكذلك هذه العلاقة بحدّ ذاتها ذات طابع متجدّد ومتغيّر بتغيّر المجتمع الدولي.

ومع ازدياد أهمية التجارة الدولية وتعقيد مشاكلها، أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لمشاكلها القانونية يشغل الباحثين والمشرّعين في مختلف الدول سواءً على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، فقانون التجارة الدولية يهدف إما إلى توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية أو إلى توحيد قاعدة الإسناد في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على البيوع التجارية الدولية، ولما كان توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية هو الهدف الأمثل للتجارة الدولية، فمن أهمّ صور هذا التوحيد هو اتباع الدول في مختلف معاملاتها قواعد موحّدة للتعاقد، ولهذا تتّجه المعاملات التجارية الدولية إلى خلق الشكل النموذجي للعقد، فأصبح هناك ما يُدعى بالعقود النموذجية⁽²⁾، وإن كانت تتعدّد صور وأشكال ونماذج العقود التي تُعالج بيع سلعة واحدة، فيتبنّى

(1) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 435.

(2) انظر المادة (110) من الشروط العامة لتسليم البضائع بين مؤسسات الدول الأعضاء في مجلس التضامن الاقتصادي المشترك، حول تطبيق قانون بلد البائع بالنسبة لتنظيم العلاقات التي ينظمها العقد.

المتعاقدون ما يروق لهم من هذه النماذج⁽¹⁾، وغالباً ما تشتمل هذه العقود النموذجية على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وأضحت الحاجة ملحةً إلى خلق قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري، بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي الذي يسود في دولة من الدول، ودون اعتبار لطبيعة النظام القانوني الذي تتبعه هذه الدول، فهي قواعد تنبع من العرف التجاري الدولي دون اعتبار للتقسيم السائد لدول العالم إلى دول رأسمالية ودول اشتراكية ودول تطبق نظام القانون المشترك ودول تطبق القانون المدني المشتق من القانون الروماني.

وإن كان ذلك كذلك وأدّت طبيعة قانون التجارة الدولية إلى تشابه النظم القانونية التي تحكمها في مختلف دول العالم، فإنّ هذا لا يغيّر من أنّ تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية في كلّ دولة منوط بقبول السلطات المختصة بها⁽²⁾.

فطريق التوحيد طويل وشاقّ من أجل توحيد قانون التجارة الدولية، ومع ذلك لا يمكن إنكار الدور الذي قامت به بعض الهيئات الدولية باتخاذها خطوات واسعة نحو هذا الهدف، ومنها هيئات حكومية وغير حكومية.

1- الهيئات الحكومية: هي التي تتكوّن من عضوية حكومات بعض الدول ويمثلها مندوبون فيها، وأهمّ هذه الهيئات لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة ومقرّها في فيينا وتُعرف باسم (UNICTRAL)، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما

(1) سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ج 5، ط 1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص 186.
(2) وهذا يدعونا إلى القول بأنّ القانون التجاري الوطني وقانون التجارة الدولي كلاهما قواعد موضوعية، إلا أنّ الأول مُطبّق على إقليم الدولة ومصدره إرادة المشرّع، وكذلك يختلف حسب ما إذا كانت الدولة اشتراكية أو رأسمالية، بينما الثاني نطاقه أوسع فلا يقتصر على حدود دولة معينة، أضف إلى ذلك أنّ مصدره هو سلطان الإرادة (عندما تتجه إرادة المتعاقدين إليه كقانون واجب التطبيق) ثمّ إنّ قواعد تكاد تكون موحدة وواحدة أينما طبّقت.

والمعروف باسم الـ (UNIDROIT)، وتلعب دوراً كبيراً في توحيد القوانين الموضوعية لقانون التجارة الدولية، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الذي يهدف إلى توحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين دون القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO).

2- والهيئات غير الحكومية: فهي التي تتكوّن من أعضاء لا يمثلون حكومات معينة وإنما يشتركون فيها بصفاتهم الشخصية من المتخصّصين والمشتغلين بقانون التجارة الدولية، وأهم هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية بباريس (I.C.C.) واللجنة البحرية الدولية في بروكسل (I.M.C.) وتعمل على توحيد القوانين البحرية على المستوى الدولي.

الفرع الثاني - مصادر قواعد قانون التجار:

تتعدّد مصادر قانون التجارة الدولية الذي قد يتمّ التعبير عنه باصطلاحات مختلفة كما ذكرنا، فقد نجد البعض يطلق عليه القواعد عبر الدولية أو القانون الأسمى أو القانون المشترك للأمم وغيرها من التسميات التي تشير في مجملها إلى قواعد التجارة الدولية - (transnational la lex mercatoria) أو القانون الطبيعي الجديد.

ومن هذه المصادر⁽¹⁾ نذكر:

أولاً: العادات والأعراف التجارية: ومن المعلوم أنّ العُرف (La coutume) هو مصدر تقليدي راسخ من مصادر القانون التجاري بمعناه الواسع، حيث نشأ نشأة عرفية، ثم ظهرت حركة

Zhilsovc (A.N) Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration, (1) .Netherland International Law Review, 1995, p. 84

التقنين في القرن السابع عشر وقضت على الطابع العرفي للقانون التجاري القديم. لكن هذا لم يُفقد العُرف أهميته، كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، حيث يوجد دائماً من خلف البيئة التجارية ذاتها، فأتى مستجيباً لحاجاتها إلى السرعة والمرونة والفعالية مما لا يستطيع المشرّع ملاحقته ومجاراته.

والعُرف هو قاعدة درج الناس على استعمالها واتباعها في معاملاتهم وشعروا بضرورة احترامها واتباعها دون النصّ عليها بقانون، وهي والقانون سواء من حيث إلزامها ويتوقّف إعمالها على اتجاه إرادة المتعاقدين للعمل بها، ولا يجوز ادّعاء الجهل بها⁽¹⁾.

والعُرف قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً، فالعام يكون على مستوى الدولة بمختلف بقاعها وأقاليمها ونشاطاتها الاقتصادية (زراعية، صناعية وتجارية... الخ)، أما الخاص فقد يتعلّق بنوع معيّن من التجارة أو بسلعة معيّنة من السلع... الخ، وفي حالة تعارض العُرف العام والخاص يقدّم الخاص على العام كما هو متعارف عليه، وقد يكون العُرف وطنياً على مستوى الدولة أو دولياً يطبّق على علاقات التجارة الدولية، وفي حالة التعارض بينهما يقدّم العُرف الدولي على العُرف المحلي الداخلي.

هذا بالنسبة للعُرف، أما العادات التجارية (Usage Commercial) والتي يجب على المحكّم أيضاً مراعاتها عند الفصل في النزاع ويكفي لتطبيقها اتجاه إرادتهم (المتعاقدين) إليها سواء صراحةً أو ضمناً، ومثال ذلك بعض الشروط التي دأب المتعاقدون على إدراجها في عقودهم وتواترت هذه العادة لدرجة وصلت إلى إغنائهم عن النصّ عليها، ومثال العادات

(1) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 371 وما بعدها.

التجارية اضطراد العمل على حزم البضاعة بطريقة معينة، أو تحديد مهلة معينة لقبول الصفقة.

والعادة تحتل مرتبةً أدنى من العُرف، فالأخير لا يجوز الادّعاء بجهله ولا يتوقّف إعماله على اتجاه إرادة الأطراف إليه، لهذا يتّجه البعض للقول أنّ العادة عُرف ناقص بحاجة إلى شعور الناس بضرورة احترامها لتصير عرفاً مُلزماً⁽¹⁾.

ويجوز للأطراف في العقود الدولية النصّ على استبعاد العُرف والعادات التجارية بشرط عدم مخالفته النظام العام، وبهذه الحالة يتقدّم الشرط العقدي بالنصّ على استبعادها، وفي حالة عدم الاتفاق صراحةً على ذلك تُطبّق بما لها من قوّة مُلزّمة - هذا هو الأصل - واستثناءً يجوز الاتفاق على استبعادها.

ثانياً: المعاهدات الدولية: فهي إما ثنائية أو جماعية، ولا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه إدارة الدولة في توحيد القواعد الموضوعية التي تخضع لها عقود التجارة الدولية عن طريق إبرام هذه الاتفاقيات، إلا أنّ هذا الدور يتّسم بالقصور، حيث لم تشتمل هذه الاتفاقيات التي وضعتها الدول على كل جوانب التجارة الدولية بتفاصيلها الدقيقة⁽²⁾، لأنّ التوحيد يتطلب قيام مصلحة مشتركة بين الدول، أضف إلى ذلك أنّ هذه الاتفاقيات عندما توضع بشأن مسألة معينة فإنّها تقوم بتدويل قانوني لموضوعها، أي أنّ هذه الاتفاقية مُلزّمة لكلّ الدول الموقّعة عليها بنفس الدرجة، وتطبّق أحكامها في كلّ الدول الموقّعة عليها فيما يتعلق بالمسائل التي تنظّمها، فهنا

(1) عبد الباقي، عبد الفتاح، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1965، ص 175. عبد الباقي، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 196-197.

(2) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 443 وما بعدها.

يمكن القول أنّ هذه الاتفاقيات قد تحقّق نوعاً من التوحيد التشريعي على المستوى الدولي مثل اتفاقية جنيف واتفاقية نيويورك.

لكن مع ملاحظة أنّ الوضع على الساحة الدولية لم يصل إلى فكرة العلوية، أي أنّ هذه القواعد التجارية الدولية -التي يصفها البعض بأنّها فوق دولية-⁽¹⁾ حتى اللحظة لم تصل إلى هذه الدرجة من التوحيد والقبول العام لسلطة تشريعية دولية تسمو فوق سيادة الدول وتخضع الدول ورعاياها لقواعد ليست من صنع هذه الدول وتلزم محاكمها الوطنية بتطبيق هذه القواعد العلوية، كذلك لا يجوز فرض هذه القواعد فرضاً على الأطراف وإهدار مبدأ سلطان الإرادة، لهذا يقول بعض الفقهاء⁽²⁾ أنّها غير دولية وليست فوق دولية.

وسنأتي على تفصيل مدى إلزامية هذه القواعد التجارية الدولية إذا تضمنتها اتفاقية دولية وفي حالة التعارض بينها وبين القوانين الوطنية، ما هي الحلول المتصورة لذلك لاحقاً⁽³⁾.

ثالثاً: الشروط العامة والعقود النموذجية: مثل جمعية لندن للقمح التي أخذت على عاتقها وضع عقود نموذجية أو شروط عامة للتعامل بهذه السلعة، فعملت هذه الجمعية على توحيد العقود والمعاملات في تجارة الحبوب، وبلغت الصيغ العقدية النموذجية المقدمة من هذه الجمعية حوالي 60 صيغة. كذلك فإنّ نشرة غرفة التجارة الدولية لعقود البيع الدولية المعروفة

(1) Boisseon, Juglart et Bellet, Ibid, p.p 422, 432

(2) راجع في هذا المعنى: محسن، شفيق، التحكم التجاري الدولي دراسة في قانون التجارة الدولية، 1973، ص 30 وما بعدها. والمصري، حسني، المشروعات العامة ذات المساهمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 11. حيث أنّ هذه المصطلحات تعتبر تدويناً للقواعد العرفية في مجال التجارة الدولية ومصدراً من مصادرها.

(3) انظر في ذلك المبحث الثالث من الفصل الثاني.

(ICC Incoterms) لسنة (2000)⁽¹⁾، وأيضاً قواعد تحكيم الأونسترال وما تضعه من

قوانين نموذجية للتحكيم والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما (UNIDROIT).

أي مبادئ اليوندروا للعقود التجارية الدولية لعام 2010، وهذه هي النسخة الثالثة من هذه المبادئ⁽²⁾.

وكان الهدف الرئيسي لهذه المبادئ هو معالجة مواضيع إضافية تهم قطاع الأعمال التجارية الدولية والأوساط القانونية، وهذه الأخيرة لعام 2010 تكمل عدد من صكوك القانون التجارية بما في ذلك اتفاقية فينا للبيع الدولية (1980). وقد نصّت الديباجة على مجموعة من المبادئ أهمها أنها أي هذه المبادئ:

1- تضع قواعد عامة للعقود التجارية الدولية.

2- تطبق عندما يكون الطرفان اتفاقاً على أنها تحكم عقدهما.

3- يجوز أن تطبق عندما لا يكون الطرفان قد اختارا أي قانون ليحكم عقدهما.

4- يجوز أن تستخدم لتفسير القانون الداخلي أو استكمالته وكذلك لتفسير الصكوك القانونية الموحدة واستكمالها.

وأوصت اليوندروا باستخدام هذه المبادئ لعام 2010 عند الحاجة إليها.

وبهذا نلاحظ أن المشتغلين بتطوير قانون التجارة الدولية ركّزوا اهتمامهم على توحيد قواعده

بالوسائل غير التشريعية، وهو ما يُعرف بالتوحيد التعاقدي⁽³⁾ من خلال الشروط العقدية.

(1) والتي بدأ العمل بها في 1 يناير 2011، وهذه القواعد هي قواعد الغرفة التجارية المتعلقة باستخدام المصطلحات التجارية المحلية والدولية التي تيسر بوجه عام سير التجارة العالمية بتوفير مصطلحات تجارية تحدد بوضوح التزامات كل من الأطراف وتقلل من مخاطر التعقيدات القانونية، وقدمت هذه النشرة القواعد بأسلوب أبسط وأوضح. انظر في ذلك الموقع الإلكتروني <http://cms.unov.org>.

(2) حيث كانت أول نشرة من هذه المبادئ في عام 1994 والثانية في عام 2004، وهذه النشرة الأخيرة تشمل 26 مادة جديدة.

(3) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 370-371.

رابعاً: المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والإنصاف: والتي تُعتبر من أهم مصادر القانون الدولي، والتي نصّت عليها المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، ويعتبر هذا المصدر كمصدر احتياطي ضدّ ما يعترى المصادر الأخرى من ثغرات، وذكرت هذه المادة بعض المبادئ كمبدأ القوّة المُلزِمة للعقود، وحجيّة الشيء المقضي به، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، والمبادئ المتعلقة بانقضاء الالتزامات. ويجب الانتباه وعدم الخلط إلى مبادئ القانون العامة حين يختارها المحكّم الطليق وعندما يتقيّد فيها المحكّم المقيّد بقانون معيّن إلى جانب هذه المبادئ، مع أنّ هناك بعض الشواهد التي تشير إلى اللجوء لهذه المبادئ القانونية فقط دون التقيد بالقانون المختار، وهذا يؤثّر على حييدة المحكّم ويؤدّي إلى الإخلال بالتوازن في العقد⁽¹⁾.

ولكن هل يجوز الاتفاق على اختيارها كقانون واجبا لتطبيق وعن مدى إلزاميتها لهيئة التحكيم؟ وغيرها من التساؤلات سنعرضها بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(1) مثال ذلك نزاع شركة أمن أويل مع حكومة الكويت التي نالت الشركة مرادها بتطبيق المحكّم للمبادئ العامة في القانون الذي تمثّل لصالحها، بما قرره المحكّم الكويتي بأنّ القانون الكويتي وإن في ظاهره الأثر ارتباطاً بموضوع النزاع وبعض النقاط الأساسية، إلا أنّ المحكّم سيطبق إلى جانبه بعض المبادئ العامة مثل "حسن النية" و"العقد شريعة المتعاقدين" و"خطر الإثراء بلا سبب" مُعلّلاً ذلك باشتغال اتفاق الطرفين على الإشارة إلى تطبيق مبادئ القانون المُعترف بها في العالم المتمدن، فضلاً عن المبادئ العامة في القانون. وفي ظاهر الأمر يبدو أنّ المحكّم يجمع بين القانون وتلك المبادئ، إلا أنّه في الحقيقة طبّق تلك الأخيرة بما يحقّق حماية مصالح الطرف الأجنبي، الأمر الذي يكشف عن مدى خطورة اللجوء لهذه المبادئ حتى إلى جانب قانون وطني في بعض الأحيان، لأنّ مفاهيمها فضفاضة وتحمل الكثير من الاحتمالات في طيّاتها. مشار إليه لدى: المصري، حسني، مرجع سابق، ص 353-354.

المطلب الثاني

اختيار الأطراف لقانون التجار (Lex mercatoria)

ومدى إلزامه لهيئة التحكيم

إنّ الطبيعة الخاصة الجديدة لعقود التجارة الدولية -وخصوصاً دخول الدول كأطراف متعاقدة- أصبحت تتطلّب تنظيمًا خاصاً وقواعد منتقاة تواجه على نحوٍ واقعي ما ينشأ من منازعات، يكون أطرافها هم الأقدّر على وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة، ولا نجد مصدرها في قانون دولة معيّن وإنما نجد مصدرها في إرادة الأطراف مباشرة.

فهل يُمكن لأطراف النزاع التحكيمي أن يختاروا قواعد لا تنتمي لقانون دولة معينة وإخضاع نزاعهم لقواعد التجارة الدولية أو قانون التجار (Lex mercatoria)؟ وهل يتقيّد المحكّم بهذا الاختيار؟ وهل هذا الاختيار مقبول لدى الفقه والمحكّمين؟ وهذا ما سنجيب عليه من خلال هذا المطلب الذي سنتناول فيه في الفرع الأول اختيار قواعد قانون التجار (Lex-mercatoria) من قبل الأطراف ومدى إلزامها، والفرع الثاني يتناول إمكانية اختيار قانون التجار وقواعد القانون في ظلّ قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنة.

الفرع الأول- اختيار قواعد قانون التجار من قبل الأطراف ومدى إلزامها:

لقد ارتبطت نشأة وتطورّ قانون التجارة الدولية باختلاف الحلول التي تتضمنها القواعد الداخلية بشأن العلاقات التجارية الدولية. ولأنّ هذه القوانين لا تتماشى وواقع العلاقات التجارية الدولية، ظهر القانون التجاري الدولي ليعبّر تعبيراً صادقاً عن واقع التجارة الدولية. لهذا أضحي

قانون التجار أكثر ملاءمةً للمنازعات التجارية الدولية، من غيره من القوانين الداخلية كما سنرى لاحقاً.

أولاً: اختيار الأطراف لقانون التجار

كما ذكرنا سالفاً أنّ مبدأ سلطان الإرادة، واعتبار الإرادة كضابط إسناد⁽¹⁾، ودور هذه الإرادة في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكّم فيه، وإنّ هذا الدور دفع جلّ التشريعات والاتفاقيات الدولية للاعتراف به⁽²⁾، وهذا الاختيار معترف به دولياً سواء كان صريحاً أو ضمنياً، ولكن ما هو الحلّ في حالة اختيار الأطراف لقانون (أي نظام قانوني لدولة معينة) أو قواعد قانونية (كالأعراف والعادات التجارية والمبادئ العامة للقانون، ومبادئ العدالة والإنصاف)، هل يمكن أن يقع اختيار الأطراف صحيحاً لهذه القواعد القانونية لتحكم العقد؟ وهل تُعتبر قواعد قانونية بمعنى الكلمة أم لا؟

من الجدير ذكره بدايةً أنّ العلاقة الوطنية بكافة عناصرها ليس لهيئة التحكيم إلا أن تتقيّد بالقانون الوطني والمصادر المُعترف بها في هذا القانون وأتباع التدرّج بالمصادر المُعترف بها في هذا القانون والالتزام بالترتيب المقرّر لها.

أما التحكيم الدولي من حقّ الفرقاء اختيار قانون أو عُرف أجنبي ليحكم العلاقة بشرط أن لا يخالف هذا القانون المختار القواعد الآمرة والنظام العام فيه، ويتقيّد بشرط العقد.

(1) في المقابل هناك جانب من الفقه لا يعتدّ بالإرادة كضابط لإسناد الروابط العقدية للقانون المختار، في هذا المعنى انظر: Heuzé, Vincent La Reglementation francaise des contrats internationaux, etude critique des methods, edition, Joly, GLN. 1990, p. 128 ets.

وهناك مَنْ يرى أنّ إرادة الأطراف لا تقوى على اختيار القانون الواجب التطبيق وإنما دورها يقتصر على تركيز العقد في مكان معيّن أيضاً، في هذا المعنى انظر:

Batiffol, subjectivisme et objectivisme dans le droit international prive de.

(2) انظر المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، والمادة رقم 36 من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001، والمادة 28 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم لسنة 1985، وكذلك المادة (3) من اتفاقية روما، وأيضاً المادة 1/7 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري.

إنّ لجوء الأطراف لاختيار قواعد قانونية مثل قانون التجار أو اللجوء حتى لبعض مصادر القانون مثل الأعراف والعادات التجارية، أو مبادئ العدالة والإنصاف أصبح أمراً مألوفاً، والتي يجوز الاتفاق عليها ابتداءً أو فيما بعد، عند نشوء النزاع. وتتسم هذه القواعد بالتآلف والتقارب فتكاد تكون موحدة على الصعيد الدولي، ويهدف المتعاقدون من اللجوء إليها التخلّص من القوانين الوطنية التي لم تعد تلائم طبيعة المعاملة التجارية وتستجيب لمتطلباتها.

فيرى البعض⁽¹⁾ أنّها ذات صفة قانونية ملزمة والبعض الآخر ينكر عليها هذه الصفة، ويقول من ينكر عليها الصفة القانونية بأنّها مجرد أعراف وعادات تجارية لا تتمتع بذاتها بقوة الإلزام، وبناءً على ذلك فهي غير ملزمة لأطراف المعاملة التجارية ولا للمحكم إلا إذا أحال إليها الأطراف، أو أحال إليها القانون الوطني بموجب قواعد الإسناد، وحجتهم في ذلك أنّها وليدة البيئة التجارية وتختلف من فرع تجاري لآخر وتفتقر للتجريد والإلزام⁽²⁾ لعدم وجود سلطة عليا تحمل على احترامها من قبل من يدخلون في دائرة خطابها.

بينما يرى فريق آخر⁽³⁾ وهم من يعترفون لهذه القواعد بالصفة القانونية الملزمة وأنها تشكّل نظاماً قانونياً مستقلاً وقائماً بذاته وتخضع له المعاملات في مجال التجارة الدولية ويدلّلون على ذلك بأنّ وجود هذه القواعد ما هو إلا نتيجة لإرادة الأطراف في مجال المعاملات التجارية الدولية لحاجتهم المشتركة لإضفاء صفة القواعد القانونية - من خلال توفير العمومية والتجريد - على هذه الممارسات المتولدة عن النشاط التجاري، وردّاً على تعدّد فروع التجارة الدولية وأنّ هذه القواعد

(1) P., Lagrade، نظرية نقدية لقانون التجارة الدولية، مجموعة دراسات على شرف برتولد جولدمان، باريس، 1982، ص 152. مشار إليه لدى: معوض، نادية محمد، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001، ص 164.

(2) الحجابي، نور حمد، مرجع سابق، ص 77.

(3) Loquin (ERIC): op.cit., p. 51; Fouchard (PK): op. (cit), p(401) et S.P. 446 et s. (3) مشار إليه لدى: معوض، نادية محمد، مرجع سابق، ص 165.

القانونية Lex mercatoria تختلف من فرع إلى آخر، يمكن القول بأنّ هذا لا ينفي عنها صفة العمومية والتجريد لأنّها تتوجّه للمخاطبين بها بصفاتهم لا بذواتهم.

أما عن عدم وجود سلطة عليا موحّدة يمكن القول أنّ مجتمع المشتغلين بالتجارة الدولية يمتلك مؤسسات عضوية تعمل على إبراز هذه الصفة القانونية لهذه القواعد وكفالة الاحترام لها من خلال ما تفرضه من جزاءات على المُنتهين إليها.

ولكن الاتجاهات الفقهية المؤيّدة لتطبيق القواعد الدولية نفسها انقسمت إلى عدّة آراء، فمنهم من يقول إنّ مجرد اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفضّ النزاع المائل أو القائم بينهما هو دلالة بحدّ ذاتها على إخضاع النزاع المحكّم فيه للقواعد الدوليّة⁽¹⁾، ورأي آخر يقول إنّ هذه القواعد لا تُطبّق إلا إذا اختارها الأطراف صراحةً، أو أنّ إرادتهم انصرفت بشكل أكيد لتطبيقها⁽²⁾، وانقسم الفقهاء في هذا الاتجاه إلى رأيين؛ منهم من يقول إنّ القواعد الدولية لا تطبّق إلا بصفة احتياطية فهي عبارة عن قواعد مكملّة للقواعد الوطنية، والرأي الآخر يقول إنّ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يسمح للأطراف باختيار القواعد التي تحكم نزاعهم ولو كانت لا تنتمي إلى قانون دولة معيّنة⁽³⁾.

والباحثة ترى أنّ هذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى المنطق طالما أنّ هذه الأعراف والعادات التجارية الدولية سواء تمّ الاتفاق عليها صراحةً أو استخلصت ذلك هيئة التحكيم ضمناً من خلال تعاملاتهم السابقة أو اختيارهم حلّ النزاع حسب لائحة غرفة التجارة الدولية مثلاً، هذا يعني تخويل الأطراف لهيئة التحكيم حسب القواعد القانونية الخاصة بهذه المؤسسة التحكيمية.

(1) حول هذا الاتجاه انظر: هشام علي، مرجع سابق، ص 257.

(2) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 2451.

(3) انظر: رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها. وكذلك انظر: Lagard: Approche critique de La Lexmercatoria, op. citê, p. 125. مشار إليه لدى: المصري، حسني، مرجع سابق، ص 372.

ونرى أيضاً أنه من الأفضل النصّ صراحةً على اختيار هذه العادات والأعراف التجارية الدولية وإلى جانب قانون آخر، لأنه في حالة النصّ على تطبيق هذه القواعد القانونية المختلفة قد يتدرّج البعض بأنها الأكثر ملاءمة لحكم موضوع النزاع، ويهدفون بذلك إلى استبعاد القوانين الوطنية، وقد أثبت الواقع العملي أنّ المحكّم قد يصل حدّاً من الجرأة ويقوم باستبعاد قانون وطني⁽¹⁾ ويُعمل هذه المبادئ القانونية، فهناك محاذير يجب مراعاتها عند اللجوء لمثل هذه القواعد القانونية حتى لا تخضع "للمزاج القانوني للمحكّم ولا تتحوّل المسألة لفرض قانون القوي على الضعيف"⁽²⁾.

ثانياً: مصادر قانون التجار واختيارها كقانون واجب التطبيق

إنّ مسألة اختيار هذه القواعد القانونية Lex mercatoria ومدى إمكانية الاعتراف بها وقبولها لتطبّق على موضوع النزاع يختلف بحسب إذا ما كان التحكيم محلياً أو دولياً، ولهذا سنتطرّق لهذه القواعد حسب مصادرها وإمكانية اختيارها كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، سواءً كانت معاهدات دولية ثنائية أو جماعية، أو الشروط العقدية والعادات والأعراف التجارية، والمبادئ العامة.

أولاً- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية: إنّ الدُول حين تُبرم اتفاقيات تُراعي فيها المصلحة المشتركة، أضف إلى ذلك أنّ أية دولة لا توقّع على اتفاقية دولية إلا برضاها وباحترامها للأوضاع الدستورية على إقليمها، وبالتالي تُعتبر قانوناً علوياً إعمالاً لمبدأ سموّ الاتفاقية الدولية على القوانين الوطنية، ولكن مع ضرورة حرية اختيار الأطراف لهذه الاتفاقية لتحكم معاملاتهم

(1) مثال على ذلك حكم التحكيم الشهير بين شركة (Texaco) والحكومة الليبية التي تمّت الإشارة إليه سابقاً، وكذلك حكم التحكيم

الصادر في نزاع بين شركة أمن أويل وحكومة الكويت مشار إليهما لدى: المصري، حسني، مرجع سابق، ص 352، 353.

(2) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص 591.

التجارية وتعاقدهم وأيّ نزاع يثور حولها، فلا يجوز بناءً على صفة الاتفاقية العلوية أن يُلزم الأطراف بها، فمصدر الإلزام هو اتجاه إرادة الأطراف، ويستوي في ذلك إذا كانت الدولة طرفاً في عقود التجارة الدولية أو بين أفراد عاديين، مثال ذلك عقود التوريد وعقود الخدمات، حيث تخلع الدولة عنها قناع الدولة ذات السيادة وتتعامل مع الطرف الآخر كشخص عادي من أشخاص القانون الخاص⁽¹⁾.

وبناءً عليه تلتزم محاكم الدولة أيضاً بتطبيق الاتفاقية واحترام أحكامها متى توفرت شروط تطبيقها، وكذلك أيضاً تلتزم تلك المحاكم بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي التي تصدر وفقاً لهذه القواعد القانونية المستمدة من هذه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية مثل اتفاقيات النقل الدولي واتفاقيات البيع الدولي للمنقولات المادية أو البضائع، فإذا تعارضت نصوص الاتفاقية مع القوانين الوطنية تقدّم الأولى على الثانية، وكذلك يجب على محاكم الدولة تطبيق نصوص الاتفاقية حتى ولو لم تتوفر شروط تطبيقها الواردة فيها في حال كانت الاتفاقية قانوناً مختاراً من قِبَل الأطراف.

