الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي

في القانون الخاص

في ضوء

الفقه وقضاء التحكيم

المستشار الدكتور

منير عبد المجيد

٢٠٠٠

الناشر منشأة المعارف الاسكندرية

جلال حزي وشركاه

1

مقدمة عامة

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الذى أصبح نافذاً من ١٩٩٤/٥/٢٢ ليقيم تنظيماً قانونياً للتحكيم فى صورة نظرية عامة متكاملة بعد أن ألغى المواد ٥٠١ الى ٥١٣ من القانون المرافعات المدنية والتجارية أو غيره من القوانين المعمول بها فى مصر من نصوص مخالفة لهذا التشريع الجديد.

ومن مميزات هذا القانون أن جعل الاتفاق على التحكيم، جائزاً فى العقود المدنية، والعقود التجارية، والعقود الإدارية، ولو كان ناشئاً عن علاقة غير عقدية.

وجعل اتفاق التحكيم إما أن يكون سابقاً على قيام النزاع، سواءً مستقلاً بذاته، أو ورد فى عقد معين، كما يجوز أن يقوم الاتفاق بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام القضاء.

وهذا الاتفاق الملزم لأطرافه هو المعمول عليه فى بيان ولاية هيئة التحكيم. ويهدف إلى سلب اختصاص قضاء الدولة، وإلزام الأطراف بتسوية منازعاتهم بطريق التحكيم الذى يمارس قضاء اتفاقياً تم الخضوع لحكم التحكيم الذى يصدر حائزاً لقوة الشئ المقضى به، بحيث يمتنع الطعن عليه إلا بدعوى البطلان التى تستند إلى أسباب معينة أوردها المشرع فى المادة ٥٣ من القانون.

ولما كان هذا القضاء يقوم على إرادة الأطراف، وكان لهم اختيار القواعد التى تحكم الإجراءات، وتلك التى تحكم الموضوع ومن استقلال

هيئة بمهمتها بسياج من الضمانات التى ترتكز على ثم ، كان لزاماً لتحقيق العدالة وأن يحاط التحكيم بأسس ثابتة، مثل مبدأ كفالة حقوق الدفاع والمواجهة لأطراف النزاع علي قدم المساواة، وأن يرتبط بالحدود العامة التى يجيز فيها القانون للإرادة بانتاج آثارها القانونية، والاستعانة فى أداء وظيفته بسلطة الأمر التى يملكها القضاء. ويمارس هذا القضاء من ناحية أخرى رقابته على أحكام التحكيم عند تنفيذها، فيضفى عليها الصيغة التنفيذية.

وصدور قرار التحكيم على أساس مشارطة التحكيم لاينفى أن المحكّم إنما يمارس ذات الوظيفة التى تقع على عاتق القاضى، وهى حسم النزاع وتحقيق العدالة بين أطراف النزاع، ومع ذلك، لايمكن تجاهل أن هذا الاتفاق ينعكس أثره علي الوظيفة القضائية، كل هذا فى إطار النظام القانونى الذى يحكم صحة الاتفاقات، مع الالتزام بضابط النظام العام.

وإلى جانب قانون التحكيم، تتحقّق نصوص قانون المرافعات فى المواد من ٢٩٦ الى ٢٩٩، وهى سارية المفعول، إذ لم يتضمن قانون التحكيم مايفيد إلغاءها.

وهذه النصوص تسرى على أحكام التحكيم التى تجرى فى الخارج ويُراد تنفيذها فى مصر، ولم يتفق أطرافها على إخضاعها لقانون التحكيم المصرى، ولاتخضع فى الوقت نفسه لأحكام أية معاهدة دولية.

وتختص بمسألة تنفيذ هذه الأحكام، المحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ بدائرتها، وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى.

وكان من شأن زيادة معدل التجارة الدولية ، ونموها ، وتطور العلاقات التجارية بين الشرق والغرب ، بالإضافة إلى تنوع صورها ، أن أصبحت حقيقة ثابتة حيث تخطت عبر الحدود وارتبطت بأكثر من نظام قانوني ، في الوقت الذي كشفت فيها النظم الوطنية والقضائية عن قصورها في بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية ، والتصدي لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات ، وهي منازعات تحكمها في الغالب أعراف وعادات ذات طابع فني متخصص نشأت بطريقة تلقائية ، وقد أسهم قضاء التحكم في إرساء قواعدها بعيداً عن سلطان الدولة وقضاء المحاكم الوطنية وعجز قواعد الإسناد عن مواجهة مشكلات التجارة الدولية.

وكثرت أجهزة التحكم المؤسسي Institutionel والحر Libre ou Ad-Ho ، وأصبح النوع الأول تتولاه هيئات منظمة دولية أو وطنية ، تخصصت في مجال التجارة الدولية . وأهم هذه المراكز: محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ، ومحكمة التحكيم الأوربية ، ومحكمة التحكيم بالغرفة التجارية البولندية ، والمركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة ، وإلى جانب هذه المراكز الدولية العامة ، نشأت مراكز متخصصة ، مثل المركز الدولي لتسوية منازعات للإستثمار وقد عُم الالتجاء إلى هذه المراكز بإدارج شرط في العقود الدولية يقضي بذلك.

وهذ المؤسسات لها قواعدها الإجرائية الموحدة التي تضع الطرفين على قدم المساواة.

ولم يعد التحكيم التجاري الدولي قاصراً على فض المنازعات

الناشئة عن عقود التجارة الدولية فحسب، بل إنه يعد وسيلة لتفادى نشوء أى منازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود طويلة المدى [١].

وسنري أن قضاء التحكيم قد عالج ظاهرة القصور فى القوانين الوطنية المراد تطبيقها، لاعن طريق تطبيق قانون وطنى آخر ، ولكن من خلال تطبيق قواعد الأمم المتمدنية [٢].

ويعتبر التحكيم بمثابة وسيلة لتغطية القصور فى العقود طويلة المدى [٣].

ذلك أن هذه العقود التجارية تُبرم أو تنفيذ عادة بمعاونة مؤسسة مالية على مدى طويل، وهذه المؤسسة قد تكون جهاز إدارى عام أو بنك ، تكون بمثابة ضامن لاتمام الالتزامات المتبادلة بين الطرفين. وترتبط هذه المؤسسة المالية بالضمان حتى لولم يصبح الحكم الصادر فى المسألة نهائياً فى مواجهة المدعى عليه.

٢- وقد استتبع ذلك ظهور تطور حديث فى قواعد التحكيم [٤] صاحبه تنظيم تشريعى للتحكيم التجارى الدولى يتمثل فى المعاهدات المختلفة، وأهمها معاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨ بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، والمعاهدة الأوربية للتحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف ١٩٦١ ، وكذلك إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والدول الأخرى، التى

---

(١) الدكتور أبو زيد رضوان فى الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى ١٩٨١ ص٩ .
(٢) مايلى، رقم ١٧٢،٢١ ومابعدها.

(3) Casimo Rusellan L'arbitrage comme instrument pour combler les "Gaps" dans les contrats internationaux a long terme, Rev. Arb., 1975, P.121.

(4) Motulsky, L'Evolution recente en matiere d'arbitrage, Rev. int. dr. Comp. 1959, P.3. ets.

وضعت قواعد بشأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم مالم يتفق الأطراف على خلافها.

وقد حققت هذه المعاهدات أثراً ملحوظاً فى توحيد النظام القانونى للتحكيم الدولى إلى حد كبير(١).

ويعتبر القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للجنة الأمم المتحدة الصادر فى ٢١ يونية ١٩٨٥- الذي اعتنقته كثير من هيئات التحكيم بمثابة التطبيق الوحد للتحكيم الدولى من حيث الإجراءات. ولجوء الأطراف الى مثل هذه المراكز يعتبر إعتناقاً منهم لهذا القانون النموذجى بوصفه قانون الإرادة، وكذلك . فإن نظام التحكيم التجارى الأمريكى الذى يجعل من اتفاق الأطراف على حسم النزاع بواسطة إتحاد التحكيم الأمريكى ، خضوعهم لكافة القواعد القانونية في هذا النظام، من حيث إجراءات انعقاد الخصومة، وتحضير الدعوى وتعيين المحكمين وردهم ، ونظام الجلسات ، والأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

ويطلق على التحكيم الذى يستند إلى الإرادة « التحكيم الإختيارى» تمييزاً له عن التحكيم الإجبارى الذى يوجبه القانون بصفة حتمية فى منازعات معينة.

مدى ملاءمة التحكيم الدولى لمنازعات التجارة الدولية :

٣ - يقوم نظام التحكيم ، داخلياً كان أم دولياً ، على تبسيط

---

(١) ذلك أن نطاق المسائل التى يشملها التحكيم بات متبايناً ومعقداً، ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيها، بل إمتد إلى ملء الفراغ فى عقد غير مكتمل أو تعديل أحكام تضمنها العقد أصلاً على ضوء الظروف الجديدة التى لابستها.

إجراءات الفصل فى النزاع الذى يعرض عليه، والتحرر من الشكليات. ذلك أن للأطراف فى إطار التحكيم مكنة تفادي اختلاف الاراء والقواعد الوطنية التى تختلف من دولة الى أخرى وتؤدى إلى إهدار حقوق الأطراف وتوقعاتهم ، ويعتبر ذلك عاملاً أساسياً لسرعة الفصل فى النزاع [١]. وتحرص لوائح التحكيم فى الوقت نفسه على النص على مدة قصيرة ، يجب أن يتم الفصل فى النزاع خلالها ، وهو مالا يتحقق فى الإجراءات المعتادة أمام المحاكم.

ومن ناحية أخرى ، فإن القضاء يلتزم بتطبيق القانون تطبيقاً جامداً ، أما التحكيم ، فقد يصدر حكماً يتضمن حلاً وسطاً ، ومرضياً للطرفين ، فتستمر العلاقة بينهما ، على الأخص إذا كان هذا الحكم مبناه قواعد العدالة والإنصاف المرنة التطبيق بعيداً عن الإعتبارات القانونية الصرفة.

كما يكفل التحكيم الاقتصاد فى النفقات ، والخبرة الفنية فى المنازعات محل التحكيم، إذ يتيح للخصم ، انتقاء المحكمين ممن لديهم الخبرة الكافية والتكوين المهنى ، بدلاً من عرضه على القضاء الذى قد يلجأ إلى الاستعانة بأهل الخبرة فى مسائل التجارة الفنية ، وبذلك يتفادى طول الإجراءات ، ويؤدي إلى اختصار السبل لحل النزاع.

وكذلك فإن توفير السرية فى جلسات التحكيم [٢] التى تكون عادة قاصرة على الأطراف له أهمية فى هذه المنازعات. إذ لايفضل التجار

---

(١) لأن المعاملات الدولية تتأثر بتقلبات أسعار السلع والصرف.