وإن كانت الاتفاقية تسمو على السيادة التشريعية -كونها أحد مصادر القواعد القانونية الدولية- وكونها اتفاقية دولية فقط، وليس كونها من صنع سلطة عليا تشريعية، فالوضع لم يصل إلى هذه الدرجة من التوحيد والقبول الدولي بأن تتخلّى الدولة عن سيادتها التشريعية وخضوعها لقواعد قانونية دولية ليست من صنعها، فلا بدّ من التمييز بين فكرة التدويل وفكرة العلوية،

.Batiffol, Ibid, p. 2 (1)

فالدول الأطراف ترضى الخضوع للاتفاقية الدولية وللمسائل التي نظمتها بملء إرادتها ولا توجد سلطة تشريعية عالمية فوق الدول تُملّي عليها إرادتها⁽¹⁾.

ثانياً- الأعراف والعادات التجارية الدولية: إنّ الأعراف التجارية الدولية تُلزم المحكّم بتطبيقها والأطراف بالانصياع لها، والأعراف والعادات التجارية تختلف درجة إلزامها ويجب مراعاتها والالتزام بها ما دام لا يوجد هناك نصوص آمرة أو شروط موضوعية تستبعدّها. أما العادات التجارية يجب أن يثبت لهيئة التحكيم اتجاه إرادة الأطراف لتطبيقها⁽²⁾، فيطبّقها المحكّم بالصلح إذا رأى أنّ في ذلك تحقيقاً للعدالة، وكذلك المحكّم المقيّد بالقانون إذا اختارها الأطراف أو بسبب اعتبارها القانون الواجب التطبيق بحسب قواعد الإسناد أو بسبب طبيعة المعاملة التجارية الدولية مثار النزاع. ولكن كما نرى أنّه لا يجوز في حال وجود قانون وطني معيّن استبعاده لصالح هذا العرف التجاري الدولي بالدرجة الأولى أو العادة التجارية بالدرجة الثانية، فيجب معاملتها كمصدر احتياطي أو مكمل، وكذلك في حالة وجود اتفاقية دولية يخضع لها موضوع النزاع فإنّها تقدّم على هذه القواعد والقانون الوطني، وهو ما يُعرف بمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية..

ثالثاً- الشروط العقدية والعقود النموذجية: يجب على هيئة التحكيم أن تنظر لشروط العقد ومضمون العقد الأصلي ويجب أيضاً مراعاة العرف التجاري الدولي الذي يحكم المعاملة وكذلك العادات التجارية الدولية، فكلّ منها يشكّل مصدراً من مصادر القواعد القانونية التي يلتزم

(1) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 443-444.

(2) Boissésou, Juglart et Bettet, Ibid, p. 422.

بها المحكم، كما نصّت على ذلك الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961⁽¹⁾. وتتقدّم الشروط العقدية في التطبيق ثم يأتي بعدها العرف ثم العادة التجارية، ففي حالة عدم وجود شرط عقدي صريح يطبق العرف بما له من قوّة ملزمة، وإذا لم يوجد عُرف تطبّق العادة التجارية الدولية متى اتجهت إليها إرادة الأطراف صراحةً أو ضمناً.

أما بالنسبة للشروط والعقود النموذجية نلاحظ ظهور مجموعة من عقود الإذعان، كعقود التأمين أو عقود التوريد الدولية التي تجري على نسق واحد وتفرضها طائفة معينة من التجار أو منظّمة ينتمون إليها، مما يجعلها بصورة عقود إذعان، فالمتعاقد الآخر لا يمتلك مناقشتها وليس له إلا قبولها كما هي والانصياع لشروطها الآمرة⁽²⁾.

والقانون وإن كان يعترف بمبدأ سلطان الإرادة واعترف بشرعية هذه العقود، إلا أنّ هذا لا يمنع تدخله لإبطال تلك الشروط المُجفّة وإصلاح ما اعتراها من إخلال بمبدأ المساواة بين المتعاقدين.

رابعاً- المبادئ العامة في القانون: قد تُقسم هذه المبادئ العامة في القانون إلى طائفتين حسب الغرض منها: 1- تلك التي تشير إليها إرادة أطراف النزاع بغرض إعتاق العلاقات الناشئة بينهم لأيّ قانون وطني. 2- المبادئ العامة التي تشكّل نظاماً عاماً عبر دولي لا يجوز للأطراف تجاوزه. وهذه المبادئ لا يمكن اعتبارها مصدراً مستقلاً من مصادر القانون الواجب التطبيق على نزاع يتعلّق بالتجارة عموماً، لأنّ تطبيق نفس المبادئ لا يتّصف بالاضطراد، حيث يحصل تطبيقها واللجوء إليها بصفة عرضية بسبب طابعها الاحتياطي، وحتى يمكن القول بأنّ

(1) انظر المادة (7) من الاتفاقية المذكورة حيث نصّت على أنه "يراعي المحكم سواء حدّد الطرفين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو حدّده المحكم بنفسه شروط العقد والعادات التجارية الجارية".

(2) القلوبية، سميحة، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1971، ص 18-19.

هذه القاعدة أو تلك ترقى إلى مرتبة "المبادئ العامة في القانون" يفترض أن يكون لها تطبيقاً معيناً ومضموناً محدداً سلفاً، وفتح المجال أمام المحكمين الدوليين للتذرع بهذه المبادئ العامة وإعمالها على حساب القوانين الوطنية كما رأينا آنفاً قد يؤدي إلى نتائج خطيرة، عندما يخضع تفسير المحكم الدولي لإرادة الأطراف، مما قد يؤدي إلى مراعاة مصلحة طرف على حساب آخر⁽¹⁾.

خامساً: مبادئ العدالة والإنصاف: هي مصدر احتياطي إذا كان التحكيم مقيّداً يلجأ إليها المحكم المقيّد بالإضافة إلى قانون معيّن أو قواعد قانونية على عكس المحكم الطليق الذي يحكم بناءً عليها.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وُجّهت لقواعد القانون التجاري الدولي، إلا أن استخدامه لم يتوقّف عن التعاطم يوماً بعد يوم، فمثلاً نجد المادة (2/17) من لائحة غرفة التحكيم الدولية أنه "في جميع الحالات تأخذ محكمة التحكيم في اعتبارها نصوص العقد وعادات التجارة الملائمة".

كذلك القانون الأردني والمصري تبنيّا إمكانية اختيار الأطراف لهذه القواعد، أما القانون الفلسطيني أشار إلى اختيار قانون معيّن، وفي معرض النصّ على حالات البطلان تحدث عن القواعد القانونية ومخالفتها من هيئة التحكيم، وهذا ما سنعرض بالتفصيل في الفرع الثاني من هذا المطلب.

(1) المصري، حسني، مرجع سابق، ص 362.

الفرع الثاني - إمكانية اختيار قانون التجار في ظلّ قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنة:

إنّ اختيار الأطراف للأحكام الداخلية لدولةٍ معيّنة للانطباق على موضوع نزاعهم الخاضع للتحكيم هو الأصل، وللأفراد مطلق الحرية في هذا الاختيار ما عدا ما يتعارض أو يصطدم بالنظام العام وقواعده الأمرة، ومن جانب آخر فالمحكم مقيّد بتطبيق القانون المختار من الأطراف.

والاستثناء على ذلك هو إمكانية اختيار قواعد قانونية (Lex mercatoria) لتحكم موضوع النزاع، فهي قواعد لا تنتمي لدولة معيّنة، وهذا ما دفع معظم التشريعات للنصّ على إمكانية اختيارها وعلى رأسها نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 1998 المادة 17 فقرة 2 أشار إلى استخدام كلمة قواعد قانونية بصورة عامّة عند النصّ على القانون الذي يحكم النزاع المحكمّ فيه، وبموجب هذا اللفظ العام يستطيع الأطراف اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع المحكمّ فيه.

ولكن المشرّع الفلسطيني عندما تطرّق لحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم النزاع المحكمّ فيه في المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني، لم يُشيرَ لا من قريب ولا من بعيد إلى حرية الأطراف باختيار هذه القواعد القانونية، فقط حصر إمكانية الاختيار في "القانون"⁽¹⁾.

أما المادة 43 والتي تطرّق فيها المشرّع لأسباب الطعن في قرار التحكيم ومن ضمن هذه الأسباب الفقرة الخامسة، التي تجعل من مخالفة هيئة التحكيم لما اتفق عليه الأطراف من

(1) انظر كذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري في المادة 2/198 على أنّه "إذا تم الاتفاق على التحكيم في قطر، كانت قوانين قطر هي الواجبة التطبيق على عناصر المنازعة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك". كذلك المادة 73 من قانون التحكيم التونسي الصادر بتاريخ 1993/4/26 والتي أشارت إلى مصطلح القانون الذي يعني قانون دولة ما، ولم تُشير إلى مصطلح القواعد القانونية التي تشمل قواعد التجارة الدولية.

تطبيق "قواعد قانونية" على موضوع النزاع من الأسباب التي تجيز لأطراف التحكيم الطعن بالقرار.

ونلاحظ أنّ المشرّع الفلسطيني وقع في تضارب بين استعمال مصطلح قانون تارةً وقواعد قانونية تارةً أخرى، فهل يمكن الاستناد لهذه الفقرة للقول بأنّ المشرّع الفلسطيني يُجيز للأطراف الاتفاق على قواعد قانون التجارة الدولية لتحكم موضوع النزاع المحكم؟ أم أنّ هذه العبارة جاءت على سبيل المصادفة؟

وترى الباحثة أنّه يمكن لأطراف النزاع الاستناد إلى هذا النصّ كونه يوسّع الخيارات أمامهم، خاصّةً في ظلّ الثورة التكنولوجية والاتجاهات التي تُنادي بتحرير التجارة الدولية من قيود القوانين الوطنية، التي لم تعدّ قادرةً على استيعاب كلّ جوانب الحياة التجارية الدولية بمختلف مجالاتها ونواحيها، وخاصّةً أنّ السائر حالياً على الساحة الدولية ومُعترف به عالمياً، ومن خلال بعض القضايا والسوابق التحكيمية أنّ تلك القواعد القانونية ومنها قواعد قانون التجارة الدولية، تُعدّ مصدراً ملزماً سواءً تمّ اختيارها بصفة مستقلة أو بصفة مُشتركة مع غيرها من القوانين. ونلاحظ أنّ على المحكم أن يتقيّد بها إذا اتّجهت إرادة الأطراف لاختيارها صراحةً أو ضمناً، ولكن من جهة أخرى عليه مراعاتها في جميع الأحوال، وهناك فرق بين الالتزام والمراعاة.

أما المشرّع الأردني فنلاحظ أنّه نصّ في المادة (36) فقرة (أ) من قانون التحكيم الأردني على أنّه "تُطبّق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان"، والفقرة (ج) من نفس المادة تنصّ على أنّه في جميع الأحوال يجب أن تُراعي هيئة

التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والأعراف المتبعة.

هنا نلاحظ أنَّ المشرِّع الأردني تناول إمكانية اختيار الأطراف "للقواعد القانونية" صراحةً واعترف بحريَّة الأطراف بصياغة العقود كما يشاؤون، سواءً في ظلَّ قوانين وطنية تحكمها أم قواعد قانونية دولية مثل قانون التَّجَّار Lex mercatoria، مع ضرورة مراعاة الأعراف التجارية المتبعة في نوع المعاملة.

ولقد رتَّب المشرِّع الأردني البطلان على عدم مراعاة هيئة التحكيم للقانون الذي اختاره الطرفان، حيث تنصُّ المادة (49) منه على: أ- لا تقبل دعوى بطلان حُكم التحكيم إلا في أيِّ من الحالات التالية: ".... 4- إذا استبعد حُكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

هنا المشرِّع الأردني استخدم لفظ "قانون" ورتَّب على استبعاده البطلان وفي المادة السابقة (36) استخدم لفظ القواعد القانونية.

أمَّا المشرِّع المصري فقد نصَّ في المادة 39 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنَّه "تطبَّق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان..."، وهذه القواعد قد تكون قانون دولة معيَّنة، أو قواعد مُنتقاة من عدَّة قوانين تُناسب موضوع التعاقد وتضع له حلولاً مبتكرةً وملائمةً، أو قد يكرِّسون العادات والأعراف المتعلِّقة بشروط العقد، أو الإحالة إلى شروط نموذجية.

ولكن في المادة (53) نصَّ المشرِّع المصري على أحوال قبول دعوى البُطلان، وجاء فيها: "... إذا استبعد حُكم التحكيم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع

النزاع"، وهذا النص يُعتبر من النظام العام لمنع هيئات التحكيم من الحكم على هواها واستبعاد القانون المختار واللجوء إلى قواعد أخرى تخالف هذا القانون، خاصةً إذا كان هذا القانون قانون دولة أحد طرفي التعاقد.

ونلاحظ أن المشرّع الأردني وكذلك المصري حسناً فعلاً فقد أطلقا العنان لحريّة الأطراف في اختيار "القانون أو القواعد القانونية" التي تحكم الموضوع المحكّم فيه، ولم يحصرا هذا الاختيار "بقانون" كما فعل المشرّع الفلسطيني في المادة (19) من قانون التحكيم، في حين رتّب المطالبة بالبطلان على مخالفة هيئة التحكيم للقانون المختار وهو أقسى الجزاءات، فضيّق من أسباب الطعن بالبطلان وقيد هيئة التحكيم بضرورة الالتزام "بالقانون المختار"، وذلك لضمان عدم استبعاده أو الحكم بموجب قانون آخر أو مصدر آخر من مصادر القانون، ولاحترام ما اتّجهت إليه إرادة الأطراف، وإصدار حكمه بناءً على هذه الإرادة وما اتّجهت إليه.

أمّا المشرّع الفلسطيني فعل العكس تماماً ولم يكن موفّقاً في صياغة المادة 19 التي حصر فيها اختيار الأطراف بـ "قانون" ليحكم موضوع النزاع، بينما توسّع في نص المادة 5/43، ووضع مصطلحاً فضفاضاً وهو "مخالفة هيئة التحكيم لقواعد القانون" ورتّب المطالبة بالبطلان، فكيف يكون ذلك إذا لم يسمح المشرّع ابتداءً باختيار هذه القواعد القانونية صراحةً في نصّ المادة (19)، ثم رتّب البطلان في المادة (5/43) إذا لم تراعى هيئة التحكيم ما اتفق عليه الأطراف من قواعد قانونية.

ناهيك عن التضارب بين المصطلحات، فتارةً يستخدم كلمة قانون وتارةً أخرى كلمة قواعد قانونية، فهنا هل يختار الأطراف قانون أم قواعد قانونية، أم قانون وإلى جانبه قواعد قانونية؟ فالصياغة غير واضحة وبحاجة إلى إعادة نظر.

مع أنّ المشرّع المصري والأردني أيضاً استخدموا لفظ قانون وقواعد قانونية، إلا أنّ هذا الاستخدام يتفق تماماً والمعنى ومقاصد المشرّع وغاياته، واختلاف الألفاظ هنا لم يحدث خلافاً في المعنى كما هو الحال في قانون التحكيم الفلسطيني، بل على العكس تماماً. كما ذكرنا لم يجعل مسببات البطلان واسعة وفضفاضة وتحتّم أكثر من تفسير بناءً على مخالفة قرار هيئة التحكيم لقواعد القانون كما فعل المشرّع الفلسطيني. ترى الباحثة أنّ المشرّع المصري والأردني كانا موفّقين في صياغة هاتين المادتين، حيث أطلق إرادة الأطراف وسمح لهم بحريّة الاختيار من بين القوانين والقواعد القانونية، وهذا يتماشى وواقع العقود التجارية الدولية، وحصر أسباب البطلان في نقاط معيّنة من بينها مخالفة هيئة التحكيم القانون المختار ليحكم موضوع النزاع المحكّم فيه وحكم هيئة التحكيم بما لا يستجيب لرغبات الأطراف.

وهذا يقودنا إلى موضوع آخر وهو هل يمكن اللجوء إلى الإحالة لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة اختيار الأطراف له؟ وهذا يقتضي تناول المادة (19) فقرة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث أنّ المشرّع أيضاً لم يكن موفّقاً في صياغة تلك المادة، وهذا ما سنعالجه بالتفصيل في المبحث القادم.

المبحث الرابع

الإحالة

تظهر الإحالة عند تنازع القوانين السلبي بين قواعد الإسناد الوطنية والأجنبية، فكلٌّ منهما يرفض النظر بالنزاع ويحيله إلى قانون الدولة الأخرى أو إلى قانون دولة ثالثة.

والإحالة معروفة في مجال تنازع القوانين أمام القضاء، فما هو الوضع في مجال التحكيم؟ وفي ظلّ المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني تحديداً؟ خاصةً أنّ فكرة الإحالة بحدّ ذاتها تثير الكثير من الجدل حول قبولها والأخذ بها كما سنرى. ولذلك ستقوم الباحثة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول في المطلب الأول مفهوم الإحالة وشروط تطبيقها، وفي المطلب الثاني الإحالة في قانون التحكيم الفلسطيني.

المطلب الأول

مفهوم الإحالة وشروط تطبيقها

إنّ القاضي بعد تكييفه لنزاع معيّن حول مركز قانوني يشتمل على عنصر أجنبي، يقوم بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية ذات العلاقة التي تشير بدورها إلى القانون الواجب التطبيق، ومن هنا ظهرت إشكالية تطبيق القانون الأجنبي بين الأخذ به كاملاً (الإسناد الإجمالي) أو الأخذ فقط بقواعده الموضوعية (الإسناد الموضوعي)، ومن هنا بدأ ظهور مشكلة الإحالة، فما هو المقصود بالإحالة؟ وهذا ما سنجيب عنه في الفرع الأول من هذا المطلب مفهوم الإحالة وأنواعها، وما هي شروط تطبيقها سنتناولها في الفرع الثاني.

الفرع الأول- مفهوم الإحالة وأنواعها^{*1}:

إنّ قواعد التنازع هي قواعد إسناد وإحالة، فيذهب القاضي أو المحكّم لقانون الوطني لإرشاده للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، فتنتهي مرحلة الإسناد وتبدأ مرحلة الإحالة⁽²⁾، فإذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي تعيّن معرفة القواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون، ذلك أنّ القانون الأجنبي شأنه في ذلك شأن القانون الوطني

* أطلق الأستاذ الألماني كاهن (Kahn) على الإحالة "غرفة المرايا" كما أطلق عليها الأستاذ الإيطالي (Buzzati) لعبة التمس، لأنها قد تؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة وإلى توالي الإحالة إلى ما لانهاية له، مما يؤدي إلى القلق وعدم استقرار المعاملات وعدم الاطمئنان مقدماً للقانون الواجب التطبيق.

مشار إليه لدى: الداودي، غالب، والهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، ص 82. متوفر على الموقع الإلكتروني: www.ao.academy.org

(2) الداودي، غالب، والهداوي، حسن، مرجع سابق، ص 75.

يشتمل على نوعين من القواعد وهي قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات الطابع الدولي، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع.

وعليه، فإذا ما أخذنا بالإسناد الموضوعي ينتهي الأمر عند هذا الحدّ بالفصل في النزاع ذي العنصر الأجنبي وفقاً للنصوص الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وأما إذا أخذنا بالإسناد الإجمالي، فإنه سيتم أولاً تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، فإذا تبين -وفقاً لهذه القواعد- أنّ القانون الأجنبي ذاته هو الواجب التطبيق فلا إشكالية تُذكر. وأما إذا تبين أن قانوناً آخر هو الواجب التطبيق، سواءً أكان قانون دولة القاضي أم قانون دولة ثالثة، فهذا يعني الإحالة.

وبناءً عليه مكن تعريف الإحالة بأنها رفض القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص بالنظر في المسألة وإحالتها، من خلال قواعد الإسناد فيه إلى قانون دولة أخرى⁽¹⁾.

والإحالة تظهر عندما يثور التنازع السلبي بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص بالنظر في النزاع، ويحيله إلى قانون الدولة الأخرى، أو إلى قانون دولة ثالثة. وفي المقابل، لا تثار مشكلة الإحالة البتّة عند التنازع الإيجابي للقوانين، ويكون ذلك كذلك عندما تشير قواعد الإسناد لدى الجهة التي تنظر النزاع (القضاء الوطني أو هيئة التحكيم) إلى تطبيق قانونها المحلي، وتشير أيضاً قواعد الإسناد لدى جهة أخرى يمكن رفع النزاع أمامها إلى تطبيق قانونها المحلي (أي تماثل قواعد الإسناد).

(1) دواس، أمين رجا، مرجع سابق، ص 172.

والإحالة تكون على درجتين، إحالة من الدرجة الأولى وإحالة من الدرجة الثانية، وكان أول ظهور لمفهوم الإحالة وكانت إحالة من الدرجة الأولى في قضية "فورجو"⁽¹⁾ التي طبق القضاء الفرنسي فيها الإحالة. والمقصود بالإحالة من الدرجة الأولى أ، تحليل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق الاختصاص بنظر النزاع إلى قانون القاضي، ويُطْلَق عليها البعض الرجوع⁽²⁾. وتكون هذه الإحالة بخطوة واحدة⁽³⁾، وهذا النوع من الإحالة هو الذي أخذ به المشرّع الفلسطيني في قانون التحكيم كما سنرى.

أما النوع الثاني؛ فهو الإحالة من الدرجة الثانية، وهي أن تحليل قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المعين إلى قانون دولة ثالثة غير دولة القاضي، مثال ذلك قرار المحكمة الألمانية العليا بشأن تركة شخص بلجيكي توفي في ألمانيا وترك عقارات في روسيا، بموجب قاعدة الإسناد الألمانية كان القانون البلجيكي هو المختصّ كونه قانون جنسية المتوفى، ولكن بموجب قاعدة الإسناد في هذا القانون يجب تطبيق قانون موقع العقار على الإرث في الأموال الغير منقولة، أي القانون الروسي. وهناك مَنْ يرى تصنيفات أخرى للإحالة، فهناك مثلاً الإحالة الطويلة أو الإحالة الدائرية، وهذا النوع من الإحالة نادر الوقوع⁽⁴⁾.

(1) وتتلخص تفاصيل القضية في أنّ بفارياً يُدعى فورجو انتقل لفرنسا واستقر بها دون أن يكتسب موطناً قانونياً وفقاً لأحكام القانون الفرنسي وظل موطنه القانوني في بلده الأصلي بفاريا وموطنه الفعلي في فرنسا، توفي وترك ثروة منقولة وتركها في فرنسا، ولم يكن له أقارب إلا بعض الحواشي (من جهة الأم) وحسب القانون الفرنسي لا يرث الحواشي وإنما يكون للدومين الفرنسي وكذلك الحواشي لا يحق لهم المطالبة بالتركة حسب القانون الفرنسي، وعندما أُثير النزاع أمام القضاء الفرنسي ورغم أنّ قاعدة التنازع في القانون الفرنسي تقضي تطبيق القانون البافاري بوصفه قانون موطن المتوفى، إلا أنّ إدارة الدومين طالبت بتطبيق القانون الفرنسي بناءً على أنّ قاعدة الإسناد في القانون البافاري تقضي بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفى والموطن الفعلي لفورجو هو فرنسا، فإنّه هو القانون الواجب التطبيق، وبهذا استقر رأي القضاء على إعمال الإحالة من الدرجة الأولى التي تعني تطبيق قانون القاضي من خلال الأخذ بقاعدة الإسناد في القانون الوطني.

(2) يُقصد بالرجوع تعطيل قاعدة الإسناد في قانون القاضي ورد الاختصاص بحكم هذه إلى هذا القانون.

(3) دواس، أمين رجا، مرجع سابق، ص 178.

(4) المرجع السابق، ص 176.

الفرع الثاني- شروط تطبيق الإحالة:

يُشترط لإعمال فكرة الإحالة ما يلي:

1- يجب أن يكون القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد قانوناً أجنبياً، كما ذكرنا في قضية "فورجو"، حيث أشارت قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي إلى تطبيق أحكام القانون البافوري ولكن إذا كان قانون القاضي هو المختصّ هنا لا يوجد إحالة.

2- أن تكون قواعد الإسناد في دولة القاضي مختلفة عن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وهذا يكون على صورتين؛ أولاً: أن يكون الضابط الذي تتبناه قاعدة الإسناد الأجنبية والوطنية مختلفاً في كلٍّ منهما، فمثلاً ضابط الإسناد في القانون الفرنسي هو الجنسية، في حين في القانون الإنجليزي الموطن، لكن إذا كان هناك تماثل بين ضابط الإسناد في قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي، هنا لا مجال لإعمال نظرية الإحالة، مثل خلاف ثار بشأن أهلية أردني متوطن في فرنسا، ففي كلا القانونين يُشير إلى تطبيق القانون الأردني كقانون مختصّ لأنّه ضابط الإسناد في القانونين واحد وهو الجنسية، أي قانون جنسيته هو القانون الأردني، هنا لا تتور مشكلة الإحالة. ثانياً: الاختلاف في مفهوم ضابط الإسناد الذي تتبناه كل من قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية، فهنا يكون ضابط الإسناد هو نفسه في كلا القانونين، لكن مفهومه مختلفاً مثل ذلك مفهوم الموطن في النظام اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني الذي يختلف تماماً في كلا النظامين، ففي النظام الأنجلوسكسوني المقصود بالموطن الموطن الأصلي، والموطن الأصلي يثبت لكل شخص عند ولادته ولا يمكن أن نتصور تعدّده بالنسبة للشخص الواحد. بينما الموطن في النظام اللاتيني الموطن الفعلي أو الواقعي للشخص أي محل إقامته أو سكناه المعتاد، وهنا يمكن أن

يتعدّد الموطن حسب هذا النظام للشخص ذاته⁽¹⁾. وثالثاً: قد تظهر الإحالة أحياناً عندما تتبنى كل من قاعدة الإسناد الوطنية والأجنبية ضابط إسناد واحد ومفهوم واحد، إلا أنّ التكيف القانوني مختلف لنفس المسألة في كلٍّ من القانونين (الوطني والأجنبي).

(1) دواس، أمين رجا، مرجع سابق، ص 175.

المطلب الثاني

موقف كل من الفقه والتشريع⁽¹⁾ من الإحالة

الإحالة من المسائل التي قد تؤدي إلى نتائج خطيرة، لذلك انقسم الفقه بشأنها بين مؤيد ومعارض (الفرع الأول)، وكذلك لم يكن موقف التشريع في الدول المختلفة واحداً، وتناولت الباحثة الإحالة في القانون الفلسطيني وبعض القوانين المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول- موقف الفقه من نظرية الإحالة:

كما تقدّم إذا قلنا أنه يجب على القاضي أو المحكمّ وهو يطبّق القانون الأجنبي الخاص بحكم العلاقة (وفقاً لقاعدة الإسناد في قانونه)، أن يبدأ بقواعد الإسناد في هذا القانون، ويأخذ بما يقضي به من إحالة، إما إلى قانونه أو إلى قانون آخر أجنبي، فنحن هنا من أنصار الإحالة، أما لو قلنا أنه يتوجب على القاضي أو المحكمّ تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة فقط في قواعده الموضوعية دون قواعد الإسناد، فهنا رفض واضح للإحالة، وهذا يعني بعبارة أخرى أن الإسناد الكلّي أو الإجمالي أي الأخذ بالقانون الأجنبي برمته بما فيها من قواعد تتنازع قوانين، يعني قبول الإحالة والأخذ بها، أما الإسناد الموضوعي فهذا يعني أخذ القواعد الموضوعية بالقانون الأجنبي دون قواعد الإسناد وتنازع القوانين، فهذا يعني رفض الإحالة.

ومن هنا نلاحظ أنّ هناك اتجاهين فقهيين منهم يرفض الإحالة ومنهم من يؤيدها وكلّ منهما يسوق حججه التي تؤيد رأيه في ذلك.

(1) إن ما يعنينا هنا بالتحديد المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 في فقرتها الثانية، وكذلك المادة (34) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 الساري المفعول بغزّة ولا زال مشروعاً في الضفة الغربية.

أولاً: الاتجاه المؤيد للأخذ بالإحالة

يقول هذا الاتجاه بأنّ هناك مجموعة من المبررات والحجج التي تدعو إلى الأخذ

بالإحالة:

1- أنّه يجب النظر إلى القانون الأجنبي ككلّ متكامل فلا يجوز الأخذ بالقواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد، لأنّ في ذلك تعطيل لإرادة المشرّع في الدولة الأجنبية التي يكون قانونها واجب التطبيق، فلا يجوز تجزئة هذا القانون، وقيام القاضي أو المحكمّ الوطني بالأخذ بالقواعد الموضوعية فقط في القانون الأجنبي يُعتبر تدخلاً بوظيفة المشرّع الأجنبي ويؤثر في السيادة التشريعية للدولة الأجنبية التي تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى أنّ قانونها هو المختصّ.

2- الأخذ بالإحالة يؤدي لتوفير توحيد للحلول في الدول التي تتصلّ بها العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي محلّ النزاع⁽¹⁾، فمثلاً إذا ثار نزاع بشأن أهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، هنا القاضي الفرنسي والقاضي الإنجليزي لو عرض النزاع أمام أيّ منهما سيطبّق قانون الموطن وهو القانون الفرنسي.

3- ضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية: فالأخذ بالإحالة والإسناد الإجمالي يضمن تنفيذ الحكم أو القرار الصادر بموجب قانونها الذي عينته قاعدة الإسناد فيها، ففي حالة اختيار القواعد الموضوعية قد لا يتمّ تنفيذ القرار بحجّة أنّ ذلك القانون الذي صدر الحكم وفقه لم يكن مختصاً بالنزاع وفقاً لقواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي⁽²⁾.

(1) رياض، فؤاد، وراشد، سامية، تنازع القوانين في القانون المصري وفي التشريعات الحديثة، طبعة منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1991، ص 109، ص 110.

(2) دواس، أمين رجا، مرجع سابق، ص 180.

4- التنسيق والتنظيم والتعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وكذلك الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي كونه أكثر دراية من غيره ويسهل عليه تطبيق مقارنة بالقانون الأجنبي.

ثانياً: الاتجاه المعارض للأخذ بالإحالة

أما عن الرأي المعارض للأخذ بالإحالة الذي قام بدوره بالرد على حجم المؤيدين للأخذ بها فأقاموا بدورهم هذه الحجج لهدم فكرة الإحالة، ومن ضمنها:

1- الأخذ بالإحالة يؤدي إلى المساس بالسيادة، ذلك أن المشرع عندما يضع قواعد الإسناد فإنه يرسم حدود سيادته الوطنية، والأخذ بقاعدة الإسناد الأجنبية هو تعطيل لقاعدة الإسناد الوطنية، وكذلك على القاضي الوطني أعمال إرادة المشرع الوطني وعدم إهدارها بتطبيق القانون الأجنبي برمته، وإنما أعمال إرادة المشرع الوطني بالأخذ بالقواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد في هذا القانون المعين.

2- الإحالة قد تؤدي للوقوع في حلقة مفرغة أو إلى توالي الإحالة إلى ما لانهاية، وهو ما يؤدي إلى القلق وعدم الاطمئنان مقدماً للقانون المختار، ولا يمكن الخروج من هذه الحلقة المفرغة إلا بالتخلي عن الإسناد الإجمالي في مرحلة ما، وهذا يعني تقويض نظرية الإحالة.

3- أن القول بأن الإحالة تؤدي لتوحيد الحلول، فهذه الفكرة غير واردة حالة قبول الإحالة من كلا البلدين، فهذا الحل غير متصور إلا إذا كانت دولة تأخذ بها ودولة ترفضها.

4- كذلك الإحالة لا تؤدي لتسهيل الحلول والاعتراف بالحكم بالحجية بقولهم إن هذا غير صحيح، حيث التنفيذ يكون عادةً في بلد القاضي الذي صدر فيه الحكم، أضيف إلى ذلك أن شرط كون الحكم الأجنبي صدر بموجب القانون الذي تعينه قواعد الإسناد في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها هو شرط أخذ بالزوال، حيث تهجره معظم الدول⁽¹⁾.

5- كذلك الإحالة من الدرجة الأولى قد تمثل تحيزاً لقانون دولة القاضي، وإن هذا قد يحقق رغبة القاضي بتطبيق قانونه، وهذا لا يتفق وعلم تنازع القوانين بتحديد القانون الأنسب ليحكم النزاع، سواء كان قانوناً أجنبياً أو وطنياً.

6- ممكن أن تؤدي الإحالة إلى تطبيق نظام قانوني غير معروف للشخص في قانون الشخص. ولا بد من الإشارة أخيراً إلى أن الإحالة تكون مستبعدة عادةً في حالة خضوع التصرفات القانونية لقانون إرادة المتعاقدين، وكذلك خضوع شكل هذه التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام.

الفرع الثاني - الإحالة في قانون التحكيم الفلسطيني وبعض القوانين المقارنة:

الفصل هو الكلام عن دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، وبما أن التحكيم في معظمه يدور حول التزامات تعاقدية، ولكن المشكلة لا تقف عند تحديد القانون الواجب التطبيق فقط على موضوع النزاع، وإنما من الضروري معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستطبق، أي لحسم النزاع، إذ إن اختيار الأطراف لقانون معين، أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، لتعلق هذه المسائل

(1) دواس، أمين رجا، مرجع سابق، ص 112.

في الغالب بعقود والتزامات، وقد تشمل أيضاً ما يتعلّق بالأهلية والالتزامات غير العقدية أو المنافسات غير المشروعة.

فمنْ هنا نلاحظ أنّ الكلام عن الإحالة في حال اتفاق الأطراف صراحةً أو ضمناً على القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فهنا لا مجال لإعمال الإحالة، لأنّ الالتزامات التعاقدية التي تعتمد على الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، فلا مكان هنا لتطبيق الإحالة أو استبعاد القانون الذي اختاره الطرفان، وتطبيق قانون آخر عليه، وإنّما تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار⁽¹⁾، إلا إذا نصّ الأطراف صراحةً أو ضمناً على تطبيق القواعد المتعلقة بتنازع القوانين⁽²⁾، وهذا يهدف بالنهاية إلى حماية توقّعات الأطراف المشروعة واحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة واستقرار المعاملات في المجتمع.

فعند اختيار الأطراف لقانون معيّن يحكم النزاع المحكّم فيه، فإنّ هذا الاختيار ينصبّ على الأحكام الداخلية في هذا القانون المختار ليحكم النزاع⁽³⁾، وهذا يعني أنّه لا مجال للأخذ بالإحالة عند اختيار الأطراف لقانون معيّن ليحكم نزاعهما، لأنّ الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم الذي يستمدّ وجوده من اتفاق الأطراف المتعاقدة باختيار قانون لدولة معينة ليحكم

(1) مثال ذلك المادة 2/4 من القانون المدني الألماني، حيث نصّ "يكون للطرفين اختيار قانون دولة معينة فإنّه بإمكانهم فقط اختيار القواعد الموضوعية فيه".

وكذلك اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات للتعاقدية، حيث نصّت المادة (15) منها وتمّ تبنيها في إنجلترا بموجب (The Contracts Application Law Act 1990) حيث نصّت:

"The application of the Law of any country specified by this Convention Means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law".

(2) شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانون التجارة الدولية (لطلبة الدراسات العليا)، كلية الحقوق 1973، 1974، ص 3. حيث يقول: "إنّ دور إرادة الطرفين لا يغطّي فقط القواعد الموضوعية وإنّما يغطّي أيضاً القواعد الإجرائية في كافة مراحل خصومة التحكيم".

(3) انظر في ذلك نص المادة 2/19 من قانون التحكيم الفلسطيني، وكذلك نص المادة 36/أ من قانون التحكيم الأردني، وأيضاً المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري (والتي ذكرناها هنا أكثر من مرة في هذا الفصل) منعاً للتكرار، كذلك نص المادة 28 فقرة (أ) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 (اليونسترال).

نزاعهما، فمن المفروض أنهم يعرفون هذا القانون واختاروه على أساس أنه الأقدر على حسم خلافاتهم، فهو يحقق مصالحهم، ولو كان الأطراف يريدون اختيار القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في القانون المختار من قبلهم لاختاروه مباشرةً استناداً إلى قانون الإرادة⁽¹⁾، زد على ذلك أن استشارة قواعد الإسناد في القانون المختار قد تؤدي إلى اختصاص قانون آخر ليحكم النزاع وهو ما يخالف توقعات الأطراف ولا يتفق مع طبيعة ضابط الإرادة⁽²⁾.

فعندما يتم اختيار قانون دولة ما واختاروا قواعدها الموضوعية دون قواعد الإسناد، فهنا لا يجوز عادةً اللجوء إلى الإحالة بتاتاً من قبل المحكم، وعليه أن يتقيد باختيار الأطراف.

إلا أن القانون النموذجي في المادة 28/أ وكذلك قانون التحكيم المصري في المادة 39 والقانون الأردني سمحت للأطراف باختيار قواعد الإسناد، فعبارة "ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك" التي جاءت في نهاية الفقرة برأي الباحثة تدلّ على أن الأصل اختيار الأطراف لقانون معين يعني اختيار القواعد الموضوعية من دون قواعد التنازع، أما في حالة الاتفاق على تطبيق القانون كوحدة واحدة أو النص صراحةً على تطبيق القواعد الموضوعية إضافةً إلى قواعد الإسناد لاعتبارات معينة في أذهان المتعاقدين، فهذا حسب نصوص المواد سالف الذكر مسموح به كاستثناء على الأصل حسب ما يفهم من نصوص المواد، مع أنه برأي الباحثة غير متصور أو نادر الحدوث ربما للأسباب التي ذكرناها أعلاه، ولكن إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى هذا الخيار فلا يوجد ما يمنع، وفي هذه الحالة تطبق الإحالة وعلى المحكم الأخذ بها في ظلّ هذا الاستثناء، طبعاً الحديث هنا عن اختيار قانون لدولة معينة (يتضمن قواعد إسناد) وليس اختيار قواعد قانونية.

(1) عبد العال، عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 270-271

(2) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 941.

ولكن هناك ما هو موقف المحكم من موضوع الإحالة إذا انصبّ خيار الأطراف على

قواعد قانونية؟

هنا كما لاحظنا أنّ المشرّع الفلسطيني في حالة التحكيم لم يأتِ (في المادة 19 من قانون التحكيم) على ذكر إمكانية اختيار قواعد قانونية بل نصّ على حرية اختيار الأطراف لقانون معيّن، فهنا لا يمكن أن يثور مشكلة الإحالة لأنّ المشرّع اعترف بها ، في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون، وتطبيق قواعد الإسناد الفلسطينية، إذا أدّت لتطبيق القانون الفلسطيني (إحالة من الدرجة الأولى).

طبعاً هذا الكلام في حالة تغيب الاختيار، وأنّ ما يعنينا هنا هو الاختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق، فكان لا بدّ من التنويه إليه لأنّ المشرّع الفلسطيني حصر خيارات الأطراف في "قانون" معيّن.

وعليه، فوفقاً للرأي السائد لدى الفقه بخصوص الإحالة (في حالة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية)، واستثناساً بموقف القانون المدني النافذ في غزة (والذي لا يزال مشروعاً في الضفة الغربية) الرافض للإحالة، فإنّ اختيار الطرفين لقانون دولة معيّنة ليطبّق على موضوع التحكيم ينبغي تفسيره من قبل هيئة التحكيم على أنّه اختيار للنصوص الموضوعية في هذا القانون، دون قواعد الإسناد فيه.

أما وقد أجاز قانون التحكيم الأردني والمصري كذلك إمكانية اختيار الأطراف لقواعد قانونية كما ذكرنا سالفاً⁽¹⁾، فهنا ترى الباحثة أنّه لا مجال للكلام عن مشكلة الإحالة، لأنّ هذه القواعد موضوعية ومباشرة ولا تحتوي على قواعد إسناد كما هي القوانين المحلية، فسواء تمت

(1) انظر في ذلك المبحث الثالث من الفصل الأول.

الإشارة لاختيار قواعد موضوعية موحدة مثل قواعد الـ(UNCITRAL) أو قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC) أو غيرها أو شروطاً تعاقدية، فالأمر هنا أمام المحكم محسوم فلا يمكن أن تثور إشكالية الإحالة، وهذا أمر غير متصور أصلاً.

وبالنتيجة فإن حرية أطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق شبه مطلقة في هذا الموضوع ليس عليها من قيد إلا النظام العام وقواعده الآمرة، فيجب إعمال إرادة الأطراف سواء كان القانون الواجب التطبيق نظاماً قانونياً لدولة معينة أو قواعد قانونية مثل قانون التجارة (Lex mercatoria)، أو مزيجاً بين هذا وذاك، طالما هذا الاختيار لم يصطدم بالنظام العام. وهذا الاختيار يُعتمد به (صراحةً أو ضمناً) ولا يُشترط وجود صلة بين القانون المختار والنزاع القائم. ولكن في حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون معين ليطبق على النزاع التحكيمي فما هو العمل؟

لا يمكن تصوّر عقد بلا قانون أيّ عقد موجود بفراغ تشريعي، فعندما يثور نزاع ويعرض على المحكم أو هيئة التحكيم، من أحد المهمات الملقاة على عاتق المحكم هو البحث عن القانون الواجب التطبيق عند سكوت الأطراف، والحكم بناءً على هذا القانون، وهذا ضمن معايير وضوابط يجب على المحكم أن يتقيد بها سنعرضها في الفصل الثاني من هذه الدراسة بالتفصيل.

الفصل الثاني

اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم

إنّ مبدأ حرية الإرادة في عقود التجارة الدولية وعلى الرغم من الانتقادات التي وُجّهت له، كان وسيظلّ هو الوسيلة التي تحدّد النظام القانوني للعقود الدولية، لذا يجب أن لا يغيب عن الأذهان أنّ هذا المبدأ كان أساس نموّ وازدهار التجارة الدولية منذ أواخر القرن السابع عشر وحتى اللحظة. أضف إلى ذلك أنّ معظم القوانين والأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية كرّست هذا المبدأ ولم تهجره، على الرغم من الجدل الذي أثير حوله والانتقادات الموجهة إليه، خاصّةً في مجال المنازعات التحكيمية والتي تعتمد بشكل أساسي على إرادة الأطراف.

فالأصل أنّ اتفاق الأطراف هو الذي يحدّد القانون الواجب التطبيق، لكن في بعض الأحيان قد لا يحدث هذا الاتفاق، إمّا بسبب اختلاف الأطراف على القانون الواجب التطبيق أو عدم اهتمام الطرفين بهذا الموضوع، أو تمسك كل طرف من الأطراف بقانونه الوطني، أو كان للأطراف محامٍ غير كفء لم يُضمّن اتفاق التحكيم شرط القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو نتيجةً لاهتمام الأطراف باتفاق التحكيم أكثر من تحديد القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾. وهنا يبرز دور هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كذلك تلعب هيئة التحكيم دوراً في تعيين قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق لأنّه نادراً ما يتفق الأطراف عليها، وعليه يجب على هيئة التحكيم البحث عن كيفية تحديد القواعد التي تختصّ بتنازع القوانين لكي يتمّ تطبيقها على المسائل التي تخرج عن نطاق القانون المختار من قبل

(1) Chukwumerije, Okezie, Ibid, p. 124

الأطراف كالأهلية مثلاً⁽¹⁾، فالمشكلة لا تكمن في معرفة القانون المختار فقط، بل بمعرفة قواعد الإسناد التي ستطبقها هيئة التحكيم للوصول إلى حلّ النزاع المعروض أمامها⁽²⁾.

ففي ظلّ غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يبرز دور هيئة التحكيم، فكيف يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة المطروحة أمامها؟

بين الطرق التقليدية والمناهج الحديثة سنقوم بتناول خيارات هيئة التحكيم عندما تقوم بتحديد هذا القانون. وبناءً عليه سيتمّ تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، المبحث الأول يتناول تطبيق هيئة التحكيم لقاعدة إسناد معينة، والمبحث الثاني تناول اختيار هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق مباشرةً (دون أعمال قاعدة إسناد)، والمبحث الثالث تناول إمكانية أعمال قانون التجار Lex mercatoria من قبل هيئة التحكيم، وأخيراً تناول المبحث الرابع الإحالة.

(1) الخراز، إلهام عزام وحيد، مرجع سابق ص 28.

(2) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 182.

المبحث الأول

تطبيق هيئة التحكيم لقاعدة إسناد معيّنة

كان الاتجاه السائد قديماً أنّ القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية هو الذي يحكم موضوع كلا العقدَيْن، إلاّ أنّ هذا الرأي تعرّض للانتقاد بسبب اختلاف موضوع كلّ من العقدَيْن، فالأوّل يتعلّق بمعاملات مالية، والثاني اتفاق أو أداة لها طبيعة إجرائية⁽¹⁾، أُضيف إلى ذلك استقلال شرط التحكيم عن العقد المدرج فيه، فرفضت هيئات ومراكز التحكيم مثل هذا الاتجاه⁽²⁾.

فظهرت عدّة اتجاهات اختلف ضابط الإسناد فيها، فمنهم من نادى بضرورة تطبيق قانون مكان إجراء التحكيم (مقرّ التحكيم)، واتجاه آخر نادى بضرورة تبني فكرة القانون الأكثر صلةً بموضوع النزاع أو الأكثر ملاءمةً، وفريق ثالث قال باختيار هيئة التحكيم لقواعد الإسناد التي تراها ملائمة لتعيّن بموجبها القانون الواجب التطبيق.

وسيتّم تناول موضوع أعمال قاعدة إسناد في الدولة التي توجد فيها هيئة التحكيم في المطلب الأوّل، والمطلب الثاني يتناول اختيار هيئة التحكيم للقانون الأوثق صلةً بموضوع النزاع، وفي المطلب الثالث: اختيار هيئة التحكيم لقاعدة الإسناد الملائمة..

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 317.

(2) انظر في ذلك حكم محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1988، وجاء فيه "إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إخضاع العقد الأصلي كما هو واضح من مستند المهمة (act de mission) فإنهم بالمقابل قد فوّضوا محكمة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق على شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، وذلك في الفقرة الأولى من المادة السابعة من مستند المهمة وبالتالي تكون هذه المسألة من اختصاص محكمة التحكيم. راجع الحكم الصادر في القضية رقم 573 المنشور في Rev arb مجلة التحكيم الفرنسية، 1992، ص 125.

المطلب الأول

إعمال قاعدة الإسناد في الدولة

التي توجد فيها هيئة التحكيم (مقر التحكيم)

إنّ إرادة الأطراف لا تفرض إسناداً موضوعياً على عكس قواعد الإسناد الأخرى، وبالتالي يجب على المحكم أن يتقيد باختيار الأطراف ولا يستبعده بحجة عدم وجود صلة بين القانون المختار وموضوع النزاع أو العقد، أو لانتفاء مصلحة الأفراد في هذا الاختيار، فالمحكم الدولي عند غياب اختيار الأطراف يستردّ حريته، ومن واجبه هنا البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق تركيز العقد في قانون محدّد بالنظر للعناصر المادية والموضوعية التي تربطه بهذا العقد، ولا يجوز له تجزئة العقد، فهذا الأمر غير متصور في الاختيار التنازعي، لأنّ العقد يركّز في مكان معيّن في دولة معيّنة، وتُصبح هذه الدولة هي التي تحكمه برمته وليس جزءاً منه، فمحاولة إخضاع العقد لأنظمة قانونية مختلفة يؤدي إلى المساس بفكرة تركيز العقد لخضوعه لقانون أو قوانين غير قانون الدولة التي تمّ تركيزه فيها من قبل هيئة التحكيم.

وفيما يلي نبين موقف الفقه من معيار مقر هيئة التحكيم (الفرع الأول)، وكذلك موقف التشريع محلياً ودولياً من هذا المعيار (الفرع الثاني).

الفرع الأول- موقف الفقه من معيار مقر هيئة التحكيم:

وفقاً لهذا المعيار، تختار هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق باستخدام قواعد الإسناد في الدولة التي يتم فيها التحكيم، وعليه تتوصل هيئة التحكيم إلى هذا القانون عن طريق البحث

عن ضوابط ومعايير كتلك المستخدمة في المنهاج التنازعي والتي تحدّد لنا القانون الأكثر صلةً بالنزاع. وإنّ اتّباع منهج التنازع هذا يوفرّ حلولاً تتلاءم مع توقّعات الأطراف⁽¹⁾، خاصّةً إذا كان المحكّم غير ملزم أو مُجبر بتوضيح أسباب الاختيار لقانون معيّن أو حتى تسببب حكمه⁽²⁾. وقد نادى بهذا الاتجاه معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في أمستردام عام 1952، ومن أبرز المدافعين عن هذا الاتجاه الأستاذ "سوزر هال" الذي يرى في التحكيم مؤسسة ذات طبيعة مختلطة تعاقدية بمصدرها إجرائية بمضمونها وآثارها مع تركيز أكبر على الجانب الإجرائي⁽³⁾.

كان فقه الأحوال الإيطالي في القرنين الثاني والثالث عشر يخضع التصرف القانوني لمكان إبرامه أسوةً بخضوع شكل التصرف لقانون مكان إبرامه⁽⁴⁾، ثم تغيّر ذلك في القرن الخامس عشر فأصبح العقد يخضع لقانون مكان الإبرام على أساس اتجاه الإرادة الضمنية لتطبيق هذا القانون. وقد ترى هيئة التحكيم عند ممارستها سلطتها التقديرية في الاختيار من بين عدّة قوانين تتصل بموضوع النزاع أنّ قانون مقرّ التحكيم هو الأكثر اتصالاً بهذا النزاع، ويلاحظ دائماً أنّ العلاقات المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بإقليم الدولة، بحيث لا تتفكّ عنه، لا يجوز أن يسري عليها إلا القانون الوطني للدولة التي ترتبط بها تلك العلاقة، ويمثّل الفقه لذلك بالحقوق العينية الواردة على عقار، وبالفعل الضارّ أو النافع وبأحكام القانون البحري المصري⁽⁵⁾.

(1) الحجابيا، نور، مرجع سابق، ص 84.

(2) تفترض الاتفاقية الأوروبية في المادة الثامنة أنّ الأطراف اتفقت أن يكون قرار التحكيم مسبباً، لكن في حالة طلب الأطراف صراحةً تسببب قرار التحكيم أو عدمه يجب التقيّد بهذا الطلب.

(3) مشار إليه لدى: الداودي، غالب، والهداوي، حسن، مرجع سابق، ص 43.

(4) صادق، هشام علي، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 331.

(5) تنصّ المادة (247) من القانون البحري المصري أنّه يقع باطلاً "كلّ اتفاق سابق على قيام النزاع بإعفاء المحكّمين من التقيّد بهذه الأحكام".

وكون المحكم ليس له قانون اختصاص (Lex Fori) ولا يتعين عليه اتباع قانون دولته وقواعد الإسناد فيه، للاهتمام بالقانون الواجب التطبيق كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني، لهذا يقول البعض أنّ المحكم وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الممكن أن يتعارض محتوي أو مضمون هذا القانون مع النظام العام في الدولة المنوط بتنفيذ الحكم فيها، وإنّ هذا التعارض يكون سبباً لرفض التنفيذ ليس بسبب اختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما بسبب الحلول الموضوعية لهذا القانون⁽¹⁾.

ويقول البعض أنّ تبني هذا المعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق، أي قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم يقوم على أساس تبني التكيف الإجرائي، لأنّ إجراءات التحكيم يجب أن تخضع لقانون البلد الذي يتم فيه التحكيم لأنّه الأقدر على استيعاب مسائل الإثبات وبعض المسائل المستعجلة⁽²⁾.

أضيف إلى ذلك أنّ نظرية المؤشرات التي جاء بها (Sausser-Hal) والتي تقول بأنّ القانون المختار قد لا يستوعب كل المسائل القانونية التي يثيرها النزاع، وبالتالي يلجأ المحكمون لقانون آخر لتكملة النقص، وغالباً ما يتجهون لقانون دولة المقر⁽³⁾.

وفي الواقع أنّ عدم كفاية إرادة الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق أو غيابها أصلاً لا يؤثر نسبياً في معرض الحديث عن التحكيم المؤسسي الذي يجري في إطار مؤسسات تحكيم

انظر في ذلك نقض 2006/2/28 في الطعن رقم 595 لسنة 63 ق، وقد قضت فيه المحكمة ببطان شرط التحكيم البحري المبرم قبل وقوع النزاع بإيراده ضمن عقد النقل نفسه، لتحديد مكان التحكيم وقانونه سلفاً. مشار إليه لدى: العوا، محمد سليم، مرجع سابق، ص 115-116.

(1) الرفاعي، أشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 541.

(2) الحداد، حفيظة السيد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 64.

(3) سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ص 324، هامش رقم (1).

دائمة مثل غرفة التجارة الدولية ICC أو مركز التحكيم لمركز التعاون الخليجي، فيمكن أن يطبق نظام أو لوائح هذه المؤسسات. أضيف إلى ذلك أن أغلب عقود التجارة الدولية النمطية أو النموذجية تتضمن بند ضرورة فض المنازعات أمام مؤسسة معينة للتحكيم، وذلك في نطاق أنظمتها ولوائحها، مع أن البعض يرى أن هذه المؤسسات التحكيمية ذات طابع إقليمي أو دولي ولا تظهر الرابطة القوية بين الدولة الموجودة فيها تلك المؤسسة وضرورة تركيز العقد في مقرها، وبالتالي تطبيق قانون بلد المقر⁽¹⁾.

ويرى البعض أن تطبيق قانون دولة المقر يتم على أساس الإرادة المفترضة للأطراف، إلا أن هذا الأساس منتقد إذ إنه لا يمكن افتراض إرادة معينة للأطراف طالما لم يتفقوا (صراحةً أو ضمناً) على تطبيق قانون دولة المقر. زد على ذلك صعوبة استنباط الإرادة المفترضة وما يثيره من إشكاليات⁽²⁾. والبعض الآخر يقول إن اختيار قانون مكان التحكيم أو مقره كون التحكيم نظام قضائي اتفاقي وليس حارساً على نظام وطني معين⁽³⁾، إلا أن هذا لا يعني أنه غير محكوم بقانون أو قواعد قانونية -كما رأينا- يدعمه أثناء إجراءاته وبعد صدور قراراته. وفي هذه الحالة فإن الدولة التي يجري فيها التحكيم هي المؤهلة والأقدر على حكم النزاع وتطبيق قانونها،

(1) انظر في ذلك: الحداد، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص 74-75، حيث تقول: ولا يختلف الحل المتقدم إلا إذا كانت الإشارة إلى المؤسسة التحكيمية تفيد أن بها مؤسسة تحكيمية نشأت وتعمل في إطار وطني، كما هو الحال بشأن بعض الأجهزة الإنجليزية للتحكيم، أو بعض الأجهزة الوطنية للتحكيم ذات الطابع العام في أوروبا الشرقية أو في الشرق الأقصى، ففي هذه الحالات يبدو من الممكن افتراض أن الأطراف أرادت إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم، وهذا بعكس الفرض الآخر الذي تنم فيه الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية ذات طابع دولي مثل المحكمة الدولية للتحكيم بلندن، اللهم إلا إذا اختار الأطراف لائحة التحكيم الدولي لهذه المؤسسة.

(2) ويقول الفقيه (Bartin) إن أفضل القوانين هو قانون محل التحكيم، وذلك بتبرير أن التحكيم من طبيعة مختلطة، أي اتفاقي وقضائي، فبهذا الاعتبار المزدوج يبرر قانون مكان التحكيم الذي يطبق على مجموع التحكيم أي من حيث الإجراء والموضوع.

مشار إليه لدى: حسين، مظفر ناصر، مرجع سابق، ص 9.

(3) الفضلي، أحمد، وعبيدات، مؤيد، مرجع سابق، ص 45.

حيث يفترض ذلك بناءً على الإرادة الضمنية للأطراف، فدولة مقر التحكيم هي التي تشهد الميلاد الحقيقي والواقعي لعملية التحكيم وهي في الغالب مكان صدور الحكم⁽¹⁾.

ولكن هذا الرأي كغيره لم يسلم من الانتقاد -وحسب رأي الباحثة أن هذا الانتقاد يُعتبر منطقياً- نظراً لطبيعة التحكيم الخاصة من جهة، وكذلك التطور الهائل والتحكيم الإلكتروني والتعاقد عبر الإنترنت، ومن الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه أن اختيار مقر التحكيم قد لا تمتّ لاتفاق التحكيم أو لموضوعه بصلّة، ففي الغالب يتم اختيار مكان يمثل توقفاً حيادياً⁽²⁾.

كذلك اللجوء إلى قواعد التنازع في محل أو مقرّ التحكيم هذا أمر غير مقبول بالنسبة لهيئة التحكيم وذلك لأنه لا يشكل قانون اختصاصه، فالقاضي يتقيد بقواعد الإسناد في قانونه التي قد تؤدّي لتطبيق قانون بلد الإبرام، أو الجنسية أو الموطن المشترك. فتوطين التحكيم توطيناً جغرافياً أو حتى إجرائياً لا يعني بالضرورة توطينه قانونياً عند البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع⁽³⁾، أي لا صلة بين الجانب القانوني والجانب الجغرافي أو المكاني. والمحكم وهو يفصل في النزاع لا يستمدّ أي تفويض من الدولة التي يجري فيها التحكيم أو على إقليمها حتى تقوم هذه الدولة بفرض قواعد التنازع فيها كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق⁽⁴⁾. إضافةً إلى ذلك فإنه يصعب ضبط عبارة "محل التحكيم" أو "مكان التحكيم" من الصعب جداً

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 319.