(٢) مالم يتفق الأطراف على مبدأ العلانية. ذلك أن المادة (٢٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية تراعى السرية، بقصر تسليم نسخ الحكم الصادر فى النزاع على الخصوم، وكذلك تحظر المادة (٤٨) من إتفاقية واشنطون نشر أى حكم إلا إذا وافق الأطراف على ذلك. وهذا هو الحال بالنسبة لإتفاق تسوية المنازعات الأستثمارية العربية

كشف أسرارهم التجارية فى ساحات المحاكم. ولهذا المبدأ أهمية بالنسبة للشركات العالمية التى تعتمد فى معاملاتها التجارية على الثقة التى ترتبط بسمعتها ، وهو ما لايتحقق أمام القضاء الذي يعتمد على العلانية كضمان للعدالة.

٤- ولايثير التحكيم الدولى مشكلة تنازع الاختصاص القضائى الدولى أمام المحاكم عند تحديد الدولة التي تختص محاكمها بنظر المنازعة [١] وقد يؤدى الاختصاص الدولى للمحاكم إلى اختصاص أكثر من محاكم دولة بنظر النزاع ، وهذه مسائل لاتجد محلاً فى نطاق التحكيم الدولى الذى يقوم أساساً علي إرادة الأطراف فى تحديد هيئة التحكيم، ومكان التحكيم ، وكذلك القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق. كما أن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها أكثر يسراً وسهولة منه بالنسبة لأحكام القضاء ، ولايصادف ذات الصعوبات التى تعترض تنفيذ أحكام القضاء.

٥- وأخيراً ، فإن عدم خضوع التحكيم لأية دولة أو جهة رسمية لها مصلحة معينة ، يؤكد فى نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم . وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للقضاء ، وذلك أن العقود الاستثمارية الدولية غالباً ماترتبط دولة ما معينة بمستثمر أجنبى لايثق عادة في قضاء الدولة المتعاقدة أو فى قوانينها حيث يسهل أن يتأثر القاضى بالدوافع الوطنية التي قد تخالف مصالح المستثمر ، كما أن القوانين فى

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله فى التحكيم التجارى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، والسنة (٦٩) العدد ٣٧١-يناير ١٩٧٨) ص٩ .

الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء وتتسم بعدم الاستقرار[١]. ولهذا يرتبط التحكيم بالعديد من الاتفاقيات المزدوجة المبرمة بشأن تشجيع وحماية الإستثمارات ومنها ضمانات الدولة المضيفة فى العمل على ثبات الشريع والضريبة ، والمعاملة العادلة للمستثمر الأجنبى، وتعويضه فى حالة التأميم [٢].

التحكيم الاختيارى والتحكيم الإجبارى:

٦- يعتبر التحكيم وسيلة لفض نزاع قائم ، أو مستقبل ، بعيداً عن ولاية القضاء المختص مع التزام الأطراف بعرض النزاع كله أو بعضه على محكم أو ثلاث للفصل فيه بحكم لازم لهم.

ويمكن تعريف التحكيم على نحو يكاد يكون مجمعاً عليه من الفقه بأنه ينطلق من عنصرين يتكون منهما، ويعتد بهما القانون الوضعى، فمن ناحية أن مهمة المحكم هو حسم النزاع والفصل بين إدعاءات متناقضة، ومن ناحية أخرى فإن هذا الوظيفة القضائية تستمد مصدرها من أصل اتفاقى هو إرادة الخصوم المشتركة [٣].

والأصل أن التحكيم فى منازعات التجارة الدولية اختياري. ومع ذلك ، فهناك حالات يكون فيها التحكيم إجبارياً ، مثل اتفاقية برن المبرمة سنة ١٩٦١، والمتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية. فقد

---

(١) الدكتور جورج حزبون: النظام القانونى للتحكيم الأجنبى فى القانون الداخلى، مجلة كلية الحقوق جامعة الكويت، السنة (١١) – ص ١٨٩، ١٩٠ .

(2) Fouchard J. el.
droit intern altional. Fasc. 585-2.
Procedure civile. Fasc. 105-2.

(3) Motulsky-Etudes et notes sur l'arbitrage, P. 5 e.s.

أسندت الاتفاقية إلى محكمة التحكيم سلطة الفصل فى المنازعات المتعلقة بالنقل بالسكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة وغير المتعاقدة.

وكذلك الحال بالنسبة للمركز الدولى لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى بمقتضى إتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥، وأيضاً يكون التحكيم إجبارياً أمام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية ذات الشكل النموذجي. وهذا هو الحال فى شأن ماتنص عليه المادة (٩٠) من الشروط العامة للكوميكون سنة ١٩٦٨ من أن جميع المنازعات المتعلقة ببيوع البضائع بين منظمات التجارة الخارجية والناشئة عن العقد يجب ضرورة حسمها عن طريق التحكيم، مع استبعاد إختصاص المحاكم العادية.

وقد ساد التحكيم الإلزامي فى الإتحاد السوفيتي فى إطار المشروعات العامة. إذا لايوجد فى هذا التحكيم خصومة حقيقية تمثل مصالح متعارضة ، ولكنه إختلاف وجهات نظر تابعة لأصل واحد هو الدولة وهدفها هو مصلحة الشعب.

وظهور هذا النمط من التحكيم الإجبارى يستخلص منه أن الإرادة لم تعد أساساً للتحكيم فى جميع الأحوال. ذلك أن فكرة الإرادة لاتسعف فى تفسير التحكيم الإجبارى ، بل إنها تتنافى معه.

وغنى عن البيان أن التحكيم الإجبارى لايخضع لمعاهدة نيويورك، لأن التحكيم الذي تضمنته المعاهدة أساسه «الإرادة المشتركة للأطراف» (١).

(١) الدكتور عز الدين عبد الله: تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة لسنة ٦٩، العدد ٢٧١، يناير ١٩٧٨ ، ص ٢٣ .

وعلي هذا النحو يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصري المنازعات التي تختص بها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة طبقاً للمادة ٦٦ قيد (ب) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة بإصدار قرار مسبب في صورة رأي ملزم في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات والمصالح العامة . أو بين الهيئات والمؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض.

ويُستبعد أيضاً تحكيم منازعات العمل المنفذ المنصوص عليها في المادة ٩٣ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .

وهذا هو الحال كذلك بالنسبة للتحكيم الجمركي المنصوص عليه القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك .

كما ينأي عن قانون التحكيم المصري ، نظام التحكيم بين الممولين ومصلحة الضرائب الذي أوجده القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بشأن الضريبة العامة علي المبيعات.

وهذا هو الشأن في وجوب التجاء عضو الجمعية التعاونية للبناء والإسكان إلي التحكيم المنصوص عليه في المادة (١٧) من النظام الداخلي للجمعية عند قيام نزاع بينة وبين الجمعية بسبب صدور قرار من مجلس إدارتها يمس مصلحته.

مدى دستورية التحكيم الإجبارى:

٧- حكمت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤[١] بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامى. وبسقوط فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة وكذلك ماورد بفقرتيها السادسة والسابعة متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الثانيةباعتبار أن هذه النصوص تُشكّل في مجموعها وحدة لا تقبل التجزئه، إذ يستحيل عزل بعضها عن بعض ، ولايتصور أن يكون لها وجود إذا حكم بعدم دستورية الفقرة الثانية المطعون عليها..

وكانت الفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون المشار اليه تقضي بأنه « ... أما إذا كان النزاع بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد ، فتفصل فيه نهائياً هيئة من المحكمين ».

وقد استند الحكم الى أن التحكيم مصدره الإتفاق ... وأن النص المطعون فيه يفرض التحكيم قسراً ... وأن هذا النوع من التحكيم ، يعتبر منافياً للأصل فيه باعتبار أن التحكيم لايتولد الا عن الإرادة الحرة ، ولايتصور إجراؤه تسلطاً أو كرهاً ... إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لايجوز الإتفاق على مايخالفها، بأن يفرض على أشخاص لايسعون إليه. ويأبون الدخول فيه ... وهو ماينطوى بالضرورة على حرمان المتداعين من اللجوء إلى محاكم القانون العام. بوصفها

---

(١) القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية. المجموعة (٦) ص٤٠٦ .

القاضى الطبيعي بالمخالفة لنص المادة ٦٨ من الدستور.

وأورد الحكم فى أسبابه ، أنه إذا كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ـ قد نظم صوراً بذاتها ، كان التحكيم فيها إجبارياً ، هي تلك التى تقوم بين الدولة وبين وحداتها الاقتصادية إلا أن النزاع بين هذه الجهات لايثور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها، أو تتعارض توجهاتها.

التنظيم التشريعى للتحكيم التجارى الدولى:

٧مكرر- ظهر التحكيم التجارى الدولى فى صورة تنظيم تشريعى محكوم بنصوص وقواعد محددة فى المعاهدات المختلفة التى أوضحت الأسس والضوابط التى تحكمه من الناحية الدولية ، سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو القانون الواجب التطبيق.

ومن هذا القبيل معاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨ بشأن الإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، التي انضمت إليها مصر فى ٩ مارس ١٩٥٩، وهذه الاتفاقية مفتوحة لكل دول العالم بنص المادة الثامنة منها. وقد أفسحت المجال لإرادة الأطراف فى شأن إجراءات التحكيم ، وأوردت على سبيل الحصر أسباب رفض الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

وكذلك المعاهدة الأوربية للتحكيم التجارى الدولى (جنيف ١٩٦١)، وهى قاصرة على الدولة الأوربية. وتقرر المادة السادسة منها أن للأطراف تحديد القانون الذى يجب على المراكز تطبيقه علي موضوع النزاع، وفى حالة سكوت الأطراف، يطبق المحكم قاعدة الإسناد التى

يراها ملائمة للنزاع، وفي الحالتين يجب مراعاة شروط العقد وعادات التجارة.

وهناك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين إحدى الدول المتعاقدة ومواطني إحدى الدول المتعاقدة الأخري، والتي تعرف بإتفاقية البنك الدولي للاستثمار والتعمير C.I.R.D في ١٨ مارس ١٩٦٥ . وقد انضمت إليها مصر في سنة ١٩٧١ . وتطبق هيئة التحكيم لدى مركز تسوية المنازعات قانون الدولة الطرف في النزاع، شاملة قواعد تنازع القوانين والقانون الدولي مالم يتفق الأطراف على غير ذلك. وتستبعد هذه الإتفاقية من نطاقها المنازعات بين الأفراد بعضهم والبعض الآخر، لأن هذه المنازعات يمكن حلها أو تسويتها من خلال نظم التحكيم الوطنية أو الخاصة. ولايقتصر اختصاص هيئة التحكيم لدى المركز على الدول المتعاقدة، بل يمتد الى المؤسسات ، والوكالات التابعة لهذه الدول أو فروعها، حتي لو كانت تتمتع بقدر من الإستقلال عن الدولة، وبشرط أن تكون المنازعة قانونية، وناشئة مباشرة عن الاستثمار. أما المنازعات بين الدول بعضها مع البعض الآخر، فهي تخضع للقانون الدولي العام [١].