(2) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 191.

(3) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 162.

(4) وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية في حكمها "... إن المحكمين وهيئات التحكيم تستمد ولايتها من اتفاق الأطراف التي تتضمن توليتهم وتفويضهم حقّ القضاء في نزاعاتهم، بخلاف المحاكم التي تستمد ولاية القضاء من الدستور والقانون". تمييز حقوق رقم 86/874 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة 1990، ص 2551-2550.

وضع تحديد لهذا المفهوم، فهل يعني مكان الاجتماع، وقد يجتمع أعضاء هيئة التحكيم في أكثر من دولة، وقد يكون بالمراسلة⁽¹⁾، وقد يجتمعون في عدّة أماكن وعدّة دول⁽²⁾.

والأهم من ذلك أنّ طبيعة النزاع الداخلي تختلف عنه في التحكيم التجاري الدولي، فمن المتصورّ خضوع كلّ منهما لقانون الإجراءات، إلّا أنّ موضوع كلّ منهما مختلفٌ تماماً، فموضوع التحكيم التجاري الدولي علاقة قانونية دولية لها صلة بالاقتصاد أو بالتجارة الدولية، والمحكم هنا لا يجب أن يُلزم بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بالبلد الذي يجري فيه التحكيم.

ومن الجدير ذكره أنّ هذا الاتجاه الذي يجعل دولة مقر التحكيم ضابط إسناد احتياطي، لا يعمل به إلا إذا تخلفت الإرادة الصريحة أو الضمنية حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ويرى بعض الفقه⁽³⁾ أنّ ضابط مقر دولة التحكيم هو ضابط إسناد احتياطي قاطع أوردته الاتفاقيات الدولية لئلا يُلغى الخلاف بين أنصار النظرية الشخصية والموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق عند تخلف الإرادة الصريحة.

ولا يمكن اعتبار قانون مقرّ التحكيم هو قانون "نيّة إسناد" لدى الأطراف، أي قانون نيّتهم أو إرادتهم المفترضة، حيث أنّ البحث عن تلك النيّة لا تعرفه العديد من القوانين المقارنة. إلّا أنّ الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة يرى "أنّ قانون مقر التحكيم يُعتبر قانون النيّة أو الإرادة الضمنية

(1) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 185.

(2) انظر في ذلك نشرة اليونسفال لسنة 2010 في المادة 18، حيث نصّت: "1- إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا مسبقاً على مكان التحكيم، تولّت هيئة التحكيم تعيين مكان التحكيم آخذةً ظروف القضية في الاعتبار، ويعتبر قرار التحكيم صادراً في مكان التحكيم. 2- يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع للمداولة في أيّ مكان تراه مناسباً، ويجوز لهيئة التحكيم أيضاً أن تجتمع في أيّ مكان تراه مناسباً لأيّ غرض آخر، بما في ذلك عقد جلسات استماع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

(3) هذا هو رأي الأستاذ السويسري HALL، مشار إليه لدى: سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 324.

لأطراف اتفاق التحكيم، ويقف على قدم المساواة مع القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية، خارج دائرة تطبيق اتفاقيتي نيويورك وجنيف اللتان أخذتا به⁽¹⁾.

وفي النهاية فإنّ تطبيق قانون دولة مقر التحكيم يُعتبر قرينةً على الإرادة الضمنية التي طالما اختارت هذا البلد لإجراء التحكيم فيه أو على أرضه، فهي ارتضت أيضاً تطبيق قانونه، والقانون المختار هنا هو القانون الوطني لتلك الدولة مثل القانون الفلسطيني أو المصري أو الألماني... الخ، وهذا القانون الوطني المقصود به النظام القانوني ككل لتلك الدولة أي الأحكام الخاصة بالتحكيم في قانون التحكيم، وإلى جانبها قانون الإجراءات المدنية والقانون التجاري والقانون المدني وغيرها في الحدود اللازمة لحلّ المسألة محلّ النزاع.

إلا أنّ هذا الاتجاه التقليدي أصبحت هنا محاولات لنزع هذا الاختصاص من القوانين الوطنية والاتجاه إلى ضمّها إلى عالم القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، فالقواعد القانونية أيضاً أصبحت تُطبّق على النزاعات التحكيمية إلى جانب القوانين الوطنية، وهذا ما سنعالجه بالتفصيل لاحقاً⁽²⁾.

الفرع الثاني- موقف التشريعات المقارنة والمعاهدات الدولية من معيار مقر التحكيم:

أيدت هذا الاتجاه العديد من الاتفاقيات الدولية، إذ اعتبرته ضابطاً احتياطياً في حالة عدم وجود الإرادة، وأهمّ هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك عام 1958 واتفاقية جنيف عام 1961، ففي الاتفاقية الأولى نصّت المادة الخامسة أنّ من الأسباب التي يمكن الاستناد إليها لرفض الاعتراف، ورفض تنفيذ حكم التحكيم بناءً على طلب الأطراف، وجاءت هذه الأسباب على سبيل الحصر،

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 324.

(2) انظر المبحث الثالث من الفصل الثاني.

فجاء في الفقرة الرابعة "إنّ تشكيل هيئة التحكيم أو إنّ إجراءات التحكيم لا تتطابق مع ما اتفقت عليه الأطراف أو مع قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على ذلك". فجعلت الأولوية لاتفاق الأطراف ثم قانون مكان التحكيم.

أما اتفاقية جنيف لعام 1961 لا تعتبر عدم استخدام أو عدم اللجوء إلى نظام محدد لتنازع القوانين مثل "نظام مقرّ التحكيم" وتطبيق قانون آخر غير الذي تشير إليه قواعد الإسناد في هذا النظام سبباً من أسباب بطلان قرار التحكيم أو عدم صحته⁽¹⁾.

فكلا الاتفاقيتين كرّس قانون الإرادة كضابط إسناد مع الاحتفاظ بصيغة احتياطية لإعمال القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في دولة المحكم.

كذلك اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965، فنصّت الفقرة الأولى من المدة 42 على أنّ "هيئة التحكيم تنظر في الخلاف طبقاً لقواعد القانون الذي اتفق عليه الطرفان، وفي حالة عدم الاتفاق بين الطرفين تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في الخلاف (بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين) وكذلك قواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها".

أما قانون التحكيم الفلسطيني ففي المادة 18 أخذ بالمعيار المكاني لمقر هيئة التحكيم⁽²⁾، فأجاز للأطراف الاتفاق على إجراءات التحكيم، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف جعل المشرع لهيئة التحكيم دور تكميلي بتطبيق قانون محلّ التحكيم، ولكن يُعاب على هذا النصّ أنه لم يبيّن

(1) انظر في ذلك: الداودي، ديب، الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص 45.

(2) نص المادة 18 من قانون التحكيم الفلسطيني "يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب اتّباعها من قِبَل هيئة التحكيم، فإنّ لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم".

هل المقصود بالإجراءات بالتحكيم الدولي أم المحلي⁽¹⁾، لكن من مضمون النص نفهم أنه لا فرق بين التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي من حيث الإجراءات، فتطبق هذه المادة في الحالتين، أضف إلى ذلك أن هذه المادة يُقصد بها التحكيم الخاص AD Hoc وليس التحكيم المؤسسي.

ولكن ما يعنينا هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وخاصةً أن هناك رأي يقول بضرورة توحيد القانون الذي يحكم الإجراءات والموضوع، فالقانون الذي يختاره الأطراف ليحكم الإجراءات يطبق على الموضوع والعكس بالعكس، لكن هذا الرأي يهدف للتيسير على المحكمين كون الاتفاق على قانون يحكم الإجراءات يُعتبر مؤشراً ثانوياً لا يمكن أن نركن إليه لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فعلى المحكم أعمال قواعد التنازع للوصول إلى القانون الواجب التطبيق⁽²⁾. أضف إلى ذلك أن هذا الاتجاه لا يصلح خاصةً وأن هيئات ومراكز التحكيم الدائمة التي تنظم لوائحها إجراءات سير المنازعة وتحدد للمحكم كيفية اختيار القانون الذي يحكم موضوع المنازعة، وهي بالدرجة الأولى قانون الإرادة، وإلا فإن هيئة التحكيم تطبق قواعد تنازع القوانين لاختيار القانون الأكثر ملاءمة أو صيلة بالموضوع⁽³⁾.

إذن فالأمر مختلف تماماً من حيث هامش الحرية الممنوح للأطراف إذا كان التحكيم مؤسسياً، فهناك مَنْ يرى أن هذا النوع من التحكيم يتضمن شرط الإذعان لقواعد المؤسسة التحكيمية ولا دور لإرادة الأطراف إلا باختيار المكان⁽⁴⁾، وكذلك على الموضوع تطبق هذه المؤسسات نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

(1) بينها المشرع الأردني في قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 في مادته (24) والتي تقضي بتطبيق القانون الذي اتفق عليه الطرفان، وإذا لم يتفقا فإن هيئة التحكيم تطبق القواعد الإجرائية المناسبة، وهنا حسناً فعل المشرع، فجاء هذا النص في فصل إجراءات التحكيم لأنه ينظم التحكيم الفردي وأن هذا التحكيم لا يعرف ما يسمى بالتحكيم الدولي.

(2) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 156.

(3) المرجع السابق، ص 157.

(4) السمدان، أحمد ضاعن، مرجع سابق، ص 190-198.

ولكن يرى البعض أنّ اللجوء لمؤسسة تحكيمية هو بمثابة اتفاق ضمني على اتباع الإجراءات الواردة في لائحة المركز التحكيمي⁽¹⁾.

ولكن المشرّع الفلسطيني في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سلك منهجاً مغايراً لذلك، الذي نصّ عليه فيما يتعلق بالإجراءات، ففي الفقرة الأولى من المادة (19) يقول: "يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإنّ لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. فهذا المشرّع الفلسطيني لجأ مباشرة إلى تحديد القانون الفلسطيني كقانون واجب التطبيق بعد إرادة الأطراف في حال تغيّبها.

وفي الفقرة الثانية تناول الموضوع بتفصيل أكثر، فإذا كان التحكيم دولياً ويجري بفلسطين ولم يتفق الأطراف على قانون ليطبّق عليه، تطبق القواعد الموضوعية التي تشير لها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني دون قواعد الإسناد ودون تطبيق قواعد الإحالة، إلا إذا أدّت لتطبيق القانون الفلسطيني.

ولا بُدّ من الإشارة إلى أنّ البعض⁽²⁾ يشير إلى أنّ القانون السويسري لعام 1987 وحسب ما جاءت به المادة 1/178 من مجموعة القانون الدولي الخاص بشأن التحكيم، أنّه في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فإنّ القانون السويسري هو القانون الواجب التطبيق وهو صاحب الاختصاص على اعتبار أنّ التحكيم يجري في سويسرا.

وترى الباحثة أنّ هذا الرأي منتقد فلا يمكن اعتبار كلّ تحكيم يجري في سويسرا هو تحكيم يجب أن يطبق عليه القانون السويسري على اعتبار أنّه قانون مقرّ التحكيم، فبرأيي إنّ هذا

(1) الفضلي أحمد، وعبيدات مؤيد، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، بحث تمت الإشارة له سابقاً، ص 46.

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 319.

يُعتبر اختياراً مباشراً للقانون الواجب التطبيق، وليس لأنه في حالة ترجيح المحكم أو اختياره لقانون المقر توجد هناك عدّة قوانين متنازعة فيرجح المحكم أحدها على الآخر لاعتبارات معيّنة، ولكن عندما يكون الاختيار مباشراً من المشرّع السويسري هنا قطعت جبهة قول كلّ خطيب، ولا مجال لتنازع القوانين.

أمّا المشرّع الأردني فقد نهج نهجا مختلفا، ونصّ في الفقرة (ب) من المادة 36 من قانون التحكيم الأردني على أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت عليه هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع"⁽¹⁾.

وكذلك، فإن المادة 39 فقرة 2 من قانون التحكيم المصري تتطابق، في هذا الخصوص، مع النص الأردني السابق، ما يعني أن المشرع في الأردن ومصر اتبع المنهج الموضوعي وليس التنازعي، ولكنه تبنّى فكرة اختيار المحكم للقانون الأوثق صلة بالنزاع، ولكن كيف يتسنى للمحكم الوقوف على القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع؟

وهذا ما سنتناوله الباحثة في المطلب الثاني.

(1) انظر في نفس المعنى المادة 24 فقرة 1 من لائحة المركز الكندي للتحكيم، والمادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، والمادة 17 فقرة 1 من لائحة غرفة التجارة الدولية للتحكيم.

المطلب الثاني

اختيار هيئة التحكيم للقانون الأوثق صلة بالنزاع

لا بدّ من الإشارة بدايةً أن مشكلة تحديد الحلول البديلة أو التكميلية عند غياب اتفاق الأطراف بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، سواءً عند إبرام العقد الأصلي أو في اتفاقية التحكيم اللاحقة على هذا العقد، تبقى قائمة حتى في ظلّ وجود مثل هذا الاتفاق الصريح أو الضمني، فقد يجد المحكّم الدولي نفسه مدعوّاً للبحث في إمكانية قبول هذا الاختيار وفاعليته، ولا سيما أنّ المحكّمين لا يهتمون بالإشارة في قراراتهم التحكيمية إلى أنّ اختيار الأطراف لهذا القانون مقبول أو منطقي، أو أنّه ينطوي على غشٍّ أو تحايل على القانون، كما لا بدّ له من مراقبة هذا الاختيار أيضاً في ضوء قانون معيّن ومدى انسجامه مع قواعد القانون الذي اتّجهت إليه إرادة الأطراف.

فإذا كان المحكّم ملزماً باحترام إرادة الأطراف عند وجودها، فهل يكون عند غيابها محرراً من أيّ التزام أو ضوابط محددة من أجل تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع؟ وهل هذه الحرية تعني الاستقلالية التامة عن النظم القانونية ذات الصلة بموضوع النزاع وغيرها من قواعد إسناد وقواعد موضوعية؟

الفرع الأوّل - قاعدة الأسناد القاضية بتطبيق القانون الأوثق صلة بالنزاع:

تبين أن المادة 36/ب من قانون التحكيم الأردني، وكذلك المادة 2/39 من قانون التحكيم المصري، تأخذ بهذا الاتجاه صراحة، وتضع أمام المحكم قاعدة اسناد محددة، ينبغي عليه تطبيقها لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لدى عدم اتفاق الأطراف عليه. إلا

أن هذه القاعدة تطلق يد هيئة التحكيم في تحديد القانون الأوثق صلة بالنزاع، وفقاً لسائر الظروف المناسبة.

بموجب هذا الاتجاه فإنّ على المحكّم الدولي أن يبحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فلا يتقيّد المحكّم هنا باتّباع قواعد التنازع في القانون الواجب التطبيق أو قواعد القانون الدولي الخاص، أي أنّ المحكّم الدولي لا يتقيّد باتّباع قواعد التنازع في قانون وطني معيّن أو تطبيق ذلك القانون على موضوع النزاع، ونتيجةً لذلك فإنّه يقع على كاهله البحث عن القانون الأنسب موضوعياً لحكم النزاع، ويكاد يصبح هذا المعيار أي القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع من المبادئ التي رسخت في لوائح هيئات التحكيم أو في قرارات التحكيم التجاري، وبالتالي فإنّ المحكّم له الحرية في البحث عن القانون الأنسب بالتطبيق الجمعي للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع في القوانين التي يرتبط بها النزاع⁽¹⁾. غير أنّ هذه الحرية لها ضوابط يتحدّد بموجبها القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع مثل قانون العقد، فالأصل أن تجد القانون الواجب على العقد من القانون الواجب التطبيق على النزاع⁽²⁾، وكذلك قانون مكان التحكيم، حيث يلتزم المحكّم دائماً بالقواعد الإجرائية الآمرة في مكان أو مقرّ التحكيم، حتى عند اختيار الأفراد لقانون آخر.

(1) الرفاعي، أشرف عبد العليم، مرجع سابق، ص 32-33.

(2) عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكّم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 273.

الفرع الثاني - معايير اختيار القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع:

إنَّ المحكّم يستند إلى معيارين للكشف عن المقصود بالقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع⁽¹⁾، يتمثّل المعيار الأوّل في تركيز موضوع النزاع في ضوء طبيعته الذاتية والتي يمكن من خلالها أن تحدّد الأداء المميز فيها، أي الالتزام الجوهرية الذي يفرضه مصدر الالتزام، أو ما يُطلق عليه محل الأداء المميز والقانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع وفقاً لهذا المعيار هو محل إقامة المدين، ولا شكّ أن محل إقامة المدين بالأداء المميز يحقق الأمان القانوني الذي يرغب به الأطراف⁽²⁾. أما المعيار الثاني فيخص ظروف وملابسات التعاقد التي تشير إلى تركيز العقد في نظام قانوني معيّن، ولكن هذا المعيار لا يعبر عن توقّعات الأطراف ويترك المجال واسعاً أمام المحاكم لاختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، لذلك يجب الحذر عند اللجوء إليه. وهناك حالتين لا يجوز اللجوء إليه كما يقول أ. د. هشام علي صادق، الأولى في حال عدم استطاعة المحكّم الوقوف على محل الأداء المميز⁽³⁾، والثانية إذا تبين من الظروف والملابسات أنّ هناك قانوناً آخر لحكم ذلك النزاع يرتبط ارتباطاً وثيقاً أكثر من قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز⁽⁴⁾.

(1) نصّت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة (3) فقرة (4) أنّه "في حال سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون الواجب التطبيق فإنّه يطبّق قانون الدولة الأوثق صلةً بالعقد، ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلةً بقانون الدولة التي يوجد بها محل التعاقد، محل الإقامة المعتاد للطرفين، المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً"، والأداء المميز هو قرينة بسيطة وضعتها اتفاقية روما تقبل إثبات العكس.

(2) الحجابا، نور، مرجع سابق، ص 676.

(3) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 611 وما بعدها.

(4) الأداء المميز هو نوع من الإسناد المرن ويسمى هذا الضابط بالأداء المميز لأنه يقوم على أساس تفريد المعاملة العقدية وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه، بمعنى إذا كان العقد الواحد ينتج عنه عدّة التزامات فإنّ أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الاستناد إليه في تحديد قانون العقد، ونشير في هذا النطاق إلى أنّ هذا المعيار يأتي بناءً على تحليل اقتصادي وقانوني في الوقت نفسه، فالتحليل القانوني للأداء المميز يسمح بمعرفة جوهر العقد وتمييز المتعاقدين دائناً ومديناً، أما الناحية الاقتصادية، فإنّ طرفاً واحداً هو الذي أبرم العقد ومارس وظيفته الاقتصادية والطرف الآخر لا

ويكاد يكون معيار القانون الأنسب موضوعياً من المبادئ التي استقرت عليها لوائح هيئات التحكيم وقرارات التحكيم الدولي⁽¹⁾، أي أنّ المحكّم غير ملزم بتطبيق القانون أو تحديده بنفس الطريقة المتبعة في المحاكم الوطنية، لأنّه كما ذكرنا ليس مقيداً بقانون خاصّ به وهدفه تحقيق المصالح المشروعة.

ومن الطبيعي والبدهي أن تختلف اجتهادات المحكّمين وآرائهم في اختيار القانون الأكثر صلة أو الأنسب حسب كلّ قضية على حدة في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني، وفي جميع الحالات سواءً طبق المحكّم أو اختار قانون مقرّ التحكيم أو القانون الأكثر صلةً بالنزاع أو الأنسب، عليه أن يتقيّد بالأعراف والعادات المتبعة، وكذلك مراعاة شروط العقد.

كذلك هناك بعض المؤشرات والدلائل التي تجعل المحكّم بموجب السلطة التقديرية الممنوحة له يختار قاعدة قانونية أو قانون معيّن دون غيره، كونه أكثر اتصالاً بالنزاع مثل النظر إلى جنسية الأطراف وموطنهما ومكان الإبرام، ومكان التنفيذ، ومقرّ هيئة التحكيم، فالمحكّم هنا يرجّح العنصر الأكثر أهمية من غيره، أو الذي يكون مكرراً أكثر من مرّة فهو الأكثر اتصالاً بالنزاع، وبالتالي هو الذي تطبّق قواعد قانونه⁽²⁾.

يكون إلا عميلاً وبالتالي فإنّ القانون المختصّ هو قانون دولة المدين. مشار إليه لدى الباحث: أحمد ولد محمد المصطفى، بحث بعنوان: العقد الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، البحث منشور على الموقع الإلكتروني: تاريخ الزيارة 23014/7/6، وقت الزيارة الساعة 22:53.

eddamiir.info/index.php?option=com.content...id...

(1) قرار التحكيم رقم 1512 لسنة 1971 الصادر عن هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية، منشور في Rev.arb:1972 p.97.et.s مشار إليه لدى: الرفاعي، أشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 566.

(2) الفضلي، أحمد، وعبيدات، مؤيد، بحث تمت الإشارة له سابقاً، ص 678-679.

المطلب الثالث

اختيار هيئة التحكيم لقاعدة الإسناد الملائمة

تأخذ بهذا الاتجاه الاتفاقية الأوروبية 1961، والتي نصّت في الفقرة الأولى من المادة السابعة منها على حرية الأطراف في الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، وفي حالة عدم الاتفاق فعلى المحكّمين تطبيق قواعد التنازع الملائمة للموضوع، وفي كلتا الحالتين يجب مراعاة نصوص العقد والعادات التجارية⁽¹⁾.

من هنا نلاحظ أنّ هذه الاتفاقية نصّت صراحةً على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، وإلا فإنّ المحكّمين الذين ينتقل لهم عبء تحديد القانون الواجب التطبيق حسب قواعد التنازع التي يراها تلائم الموضوع.

وكذلك، فإنّ قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 وتعديلاتها الأخيرة لعام 2006، في المادة 28 من الفصل السادس⁽²⁾، والتي تحدّثت عن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، نصّت في الفقرة الأولى منها: "1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأيّ اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني، يجب أن يؤخذ أنّه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحةً على خلاف ذلك. 2- إذا لم يعيّن الطرفان أيّة قواعد وجبَ على هيئة التحكيم أن تطبّق القانون الذي تقرّره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنّها واجبة التطبيق. 3- لا يجوز لهيئة

(1) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 191.

(2) UNCITRAL Model Law on international commercial... (PDF), www.uncitral.org/pdf

التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحُسنى أو كمحكّم عادل مُنصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحةً. 4- في جميع الأحوال تفصيل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المُتَّبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".

وعليه، إذا كان المحكّم يعمل خارج إطار أيّ نظام يلزمه بمعيّار أو معايير احتياطية محدّدة لتحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، عند غياب المعيار الأساسي وهو إرادة الأطراف واتفاق الخصوم على تطبيق قانون معيّن بذاته، فما مدى حريّة المحكّم في تحديد قاعدة الإسناد الأكثر ملاءمة أو اتصالاً بموضوع النزاع؟ للإجابة عن هذا التساؤل لا بدّ من التطرّق للمنهج التنازعي التقليدي الذي يتضمن عدة آراء لتحديد القانون الواجب التطبيق، وضرورة تطبيق تنازع القوانين حسب مركز الثقل في العلاقة العقدية من وجهة نظر كلّ منهم، وهناك أيضاً اتجاه حديث يدعو إلى تحرير المحكّمين من قيود قواعد تنازع القوانين الوطنية واستقلالية المحكّم عنها⁽¹⁾. وهذا ما سيتمّ تفصيله في الفرعين التاليين:

الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد إسناد نظام قانوني معيّن.

الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد إسناد أكثر من نظام قانوني.

الفرع الأول- تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد إسناد في نظام قانوني معيّن:

يتفق أصحاب الاتجاه القائم على الأسلوب التنازعي على ضرورة تحديد القانون الذي يحكم النزاع من خلال قواعد الإسناد، إلا أنّهم يختلفون في تحديد المعيار الذي يرجع إليه المحكّم

(1) ديب فواد، المحكّم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الثاني، سنة 2008، ص 40.

لتحديد القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة إسناد معيّنة، فمنهم مَنْ يرى ضرورة الأخذ بمعيار مقرّ التحكّم كما سلف، ومنهم مَنْ ينادي بتطبيق قواعد التنازع في بلد المحكّم أو قواعد التنازع في قانون المحكمة المختصة أصلاً، أو في بلد التنفيذ أو قانون الجنسية المشتركة أو الإقامة المشتركة كما سنرى.

- الاتجاه الأول: ينادي أصحاب هذا الاتجاه بوجوب رجوع المحكّم إلى قواعد التنازع في قانونه الوطني على أساس افتراض معرفته به أكثر من غيره، أو قانون موطنه لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ويبرّر أصحاب هذا الرأي لجوئهم لقانون المحكّم أنه على اطلاع واسع على تلك القواعد الخاصة في نظامه القانوني. أضف إلى ذلك أنّ الأطراف عندما تختار محكّماً معيّناً يفترض فيها وبشكل ضمني أو غير مباشر موافقتها على تطبيق المحكّم لقواعد تنازع القوانين في بلده⁽¹⁾.

ولكن يُعاب على هذا الرأي أنّ المحكّم ليس كالقاضي الوطني، فكلّ القوانين بما فيها قانونه هي قوانين أجنبية بالنسبة له. وكذلك يشكّك هذا الرأي بقدرة المحكّمين بمعرفة الأنظمة القانونية الخاصة بتنازع القوانين، ممّا يؤدي بالنهاية إلى تطبيق قانون بلد المحكّم، وقد لا يتّصل هذا القانون بالنزاع وبموضوعه ولم يخطر ببال الأطراف تطبيق هذا القانون⁽²⁾.

- هناك اتجاه آخر يفضل الأخذ بالقانون الوطني للخصوم أو لأطراف النزاع وليس قانون بلد المحكّم، وينادي أصحاب هذا الاتجاه بالرجوع إلى تنازع القوانين في قانون الموطن

(1) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 186. وديب، فؤاد، مرجع سابق، ص 42.

(2) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 53.

المشترك للمتعاقدين، وفي حال اختلافهما قانون الجنسية على أساس ارتباطها أكثر من غيرها
بشخص المتعاقدين وبالنزاع المعروض على التحكيم⁽¹⁾.

ويُعاب على هذا الرأي أيضاً أنّ عقود التجارة الدولية والمعاملات التجارية الدولية غالباً
لا يحمل أطرافها الجنسية المشتركة أو يكونوا من بلد واحد، ومن النادر أن يكون لهم محل إقامة
مشترك⁽²⁾.

- والاتجاه الثالث يفضل نظام تنازع القوانين في المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع،
وذلك قياساً مع الأصل فيما لو كان النزاع معروضاً على القضاء وليس على التحكيم، ويطلق
عليه البعض "القضاء المستبعد بموجب اتفاق التحكيم". ولكن هذا الرأي بعيد تماماً عن المنطق
برأبي إذا كان التحكيم أصلاً يهدف إلى النأي بالمنازعة عن القضاء الوطني وتعقيداته،
والإشكاليات التي يثيرها التنازع القضائي، ويهدف إلى تحرير عقود التجارة الدولية من قيود
وأغلال القوانين الوطنية، فنقوم بإرجاع الموضوع ضمن هذه الدائرة من جديد من خلال تبني
هذا المعيار، وأنّ هذا الرأي يُجانب الصواب وغير منطقي ولا يمكن الاعتماد عليه⁽³⁾.

- اتجاه آخر يغلب نظام تنازع القوانين في قانون بلد تنفيذ حكم التحكيم انطلاقاً من
توفير المحكم لحكمه أقصى قدر ممكن من الفعالية على الصعيد الدولي، أي تطبيق قواعد القانون
الدولي الخاص في البلد الذي سيطلب فيه تنفيذ قرار التحكيم. إلا أنّ هذا الرأي منتقد كغيره من

(1) ديب، فؤاد، مرجع سابق، ص 42.

(2) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 187.

(3) المرجع السابق، ص 187.

الآراء، فيقول الأستاذ "لايف" أن هذا الحلّ سيكون وهمياً ولا حاجة للتأكيد على صعوباته العملية، فإذا كانت هناك عدّة بلدان للتنفيذ ما هو الحل؟⁽¹⁾

وربما يقيس أصحاب هذا الرأي ذلك على ضرورة مراعاة المحكم النظام العام في البلد المطلوب فيه تنفيذ قرار التحكيم، ولكن هذا لا يمتدّ إلى ضرورة تطبيق قواعد تنازع القوانين في بلد التنفيذ.