---

(١) الدكتور جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الوطني لفض المنازعات الاستثمارية، ندوة المركز الدولي للتحكيم التجاري بالأسكندرية سنة ١٩٩١ ص ٧٢ ومابعدها.

وطبقاً للمادة (٣٤) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تختص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول فقط في شأن تسوية منازعات الأستثمار وذلك بموافقة الطرفين قبل نشوء النزاع أو بمناسبته، وأنه يمتنع على المستثمر فرداً كان أم شركة اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، وليس أمام المستثمر سوى أن تتبنى الدول التي ينتمي إليها دعواه بشرط وجود إتفاق مسبق بينها وبين الدول المضيفة على عرض منازعات الأستثمار على المحكمة.

(راجع ذلك معروضاً في: الدكتور عبد الواحد محمد الفار في الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصرص ١٩٩و ٢٠٠).

ومن هذه المعاهدات الإقليميّة المتعلقة بالتحكيم : الإتفاقية العربية لسنة ١٩٥٢ ، والاتفاقية العربية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطنى الدول العربية الأخرى، واتفاقية موسكو فى ٢٩ مايو ١٩٧٢ بشأن تسوية المنازعات بين الدول الاشتراكية بطريق التحكيم ، واتفاقية دول أمريكا اللاتينية ، وأهمها اتفاقية «مونتفيدو» المبرمة سنة ١٩٦١ والمتعلقة بالإجراءات المدنية الدولية، وتم العمل بها سنة ١٩٦٥ .

هذا وقد وضعت لجنة الأمم المتحدة قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى. وهذه القواعد تستمد قوتها الملزمة من اعتناق الأطراف لها واتجاه إرادتهم فى الخضوع لمركز تحكيم يكفل تطبيقها.

وهذا هو الحال بالنسبة لنظام محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية إذ يترتب على إتفاق الأطراف فى اللجوء إلى تحكيم الغرفة قبولهم لنظامها.

٨- يمر التحكيم بعدة مراحل ، تبدأ بالإتفاق على التحكيم مروراً بإجراءاته حتى صدور الحكم وتنفيذه.

وهذا يعني أن التحكيم لايقوم على عمل قانونى واحد، ولكنه مؤسس على مجموعة من الأعمال القانونية المترابطة والتى يختلف كل منها عن الآخر.

وهذه الأعمال تتم فى تعاقب زمني، منها ما يتعلق باتفاق التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم، وحكم التحكيم . ومن خلال تلك المراحل يتم

تحديد القانون المختص بحكم الإجراءات ، مثل سماع الشهود والخبراء، والإنابة فى الحضور ورد المحكمين ، وكفالة حقوق الدفاع . كما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم، سواء فى إطار منهج تنازع القوانين ، أوفي إطار قانون التجارة الدولية. وفى هذا النطاق الأخير ، يجب أن نؤكد أنه إذا كان قانون التجارة لدولية التى نشأت أحكامه تلقائياً لتقيم نظاماً قانونياً غير وطنى ، قائماً بذاته ينطبق على عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم مستقلاً تماماً على منهج تنازع القوانين، ولايندرج أيضاً فى القانون الدولى العام، ومع ذلك فإن نشوء هذا القانون المستقل لايعنى إهمال منهج التنازع أو استبعاده ، باعتبار أنه يمثل الأصل عند التصدى للحلول المتطلبة فى الحياة الخاصة الدولية بوجه عام ، وفى علاقات التجارة الدولية بصفة خاصة. ولهذا، فإنه لايزال يحتفظ بالصدارة والهيمنة ، وأن قواعد التجارة الموضوعية على ما سنرى [1] ، ليست إلا استثناء ، وأن هذه القواعد الأخيرة لاتستطيع تنحية منهج التنازع عن مكان الصدارة.

٩- إذا كان موضوع الدراسة هو التحكيم الدولى- الاختيارى - المرتبط بعقود التجارة الدولية، ومن ثم يقتضى البحث أن نعرف لاتفاق التحكيم والقانون المختص بحكمه ، وحدوده وضوابطه. وتشكيل هيئة التحكيم، والقانون الواجب على الإجراءات، وكذلك القانون الواجب التطبيق على الموضوع، سواء فى إطار منهج تنازع القوانين أو فى إطار قانون التجارة الدولية. ونتصدى أيضاً للقانون الذى

---

(١) مايلى رقم ٤١ ومابعده.

بحكم التكييف والتفسير. وعمله الوفاء أمام هيئات التحكيم. وأخيراً لحكم التحكيم. فنوضح المبادئ العامة التي تحكمه. وضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في ظل معاهدة نيويورك وإتفاقية جامعة الدول العربية. ومن خلال هذه الدراسة نعرض للتحكيم الداخلي ثن نبيِّن دور القضاء في معاونة هيئات التحكيم.

تقسيم :

١٠- وفي ضوء ماتقدم يتعين تقسيم الدراسة على النحو الآتي:

الفصل الأول : اتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق.

الفصل الثاني : تشكيل هيئة التحكيم.

الفصل الثالث : القانون الواجب التطبيق على الإجراءات .

الفصل الرابع : القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

الفصل الخامس : حكم التحكيم والأسس العامة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في إطار معاهدتي نيويورك وجامعة الدول العربية.

١٠ مكرر- وفي إطار التحكيم ، نلتقي بقوانين البوليس في مقر التحكيم . وقوانين البوليس في مكان التنفيذ، وقوانين بوليس العقد. وهذه الأخيرة منها مايشكل جزءاً لايتجزأ من القانون الواجب التطبيق على العلاقة. ومنها مايكون له إرادة التطبيق دون أن

ينتمى الى قانون العقد [١].

وجميع هذا القوانين ذات التطبيق الفورى ، تعتبر أجنبية بالنسبة للمحكم.

وكثيراً ما تلجأ هيئات التحكيم إلى فكرة النظام العام الدولى بالمفهوم الوارد فى إطار تنازع القوانين. وأيضاً الى فكرة النظام العام الدولى الحقيقى [٢]، التى تجد صداها فى القضاء الفرنسى . وتتمثل فى مفاهيم ، أساسية ، ثابتة ، أو موحدة فى جميع أنحاء العالم ، بحيث تتجاوز الحدود الإقليمية ، أو تنحصر على الأقل فى مجموعة مشتركة من الدول، قد ترتبط بمعاهدة ، وهى تعبر عن فكرة العدالة والأخلاق الدولية. مثل تحريم تجارة الرقيق والمواد المخدرة، والإرهاب.

وقبل أن نتصدى لدراستنا على هذا النحو ، يتعين أن نعرض فى فصل تمهيدى لمفهوم منازعات التجارة ذات الطابع الدولى ، وكذلك لقانون التجارة الدولية من حيث مكوناته، ومدى اعتباره قانوناً ، ومدى الأفضلية بينه وبين منهج التنازع ، بإعتباره يمثل كياناً جوهرياً له أهميته، يدخل فى نطاق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فيما ينشأ عنها من منازعات أمام قضاء التحكيم . وفكرة تدويل عقود التجارة الدولية.

---

(١) ويوضح Wengler أن الأمر يتطلب رابطة حقيقية وثيقة بين النظام الذى أصدر قانون البوليس وبين العلاقة القانونية التى يطالب هذا القانون بحكمها.

"Le Loi qui revendique elle même competence" cité par Gothot. Le renouveau de la tendence unilateraliste en dr. int. priv. Rev. crit. 1971.P.239, 240.

(٢) وقد إتجه جانب من الفقه، إلى علو النظام العام الدولى الحقيقى على سائر النظم العامة الدولية المختلفة، والتى ترتبط بالقانون الواجب التطبيق.

Goldman: La lex Mécatoria dans les contrats el l'arbitrage international.

Trav. com. Fr. dr. int. priv. 1979.P.475.

فصل تمهيدى
فى نطاق تطبيق قانون التحكيم المصرى
ومفهوم منازعات التجارة ذات الطابع الدولى
وقانون التجارة الدولية

تمهيد وتقسيم:

١١- يقتضى الأمر تقسيم هذا الفصل الى مبحثين نعرض فى المباحث الآتية :-

المبحث الأول

نطاق تطبيق قانون التحكيم المصرى

المبحث الثانى

مفهوم منازعات التجارة الدولية ذات الطابع الدولى

المبحث الثالث

قانون التجارة الدولية

المبحث الأول

نطاق تطبيق قانون التحكيم المصرى

يسرى قانون التحكيم المصرى فى حالتين :-

١- إذا كان التحكيم داخليا بحتاً ، يجرى فى مصر . هنا اعتد المشرع بقانون مكان التحكيم.

٢- إذا كان التحكيم دوليا يجرى داخل مصر.

أما إذا كان التحكيم تجارياً دوليا يجرى فى الخارج ، فلا يجوز إخضاعه للقانون المصرى ، إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك، أى أن سريان قانون التحكيم المصرى على التحكيم التجارى الدولى الذى يجرى فى الخارج يكون رهناً بإرادة الأطراف.

ومعيار الدولية المنصوص عليه فى قانون التحكيم يجمع بين كل من المعيارين الاقتصادى المتعلق بالتجارة الدولية أي حركة المد والجذر للأموال والبضائع عبر الحدود، والمعيار القانونى المتعلق يكون مقر أعمال الأطراف كائنا فى أكثر من دولة.

هذا مع مراعاة المعاهدات الدولية التى انضم إليها قانون الدولة التى صدر التحكيم على اقليمها مثل اتفاقية نيويورك، إذ تحتفظ المادة الأولى من الباب الأول المتعلق بالأحكام العامة فى شأن التحكيم للاتفاقيات الدولية المعمول بها فى مصر بنطاق تطبيقها. والمفروض أن هذا التحفظ مفهوم بداهة بغير نص ، وذلك تطبيقاً لحكم المادة

(٢٢) من القانون المدنى المصرى التى تؤدى الى هذا المفهوم ، وتسبغ على الاتفاقية أولوية التطبيق على القانون سواء أكان سابقاً أم لاحقا باعتبار أن الاتفاقية تعتبر فى مصر قانوناً خاصاً.