الفرع الثاني - تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد إسناد أكثر من نظام قانوني:

عندما يتّصل أكثر من قانون بموضوع النزاع وبدرجة متساوية من الأهمية، فكيف يرجح المحكم أحدها على الآخر؟

في هذه الحالة يلجأ المحكم إلى وسائل أخرى مساعدة تُساعده على التوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يُعرف بالتطبيق المُزدوج لأنظمة تنازع القوانين التي تخصّ النزاع المحكمّ فيه، وهذا يعني أن المحكم يؤسس على تقارب الحلول أو تشابهها فيجمع بين أكثر من نظام من أنظمة القانون الدولي الخاص، وذلك لإثبات أن أيّ نظام من تلك الأنظمة التي يلجأ إليها تؤدي إلى وحدة النتيجة على اعتبار أن هذه الأعمال تؤدي إلى تعيين نفس القانون الذي يحكم النزاع المحكمّ فيه، ولكن هذا التطبيق الجمعي يصبح من الصعوبة بمكان في حالة اختلاف الأنظمة القانونية في تحديد أو تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع⁽²⁾.

(1) La live, les règles de conflit de lois applicables au litige par l'arbitre international siégeant en suisse, (1) Revue de l'arbitrage (R.A.) 1976, p. 161

مشار إليه لدى: سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 188.

(2) الحجايا، نور، مرجع سابق، ص 678-679.

فيقوم المحكم بفحص كل قاعدة من قواعد الإسناد في النظم القانونية الوطنية التي لها صلة بموضوع النزاع المعروض أمامه، فإذا لاحظ أن هذه القواعد متقاربة وتؤدي إلى تطبيق قانون وحيد فإنه يلجأ لإعلان هذا القانون مختصاً بحكم النزاع. ومنطلق هذه الطريقة أو الآلية عند أنصارها أن المحكم غير ملزم بقانون معين فهو يقوم باختيار قانون بصورة عشوائية ويستبعد النظم الأخرى، صانعاً بذلك لنفسه نظامه الخاص، كما له أيضاً أن يميز أو ينتقي بعضاً منها ليقوم بتطبيقها تطبيقاً جامعاً بهدف الوصول للقانون المختص بحكم النزاع⁽¹⁾.

ويقول أنصار هذا الأسلوب أيضاً أن المحكم يحاول البحث عن جوانب التقارب بين أنظمة التنازع في الدول ذات العلاقة، مما يؤدي إلى تلاقيها في قانون معين لحل النزاع دون أن يكون المحكم مقيد منذ البداية وملزم باختيار نظام معين للإسناد من أجل تحديد هذا القانون، كما أن هذه الطريقة تتطوي على نتيجة هامة وهي وحدة النتيجة التي تؤدي إليها قواعد الإسناد عن طريق استخلاص قاعدة إسناد مقبولة دولياً وتؤدي إلى حل معترف به من الدول ذات العلاقة، ومثل هذه الفكرة تنسجم وطبيعة التحكيم التجاري الدولي وضرورة أن يكون التحكيم الدولي وحل مشكلة القانون الواجب التطبيق حلاً دولياً وليس وطنياً⁽²⁾.

وترى الباحثة أن هذه الطريقة أو الأسلوب الذي يجد صداه في قرارات تحكيم متعددة⁽³⁾، ليس منبثاً الصلة بقواعد الإسناد الوطنية، بل هو برأيي يقف موقفاً وسطاً بين الاتجاه التقليدي

(1) ديب، فؤاد، مرجع سابق، ص 39.

(2) المرجع السابق، ص 47.

(3) انظر مثلاً القرار التحكيمي الصادر بالقضية رقم 2730 لعام 1982 منشور في مجلة Clunet لعام 1984 ص 914، والقرار رقم 4996 لعام 1985 منشور في نفس المجلة لعام 1986 ص 1132، وكذلك القرار 1689 لعام 1970 ص 104 والذي جاء فيه: "ليس هناك حل أكثر ملاءمة سوى الحل الذي ينحدر من التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين ذات العلاقة بموضوع النزاع". وجميع هذه القرارات صادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس. مشار إليها لدى: ديب، فؤاد، مرجع سابق، هامش رقم 30 و 31.

التنازعي والاتجاه الحديث الذي يتمثل بالاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق دون المرور بقواعد الإسناد إطلاقاً⁽¹⁾.

وكذلك، قد تلجأ هيئات التحكيم إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لتحديد قاعدة اسناد ملائمة يام على وفقها تعيين القانون الواجب التطبيق. بوجه عام، تعد مبادئ القانون عاملاً مشتركاً بالنسبة لمعظم النظم القانونية، مثل مبدأ التعامل بحسن النية والتعويض عن الضرر... الخ. وقد تساءل الفقيه (Goldman) عن مفهوم أو تعريف هذه المبادئ التي ترد في قرارات التحكيم، وقال أنه ليس لها تعريف محدّد، وإنما هي تشكّل مصدراً من مصادر القانون الدولي العام، كما قصده المادة 38 من لائحة محكمة العدل الدولية، وهذه المبادئ تختلف جذرياً عن الأعراف المستمدة من الممارسة العملية العقدية أو التحكيمية⁽²⁾.

وهذه المبادئ تتفق في مفهومها مع ما أورده بعض التشريعات في القوانين المقارنة من مبادئ مثل (العقد شريعة المتعاقدين، وعدم التعسف باستعمال الحق) وغيرها من المصطلحات التي لم تقتصر الإشارة إليها في قرارات هيئات التحكيم، بل إنّ الكثير من الاتفاقيات الدولية أشارت إليها وأكّدت على ضرورة مراعاة هيئات التحكيم لها.

ولعل المقصود من وصول المحكم للقانون الواجب التطبيق من خلال تحديد قواعد التنازع الملائمة عن طريق تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص، هو أن يطبق المحكم المبادئ العامة المشتركة بين كافة الأنظمة القانونية أو المُعترف بها في إطار تنازع القوانين، والتي تتفق والأدوات الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ومن الملاحظ أنّ ذلك يتطلب من المحكم نشاطاً ذهنياً للكشف عن المبدأ العام، ولكن هذا النشاط ترد عليه بعض القيود

(1) انظر في ذلك المبحث الثاني من الفصل الثاني.

(2) حسين، مظفر ناصر، مرجع سابق، ص 23.

مثل أن يكون الحل الذي يأخذ به المحكم له صفة المبدأ العام عند غالبية التشريعات وقت الفصل في النزاع، وكذلك يجب أن يتخير المحكم من الحلول ما يتوافق مع النظام العام الدولي⁽¹⁾. والسماح للمحكم بالرجوع لمبادئ القانون الدولي الخاص يفتح أمامه باب الاجتهاد، بحيث يعمل على خلق قاعدة تنازع تشير إلى القانون الأكثر ملاءمة لحكم موضوع النزاع المحكم فيه، وربما يستخدم المحكم مبادئ القانون الدولي الخاص المشتركة بين غالبية التشريعات أيضاً لخلق قواعد موضوعية لحل النزاع مباشرة، كذلك فإن رجوع المحكم لهذه المبادئ يدفع للكشف عن قواعد تنازع مُلائمة وأكثر توافقاً لحكم المسائل القانونية الجديدة وتواكب التطورات والمستجدات الحديثة في كافة المجالات، ثم يقوم المحكم بتحليل جميع الضوابط لبيان أكثر الضوابط التي تمثل مركز ثقل العلاقة القانونية محل النزاع، وعندها يصل حتماً للقانون المختص والذي قد يكون قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ أو الضوابط التي تحكم الشروط الموضوعية للعقد.

(1) الحجايا، نور حمد، مرجع سابق، ص 85.

المبحث الثاني

اختيار هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق مباشرةً

(دون إعمال قاعدة إسناد)

يلعب التحكيم التجاري الدولي عند فصله في المنازعات المرتبطة بعقود التجارة الدولية دوراً فعالاً في تدويل النظام القانوني لهذه العقود، وذلك من خلال إعماله لقواعد لا تنتمي إلى الأنظمة القانونية الوطنية. فإيماناً من المحكمين وحتى من مشرعي الدول أنفسهم بأنه من الصعوبة بمكان تطبيق قواعد قانونية لا تتفق مع طبيعة المسائل التي تثيرها العلاقات الاقتصادية الدولية، فقد بدأ استقصاء الحلول لمنازعات هذه الأخيرة من خلال الرجوع إلى أعراف وعادات التجارية الدولية والمبادئ عبر الدولية السائدة في مجتمع التجار⁽¹⁾.

أما وقد بدأ قضاء التحكيم يتجه إلى تحديد عقود التجارة الدولية من هيمنة النظم القانونية الوطنية وإعمال قواعد عبر دولية بشأنها، فهنا نتساءل عن المنهج الذي يعتمده المحكمين في هذا الخصوص؟

لهذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ الأول: ماهية منهج الاختيار المباشر، والثاني: موقف التشريعات المقارنة من الاختيار المباشر وأهمية هذا المنهج.

(1) الحاج، بن أحمد، التحكيم التجاري الدولي ودوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، بحث منشور على موقع international chamber of commerce (The World) بتاريخ 4 يناير/ 2014، التصنيف مقالات وأبحاث، business organization.

المطلب الأول

ماهية منهج الاختيار المباشر

إنّ المشتغلين بالتحكيم والعارفين به والمحكمين والباحثين يؤكّدون أنّ المحكمين أصبحوا يتمتعون بحريّة واسعة بالنسبة للتعامل مع آليات القانون الدولي الخاص عند غياب الدلائل على توافق إرادة المتعاقدين، أو عند عدم الإحالة إلى نظام تحكيمي لإحدى مؤسسات التحكيم. وبموجب الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق تلجأ هيئة التحكيم إلى تعيين القانون الواجب التطبيق مباشرةً دون المرور بقواعد الإسناد أو الإشارة إليها، أي الاتجاه مباشرةً إلى حلّ النزاع دون الوقوف على مشكلة تنازع القوانين، وهذا يعني تجاوزها لقواعد القانون الدولي الخاص لاسيما الوسائل التقليدية.

ولذلك سنتناول في هذا المطلب مفهوم التطبيق المباشر للقانون الواجب التطبيق في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني وسائل الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق.

الفرع الأول- مفهوم الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق:

إنّ اختيار الأطراف لقانون وطني معيّن لتحكيم رابطتهم العقدية لا يحول دون تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية تطبيقاً استثنائياً على الموضوع، كون هذه القواعد تمثّل قانوناً للمحكم وكذلك على أساس تغليب إرادة مجتمع التجار (الإرادة الجماعية) على إرادة المتعاقدين. فالقاضي الوطني ملزم باتّباع منهج التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية الدولية المطروح بشأنها النزاع أمامه، فالمحكم علاوةً على هذا المنهج التقليدي له سلطة

تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وهذا ما يُسمّى بالمنهج المباشر (La voie direct) وهو المبدأ الذي بدأت تشير له العديد من قرارات هيئات التحكيم الحديثة.

وهذا المنهج جاء مُتَّفَقاً إلى حدٍّ كبير مع متطلبات التجارة الدولية التي تحتاج إلى السرعة والبُعد عن التعقيد، وقواعد ملائمة جاءت لتُطبَّق أصلاً على الروابط العقدية في نطاقها⁽¹⁾.

كذلك يُعدّ هذا المنهج أحدث الاتجاهات في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم من دون الرجوع إلى قواعد الإسناد أيّاً كان مصدرها. ويُعتقد أنّ المادة 1496 من النظام الفرنسي للتحكيم التجاري الدولي التي نصّت على أن "يفصل المحكّم في المنازعة وفق القواعد القانونية المختارة من قِبَل الأطراف، وفي حالة تخلف الاختيار وفقاً للقواعد التي يقدّر أنه من الملائم إعمالها، ويراعي المحكّم في جميع الأحوال الأعراف التجارية"⁽²⁾، كانت تبنيّاً واضحاً من المشرّع الفرنسي للمنهج المباشر، حيث لم يكتفِ بإعمال القاعدة العامة المُتعارف عليها والمُتمثّلة في حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، بل تعدّاه إلى منح هيئة التحكيم سلطة تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً مباشراً وذلك من دون الرجوع إلى المنهج التقليدي وإعمال قاعدة الإسناد⁽³⁾.

ولقد كان لهذا النصّ الفرنسي عظيم الأثر في النظم القانونية الوطنية، والتي تبنت كذلك المنهج المباشر⁽⁴⁾، وكذلك نفس المنحى سلكته غرفة التجارة الدولية بعد التعديل الذي أصبح سارياً في 1998/1/1، حيث أصبحت تنصّ الفقرة الأولى من المادة (17) على أنه "للأطراف

(1) حسين، مظفر ناصر، مرجع سابق، ص 28.

(2) مشار لهذه المادة لدى: المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 348.

(3) الحاج، بن أحمد، مرجع سابق، بدون رقم صفحة.

(4) مثال ذلك المادة 944 من قانون المرافعات المدنية لإقليم كيبيك بكندا، والمادة 26 من القانون الإسباني الصادر بتاريخ 1988/12/5، وكذلك المادة 1054 من قانون المرافعات المدنية الهولندي.

حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع، فإذا لم يوجد مثل ذلك الاتفاق طبقت هيئة التحكيم القواعد التي تراها ملائمة في هذا الخصوص"، بينما كانت هذه المادة تنصّ سابقاً المادة 3/13 على أنه: "للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص"، والجمعية الإيطالية للتحكيم وغيرها من هيئات ومؤسسات التحكيم الدائمة⁽¹⁾.

وهو الأمر الذي أكدّه أيضاً المشرّع الفلسطيني عندما نصّ في المادة 19 الفقرة الأولى في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فالقانون الفلسطيني هو الواجب التطبيق مباشرةً بنص القانون، ولكن الاختيار المباشر هنا في حالة عدم اختيار قانون ليحكم النزاع من قبل الأطراف، وليس قواعد وأعراف قانون التجارة، وإنما القانون الفلسطيني هو الواجب التطبيق في هذه الحالة (أي عندما يكون التحكيم دولياً)، وهذا ما جاء في نص المادة 19/فقرة 1، أما في نفس المادة والفقرة الثانية منها إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين فالأولوية لحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق حسب النص، لكن إذا لم يتفقوا هنا تُطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في فلسطين، طبعاً دون الأخذ بالإحالة إلا إذا كانت إحالة بالرجوع أي أدّت إلى تطبيق القانون الفلسطيني وإرجاع الاختصاص له، وهذا ما سنأتي عليه بالتفصيل لاحقاً⁽²⁾.

(1) عكاشة، عبد العال، مرجع سابق، ص 584.

(2) انظر في ذلك المطلب الثاني من هذا المبحث، وكذلك المبحث الرابع من الفصل الثاني بخصوص الإحالة.

الفرع الثاني- وسائل الاختيار المباشرة للقانون الواجب التطبيق:

تتمثل هذه الوسائل فيما يلي:

أولاً: يكون ذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق مباشرةً، وذلك بعد تحليل الظروف القانونية ووقائع القضية، باعتباره القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع وموضوعه.

ثانياً: دون الإشارة إلى القانون الواجب تطبيقه، وذلك عن طريق تفسير العقد بحد ذاته والنظر إلى العقد بصورة مستقلة عن أي اعتبار آخر أو القيام بتفسيره في ضوء المبادئ العامة والتعامل التجاري بعيداً عن أي من النظم الوطنية.

وهذان السبلان للطريق المباشر لتحديد القانون الواجب التطبيق يختلفان من الناحية النظرية، ولكنهما قريباً من بعضهما من حيث الواقع والنتيجة⁽¹⁾، ويعبران أكثر عن غيرهما - من الوسائل المستخدمة في التحكيم الدولي - عن مدى الحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم الدولي بشأن القانون الواجب تطبيقه، أخذاً بالاعتبار ظروف التعاقد والظروف الاقتصادية والاجتماعية والتنظيمية والمهنية في كل قضية على حدة، مما يضيف على قراره خصوصية.

(1) ديب، فؤاد، مرجع سابق، ص 47.

المطلب الثاني

موقف التشريعات المقارنة من منهج الاختيار المباشر وأهميته

إنّ اتصاف العلاقة بالصفة الدولية لاتصال عناصرها بأكثر من قانون يفضي إلى تدخل اختصاص كلٍّ منهما في حكمها مما يطرح ذلك التنازع، ومن ثم ضرورة البحث عن وسيلة أخرى أو طريقة لحلّ التنازع وصولاً إلى تناسق تطبيق تلك القوانين، وعلى نحوٍ عادل، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين وهما قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد (والمقصود بها إسناد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي للقانون الأكثر ملاءمة لها)، والوسيلة الثانية وهي القواعد الموضوعية، وتقضي هذه القواعد بالحلّ المباشر، ويُطلق عليها قواعد القانون الدولي الخاصّ المادية، وتتميز بأنّها مُفردة الجانب (أي أنّها تقرّر حلاً مباشراً للنزاع بدون اللجوء لقواعد الإسناد وتنازع القوانين).

ويتناول هذا المطلب موقف التشريعات المقارنة من منهج التطبيق المباشر في الفرع الأول، وأهمية منهج الاختيار المباشر بالنسبة لبعض العقود الدولية، في الفرع الثاني.

الفرع الأول- موقف التشريعات المقارنة من منهج التطبيق المباشر:

لقد بدأت العديد من الاتجاهات التي تتنادي وتهدف إلى التحرُّر من القواعد التقليدية المطبّقة على علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، والإفلات منها بشكلٍ كليّ، وبدأت مثل هذه الاتجاهات الفقهية والتحكيمة تمثّل تحولاً مُثيراً في مجال التحكيم التجاري الدولي، وأدّى ذلك

فعلاً إلى إقصاء التحكيم التجاري عن القواعد الوطنية الداخلية وإخضاعه لقواعد عبر دولية أهمّها (Lex mercatoria).

من أهم التشريعات التي تبنت هذا المعيار القانون السويسري الذي يقول أنّه في حال غياب الاختيار الصريح لقانون تحكيم الموضوع أو الاتفاق وجبّ على هيئة التحكيم تطبيق القانون السويسري بشأن التحكيم الذي يجري في سويسرا⁽¹⁾.

ومن الأنظمة التحكيمية التي منحت هيئة التحكيم صلاحية تحديد القانون الموضوعي مباشرةً دون اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة أو تلك، نظام غرفة التجارة الدولية المادة (1/17) وقواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي المادة (3/22).

وكذلك حسمت موضوع القانون الواجب التطبيق بعض الاتفاقيات الدولية لصالح قانون الدولة المتعاقدة، ومن الأمثلة عليها اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لعام 1976⁽²⁾، وكذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965⁽³⁾.

وهذا يُعتبر من قبيل الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق، حيث أنّ الاتفاقية تكون ملزمة وتسمو على القوانين الوطنية متى توفرت شروط تطبيقها، وهذا الموضوع تناولناه بالبحث في الفرع الأوّل من هذا المطلب.

(1) المادة 1/178 من مجموعة القانون الدولي الخاص للقانون السويسري لعام 1987.
(2) انظر نص المادة (16) فقرة (أ) من هذه الاتفاقية، حيث تنصّ على أنّه "تفصل المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي نصّت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس، وفي حالة عدم وجود نصّ فيما سبق تطبيق المحكمة قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي".
(3) تنصّ المادة (42) فقرة (أ) أنّه في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود الدولة ذات الطابع الدولي من قِبَل الأطراف المتعاقدة، يطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

جعل المشرّع الفلسطيني الأولوية لقانون الإرادة كضابط إسناد رئيسي، ولدى غياب هذا الاتفاق يطبق القانون الفلسطيني. وهذا يظهر جلياً من خلال المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني، والتي نصّت في الفقرة الأولى منها على أنه: "يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني". وبمفهوم المخالفة فإن المنطق يقضي بتطبيق القانون الفلسطيني في حالة التحكيم المحلي، وهو النزاع الوطني بكافة عناصره، ولا يرتبط بأمور التجارة الدولية، وكذلك يجري في فلسطين هنا القانون الفلسطيني هو المختصّ بلا منازع، لأنه في هذه الحالة تحكيم محلي داخلي، لا يجوز للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق.

وبالرجوع للمادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني التي عرّفت التحكيم المحلي بأنه التحكيم الذي لا يتعلّق بالتجارة الدولية ويجري في فلسطين⁽¹⁾، وتضيف الباحثة أنه لا يوجد به عنصر أجنبي أيضاً.

أما التحكيم الدولي الذي يجري في فلسطين فيجوز للأطراف الاتفاق على القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ممكن اختيار قانون دولة (س) ليحكم النزاع ويمكن أيضاً اختيار القانون الفلسطيني ليحكم النزاع فلا مانع من ذلك، لكن في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فإن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الفلسطيني على اعتبار أنّ هذا هو قانون مقرّ

(1) ويكون التحكيم دولياً حسب نص المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني، يكون التحكيم: ... 2- ثانياً: دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلّق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية، وذلك في الأحوال الآتية: 1- إذا كانت المراكز الرئيسية لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد. 2- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة. 3- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى: أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه. ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف. ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، ثالثاً: أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين،

التحكيم، أي أن التحكيم تجاري دولي ويجري في فلسطين، فالمشرّع هنا تبني معيار مقرر التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق عندما ينتقي الاختيار من قِبل الأطراف، كما أن المشرّع الفلسطيني يتبنى هذا المعيار في المادة (18) من عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على هذه الأخيرة، وهذا ما يُعرف بالتطبيق المكاني للقانون.

طبعاً كما ذكرنا سابقاً أن الأطراف وهيئة التحكيم يجب عليهم اختيار قانون معين وليس قواعد قانونية حسب نص المادة 19 من القانون الفلسطيني، إلا أن النص الذي حدّد حالات المطالبة بالبطلان جاء على ذكر القواعد القانونية⁽¹⁾.

ونلاحظ أن المشرّع الفلسطيني أيضاً في المادة 19 في الفقرة الثانية منها تناولت بتفصيل أكثر من التحكيم الدولي، والذي يجري في فلسطين، ولم يتفق الأطراف على قانون معين ليحكمه أو (القانون الواجب التطبيق)، هنا تطبّق القواعد الموضوعية في القانون الذي تُشير إليه قواعد التنازع الفلسطينية وتعيّنه كقانون واجب التطبيق، فالمشرّع هنا استبعد قواعد الإسناد من القانون الذي عيّنته قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني.

ومع أن هناك تحيزاً واضحاً هنا لقانون دولة القاضي من خلال رفضه للإحالة إلا إذا أدّت لتطبيق القانون الفلسطيني، وكذلك رفضه لقواعد الإسناد في القانون الذي عيّنته قواعد تنازع القوانين، وتبنيته لفكرة الاختيار المباشر للقواعد المادية أو الموضوعية فقط دون غيرها، لأنّ تبني المشرّع لقواعد الإسناد أيضاً يجعل المحكم يدور في فلك هذه القواعد بلا نهاية.

فهذا الاتجاه المحمود للمشرّع الفلسطيني الذي تتبّته معظم التشريعات الحديثة والذي يوفر على أطراف النزاع الجهد والوقت ويجنبهم المخاطر والمشاكل التي يتعرض لها المتقاضون أمام

(1) انظر في ذلك المبحث الثالث من الفصل الأول.

المحاكم⁽¹⁾، وذلك بإعمال جميع الأنظمة القانونية ذات العلاقة بالنزاع واختيار أحدها وذلك حسب منهج التنازع الذي استبعده المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم، الذي أصبحت طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق من قِبَل المحكم تختلف عن الطرق التقليدية التي يقوم بها القاضي، فأصبح المنهج المباشر الحديث هو الأكثر ملاءمة⁽²⁾ لقضايا التحكيم التي أخرجها أطرافها من ضمن دائرة اختصاص المحاكم والقضاء، كون التحكيم هو الطريق الأفضل والأسرع لحل هذه القضايا. فما الفائدة إذاً، إذا سار المحكم على نهج القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، طالما أن المحكم لا ينتمي لأي نظام قانوني وطني ولا يوجد لديه سبب يدفعه لترجيح قواعد الإسناد لأحد الأنظمة القانونية المتصلة بالمنازعة المعروضة أمامه للفصل فيها؟

ففي حالة عدم إفصاح الأطراف عن إرادتهم وتحديد القانون الواجب التطبيق، فإن تطبيق المحكمين لقواعد التي يرون أنها تتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية وتحقيق مصلحة الجماعة الدولية المستخلصة من الدراسات المقارنة وأحكام التحكيم استقلاً عن التأثير بالذاتية الخاصة بكل نظام قانوني وطني، هي بدون أدنى شك تتماشى مع عمل المحكم ووظيفته.

(1) الحداد، حفيفة السيد، مرجع سابق، ص 95.

(2) Silberman, Linda, and Ferrari, Franco, Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong, p. 14, 15. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1674605>

الفرع الثاني- أهمية منهج الاختيار المباشر بالنسبة لبعض العقود الدولية:

طبعاً إنّ القاعدة العامة في العقود هي الأخذ بمبدأ قانون الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق، وهذا هو السائد على مستوى القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، إلا أنّ عقود الدولة والخاصة بالاستثمار ونقل التكنولوجيا تحديداً تخرج عن هذه القاعدة⁽¹⁾.

فيقول البعض يكفي إعمال قاعدة القانون الأوثق صلةً بالنزاع عند غياب اختيار الأطراف المتعاقدة⁽²⁾، ولعلّ من المؤكّد أنّ قانون الدولة المتعاقدة هو الأوثق صلةً بالرابطة العقدية، كما أنّه يمثّل محل الأداء الرئيسي في العقد مما يعني أنّه هو القانون الواجب التطبيق⁽³⁾. وكذلك يقول الاتجاه المؤيّد لخضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة بأنّ معاهدة روما لعام 1980 والمتعلّقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التّعاقديّة أخذت بهذا الموقف، أيضاً إذ حددت العقود والتي لا تسري عليها الاتفاقية ومنها عقود الدولة، بمفهوم المخالفة، هذه العقود تخضع لقانون الدولة المتعاقدة.

وكذلك من جانب آخر نلاحظ أنّ المادة الرابعة من الاتفاقية اقتضت ضرورة وجود رابطة موضوعية بين العقد ونظام القانون الذي يحكمه في حالة الاختيار الصريح من قبل الأطراف، مما يعني خضوع هذا النوع لقانون الدولة المتعاقدة، وهذا هو الحلّ الطبيعي الي يتماشى مع ذاتية هذه العقود⁽⁴⁾.

(1) إبراهيم، نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 366. مشار إليه لدى: نعيمة، فوزي قدور والراوي، مظفر جابر، مرجع سابق.

(2) الصانوري، مهند أحمد، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة تنازع القوانين، دار وائل للنشر، عمان، 2011، ص 61، 62.

(3) الحداد، حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1966، ص 513.

(4) مثال ذلك أيضاً قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 في المادة 87 منه، حيث حدّدت القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، وجاء فيها: 1- تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن نقل التكنولوجيا المشار إليها في المادة

لكن خضوع هذا النوع من العقود يؤدي إلى أنّ تغير الدولة قوانينها وتقلب اقتصاديات العقد وتوجهها لصالح أحدهما على حساب الآخر، خاصةً أن بعض الدول قد تلجأ إلى تغيير قوانينها أو الأحكام الواردة في قوانينها الداخلية بإرادتها، لكن الحلّ هنا هو شرط الثبات التشريعي الذي أشرنا إليه سابقاً*.

كذلك هذه العقود من العقود التي تمتدّ لفترة زمنية طويلة مثل عقود التنقيب عن البترول واستغلاله، وهذا قد يجعل المستثمرين أيضاً عرضةً للتغيرات التي قد يجريها المشرّع.

على الرغم من أنّ مبدأ قانون الإرادة يعني في عمق مفهومه منهج الأطراف إمكانية تحديد القانون الذي يرون أنّه أكثر تحقيقاً لمصالحهم، إلّا أنّ هذا المبدأ عرف العديد من الهزات -خاصةً في ظل التطورات التي تشهدها العلاقات الاقتصادية الدولية الراهنة- الذي جعله يعاني من أزمة حقيقية أطلق عليها الفقه "أزمة مبدأ قانون الإرادة"⁽¹⁾.

فإنّ النظام الاقتصادي العالمي الجديد والذي يقوم على مبدأ حرية التجارة والاستثمار بين الدول لم يساهم في انتعاش التجارة في الأسواق العالمية، بل إنّ أدّى من الناحية القانونية إلى تزايد القوانين الحمائية وتنامي منهج القواعد ذات التطبيق الضروي، وكذلك ظهور منهج التطبيق المباشر للقواعد القانونية الملائمة، مما جعل منهج التنازع في أزمة حقيقية خاصةً في ظلّ المناداة بتحرير عقود التجارة الدولية من كافة القيود وفي ظلّ توقيع الدول على العديد من اتفاقيات التجارة الدولية.

(72) من هذا القانون ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري. 2- وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكلّ اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً.

* انظر في ذلك الفرع الثالث من المطلب الثاني في الفصل الأول، ص 52.

(1) نعيمة، فوزي قدور والراوي، مظفر جابر، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظلّ المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 10، السنة 3، ص 7.

لذلك نلاحظ عدم ملاءمة منهج التنازع لحكم هذه العقود، أُضيف إلى ذلك تمسك الدول بسيادتها وضرورة تطبيق قوانينها الوطنية لحماية مصالحها، كما هو الحال في عقود الاستثمار ونقل التكنولوجيا، والتي بدورها -أي القوانين الوطنية- تُشكّل عائقاً أمام تلك العقود، فأصبحت الحاجة ملحةً لخضوعها لنظام قانوني مستقلّ عن القوانين الوطنية، أو قواعد القانون الدولي العالمي التي أثبتت فشلها في تقديم الحلول الناجعة والملائمة لهذا النوع من العقود، وكان لا بُدّ من تحرير هذه العقود من القوانين الوطنية ولجوء أطرافها إلى قضاء التحكيم، لأنه يسمح لهم باختيار القواعد القانونية الملائمة سواءً جنباً إلى جنب مع القوانين الوطنية الداخلية أو اللجوء لهذه القواعد غير الدولية بشكل مباشر، خاصّةً وأنّ مثل هذه العقود تتطوي على عدم تكافؤ اقتصادي وقانوني بين الدولة من جهة والمستثمر من جهةٍ أخرى، بالإضافة إلى أنها تتسم بالطابع الفني الدقيق.

فيحاول الأطراف من خلال اللجوء للتحكيم التجاري الدولي البحث عن أسلوبٍ جديدٍ لحلّ النزاع القائم بينهم عن تلك الحلول المتوقّعة فيما لو عُرض هذا النزاع أمام القاضي الوطني، والتي تختلف بالقطع عن حاجات التجارة الدولية ومقتضياتها، فلجوء المحكّمين للتطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية لا يبرّره فقط ما تقتضيه مُتطلبات ومصالح التجارة الدولية فحسب، بل إنّ طبيعتها وواقعها أصبح يأنف تطبيق وإعمال القواعد الوطنية بشأنها⁽¹⁾.

فإنّ ارتفاع حجم العقود التجارية الدولية يكاد لا يبرم اليوم عقداً تجارياً دولياً دون أن يتضمّن شروط تحكيم، وأصبح التحكيم كما أسلفنا مُنظماً بقوانين خاصة، وهذه القوانين بذاتها أصبحت تجيز للمحكّم التوصل أو اختيار الحلول مباشرةً للنزاع المعروض أمامه من خلال

(1) الطراونة، عيسى بادي سالم، رسالة ماجستير بعنوان، دور المحكّم في خصومة التحكيم، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2011، ص 5.

التطبيق المباشر، لأنّ إعمال منهج التنازع على هذه العقود بمفهومه التقليدي الجامع قد يؤدي لتطبيق قانون وطني على عقود تجاوزت بطبيعتها حدود الدولة الواحدة، الأمر الذي من شأنه أن يُلحق بأطراف العقد أو حتّى بالعقد نفسه أبلغ الضرر⁽¹⁾.

ومع أنّ أغلب التشريعات اتّجهت للاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود، والذي يشكّل قيداً على مبدأ حرية الإرادة ويتعارض معه، إلّا أنّ هذا الأخير لا زال وسيلةً خالدةً وراسخةً لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات والعقود الدولية.

(1) بن أحمد، الحاج، مرجع سابق.

المبحث الثالث

إمكانية إعمال قانون التجار (Lex mercatoria)

من قبل هيئة التحكيم

إنّ الدور الكبير الذي يلعبه اتفاق التحكيم في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، هو أن يؤدي مباشرة إلى تطبيق قانون التجار Lex mercatoria باعتباره القانون التجاري الدولي الجديد، وهذا القانون ما كان المحكمّ يستطيع تطبيقه لولا وجود اتفاق التحكيم فهو السند الذي يرتكز عليه المحكمّ ويستمد منه سلطاته في تطبيقه.

ولعلّ السؤال الذي يُثار هنا هل وجود شرط التحكيم هو الذي يمنح المحكمّ سلطة تطبيق هذا القانون أم تعقيد العلاقة التعاقدية وعدم وجود حلّ لها في القانون الوطني؟

لقد أجاب الأستاذ (Goldman) على هذا التساؤل بقوله: "إنّ وجود اتفاق التحكيم هو الذي يترك المجال للمحكمّ في جميع الحالات لتطبيق (Lex mercatoria) مباشرة حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك"⁽¹⁾.

ولقد سبق وقمنا بتعريف قانون التجار ومصادره المتعددة وصفاته وإمكانية اختياره من قبل الأطراف⁽²⁾، وتحاشياً للتكرار سوف تقوم الباحثة بتناول الموضوع من زاوية مختلفة في هذا المبحث، حيث أنّ الاختيار هذه المرة يقع على عاتق هيئة التحكيم.

(1) B. Goldman, Ibid, p. 482

(2) انظر الفصل الأول، المبحث الثالث.

ولذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ الأول يتناول موقف الفقه من تطبيق هيئة التحكيم لقانون التجار، وفي المطلب الثاني تناولنا كيفية إعمال منهج القواعد الموضوعية للتجارة الدولية (Lex mercatoria) على منازعات العقود الدولية.

المطلب الأول

موقف الفقه من تطبيق هيئة التحكيم لقانون التجار

لقد أصبح التحكيم يكتسب تدريجياً استقلالية خاصة به كنظام دعمته معظم الأنظمة القانونية، فذلك لا يعني عدم وجود الصعاب التي تعترضه والتي يواجه بها كنظام دافع عن الكثير من الفقهاء فضلت الأوساط التجارية وسيلةً لتسوية المنازعات، وأصبح للتحكيم مفهوم جديد حيث أوضحت المادة (1492) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي بأنه (التحكيم الذي لا يرتبط بالضرورة بقانون معين)⁽¹⁾. أو عرفته بأن (التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية)، أي أن المشرع الفرنسي هنا أخذ بالمعيار الاقتصادي في تعريفه للتحكيم في نطاق التجارة الدولية⁽²⁾.

من هنا نلاحظ الارتباط الوثيق بين التحكيم والتجارة الدولية، وبما أن (Lex mercatoria) يتصف بأنه قانون المجتمع الدولي للتجار، ولقد كان لطبيعة المهنة دور كبير في احتواء مختلف الثقافات القانونية بين المتعاملين بالتجارة الدولية⁽³⁾، كما أنه قانون تلقائي يقدم الحل الموضوعي للمسألة المثارة مباشرة دون أن يحيل إلى قوانين أخرى للتعرف على هذا الحل⁽⁴⁾.

ومن هذا المنطلق هل يمكن لهيئة التحكيم اختيار هذا القانون ليطبّقه على النزاع المعروض أمامه؟ ولكي نجيب عن هذا السؤال لا بدّ من تناول الموضوع من خلال الآراء

(1) انظر المرسوم الصادر 1981/5/12 منشور في مجلة التحكيم العام، الفقرة 327.

(2) سامي، محمد فوزي، مرجع سابق، ص 102.

(3) مخلوف، أحمد، مرجع سابق، 2005.

(4) سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1989، ص 302، بند 323.

الفقهية التي انقسمت إلى قسمين بين مؤيد ومعارض لتطبيق قانون التجار على موضوع النزاع التحكيمي من قبل هيئة التحكيم كقانون يحكم النزاع.

ولذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: قانون التجار بين مؤيد ومعارض.

الفرع الثاني: اعتراض الفقه على تطبيق قانون التجار بدون إرادة الأطراف.

الفرع الأول - قانون التجار بين مؤيد ومعارض:

صحيح أن الأطراف لهم الحرية المطلقة في اختيار أو تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع، إلا أن هذا لا يمنع المحكم من اللجوء إلى قانون التجار كلما كان ذلك ضرورياً وحتمياً، سواءً بتكملة نقص محتمل بالقانون أو لتعديل وتهذيب ذلك القانون إذا كان ذلك يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية⁽¹⁾.

كذلك لا يشترط تطبيق (Lex mercatoria) بجميع محتوياته ومكوناته من قواعد قانونية وعادات وأعراف، بل يكفي أن يختار المحكم من هذا القانون ما يتلاءم مع طبيعة كل نزاع⁽²⁾.

ومع ذلك انقسم فقهاء القانون إلى مؤيد ومعارض لتطبيق قانون التجار وكل منهما ساق حججه ومبرراته.

(1) مخلوف، أحمد، مرجع سابق، ص 195، نقلاً عن:

Sentence Partielle (CI. Aff no 4761 (1984) JDI. 1986, p.11374.

(2) يقول الدكتور محسن شفيق في هذا الصدد: "إن تطبيق المحكم لقواعد العرف التجاري الدولي يكون تطبيقاً للقانون لأن العرف في جميع التشريعات مصدر للقاعدة القانونية فهو والقانون سواء.

فيقول معارضو⁽¹⁾ تطبيق قانون التجار (Lex mercatoria) بأنّ هذه القواعد تفتقر للنظام القانوني المتكامل، فهو من ناحية غير قادر على علاج الكثير من المسائل القانونية مثل الأهلية وعيوب الإرادة أو تكوين الشركات أو طرق نقل الملكية إلى ما غير ذلك، ومن ناحية أخرى يقول بأنّه غير صادر عن سلطة تشريعية تكفل جزاء مخالفته.

ولكن هذه الحجّة يفندّها أنصار (Lex mercatoria) بقولهم إنّ صناعة القانون ليست حكراً على الدولة، فهناك سلطات عديدة في المجتمع الدولي تقوم بإصدار القواعد القانونية، وما دامت هذه القواعد تلقى أشخاصاً معينين بمخاطبتها فقد تحقق لها النظام القانوني المتكامل، وهذا هو شأن قانون التجار (Lex mercatoria)⁽²⁾.

"ويقول الأستاذ (Vincent) أنّ (Lex mercatoria) يشكّل مجموعة مستقلة من القواعد القانونية التي تخرج عن سيطرة قانون كل دولة، لتحكم بطريقة كافية ومكتملة العقود الدولية، ويوضح الأستاذ (Gaillard) أنّ هذا القانون قادر على حلّ كافة المشاكل التي تثور بين المتعاملين في التجارة الدولية وأنّ الأمثلة التي استشهد بها الفريق المعارض تجد حلولها في الاتفاقيات الدولية باعتبارها تشكّل جزءاً أساسياً من هذا القانون حتى ولو لم تكن قد دخلت بعد حيّز التنفيذ"⁽³⁾.

أما بالنسبة لعنصر الجزاء فيمكن الردّ على هذه الحجّة بأنّه ليس ركناً للقاعدة القانونية وإنما عنصر إضافي لفاعليتها، فهناك الكثير من القواعد القانونية المعترف بها لا تتمتع بعنصر الجزاء مثل قواعد القانون الدستوري وقواعد القانون الدولي.

(1) من هؤلاء الفقهاء (P. Legarde) و A. Kassis مشار إليهما لدى: مخلوف، أحمد، مرجع سابق، ص 190، هامش رقم (2).

(2) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 315، بند 342.

(3) مخلوف، أحمد، مرجع سابق، ص 191.

ولكن حقيقة الأمر أنّ عنصر الجزاء المعروف في القوانين الوضعية يختلف بمفهومه عن الجزاء في قانون التجار، فيمكن أن نتلمس عنصر الجزاء من خلال الشعور النفسي الكامن والوعي السائد لدى المهنيين ومجتمع التجار باتباع قواعد هذا القانون حتى استقر الإيمان في نفوسهم بأنّها قد أصبحت ملزمة لهم. وأيضاً نجد العديد من الجزاءات التي تترتب على مخالفة هذا القانون مثل الحرمان من ارتياد البورصات العالمية وتعليق العضوية في الجمعيات المهنية⁽¹⁾، أي أنّ لهذا المجتمع جزاءات ذاتية خاصة به وتلائم أشخاصه بحيث تضمن الاحترام له.

إضافةً إلى ذلك يستند معارضو قانون التجارة (Lex mercatoria) ومنهم الفقيه (Legarde) لحجة أخرى مفادها أن قانون التجار يعبر عن مصالح الدول الكبرى والقوية اقتصادياً، فهي تتمسك به لحماية مصالحها ومشروعاتها وشركاتها التجارية العملاقة المنتشرة في أرجاء العالم⁽²⁾.

ويردّ أنصار قانون التجار على هذه الحجة بأنّ هذا القانون معمول به ليحكم جماعات التجار والمهنيين سواءً كانوا جماعات كبيرة أو صغيرة ممّن يُمارسون حرفة التجارة وتطبّق على الجميع بشكلٍ متساوٍ دون فرق بين قويٍّ وضعيف⁽³⁾.

وعلى الرغم من اختلاف الفقه على الأخذ بقانون التجار أو رفض الأخذ به، إلا أنّه موجود على الساحة الدولية ولا يمكن إنكار هذا القانون، فنشهد المعاملات التجارية الدولية وكذلك تطبقه هيئات التحكيم الدولية، ولا نبالغ إذا قلنا أنّ قانون التجارة الجديد يتّجه من خلال

(1) ولا بدّ من ملاحظة أنّ الجزاء هنا يتعذر تنفيذه دون معاونّة السلطة العامّة للدولة التي تملك رفض تنفيذه، ومن ثمّ تجعل قرار التحكيم بلا قيمة في بعض الأحيان مما يجرد النظام القانون من صفتّه على هذا النحو لعجزه بذاته عن فرض الجزاء الذي يكفل احترامه واحترام قواعده، وهو الأمر الذي لم ينكره أنصار قانون التجارة الدولي. مشار إليه لدى: ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، ص 333.

(2) مشار إليه لدى: المصري، حسني، مرجع سابق، ص 371 وما يليه.

(3) عبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص 591.

تطبيقه المباشر من قِبَل هيئات التحكيم ليصبح القانون التجاري الدولي الجديد. فمن مظاهر الاعتراف به ما صدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس من عقد نموذجي (Contract type) للوكالة التجارية نصّ صراحةً على تطبيق (Lex mercatoria) كبديل للقوانين الوطنية في حل المنازعات الناشئة عن ذلك العقد⁽¹⁾.

وقد يعمد المحكم الدولي لقانون التجار الجديد لصعوبة تركيز المنازعة في أحد الأنظمة القانونية الوطنية، وكونها تتعلق بعلاقة عقدية يتوجب إخضاعها لتلك القواعد⁽²⁾. وإذا كان القضاء الحديث يتّجه إلى السماح بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت أعراف وعادات التجارة الدولية، فهذا يعني اعتراف القضاء بوجود هذا النظام الذي يقوم على تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القوانين الوطنية الداخلية.

ولا يقدح في أنّ معظم القواعد الموضوعية للتجارة الدولية هي قواعد مفسّرة، من احتفاظها مع ذلك بصفاتها القانونية، لأنّ هذه القواعد تُعدّ من قواعد القانون الخاص الدولي المادي التي لا يحتاج إعمالها لمنهج التنازع، اكتفاءً بما لها من قوّة سريان ذاتي، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(1) جاء في نص المادة 2/23 من أحكام هذا العقد على النحو التالي:

"The arbitrators shall apply the provisions contained in this contract and the principles of law generally recognized in international trade as applicable to international agency contracts, with the exclusion of national Law".

(2) ومثال ذلك القرار الذي انتهت إليه إحدى هيئات التحكيم التي تعمل تحت رعاية نظام غرفة التجارة الدولية بباريس إلى تركيز النزاع في النظام القانوني عبر الدولي (Lex mercatoria) في القرار الصادر عنها في قضية (Norsolor)، حيث رأت بأنّه وعلى الرغم من مشروعية الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق في شأن عقد الوكالة وفقاً لمعاهدة لاهاي لسنة 1978، إلّا أنّ الهيئة وجدت صعوبة في استنتاج الإرادة الضمنية للأطراف في ظلّ عدم إفصاحهم عن رغبتهم، فالفقد تَمّت صياغته في فرنسا وتمّ قبوله في تركيا، وعليه قررت تلك الهيئة بأنّه "نظراً لعقبة صعوبة اختيار قانون داخلي يكون تطبيقه مُلزماً بعذر كافٍ، فإنّ الهيئة تعتبر أنّه من الملام الأخذ بالاعتبار بالطبيعة الدولية للاتفاق أن تترك جانباً أيّة إشارة مُلزّمة لتشريع معين سواء أكان التركي أم الفرنسي، وأنّ تطبيق القانون التجاري الدولي، ورغم أنّ هذا الحكم قد تمّ إلغاؤه من محكمة استئناف فيينا، إلّا أنّ المحكمة العليا النمساوية قد أيدته وقرّرت أنّ المحكمين لم يخرقوا أيّة نصوص تشريعية أمرة للتشريعات ذات الصلة الوثيقة بالموضوع، وأنّ في تطبيق قضاء التحكيم لقواعده (Lex mercatoria) بدون اتفاق الأطراف لا يُعدّ تجاوزاً منه لاختصاصه.

الفرع الثاني- اعتراض الفقه على تطبيق قانون التجار بدون إرادة الأطراف:

يرى بعض الفقه أنّ التطبيق المباشر لقواعد الـ(Lex mercatoria) من قبل هيئة التحكيم بدون الاتفاق عليها صراحةً أو ضمناً من الأطراف يجب أن يكون في حالة اتفاق تحكيم بالصلح فقط⁽¹⁾.

ويعيب هذا الرأي أنّه يعتبر قواعد قانون التجارة الدولية بمثابة قواعد عدالة يلجأ إليها المحكم عند تفويضه بالصلح، ولكن حقيقةً فإنّ قواعد (Lex mercatoria) تختلف عن قواعد العدالة والإنصاف، لأنّ المحكم بمقتضى قواعد العدالة يبحث عن التوازن والصفة العادلة، بينما في قواعد الـ(Lex mercatoria) فإنّه يقوم بتطبيق قواعده القانونية على هذه المعاملة، بصرف النظر إذا ما كانت ستؤدي لتحقيق العدالة والتوازن من عدمه.

وفي الحكم المشار إليه في قضية (Norsolor)⁽²⁾ قال معارضو تطبيق قواعد (Lex mercatoria) بأنّ محكمة التحكيم لجأت إلى هذه القواعد كون العقد كان في فراغ قانوني، أما عندما يتفق الأطراف على قانون معيّن ليحكم العقد فإنّ الأولوية لقانون الإرادة. ويستند هؤلاء إلى النصوص الواردة في تشريعات التحكيم والاتفاقيات الدولية وقواعد مؤسسات التحكيم الدائمة⁽³⁾.

وهذا الرأي لا بُدّ من التوقّف عنده فإذا كانت نصوص قوانين التحكيم والاتفاقيات الدولية وقواعد مراكز التحكيم الدائمة تؤكد على ضرورة تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، فهي

(1) Loquin. E, L'arbitre composition en droit comparé et international" Thèse Dijon 1977, no. 550.

مشار إليه لدى: مخلوف، أحمد، مرجع سابق، ص 196.

(2) انظر الهامش رقم (1) الصفحة السابقة.

(3) من الاتفاقيات الدولية: القانون النموذجي المادة 1/28، قواعد اليونسيترال المادة (33)، اتفاقية جنيف المادة (7)، اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار المادة (42)، ومن قواعد مؤسسات التحكيم: غرفة التجارة الدولية بباريس 2/17، ومحكمة لندن للتحكيم (1/13).

أيضاً في معظمها تنصّ أيضاً على ضرورة تطبيق القواعد القانونية -والتي من ضمنها Lex mercatoria-)، كما تطبّق القوانين مع ضرورة احترام ومراعاة شروط العقد والأعراف والعادات التجارية المتّبعة⁽¹⁾.

ولكن في ظلّ قانون التحكيم الفلسطيني هل يُمكن اللجوء لتطبيق قواعد قانون التجار (Lex mercatoria).

من خلال المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني كما ذكرنا سالفاً، فإنّه لا يحقّ لهيئة التحكيم أن تحكم بناءً على قواعد قانونية ولا يحقّ للأطراف أصلاً اختيار قواعد قانونية، بل اختيارهم فقط يكون لقوانين، فطالما لم يسمح المشرّع للأطراف باختيار قواعد قانونية لتحكم اتفاقهم، فمن المنطق أنّه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تلجأ لتطبيق قانون التجار على موضوع النزاع.

ففي حالة غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق هنا، يُعدّ لزاماً على هيئة التحكيم اللجوء مباشرةً إلى القانون الفلسطيني كقانون واجب التطبيق، فهنا المشرّع الفلسطيني استبعد المنهج التنازعي التقليدي واستبعد تطبيق قواعد قانونية ورفض الإحالة إلا تلك المؤدّية لتطبيق القانون الفلسطيني. إلا أنّه اعترف بضرورة مراعاتها (هيئة التحكيم) للأعراف المطبّقة على العلاقة بين الأطراف.

والتزام هيئة التحكيم بمراعاة العُرف الجاري، سواءً لدى اختيار الأطراف أو هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق، يعني التزامها بمراعاة معظم قواعد قانون التجار، باعتباره في الغالب قواعد عرفية.

(1) قواعد اليونسترال 1976، المادة 3/33، والاتفاقية الأوروبية المادة 7.

ولكن الأمر مختلف تماماً فيما اتجه إليه المشرّع الأردني والمصري، فيمكن على وفقهما

تصور عدّة فرضيات:

الفرض الأول: اختيار الأطراف صراحةً لقانون وطني لدولة ما أو ما يستتجه المحكمين من مركز الثقل في العلاقة، وفي هذه الحالة يتم تطبيق القانون الوطني لكن بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام القانون الرئيسي المختصّ وهو قانون (Lex mercatoria).

الفرض الثاني: أن يختار الأطراف صراحةً (Lex mercatoria) لتطبّق على النزاع، وهنا تستبعد كافة القوانين التي لها علاقة بموضوع النزاع ويطبّق قانون التجارة وحده.

الفرض الثالث: أن لا يحدّد الأطراف قانوناً ليحكم النزاع تطبّق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنّه أكثر اتصالاً بالنزاع⁽¹⁾، وفي هذه الحالة يتم اختيار قانون التجار كونه القانون الأكثر صلةً بموضوع النزاع⁽²⁾، وقد أيد هذا الاتجاه القضاء الفرنسي الذي قرّر أنّ الفصل بالنزاع وفق قواعد الـ (Lex mercatoria) وحده هو فصل في النزاع وفقاً للقانون، ومن ثمّ لا وجه للتمسك بتطبيق قواعد تنازع القوانين أولاً.

وهذا الحلّ يمكن تصوّره في القانون المصري والأردني على حدّ سواء لأنّهما ابتداءً سمحا للأطراف باختيارهما كقانون واجب التطبيق أي (Lex mercatoria)، وكون المحكم يستمدّ سلطاته من اتفاق التحكيم فلا يوجد ما يمنع من لجوئه إليها ليطبّقها مباشرةً كونها الأكثر صلةً بموضوع النزاع التجاري الدولي، لأنّ المحكم يختلف عن القاضي الوطني الذي يلتزم

(1) المادة 2/29 من قانون التحكيم المصري حيث نصّت على أنّه "إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع طبّقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية الأكثر اتصالاً بالنزاع"، مع مراعاة شروط العقد والأعراف الجارية عملاً بالفقرة الثالثة من المادة المذكورة.

(2) ومن أحكام التحكيم الصادرة في الدعوى 5953 لسنة 1988 التي جسدت هذا الفرض حيث قرر المحكم صراحةً أن تسوية النزاع سيكون وفق قانون (Lex mercatoria) وحده باعتباره الأكثر ملاءمة، انظر في ذلك:

Sentence (I.C.C.) Aff. No 5953 (1988), Rev. arb. 1990, p. 170.

ابتداءً بتطبيق قانون الدولة التي تحدّدها قواعد القانون الدولي الخاص، وثم يلجأ لقواعد (Lex mercatoria) بصورة احتياطية، فلا يمكن الرجوع إليها إلا إذا سمحت له نصوص القانون الواجب التطبيق بذلك، وفي ظل غياب نصوص قانونية تتضمن حلاً للنزاع فيلجأ لها القاضي الوطني لسدّ النواقص في نصوص القانون الداخلي.

أضيف إلى ذلك أنّ المشرّع المصري نصّ في المادة (39) فقرة (3) على أنه "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة".

وكذلك المشرّع الأردني في المادة 36 فقرة (ج) "في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف التجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين". فهذا موقع آخر نصّ المشرّعَيْن الأردني والمصري على ضرورة تقيّد هيئة التحكيم بالأعراف والعادات التجارية وكذلك شروط العقد.

فعند الفصل في النزاع -في حالة التحكيم بالقانون- ليس هناك ما يمنع المحكّم من تطبيق العادات والأعراف التجارية، وكذلك الشروط التعاقدية في حالة غياب قاعدة تشريعية تحكم النزاع، حيث أن العُرف التجاري يكون مستمداً من البيئة التجارية مستجيباً لحاجاتها إلى السرعة والمرونة والفعالية، مما يجعل المشرّع عاجزاً عن ملاحقة تطوّره⁽¹⁾.

(1) انظر في ذلك: المصري، حسني، مرجع سابق، ص 336. نقلاً عن: الدكتور علي البارودي، مبادئ القانون التجاري والبحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 37.

وكذلك العادات التجارية يكفي أن تتّجه إرادة الأطراف لها صراحةً أو ضمناً، ونلاحظ أنّ المشرّع المصري رتبّ هذه المصادر من حيث إلزامها للمحكّم بالقانون، فكانت شروط العقد أولاً ثم العُرف ثم العادة التجارية.

فطبيق هذه الأعراف والعادات التجارية نصّ عليه المشرّع في قانون التحكيم، وهنا نلاحظ أنّ كلا المشرّعَيْن المصري والأردني قد نصّا على ضرورة مراعاة -والمراعاة هنا تختلف عن الالتزام- هيئة التحكيم للشروط العقدية أولاً ثمّ العُرف ثمّ العادات المُتبعة، فالنصّ هنا جاء ليحدّد للمحكّم أنه في البداية عليه الالتزام في شروط العقد إن وُجدت، ثمّ يلجأ إلى العُرف ثمّ العادات المُتبعة بين الطرفين، فهذا ليس على سبيل التخيير وإنما تدرّج المشرّع في مصادر القاعدة القانونية حسب مدى إلزاميتها وقوّتها، فلا يجوز للمحكّم اللجوء إلى العُرف في ظلّ وجود شروط تعاقدية عندما يقوم بالفصل بالموضوع، كذلك عند التعارض بين العُرف والعادة الاتفاقية يُقدّم العُرف على العادة الاتفاقية كما هو متعارف عليه.

وتنوّه الباحثة إلى الفرق بين منح المشرّع للأطراف حريّة اختيار القانون القواعد القانونية التي قد يكون من ضمنها الأعراف التجارية كمصدر للقاعدة القانونية عندما يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق، ولكن المشرّع جعل من التزامات المحكّم وواجباته مراعاة الأعراف والعادات التجارية عند النظر في النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق، ففي حالة الاختيار الصريح يكون دور المحكّم هو تطبيق ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، لكن في حالة تغيبها يأتي دوره، فيصبح اختيار القانون الواجب التطبيق التزاماً وواجباً على المحكّم وكذلك عليه مراعاة الأعراف التجارية والعادات المُتبعة بين الطرفين.

المطلب الثاني

كيفية إعمال منهج القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية (Lex mercatoria)

على منازعات العقود الدولية

لقد اتّجه قضاء التحكيم لتحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين الداخلية وإخضاعها للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية، فكيف يتمّ تطبيق هذه القواعد؟ هل من خلال منهج التنازع؟ وهو الأمر الذي يؤيّد جانب من الفقه. أم من خلال التطبيق المباشر بما لها من قوّة سريان ذاتي؟ وهذا الأمر الذي يرجّح جانب آخر من الفقه.

وسنتناول في هذا المطلب موضوعين رئيسيين، ففي الفرع الأول نتطرق لتطبيق القواعد الموضوعية لقانون التجار (Lex mercatoria) من خلال منهج التنازع، والفرع الثاني يتناول التطبيق المباشر لقواعد قانون التجار (Lex mercatoria).

الفرع الأول- تطبيق القواعد الموضوعية لقانون التجار (Lex mercatoria) من خلال منهج التنازع:

يرى جانب من الفقه أنّ القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي لا تسري إلا بمقتضى قاعدة إسناد وهي إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية⁽¹⁾، ويجب أن لا يفهم أن حاجة هذه القواعد الموضوعية لقاعدة إسناد يعني أن تلك القواعد تدخل في منازعة مع القوانين

(1) منهم Gérard و Deby مشار إليهم لدى: ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، ص 353.

الداخلية، بل إنَّ المقصود من ذلك مجرد استعارة تلك القواعد الموضوعية لقواعد الإسناد الموجودة في تلك الأخيرة كي تجد سنداً لتطبيقها⁽¹⁾.