المبحث الثانى
مفهوم منازعات التجارة الدولية

تمهيد وتقسيم :

١٢- نعرض فى هذا الصدد لمفهوم هذه المنازعات ذات الطابع الدولى فى إطار المعيارين القانونى والاقتصادى ، ثم فى إطار قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى. وفى نطاق معاهدة نيويورك ثم لأهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى على النحو الآتى :

المطلب الأول : منازعات التجارة الدولية فى إطار المعيارين القانونى والاقتصادى.

المطلب الثانى : منازعات التجارة الدولية فى إطار القانون النموذجى للأمم المتحدة.

المطلب الثالث : منازعات التجارة الدولية فى إطار معاهدة نيويورك.

المطلب الرابع : أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى.

المطلب الأول
منازعات التجارة الدولية
فى إطار المعيارين القانونى والإقتصادى

١٣- هى تلك المنازعات ذات الطابع القانونى ، التى تتم على المستوى الدولى سواء أكانت هذه المنازعات بين الأشخاص الخاصة الطبيعية والمعنوية من جنسيات مختلفة ، أو بين الأشخاص العامة ، كالدول ، أو إحدى مؤسساتها من ناحية وبين أشخاص خاصة أجنبية أو معنوية من جهة أخرى.

ومن هذا القبيل التحكيم الذى يتم بين الدول وشركات البترول أو بين الدول وشركات خاصة بنقل التكنولوجيا (١) كما تنصرف تلك المنازعات إلى عقود التوريدات الدولية ، والقروض الدولية ، ومقاولات بناء المصانع ، والموانئ فى بلاد أخرى ، وكذلك البيوع الدولية للمنقولات المادية، وما يرتبط بها من عمليات أو عقود تتصل بالنشاط التجارى ، مثل التأمين ، وسندات الشحن ، ومشارطات الإيجار المتعلقة بالنقل.

١٤- وطبقاً للمعيار القانونى الحديث (٢) ، تعتبر العلاقة دولية ، متى كان من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية التى أعدت خصيصاً لحكم العلاقات الدولية ، بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلى

---

(١) ذات الطابع التجارى. فتستبعد عقود نقل التكنولوجيا على سبيل المجاملة، والمعرفة أو المنحة.

(2) Ed KOCHERIE: La notion de contrat international, Thése, Rennes, 1962,P.537.

وترتبط بأنظمة قانونية أخرى.

وتأسيساً على هذا المعيار «لايكون تحكيماً دولياً احتكام سويسريين فى تفسير عقد داخلى ، لدى محكم فرنسى أو ألمانى متوطن فى سويسرا [١]. إذ لاتندرج فى منازعات التجارة الدولية العلاقات التى تتركز عناصرها ويترتب آثارها فى المحيط الداخلى لدول معينة [٢].

١٥. وقد استخلصت محكمة استئناف باريس فى ٢٨ يناير ١٩٨٨[٣] الطابع الدولى للعلاقة الخاضعة للتحكيم ، من أن النزاع الذى ينصب أساساً من حيث موضوعه على «نشر ، أو توزيع ، أو استغلال فيلم فى أقاليم العالم بأسرها» يتعلق «بحركة الأموال عبر الحدود» ويثير مصالح التجارة الدولية [٤].

ويستجيب التعريف الذى نصت عليه المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد إلى المعيار الاقتصادى لدولية العملية المتنازع عليها ، والذى يستند الى حركة المد والجزر عبر الحدود سواء كانت تلك الحركة مفردة أو مزدوجة Le mouvement soit bilatéral ou unilateral أو دون أن يقيم وزناً لأى اعتبار قانونى مثل الجنسية ، أو مكان الإبرام أو مكان التنفيذ.

وقد اعتنق التعديل الحديث للقانون البرتغالى الصادر بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٦ فى ٢٩ أغسطس سنة ١٩٨٦ المعيار الاقتصادى

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله: التحكيم التجارى الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٢٧١ص١٥ .

(٢) بشرط أن يتم تنفيذ الحكم فى ذات الدولة.

(3) Clunet 1989, P. 1021 et s. Note Loquin.

(4) "Un inouvment des biens à travers les frontiers".

للتحكيم التجاري الدولي نقلاً عن القانون الفرنسي.

وهذا المعيار يهدف إلى غايات اقتصادية مستوحاة من حرية المبادلات في إطار التجارة الدولية ، وقد يؤدي انتزاع العلاقة القانونية من مجال تنازع القوانين ، لإخضاعها لقواعد التجارة الدولية.

استناداً إلى ماتقدم ، يدخل في منازعات التجارة الدولية ، «تسليم بضائع مجهزة في الخارج ، أو إجراء نقل المعرفة الفنية[١] إلى الخارج» أو الاستثمار الأجنبي والتمويل الخارجي للمشروعات العامة المنفذة في لبنان، بموجب عقود مع مستثمرين عرب وأجانب لتنفيذ مشروعات إنمائية واعمارية واستثمارية في لبنان» [٢].

إن أعمال مصالح التجارة الدولية ، كان واضحاً في دعوى[٣] Menicucci التي عرضت على القضاء الفرنسي ، حيث أن محل العقد فيها بيع أنابيب في أمريكا تم صنعها بمعرفة فرنسي. وهذا هو العنصر الوحيد في الدعوى الذي أدى إلى اعتبار العقد دولياً وفقاً للمعيار الإقتصادي.