ويستند هذا الاتجاه إلى أنَّ هذه القواعد الموضوعية لا تستطيع أن تفرض نفسها على القاضي أو هيئة التحكيم، ومن ثم لا يجوز لها تطبيقها من تلقاء نفسها دون وساطة وسيلة فنيّة يعرفها تبرر تطبيقها لتلك القواعد. وفي شأن العقود الدولية تكون تلك الوسيلة هي إرادة الأطراف. وعلى هذا النحو يعتبر وجود قاعدة إسناد أمر مهمّ ولازم لتطبيق وتعيين حالات اختصاص القواعد الموضوعية الخاصة بالتجارة الدولية، فكلّ قاعدة من هذه القواعد يتوقّف تطبيقها على مساعدة قاعدة تنازع⁽²⁾.

وعلى الرغم من أنَّ عادات وأعراف التجارة الدولية وإن شكّلت قواعد قانونية قادرة على حكم وتنظيم العقود الدولية، إلا أنَّ تلك القواعد تُعدّ مكملّة، لا تنطبق بقوة سريانها بل لا بدّ وأن يقرّر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية رغبتهم في سريان أحكامها⁽³⁾.

ويردّ على هذا الرأي الأستاذ الدكتور هشام علي صادق بالقول بأنّ هذا الرأي يخالف الفقه المعتمد في النظرية العامة، وذلك لأنّه ينكر على القواعد القانونية المكملّة قدرتها على السريان الذاتي مستلزماً لتطبيقها اتجاه إرادة الأطراف، سواء كانت الصريحة أو الضمنية،

(1) سلامة، أحمد عبد الكريم، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بند 482.

(2) ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، ص 355.

(3) هذا وقد ثار تساؤل عما إذا كان اختيار المتعاقدين الصريح لأحد مكونات القانون التجاري الدولي كاختيار العادات أو الأعراف التجارية الدولية، مثلاً يفيد رغبتهم في إخضاع العقد الدولي لهذه الأعراف فقط دون غيرها وهذا رأي، بينما كان هناك رأي آخر يقول أنّ الاختيار الجزئي يفيد بحدّ ذاته اتجاه الإرادة الضمنية كتطبيق مكونات قانون التجارة الدولية بكافة مكوناته (Lex mercatoria)، ويقول (Goldman) إنّ التجاء الأطراف للتحكيم هو بمثابة إرادة ضمنية لهم لتطبيق القانون التجاري المشترك بين الشعوب، انظر في ذلك: Goldman, La lex mercatoria..., op. cit, p. 228.

فالقواعد المكملّة شأنها شأن القواعد الآمرة يجب على المحكّم تطبيقها من تلقاء نفسه ما لم يستبعدا الأطراف⁽¹⁾.

وبناءً على هذا الرأي الذي يتطلّب اتجاه إرادة الأطراف لتطبيقها، يُعدّ اختياراً مادياً وليس اختياراً تنازعيّاً بموجب قاعدة إسناد كما يدّعي أنصاره، لأنّ قواعد الإسناد تشير باختصاص قانون معيّن يحكم العقد ولا تكتفي بإنزال القواعد المختارة منزلة الشروط العقدية كما في حالة الاختيار المادي⁽²⁾.

ولعلّ مما يدعم عدم توقّف تطبيق أحكام القانون التجاري على إرادة الأطراف أنّ أنصار فكرة العقد الطليق قد قرروا أن سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد -سواءً كان قانوناً داخليّاً، أو قانون التجارة الدولية- لا يعني تحرّر العقد من مطلق سلطان القانون أمام المحكّم، لأنّ هذا الأخير يكون ملزماً بإخضاعه للقانون التجاري الدولي.

كما لا يتأتّى في هذه الحالة أيضاً استخلاص إرادة المتعاقدين الضمنية بتطبيق هذا القانون الأخير من مجرد إدراج شرط التحكيم في العقد لأنّ الإرادة في هذا الفرض تكون أقرب للإرادة المفترضة منها للإرادة الضمنية، الأمر الذي يجب معه البحث عن أساس تطبيق المحكّمين لقواعد القانون التجاري الدولي في هذا الفرض في خارج إطار منهج التنازع.

(1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، بند 165.

(2) ويختلف الأمر إذا ما كان النزاع مطروحاً على القضاء الداخلي، حيث لا يتصور تنازع القوانين، فالتنازع يحصل بين القوانين الداخلية لدول مختلفة، وبالتالي فاختيار المتعاقدين لأحكام القانون التجاري الدولي أمام هذا القضاء هو مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه هذه الأحكام منزلة الشروط العقدية التي لا تستطيع مخالفة القواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تشير باختصاصه قاعدة الإسناد عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد.

انظر في ذلك: ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص 357.

وعليه فإنّ التخلي عن إرادة المتعاقدين كشرط لإعمال قواعد (Lex mercatoria) لا يترجم إلا بالأعمال المباشرة للقواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي اكتفاءً بما لها من قوّة السريان الذاتي.

الفرع الثاني- التطبيق المباشر لقانون التجار:

يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أنّ قواعد قانون التجار (Lex mercatoria) أصبحت تطبّق بشكل مباشر دون الحاجة إلى قاعدة إسناد تقضي بإخضاع العقد لقانون الإرادة. فهي تسري بمجرد تعلّق المنازعة بعقد تجاري دولي، وذلك لأنّ التنظيم الموضوعي والمباشر الذي يتضمّنه منهج هذه القواعد يجعل منه منهجاً مستقلاً عن كلّ قاعدة إسناد، فالطابع غير الوطني لقواعد هذا المنهج يجعل مشكلة تطبيقها من حيث المكان غير قائمة، واستعمالها غير متوقّف على أيّة قاعدة تنازع، ولكن فقط يتوقّف على شروط مادية وهي أن يتعلّق الأمر بنزاع تجاري دولي⁽²⁾.

ويتفق هذا الرأي مع طبعة وأهداف القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي ومكوّناته التي تشكّلت في إطار مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود، وهذه القواعد المادية وضعت خصيصاً للاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية وإدراك أهدافها، فيكون من

(1) انظر في ذلك: مخلوف، أحمد، مرجع سابق، ص 203. وكذلك: صادق، هشام، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1977، بن د57، مشار إليه لدى: ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، ص 357.

(2) صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 201.

الطبيعي أن يقوم المحكمون بتطبيقها تطبيقاً مباشراً دون حاجة لمنهج تتنازع بوصفها جزءاً من النظام القانوني الذي ينتمون إليه⁽¹⁾.

وهنا يصدق الرأي القائل أن القاضي الداخلي لا يستطيع تطبيقها تطبيقاً مباشراً لأنها لا تشكل جزءاً من قانونه أو نظامه القانوني، الأمر الذي يتطلب اختيارها صراحةً من الأطراف لكي يتم تطبيقها علماً بقاعدة التنازع التي تقرر إسناد العقود الدولية لقانون الإرادة.

وقد يصعب أحياناً حتى في هذا الفرض تطبيق القواعد الموضوعية من خلال منهج التنازع ذاته، حيث لا يتصور الفقه قيام التنازع بين الأنظمة الداخلية المختلفة وأي نظام قانوني آخر عابر للحدود، فقانون التجارة لم يصل إلى الصفة "الفوق دولية" لتخوله قوة إلزامية تسمو على التشريعات الداخلية أو الدولية⁽²⁾.

ومع هذا فمن المتصور أحياناً وجود بعض الحالات التي تطبق فيها القواعد الموضوعية للتجارة الدولية أمام القضاء الداخلي، وذلك في حال انضمام دولة القاضي المطروح أمامه النزاع إلى بعض المعاهدات الدولية التي تحيل نصوصها إلى العادات والأعراف التجارية الدولية، أو فيما لو كانت قواعد الإسناد تشير بتطبيق قانون داخلي معين وكانت نصوص هذا القانون تحيل إلى الأعراف والعادات السائدة في مجتمع التجار⁽³⁾.

(1) يرفض جانب من الفقه اعتبار القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي بمثابة قانون اختصاص للمحكم على اعتبار أن هذا الأخير ليس له قانون اختصاص، وإنما يستمد اختصاصه من إرادة الأطراف، إلا أنه ينتهي مع ذلك إلى تأكيد تطبيق هذه القواعد الموضوعية مباشرة باعتبارها من القواعد المادية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والتي وضعت خصيصاً لعقود التجارة الدولية.

انظر في هذا المعنى: ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، ص 344.

(2) سامي، محمود فوزي، مرجع سابق، ص 377.

(3) ياقوت، محمد محمود، مرجع سابق، ص 359.

وفي هذا الغرض الأخير يتم تطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية ليس نتيجةً لإعمال منهج التنازع وإنما تطبيقها بناءً على إحالة النصوص الداخلية في قانون الدولة التي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه⁽¹⁾.

كذلك لا بدّ من الإشارة إلى أنّ تطبيق المحكّم للقانون المختار من قبل الأطراف لا يحول دون تطبيق قواعد (Lex mercatoria) خاصّةً إذا كانت تتناول بالتنظيم بعض المسائل الفنيّة في حدود التجارة الدولية أو الموضوع الذي ثار بشأنه النزاع.

بل وعلى العكس فإنّ اختيار المتعاقدين لقانون داخلي معيّن لا يحول دون تطبيق القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية تطبيقاً مباشراً، خاصّةً وأنّ هذه القواعد الأخيرة تستهدف استكمال النقص الذي يتّسم به القانون المختار والذي لم تتطوّر قواعده بالقدر الذي تستطيع معه مواجهة مختلف المسائل التي تنيرها عقود التجارة الدولية الحديثة.

وفي حالة التعارض بين القانون المختار وهذه القواعد فإنّ استبعادها من قبل المحكّم يجد تبريره في صفتها المكملّة والمفسرة، التي تجيز الاتفاق على ما يخالفها، وأحياناً يضطر المحكم إلى تجاهل القانون الداخلي المختار ويطبّق قواعد قانون التجارة الدولية (Lex mercatoria) إذا ما اصطدم هذا القانون مع اعتبارات النظام العام الدولي.

(1) صادق، هشام علي، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 570.

الفرع الثالث- حالات لجوء المحكم للاختيار المباشر:

في كثيرٍ من الأحيان تطبّق هيئات التحكيم الأعراف التجارية على موضوع النزاع، وهي ترى أنّ هذه الأعراف مُلائمة وتقوم بدور مهمّ في تسوية المنازعات التي يعهد بها أطرافها إلى المحكمين لإيجاد الحلول المناسبة لها.

فيمكن أن نستخلص من أغلب النصوص القانونية أن المحكم يلجأ لهذه الأعراف والعادات في حال تخلف اختيار الأطراف أو تعيينهم لقانون ليطبّق على موضوع النزاع، لكن الواقع العملي يثبت أنّ اللجوء مباشرةً لهذه القواعد غير محصور في حالة عدم تعيين الأطراف لقانون معيّن، ففي بعض الأحيان يكون لجوء المحكم لها حتمياً لإكمال نقص أو قصور في القوانين الوطنية أو لتعديل هذه الأخيرة حتى لا تتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية.

وقد تلجأ هيئة التحكيم لهذا المنهج إذا رأت استحالة تطبيق قانون معيّن على موضوع النزاع⁽¹⁾، سواءً بسبب نقص في العقد أو بسبب تناقض وتعارض موقف أطراف النزاع وعدم إمكانية ربط النزاع بقانون معيّن كأنّ يتمسك كلّ منهم بقانونه الوطني، الأمر الذي يستحيل معه ترجيح أحد القانونين على الآخر أو أن يسكت أطراف النزاع عن ذكر أيّ قانون ليحكم موضوع النزاع⁽²⁾.

وكذلك تدخل أعراف وعادات التجارة الدولية كأساس للبنية القانونية لقرار هيئة التحكيم في حال استبعاد الأخيرة للقانون الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام الدولي، فتكون الأعراف والعادات التجارية في هذه الحالة هي المؤهلة لحكم موضوع النزاع.

(1) حسين، مظفر ناصر، بحث تمت الإشارة له سابقاً، ص 25.

(2) مجلة التحكيم، قرار التحكيم رقم 1375 لسنة 1956 الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، وكان العقد يتعلّق بمهلة سياحية في البحر الأبيض المتوسط بين طرف فرنسي وآخر إيطالي، راجع مجلة التحكيم لعام 1973، ص 122 وما بعدها، ص 133-134.

ففي هذه الحالات تكون هذه الأعراف والعادات بمثابة قانون الاختصاص بالنسبة لهيئة التحكيم التجاري الدولي، وذلك لأنّ اختيارها لا يحتاج للاتفاق عليه من قِبَل الأطراف، فبمجرد سكوت الأطراف عن اختيار قانون وطني معيّن وتعلّق المنازعة بالتجارة الدولية، فبإمكان المحكّم اللجوء لها مباشرةً لأنّ قواعدها ذات تنظيم موضوعي مباشر، وكذلك فهي مستقلة عن منهج التنازع، فهي تتضمن قواعد غير وطنية أعدت لتتطبق خصيصاً على هذه العقود، وهو ما يحدّ بالتالي من مشكلة تنازع القوانين الوطنية من حيث المكان⁽¹⁾.

وبهذه المثابة فإنّ لجوء المحكّم إلى تطبيق الأحكام الواردة في القانون الذي اختاره الأطراف لا يعني بالضرورة استبعاد بعض القواعد عبر الدولية وتطبيقها تطبيقاً مباشراً، خاصةً إذا كانت ذات طبيعة آمرة، أضف إلى ذلك تطوّر التجارة في العصر الحديث أدّى إلى ظهور عدد لا يُستهان به من العقود المركبة، التي بدا واضحاً قصور الأنظمة الداخلية عن مواجهة المشاكل الناتجة عن إبرامها وتنفيذها، فظهر ما يُسمّى بالتطبيق الجامع أي تطبيق قانون العقد، بالإضافة إلى القواعد القانونية الملائمة عبر الدولية لإكمال النقص وسدّ الثغرات في القوانين الوطنية.

كذلك تظهر أهمية منهج التطبيق المباشر في حالة مواجهة المحكّم لاختلافٍ شديدٍ بين الشروط التعاقدية وحكم القانون الذي يسري عليها إذا ما تمّ إعمال منهج التنازع.

مثال ذلك لو تضمّن العقد شرطاً يعفي البائع من المسؤولية عن العيوب الخفية التي تلحق المبيع، في حين أنّ قانون العقد يبطل هذا الشرط، أو يتفق الأطراف على نسبة معينة من الفوائد وقانون العقد يحظر هذا الشرط أو يجعله باطلاً.

(1) الحاج، بن أحمد، بحث تمت الإشارة له سابقاً.

فإنّ عرض نفس القضية أمام القاضي الوطني والمحكمّ الدولي تؤدي إلى نتيجة مغايرة تماماً، فمثلاً عرض النزاع على القاضي الوطني، فالشرط المعفي من المسؤولية إذا كان باطلاً حسب قانون القاضي يقضي ببطلانه، أما لو عرض النزاع على المحكمّ الدولي الذي يعمل القواعد القانونية عبر الدولية السارية في هذا المجال، فإنّه في حال اتفاق الشروط التعاقدية مع القواعد القانونية الدولية يقضي بصحّتها حتى لو خالفت قانون العقد.

أما لو كان هذا الشرط مخالفاً لمضمون القواعد القانونية الدولية التي تطبّق تطبيقاً مباشراً فإنّه يقضي ببطلانها حتى لو كانت صحيحة حسب قانون العقد.

ومن هنا نلاحظ أنّ قضاء التحكيم يتمتّع بحريّة كبيرة⁽¹⁾ مقارنةً بالقضاء الوطني من حيث الخيارات المتاحة أمام المحكمّ، فبالإضافة إلى تطبيق النظام القانوني لدولة ما يمكنه أيضاً اللجوء مباشرةً إلى القوانين أو القواعد القانونية عبر الدولية تطبيقاً جامعاً أو تطبيقاً استثنائياً (أي لوحدها)، وهذا المنهج يبرّر ظهوره إلى جانب منهج التنازع التقليدي وطبيعة المعاملات التجارية الدولية، أضف إلى ذلك أنّ القوانين الوطنية الداخلية أصبحت قاصرةً عن مجاراة التطورات الهائلة في مجالات التجارة الدولية ولم تعد تستوعب أو تقدّم الحلول المناسبة لمثل هذه المنازعات، بل زد على ذلك أنّ تلك القوانين ذاتها أضحت تبيح للمحكّمين اللجوء مباشرةً لقانون أو قاعدة قانونية دون إعمال منهج تنازع القانون.

وأخيراً حسب رأي الباحثة أن الاتجاه إلى تطبيق قواعد قانون (Lex mercatoria) بمصادرها المختلفة سواء كانت مُستقاة من اتفاقيات دولية أو مبادئ عامة مثل مبادئ اليونيدروا وهي جزء أساسي من قانون التجارة الدولية، والتي يعتبر أساس الالتزام هو اختيار الأطراف

.Bélohávek, Alexander. J. Gzech Yearbook of international law Juris Publishing, 2010, p. 31 (1)

لها، فهي تسعى لتحقيق التجانس أكثر من السعي لتحقيق التوحيد، كما هو الحال بالنسبة للاتفاقيات الدولية، وهذا التوحيد على المستوى الدولي فشلت الاتفاقيات الدولية في تحقيقه لأنّ أساس الالتزام بها (الاتفاقية الدولية) ليس الاختيار، أضيف إلى ذلك أنّ هذه الاتفاقيات قد تُعالج مواضيع معيّنة في نطاق ضيق، وكذلك تسمح للدول الموقعة عليها بالتحفظ على بعض بنودها، ولهذا نلاحظ أنّ الاتجاه السائد حالياً هو التوحيد عن طريق الوسائل غير التشريعية، وهي الوسائل الأكثر نجاعة في مجال المعاملات التجارية الدول حسب رأي الباحثة.

وهذا الكلام يقودنا للبحث في مسألة أخرى لا تقل أهمية عن اختيار هيئة التحكيم لقواعد (Lex mercatoria) في حال غياب إرادة الأطراف، وهي الإحالة، ففي حالة تحديد هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق، وتبين أنّ القانون الواجب التطبيق يُحيل إلى قانون آخر، فهل يأخذ المحكم بهذه الإحالة ويطبقها أم لا؟

هذا ما سنتناوله الباحثة بالتفصيل في المبحث التالي.

المبحث الرابع

الإحالة

لقد تناولت الباحثة في المبحث الرابع من الفصل الأول الإحالة بشكل مفصل من حيث المفهوم وشرط التطبيق وأنواع الإحالة، وتمّ تناول الإحالة هناك من حيث إمكانية الأخذ بها في حالة اختيار الأطراف لقانون معيّن. ولكن ما يعنينا في هذا المقام هو اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق، وفي هذا المبحث تحديداً عندما تختار هيئة التحكيم قانوناً ليطبّق على موضوع النزاع ، فهل يُؤخذ بالإحالة في هذه الحالة؟

وسيتّم تناول الإحالة في هذا المبحث من زاويتين؛ ففي المطلب الأول تناولنا موضوع الإحالة في القوانين المدنية المقارنة، والمطلب الثاني تناول بشكل خاص الإحالة في قوانين التحكيم المقارنة.

المطلب الأول

الإحالة في القوانين المدنية

يمكن القول بشكل عام أنّ قانون المشروع المدني الفلسطيني والقانونين الأردني والمصري قد رفضت الإحالة من خلال تبني المنهج الموضوعي لتحديد القانون الواجب التطبيق إذا تبين أن هذا الأخير قانوناً أجنبياً، مع وجود بعض الثغرات في الصياغة التشريعية في القانون الفلسطيني والتناقض في بعض المواد والتي سنفصلها لاحقاً⁽¹⁾.

وسيتّم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ الأول يتناول منهج تنازع القوانين والإحالة، والثاني يتناول موقف المُشرّع الفلسطيني والتشريعات المقارنة من الأخذ بالإسناد الموضوعي أو الإجمالي في القانون المدني.

الفرع الأول - منهج تنازع القوانين والإحالة:

كما أسلفنا إنّ سلطات المحكّم تضيق وتتسع حسب اتفاق الأطراف فتضيق عندما يختارون القانون الواجب التطبيق صراحةً أو ضمناً وتتسع عندما يسكتون عنه، فسلطة المحكّم باختيار القواعد الموضوعية كما جاء في نصّ قانون التحكيم الفلسطيني والأردني والمصري مرهونة بعدم اتفاق الأطراف عليها، والأمر ليس بذات السهولة عندما يكون النزاع دولياً، فوجود عنصر أجنبي في العلاقة موضوع النزاع المحكّم فيه أو ارتباطها بأكثر من دولة واحدة، فمن غير الملائم إخضاعها للقانون الوطني خاصةً إذا كان هذا الأخير غير مناسب ولا ينسجم مع خصوصياتها، واستجابةً لهذه التطورات حيث أنّ مثل هذه العلاقات الدولية تثير أمام القاضي (أو

(1) انظر في ذلك: الفرع الثاني من هذا المطلب.

المحكّم) مشكلة تنازع القوانين، الذي يتم حلّه عن طريق تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد الوطنية، والتي تتميّز بأنّها قواعد مزدوجة الجانب أي أنّها قد تعقد الاختصاص للقاضي الوطني فقانونه هو المختصّ والواجب التطبيق، أو أنّها تعقد الاختصاص للقانون الأجنبي.

فإذا كان قانون القاضي هو المختص لا مشكلة هنا يطبّق القاضي القواعد الموضوعية في قانونه ليصل إلى حلّ نهائي للنزاع، ولكن المشكلة تثور عندما تختار قواعد الإسناد القانون الأجنبي، عندما يجد القاضي نفسه أمام قانون لا يعرفه ويعتبر غريباً عنه، فقواعد القانون الأجنبي ليس جزءاً من النظام القانوني الذي ينتمي إليه⁽¹⁾.

ومن هنا يمكننا القول أنّ التنازع عندما يكون إيجابياً لا تثور مشكلة الإحالة لأنّ القاضي أو المحكّم مختصّاً حسب قانونه الوطني، والقاضي الأجنبي أيضاً ينعقد له الاختصاص هو الآخر حسب قواعد الإسناد في قانونه، ولكنّها تثور عندما يكون التنازع سلبياً كما سبق وذكرنا⁽²⁾.

فتطبيق قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق أو ما جرى الفقه على تسميته بالإحالة من أهم وأعقد موضوعات النظرية العامة لتنازع القوانين؛ فإذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي تعيّن معرفة القواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون، ذلك أنّ القانون الأجنبي شأنه في ذلك شأن القانون الوطني يشتمل على نوعين من القواعد قواعد إسناد تحدّد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات الطابع الدولي، وقواعد موضوعية تتكفّل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع.

(1) عكوش، سيهام، رسالة ماجستير بعنوان: القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً -دراسة مقارنة- جامعة أحمد بوقرة، بومرواس-الجزائر، 2009-2010، ص 251.

(2) انظر في ذلك المبحث الرابع من الفصل الأول.

والواقع أنّ منهج التنازع قد يترتب عليه تغيير في الحل النهائي للنزاع، ذلك أنّ قواعد الإسناد الواردة في القانون الأجنبي قد تشير إلى تطبيق قانون غير قانونها كأن يقضي مثلاً بتطبيق قانون القاضي الوطني نفسه، أو تقضي بتطبيق قانون دولة أجنبية ثالثة، فإذا امتثل القاضي الوطني إلى ما تقضي به قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي، فإنّ ذلك يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير الذي عقدت قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص له بحكم النزاع، وبالتالي فإنّ الحال النهائي للنزاع في هذه الحالة سيختلف عن الحل فيما لو قام القاضي مباشرة بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانونه⁽¹⁾. فالملاحظ أنّ الإسناد الموضوعي لا يؤدي إلى الإحالة على عكس الإسناد الإجمالي، إذا أدّى إلى تطبيق قانون أجنبي أو حتى أرجع الاختصاص لقانون القاضي (إحالة بالرجوع).

الفرع الثاني - موقف المشرّع الفلسطيني والتشريعات المقارنة من الأخذ بالإسناد الموضوعي أو الإجمالي:

نلاحظ تقارب كبير بين نصوص مشروع القانون المدنية الفلسطيني والقانونين المدنيين الأردني والمصري، من حيث موقفها من القانون الأجنبي إذا تبين أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فنلاحظ أنّ المادة 34 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة 28 من القانون المدني الأردني والمادة 27 من القانون المدني المصري نصّت جميعها على أنّه "إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلّق بالقانون الدولي الخاص".

(1) الداودي، غالب، والهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، ص 76. متوفر على الموقع الإلكتروني:

وترى الباحثة أنّ صياغة هذه المادة ركيكة ولا تتسجم مع المعنى المراد من هذا النصّ لأنّ استعمال واضعو المشروع لكلمة "الأحكام الداخلية" هو تعبير يُطلق على القوانين الوطنية المحلية، وهذه الأحكام ممكن أن تكون شكلية أو موضوعية، فالمشرّع هنا اتجهت إرادته إلى الجانب الموضوعي دون قواعد الإسناد، ولكنّه لم يكن مُوفّقاً في استعمال مصطلح الأحكام الداخلية، زدّ على ذلك استعمال كلمة الأحكام الداخلية مضافةً إلى جملة أخرى وهي "دون التي تتعلّق بالقانون الدولي الخاص"، والمقصود هنا تنازع القوانين أو قواعد الإسناد، فالصياغة التشريعية هنا غير موفّقة لأنّ القانون الدولي الخاص ليس تنازع قوانين فقط⁽¹⁾.

ومن هذه النصوص المتقدّمة نلاحظ أنّ واضعي مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك المشرّع الأردني والمصري في القانون المدني قد استبعدوا تطبيق الإحالة ورفضوها لأنّ تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية لا يؤدي قطعاً إلى الإحالة لأنّها قواعد موضوعية مباشرة وغالباً تكون أمرة.

كذلك أنّ مشروع القانون المدني الفلسطيني نصّ على التطبيق المباشر للقانون الفلسطيني في المادة (37) التي تقول بأنّه "يطبق القانون الفلسطيني إذا تعذّر معرفة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه أو تعذّر تحديد مدلوله، إذا كان النزاع يتعلّق بالأحوال الشخصية أما إذا كان النزاع يتعلّق بالمعاملات المالية فتطبّق مبادئ القانون الدولي الخاص".

وهذا النصّ يعتبر تبنّي واضح من واضعي مشروع القانون المدني الفلسطيني لمنهج التطبيق المباشر الذي أصبح موجوداً على الساحة الدولية جنباً إلى جنب مع المنهج التنازعي،

(1) القانون الدولي الخاص حسب النظرية الجرمانية وهي أضيق نظرية تقول أنّه تنازع قوانين فقط، أما النظرية اللاتينية الموسّعة تقول أنّ القانون الدولي الخاص يشمل تنازع القوانين، وتنفيذ الأحكام الأجنبية والجنسية ومركز الأجانب، والاختصاص القضائي الدولي.

وهذا اتجاه محمود من المشرّع الفلسطيني الذي جعل القانون الفلسطيني هو المختصّ في حالة كان النزاع يتعلّق بالأحوال الشخصية أو تعذّر معرفة القانون الأجنبي الذي يحكم النزاع أو تعذّر تطبيقه، كما أنّ النصّ تطرّق لموضوع المعاملات المالية وتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاصّ عليها والمقصود بهذه المبادئ في هذه المادة تحديداً هو قانون التجار وقواعده القانونية.

ومع أنّ المادة 34 رفضت الإحالة، إلا أنّ المادة (33) نصّت على "إذا كان القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة تتجدّد فيها الشرائع فإنّ قانون تلك الدولة هو الذي يقرّر أية شريعة منها يجب تطبيقها".

فمن الملاحظ هنا أنّ المشرّع بهذا النصّ يعترف بالتفويض⁽¹⁾ الذي قد يؤدّي إلى الإحالة والبعض يعتبره نوع من الإحالة الداخلية⁽²⁾.

فالمفروض وجود انسجام وعدم تناقض بالنصوص، فإما أنّ نأخذ بالإحالة والتفويض أو نرفض كلاهما معاً لأنّ مثل هذا التناقض والتضارب في موقف المشرّع من الإحالة والتفويض يؤدّي إلى إرباك قانوني وعدم استقرار، فكيف نرفض الإحالة ونأخذ بالتفويض الذي قد يوصلنا إلى الإحالة.

مع أنّ المشرّع ناقض نفسه مرّة أخرى في نصّ المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني واعترف في الإحالة من الدرجة الأولى فقط إذا أدّت لتعيين القانون الفلسطيني كقانون مختصّ، وهذا نصّ خاصّ وفي حالة التعارض يُقدّم الخاص على العام والمشرّع الفلسطيني في قانون التحكيم أخذ بالإسناد الموضوعي وأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى والمسألة محل نظر، أما

(1) التفويض عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي هو الواجب التطبيق، وهذا القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فيتنازل القانون الوطني عن اختصاصه والقانون الداخلي للدولة الأجنبية الواجب تطبيق قانونها هو الذي يحدد أيّ شريعة يجب تطبيقها، والبلدان المتعددة الشرائع مثل لبنان.

(2) الداودي، غالب، والهداوي، حسن، مرجع سابق، ص 87.

قانون التحكيم الأردني في المادة (36) فقرة (ب) والمصري في المادة (39) فقرة (2) فكان موقف كلٍّ من المشرّعين من الإسناد الموضوعي أو الإجمالي في قانون التحكيم هو تبني كلا المشرّعين الإسناد الموضوعي ورفض الإحالة، وهذا منطقي لأنّ السبب متّفق مع النتيجة، وهذا ما سنعالجه بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

الإحالة في قوانين التحكيم

تظهر مشكلة الإحالة بشكل أكبر عند تغيب الاختيار الصريح أو الضمني لإرادة الأطراف بتعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لأنه كما هو متبع أن الأطراف عندما يختارون قانون معين فهذا يجعل الأمور أسهل أمام المحكم أو القاضي، فيوفر عليه عناء البحث عن القانون الواجب التطبيق، خاصة وأن معظم التشريعات أشارت إلى ضرورة تقيده في القواعد الموضوعية للقانون المختار، فهذا يعني عدم الأخذ بقواعد الإسناد في هذا القانون وبالتالي لا توجد إحالة.

ولكن ما هو الحل في حالة تغيب اختيار الأطراف للقانون المختار، وما هو دور المحكم في هذه الحالة في ظل ما هو موجود في قوانين التحكيم؟ والإحالة تحديداً هل يأخذ بها المحكم أو يطبقها أم لا؟ هذا ما سنُجيب عليه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول- الإحالة في قانون التحكيم الفلسطيني:

تتولد الإحالة من اختلاف قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص للدول المختلفة، فعندما يكون التنازع سلبياً أي أن كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص لقانون أجنبي، والإحالة كما ذكرنا تكون على درجتين، فإذا استشار المحكم قواعد الإسناد من القانون الواجب التطبيق، وكان قانون دولة المحكم أو القاضي هو المختص، فهنا تعتبر إحالة من الدرجة الأولى، أما إذا كان قانون القاضي يحيل إلى قانون دولة أخرى فهنا تعتبر إحالة من الدرجة الثانية.

وسنتناول بالتفصيل نصّ المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني، والتي تنصّ على أنه:

"1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. 2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني...".

هناك خلل كبير في صياغة هذه المادة من وجهة نظر الباحثة، فهيئة التحكيم في حالة عرض نزاع دولي عليها وكان يجري في فلسطين، ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فهي أمام خيارين حسب هذه المادة:

- 1- التطبيق المباشر للقانون الفلسطيني على اعتبار أنه قانون مقرّ التحكيم (الفقرة الأولى).
- 2- تطبيق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد الإسناد في القانون الفلسطيني (الفقرة الثانية).

وهذا الكلام غير منطقي، فالمشرّع على نفس الحالة يطبق مرة قانون ومرة أخرى يذهب لتطبيق قانون آخر، ثم يأتي المشرّع ليتحدّث عن الإحالة، فكيف نتصوّر أن تنثور مشكلة الإحالة في حالة الإسناد الموضوعي؟ لأنّ المشرّع صراحةً تكلم عن ضرورة أن يتقيّد المحكّم بالقواعد الموضوعية في القانون الذي عيّنته قواعد الإسناد الفلسطينية، ولا يمكن حدوث الإحالة في هذه الحالة، فالإحالة تحدث في ظلّ الإسناد الكلّي الإجمالي.

فالمشرّع أخذ بالإسناد الموضوعي ثم رفض الإحالة ثم عاد ليقول أنّ الإحالة يؤخذ بها إذا كانت من الدرجة الأولى وأدّت لتطبيق القانون الفلسطيني؟

والسؤال الذي يطرح نفسه، كيف يمكن الوصول إلى نتيجة أن هناك إحالة أم لا في ظلّ اختيار هيئة التحكيم للقواعد الموضوعية فقط في القانون المختصّ دون قواعد الإسناد، من أين تأتي الإحالة؟

وهذا الموضوع بحاجة إلى إعادة النظر فيه لأنّ مسألة تنازع القوانين والإحالة من المسائل الخطيرة، وهذا التناقض واللُبْس بحاجة إلى حَسْم وتوضيح من المشرّع، كما لاحظنا أنّ هناك تضارب بين نصوص القانون المدني نفسه فيما يتعلق بالإحالة والتفويض، والآن في هذه المادة نفسها نجد تناقضاً خطيراً يتنافى مع أساسيات القانون الدولي الخاص وتتنازع القوانين تحديداً، فالمسألة محلّ نظر.

الفرع الثاني - الإحالة في قوانين التحكيم المقارنة:

في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، في المادة 36 فقرة (ب): "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبّقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع".

ونجد نفس النصّ تماماً في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 94 في المادة 39 فقرة (2)، فنلاحظ أنّ موقف المشرّع الأردني والمصري الراض للأخذ بالإحالة لأنه حصر اختيار هيئة التحكيم في القواعد الموضوعية للقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، فلم يأتِ على ذكر قواعد الإسناد أو الإحالة بتاتاً. وحسناً فعل كلا المشرّعين، فبعبارة بسيطة ومختصرة حددا طريقة اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة تغيب إرادة الأطراف واختارا القواعد الموضوعية للقانون المحدّد من قبل هيئة التحكيم. ونلاحظ أنّ الوضع مختلف تماماً في حالة اختيار

الأطراف؛ إذ أجاز كلا المشرعين في الفقرة (أ) من كلتا المادتين السابقين اللجوء إلى الإحالة أو اختيار قواعد تنازع القوانين التي تؤدي إلى الإحالة كما يفهم من النص كما سبقت الإشارة له⁽¹⁾. وبالنتيجة فإن موضوع الإحالة والأخذ بها يختلف حسب الجهة التي تختار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالمشرع الفلسطيني أجاز اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق دون قيود، وكذلك المشرع المصري والأردني ولم ينص على عدم إمكانية الأخذ بالإحالة صراحةً في هذه الحالة، ويجب على هيئة التحكيم التقيّد باختيار الأطراف واحترام ما اتجهت إليه إرادتهم طالما أنه لم يخالف النظام العام.

أمّا في حالة اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم، لاحظنا التناقض والخلط الذي وقع فيه المشرع الفلسطيني، لكن مع ذلك يمكننا القول أنه يعترف صراحةً في الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في حالة اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق، ومن باب أولى الاعتراف به للأطراف في حالة اختيارهم لهذا القانون. أمّا المشرعين المصري والأردني رفضا الإحالة من خلال النص على الأخذ بالقواعد الموضوعية فقط للقانون الذي ترى هيئة التحكيم أنه أكثر اتصالاً بالنزاع.

أمّا قانون اليونسטרال النموذجي للتحكيم الدولي الصادر في عام 1985 وفي المادة 28 منه في الفقرة الأولى تم رفض الإحالة، حيث نصّت على أنه:

"1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما، أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ

(1) المادة 36 فقرة (أ) من قانون التحكيم الأردني، وكذلك المادة 39 فقرة (1) من قانون التحكيم المصري.

على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحةً على خلاف ذلك".

وهذا الكلام الذي وجدناه نفسه في قانون التحكيم الأردني والمصري، فقانون اليونسترال أخذ بالقانون الموضوعي ورفض قواعد الإسناد واستبعد تطبيقها ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

فرفضت قواعد اليونسترال الإحالة إذا كانت هيئة التحكيم هي التي تختار القانون الواجب التطبيق، لأنّ الأخذ بالإحالة بحاجة إلى النصّ عليه صراحةً من الأطراف عند تحديدهم للقانون الواجب التطبيق، وبخلاف ذلك لا نأخذ بالإحالة.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التجاري الدولي المعروض على هيئة التحكيم، وقد لاحظنا من خلال هذه الدراسة أنّ التحكيم التجاري كوسيلة رضائية لحلّ المنازعات التجارية الدولية يصطدم بمجموعة من العوائق وأهمّها تحديد القانون الواجب التطبيق الذي قد يؤثر على كونه وسيلة تتسم بالسرعة وبطبيعتها الملائمة لهذا النوع من المنازعات. فتثور مشكلة القانون الواجب التطبيق عندما لا يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق صراحةً أو ضمناً على هذا القانون، وعندما يكون النزاع في مواضيع تتعلّق بالتجارة الدولية حتى لو كان أطراف المنازعة ينتمون بجنسياتهم لدولة واحدة كما ذكرنا سابقاً.

كما كان واضحاً أيضاً من خلال هذه الدراسة أنّه على المستوى الدولي لا تزال الجهود حثيثة في السعي للتوحيد على صعيد التجارة الدولية، طالما أنّه من الصعب والمتعدّد تحقيق التوحيد التشريعي، وقد خطت بعض المنظمات والهيئات الدولية خطى واسعة في هذا المجال على صعيد التجارة الدولية، والدليل على ذلك أنّ معظم قوانين التحكيم تسمح للأطراف وكذلك لهيئات التحكيم باللجوء لاختيار قواعد قانونية موضوعية مباشرة لتطبّق على موضوع النزاع، وهذا يقلّل بدوره من مشكلة تنازع القوانين والدوران في حلقة مفرغة، وكذلك يوفرّ حلولاً موحّدة على المستوى الدولي للمنازعات التحكيمية، وقد قدّمت قواعد اليونسترال ومبادئ اليونيدروا أفضل الأمثلة على ذلك.

لقد توصّلت الباحثة من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

1- إن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكّم فيه تثور في حالة غياب قانون الإرادة.

2- في ظلّ قوانين التحكيم الموجودة وما يعيننا في هذا الموضوع هو القانون الفلسطيني، لا يوجد أيّ نصّ يُشير إلى ضرورة أن يكون من بين أعضاء هيئة التحكيم شخص قانوني، لأنّه لا يمكن إنكار أهمية وجود شخص من الملمّين بالقانون في هيئة التحكيم، لا سيما فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بالإضافة إلى أهل الخبرة والاختصاص في مجال القضية المعروضة على هيئة التحكيم. ويبدو هذا ضرورياً في التحكيم الخاص، ولكن في حالة التحكيم المؤسسي فإنّه من غير المتصوّر عادةً خلوّ هيئة التحكيم من القانونيين.

3- هناك تناقض واضح بين المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني وكذلك المادة (43) واللذان سبقت الإشارة لهما وتناولهما بالتفصيل، حيث أنّ المشرّع الفلسطيني نصّ على حرية الأطراف باختيار "قانون" دون "القواعد القانونية"، ولكنّه توسّع في النصّ على أسباب البطلان ورتّب على مخالفة هيئة التحكيم للقواعد القانونية، فهذا نهج غير سليم وغير منطقي ولا يتفق مع الغاية من هذه النصوص.

4- كذلك نصّ المادة 36 من قانون التحكيم الفلسطيني بحاجة إلى إعادة نظر كون المشرّع خلط بين مفهوم التحكيم بالصلح والصلح أو المصالحة، وشتان بين كلا المفهومين.

5- إنّ المشرّع الفلسطيني قدّم حلولاً مختلفة في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فجعل هيئة التحكيم أمام خياراتٍ متعدّدة كما فعل في المادة (19) في فقرتيها (أ)

و(ب) اللّتين قدّمتا حلّين مُختلفين تماماً في نفس الحالة، ففي حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، تكون هيئة التحكيم أمام خيارين؛ الأول القانون الفلسطيني هو القانون الواجب التطبيق بنصّ القانون، المادة 19 فقرة (أ) على اعتبار أنّه قانون مقررّ التحكيم، ثم يأتي المشرّع ليقول في نص المادة نفسها فقرة (ب) أنّه في حالة غياب اختيار الأطراف عندما يكون النزاع تجارياً دولياً ويجري في فلسطين تطبّق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي تشير لها قواعد تنازع القانون الفلسطيني، فهنا أيّ قانون يُطبّق المحكّم القانون الفلسطيني بناءً على نصّ الفقرة (أ) أم القواعد الموضوعية في القانون الذي اختارته قواعد الإسناد الفلسطيني؟

6- إنّ المشرّع الفلسطيني تبنّى الإسناد الموضوعي الذي لا يؤدّي إلى الإحالة، ثمّ تحدّثت عن أنّ المشرّع يرفض الإحالة إلا إذا كانت إحالة من الدرجة الأولى، أي أنّها تجعل من القانون الفلسطيني مختصاً، فإذا كان الإسناد موضوعياً دون أعمال قواعد إسناد، فما هو الذي يشير غير قواعد الإسناد للإحالة لقانون آخر، سواءً كان القانون الفلسطيني أم غيره؟ فهذه الفقرة المتعلقة بالإحالة لا داعي لها لأنّها تتناقض مع الإسناد الموضوعي، فإمّا أن يشير المشرّع إلى الأخذ بالإسناد الإجمالي ويرفض الإحالة إذا أدّى لها هذا الإسناد، وهو أمرٌ غير مُحبّبذ برأيي، أو أن يأخذ بالإسناد الموضوعي ولا يتطرّق لموضوع الإحالة لأنّه غير وارد أصلاً في هذا المجال.

ثانياً: التوصيات:

من خلال هذه الدراسة البحثية خرجت الباحثة بمجموعة من التوصيات أهمها:

- 1- أوصي المشرّع الفلسطيني أن يكون قانون التحكيم الفلسطيني متممًا بالكفاية الذاتية، وهذا لتفادي الإحالة إلى القانون الدولي الخاص الذي يؤدي إلى نتائج متضاربة من خلال قواعد الإسناد التي تختلف من بلد لبلد آخر مما يؤدي للإخلال بتوقعات الأطراف ومصالحهم.
- 2- أوصي المشرّع الفلسطيني بإعادة النظر في نص المادة (36) والتي يقصد بها كما يفهم من سياق النص التحكيم بالصلح ولكن نصّ المادة يحمل في طياته مفهومين مختلفين وهما الصلح أو المصالحة والتحكيم بالصلح، وأوصي المشرّع بإزالة هذا اللبس.
- 3- أوصي المشرّع الفلسطيني بإزالة التعارض بين المادة (19) فقرة (أ) وكذلك المادة (43) فقرة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني فيما يتعلق باستعمال لفظ "قانون" وقواعد قانونية في غير موضعهما المناسب.
- 4- أوصي المشرّع الفلسطيني أيضاً بتوحيد الحلول التي تلجأ لها هيئة التحكيم في ظل غياب قانون الإرادة وتحديداً كما هو حاصل في نص المادة (19) بفقرتيها (أ) و(ب)، فيجب على المشرّع هنا تبني طريقة واحدة فقط بدلاً من هذا التعدد غير المبرر لنفس الحالة، فالمشرّع يضع هيئة التحكيم أمام خيارين، فهذا حسب رأي الباحثة يؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني، وربما من الأفضل تبني الفقرة الثانية فقط لأنها نوعاً ما تشمل ما جاء بالفقرة الأولى. إذ كان لا بدّ من الاختيار بين هاتين الفقرتين، فالثانية تشمل الأولى وتغني عنها.
- 5- أوصي المشرّع أيضاً بمنح هيئة التحكيم حرية اختيار قواعد قانونية ومن باب أولى منح هذا الخيار أيضاً لأطراف النزاع والنصّ عليه صراحةً.

6- أوصي المشرّع الفلسطيني أن يُزيل التناقض والتعارض بين المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني التي تأخذ بالإحالة إذا أدّت لتطبيق القانون الفلسطيني وواضعو المشروع المدني الفلسطيني يرفضون الإحالة في نصّ المادة 34 من مشروع القانون المدني الفلسطيني وناقضوا أنفسهم بالأخذ بالتفويض الذي قد يؤدّي للإحالة، ويعتبر أحد صورها في نصّ المادة (33) من المشروع، فأوصي المشرّع بضرورة تحقيق والاتساق والانسجام بين النصوص التشريعية وتطابق الصياغة التشريعية مع مقاصد المشرّع ومدلولاتها ومضامينها.

وختاماً أرحو من الله التوفيق والسداد، فإن كنتُ قد وفّقتُ في هذه الدراسة فبفضلٍ من الله تعالى، وإن كانت الأخرى فهذا غاية ما استطعتُ أن أصلَ إليه، والحمد لله ربّ العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القوانين:

1. قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 المنشور في العدد 33 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2000/6/30.
2. قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001. منشور في الجريدة الرسمية العدد 4496 بتاريخ 2001/7/16.
3. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 16 بتاريخ 94/4/21 وبدأ العمل به من 1994/5/23
4. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) الصادر من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في 21 يونيو 1985.
5. مشروع القانون المدني الفلسطيني.
6. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
7. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984.

ثانياً: المصادر باللغة العربية:

1. أباريان، علاء، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، ط 2، منشورات الحلبي الحقيقية، بيروت، 2012.
2. إبراهيم، نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، 2002.

3. أبو الهيف، عبد الحميد، طرق التنفيذ والتحفّظ في المواد المدنية والتجارية، 1918.
4. أبو الوفا، أحمد، التحكيم بالقضاء والصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965.
5. أبو زيد، رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981.
6. الأحذب، عبد الحميد، بحث بعنوان: إجراءات التحكيم، منشور في أعمال المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، بعنوان التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، ط 1، المجلد 2، 2008.
7. بربري مختار، التحكيم التجاري الدولي، ط ، دار النهضة العربية، 1995، بند 86.
8. البطاينة، عماد فتحي، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009.
9. التحيوي، محمد السيد، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
10. الجغبير، إبراهيم رضوان، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009.
11. الجمال، مصطفى، عبد العال، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، جزء أول، دون ناشر، 1998.
12. حبيب، ثروت، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، 1975.
13. الحداد، حفيظة السيد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
14. الحداد، حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1966.

15. الحداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
16. حدّاد، حمزة، التحكيم في القانون الإسلامي، ورقة عمل مقدّمة لمؤتمر القانون والدين، الجامعة اليسوعية، بيروت، من 18-20/5/2000.
17. حسين، مظهر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7، السنة الثانية.
18. خالد، هشام، أولويات التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والأنجلوسكسونية والعربية"، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004.
19. دواس، أمين رجا رشيد، تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
20. رضوان، أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
21. الرفاعي، أشرف عبد العليم، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر.
22. الرفاعي، أشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
23. الرفاعي، أشرف عبد العليم، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

24. رياض، فؤاد، وراشد، سامية، تنازع القوانين في القانون المصري وفي التشريعات الحديثة، طبعة منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1991.
25. سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي، ج 5، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 1997.
26. سامي، محمد فوزي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
27. سلامة، أحمد عبد الكريم، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية.
28. سلامة، أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
29. سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1989.
30. السيد، حفيظة، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
31. شرف، علي ، نظرية نقدية لقانون التجارة الدولية، مجموعة دراسات برتولد جولدمان و P. Lagrade ، باريس، 1982.
32. الشرقاوي، سمير، القانون البحري، دار النهضة العربية، 1993.
33. شفيق، محسن، اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية.
34. شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1977.

35. شفيق، محسن، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانون التجارة الدولية (لطلبة الدراسات العليا)، كلية الحقوق 1973، 1974.
36. صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
37. صادق، هشام علي، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
38. صادق، هشام، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1977.
39. الصانوري، مهند أحمد، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة تنازع القوانين، دار وائل للنشر، عمان، 2011.
40. الصانوري، مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية، والاتفاقيات والمراكز الدولية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
41. عبد الباقي، عبد الفتاح، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1965.
42. عبد الرحمن، هدى محمد مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
43. عبد العال، عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007.
44. عبد الفتاح عزمي، (قانون التحكيم الكويتي)، مطبوعات جامعة الكويت، 1990.
45. القليوبية، سميحة، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1971.
46. مخلوف، أحمد، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط 2، دار

النهضة العربية، 2005.

47. مخلوف، أحمد، دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

48. المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، بدون سنة نشر.

49. المصري، حسني، المشروعات العامة ذات المساهمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.

50. معوض، نادية محمد، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001.

51. منصور، سامي بديع، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995.

52. المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

53. الهداوي، حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، الكويت، 1974.

54. والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، بند 243.

55. ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

ثالثاً: الرسائل الجامعية والأبحاث:

1. إبراهيم، إبراهيم أحمد، أسلوب الإسناد في الميزان، دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية.
2. أبو العينين، محمد، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون اليونسטרال النموذجي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، 1998.
3. أحمد محمود، وعبيدات مؤيد أحمد، بحث بعنوان: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، منشور في المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، 2010.
4. الحاج، بن أحمد، التحكيم التجاري الدولي ودوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، بحث منشور على موقع (The World) international chamber of commerce بتاريخ 4 يناير/ 2014، التصنيف مقالات وأبحاث، business organization.
5. الحجايا، نور حمد، القانون الذي يحكم موضوع النزاع المحكم فيه، بحث منشور في أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر، بعنوان التحكيم التجاري الدولي، ط 1، المجلد رقم (2)، 2008.
6. الحجايا، نور حمد، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، العدد (3) المجلد (3)، تموز 2011.

7. حداد، حمزة أحمد، التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح في قوانين الدول العربية، ورقة عمل مقدمة إلى ملتقى التحكيم السعودي من منظور إسلامي ودولي.
8. حسين، مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، بحيث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسة، العدد 7، السنة 2.
9. الخراز، إلهام وحيد، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع (دراسة مقارنة)، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح-كلية الدراسات العليا، نابلس-فلسطين، 2009.
10. ديب فؤاد، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الثاني، سنة 2008.
11. رضوان، أبو زيد، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الثاني، دولية التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشرعية، الكويت، السنة الثانية، العدد الثاني.
12. الرفيعي، علي كاظم، سلطات المحكم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة بغداد.
13. سلامة، أحمد عبد الكريم، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة، المجلة المصرية للقانون الدولي رقم (34) لسنة 1987.
14. السمدان، أحمد ضاعن، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، العدد 2، 1993.
15. شيعان، فراس كريم، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة.
16. الطراونة، عيسى بادي سالم، رسالة ماجستير بعنوان، دور المحكم في خصومة التحكيم، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2011.

17. عبد العال، عكاشة محمد، بحث بعنوان: القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم (دراسة مقارنة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة 2006 في شأن التحكيم في المنازعات التجارية)، البحث منشور في أعمال بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، ط 1، مجلد 2، المؤتمر العلمي السادس عشر، 2008.
18. عكوش، سيهام، رسالة ماجستير بعنوان: القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً -دراسة مقارنة- جامعة أحمد بوقرة، بومرواس-الجزائر، 2009-2010.
19. الفضلي، أحمد محمود، وعبيدات، مؤيد أحمد، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، بحث منشور في المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، 2010.
20. فلحوط، وفاء مزيد، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية)، ط 1، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، 2008.
21. نعيم، فوزي قدور والراوي، مظفر جابر، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 10، السنة 3.

رابعاً: المصادر باللغة الإنجليزية:

1. Al Samdan, Ahmad, Arab Private international law and contracts, conflict rules- (A comparative study principles of Islamic and civil legal systems)- First Edition, Kuwait University, 1986.
2. Batiffol, subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé de.
3. Bélohlàvek, Alexander. J. Gzech Yearbòok of international law Juris Publishing, 2010.
4. cass. Italie 28/6/1966, Clunet 1968.
5. Cour de F Cass. 17 Mai 1927. Arrêt Pelissier du Besset D.P. 1928, 1-25, not capitant et conct, Matter.
6. Ferrari, Franco, (Editor); Kroll, Stefan (Editor) conflict of laws in international Arbitration. Berlin, DEU; de Gruyter Sellier, 2010.
7. Fouchard, (PH), L'arbitrage commercial international, Dalloze, Paris.
8. Gddman (B.): les canflits des lois dans L'rbitrage international de droit privé, Recuel des cours de L'Academie de droit international de, Vol. 1, 1963.
9. Goldman (B.) la lex mercatoria Dans Les Contrats Et les Arbitrages international Journal De Droit international, 1979.
10. Heuzé, Vincent La Reglementation francaise des contrats internationaux, etude critique des methods, edition, Joly, GLN. 1990.
11. La live, les règles de conflit de lois applicables au litige par l'arbitre international siégeant en suiss, Revue de l'arbitrage

(R.A.) 1976, p.

12. Lagard: Approche critique de La lexmercatoria, op. citê.
13. Loquin (ERIC): op.cit., p. 51; Fouchard (PK): op. (cit).
14. Loquin. E, L'arbitre composition en droit comparé et international" Thèse Dijon 1977.
15. Poon, Nicholas, Striking a balance Between Public Policy and arbitration Policy in international commercial arbitration, Singapore Journal of Legal Studies 2012.
16. René; DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982.
17. Rev.arb:1972
18. Sentence (I.C.C.) Aff. No 5953 (1988), Rev. arb. 1990.
19. Sentence CCL n' 1512, 1971, Clunet 1975.
20. Sentence Partielle (CI. Aff no 4761 (1984) JDI. 1986.
21. Silberman, Linda, and Ferrari, Franco, Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong.
22. Talmon, Stefan, Applicable law in investor- State Arbitration, Oxford Monograph International Law, 2013.
23. Wenge, M. Jean, Update to International Arbitration: Locating the Resources, No. 1, Introduction, 17 September 2001.
24. Y. Derains, Les tendances de La jurisprudence arbitral internationale, Jour. d. int. 1993.
25. Zhilsovc (A.N) Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration, Netherland International Law Review, 1995.

خامساً: المواقع الإلكترونية:

1. <http://www.eddamir.info/index.php?option=com.content...id...>
2. <http://ssrn.com/abstract=1674605>.
3. <http://www.aiadr.com>.
4. <http://www.iirx.com/features/arbitration2.htm>.
5. <http://www.uncitral.org>.
6. <http://www.Najah.edu>.
7. www.ao.academy.org.
8. www.uobabylon.edu.iq/publications/law-edition2/article-ed2-q.doc.

Abstract

This research study reviewed the law applicable to the subject of dispute under the Palestinian arbitration law, and where the problem applicable law disputes arise in the primary as well as in the arbitration law. This problem arises in the absence of the will Law, because the agreement of the parties on a particular law or judicial rules makes the task of the arbitral tribunal much easier than if they leave it to the jury to find out the law applied on the dispute subject.

Researcher pointed to arbitration in general and arbitration law in particular -and without going into details- as required by the nature of the study according to “what is the arbitration law and conciliation arbitration and the scope of the authority of the arbitrator in each of them. A comparison between them from several aspects was made. It must be noted that this type of arbitration - conciliation arbitration - is excluded from this study, for not having the possibility of talking about the applicable law of arbitration and because judging and conciliation are generally in accordance with the rules of justice and fairness.

Researcher also pointed out at choosing the parties of the law applicable to the subject of the dispute explicitly or implicitly, since the arbitration agreement and contract like any other contract is the initial basis for determining the law governed by the will. Researcher also studied the international arbitration, what is meant by the law must be applied, the timing of choosing and its rules, the possibility of choosing a law or judicial rule, the implicit choice and what issues and indicators involved in what the arbitrator depends on.

Researcher also reviewed the possibility of choosing legal rules, such as rules of merchants (lex-mercatoria) and the position of the Palestinian legislator and comparative Laws of that subject, what is meant by these rules and the extent of their commitment, their various sources and also explained the transmitting of subjects that must be reviewed when talking about the subject of the law applicable to the concept the kinds and jurisprudence, including a conciliator and under the Local, Arab and international rules of Arbitration that must be transmitted and that, what was answered in this study.

Also in the absence of the will of parties, the study dealt with what are the options in front of the tribunal to extend what the law is applicable and the

conventional standard has been dealt with or as some call it adversarial standard whether the arbitral tribunal to choose applicable law and in accordance with the rules of attribution a particular legal system, has been the headquarters of the choice of law or arbitration law most relevant to the dispute and international treaties and law comparison of these standards.

There is another criterion the modern or direct criterion, in which the arbitral tribunal chooses the applicable law without going into a certain supporting base, and this approach is in consistent with the requirements of international trade to a large extent. Researcher had also dealt with the position of legislations from this approach, which already started to call for freedom from traditional rules that govern internal relation and the application of laws and rules, such as (*Lex mercatoria*).

In conclusion, we dealt with the subject of Renvoi, when choosing the law that must be applied by arbitral tribunal, if it turns out that there is a case in the chosen law it may not be taking the form of Renvoi at all and this opinion is unanimously agreed on, because taking Renvoi is unlikely as the majority of the arbitration laws take attribution thread in the case of selection parties with applicable law, and it must be explicitly taken, the basic principle is not taking the Renvoi and taking exception under the text of the agreement and the arbitration tribunal not have more powers of the parties, the discourse here is unlikely.

Arab American University
Jenin
Faculty of Graduate Studies



The Law Applicable to the Subject Matter of the Dispute in the Palestinian Arbitration Law (Comparative Study)

By
Alaa' Farouq Abed Haj Abed

Supervisor
Prof. Amin Dawwas

This thesis was submitted in partial fulfillment of
requirements for the degree of Master

In
Commercial Law
August 2014

Arab American University – Jenin.

© All rights reserved