وطبقاً لهذا المعيار الإقتصادي الذي يعتد بمصالح التجارة الدولية، أنكرت محكمة النقض الفرنسية في ٧ أكتوبر ١٩٨٠ [٤] الطابع الدولي – في مفهوم قضاء التحكيم الدولي – لعقد مبرم بين فرنسيين

---

(1) Paris, 8 Déc. 1988, Rev. Arb. 1989, P. III. Cour D'appel de Paris 13, Nov. 1992, Rev. crit 1973, P632 et. s.

Paris 9 Iuillet 1968, Rev. Arb. 1989, Note Fouchard.

(٢) الدكتور محي الدين القيسي في منازعات العقود الادارية مذكرات بيروت في ١٧/٥/١٩٩٩ المركز اللبناني للتحكيم ص ١٢ .

(3) Paris, 13 Déc. 1975, Arb. 1976, P. 507.

(4) Rev. Crit. 1981, P. 313, Note Mestre.

متواطنين في فرنسا ، وتخضع العلاقة للقانون الفرنسي ، حتى ولو كان أحد المتعاقدين ممثلاً تجارياً مغترباً في كولمبيا. ورأى جانب من الفقه الفرنسي (١) أن الأمر يتغير فيما لو كان النزاع في الحكم المشار إليه يتعلق بتجارة الممثل التجاري في كولومبيا بخصوص نشاط في هذا الاقليم ، عندئذ فإن النزاع يثير مصالح التجارة الدولية في مفهوم المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد. ويصدق الطابع الدولي بهذا المفهوم على التحكيم الذي ينصب على نزاع بشأن عقد مقاولة يتم تنفيذه في الخارج. وكان النزاع بين شركتين وطنيتين ويتضمن انتقال الخدمات المدنية الهندسية إلى الخارج (٢).

وقد حكمت محكمة استئناف باريس في ١٤ مارس ١٩٨٩ (٣) بأنه «يعتبر التحكيم دولياً ، ذلك الذي يتعلق بعقد مبرم بين مقاول أجنبي ومقاول من الباطن فرنسي ، ويبين من عقد المقاولة من الباطن أنه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعقد أصلي كان قد أبرم بقصد أن يتم تنفيذه من حيث التسليم والوفاء في فرنسا. وكان النزاع الناشئ بصفة أساسية يخص متطلبات فنية لرب عمل أجنبي تم تمويلها بمعرفة المقاول الأجنبي للمقاول من الباطن.

كما حكمت محكمة باريس في ٩ ديسمبر ١٩٨٠ (٤) بأن :

«التحكيم الذي يتم بين شركة فرنسية وشركة تركية لتسوية نزاع

(1) Pierre Bellet et Ernst Mezger: L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile, Rev. 1981, P. 617.

(2) Paris 8 Déc. 1988, clunet- 1989, P. 111.

(3) Cour D'Appel de Paris 14 Mars 1989, Rev. Arb. 1990, P. 355.

(4) Rev. Arb. 1981, P. 306 et s.

حاصل بمناسبة تنفيذ عقد يتعلق بتسليم بضاعة في تركيا ، تمثل طابعاً دولياً ، متى كان يثير مصالح التجارة الدولية. وعلى العكس فقد ذهبت محكمة استئناف Rouen في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٨٦ (١) أنه لايمكن تكييف التحكيم بأنه دولى لمجرد اشتراط أن القانون المطبق هو قانون أجنبى وفي الوقت نفسه فإن العقد المتنازع عليه متعلق بنقل ذرة من ميناء فرنسى Rouen إلى ميناء فرنسى Pointe de Galets فإن التحكيم المتفق عليه يكون داخلياً ولو كان الناقل من جنسية سويسرية وكان المجهز من جنسية باناما.

١٦- ولما كان تعريف العقد الدولى بهذا المفهوم الإقتصادى على حد تعبير Philippe malaurie (٢) - ليس متماثلاً فى ذاته . فالعقد الدولى الذى يبيح شرط الذهب يتمثل فى حركة المد والجزر عبر الحدود (٣) ، وفى حين أن العقد الدولى الذى يبين شرط التحكيم انما يتعلق بعقد يخص روابط التجارة الدولية ، وفى نطاق السعر الإلزامى (٤) يمكن أن نرى تعريفاً مختلفاً للعقد الدولى. بهذا المفهوم ، يستند إما إلي موضوع العملية (٥) ، وإما لأن نشاطه الإقتصادى يتم فى إطار سوق دولية بعيداً عن المجال الداخلى (٦).

وهذا التغاير فى التعريفات، يكشف عن تعقد فكرة العقد الدولى

---

(1) Rev. Arb. 1987, P. 339 note Mezger.

(2) MALAURIE: Note sous Cass. Civ., 4 Nov., 1958, Rec. Dalloz 1959, P. 363.

(٣) إذ يعتبر المعيار الاقتصادى على هذا النحو شرطاً لتطبيق قواعد صحة الشروط المالية فى عقد معين.

SALMA: Les conflits de lois en matiére de Prêts. P. 73, Note 79.

(4) MALAURIE : La note préc. Recuil Dalloz, 1959, P. 363.

(5) "L'objet de l'opération".

(6) "Parce qu'il accomplit son activité économique, non dans un circulation interne, mais, dans un marché international".

بالمفهوم الإقتصادى وعدم ارتباطه بقواعد لها طابع العمومية لتحديد نطاقه.

١٧ - كما أن الفقه الفرنسي نفسه يؤكد أن تعريف العقد الإقتصادي الدولي بمعرفة القضاء يعتبر تعريفاً فرنسياً بالمعنى الدقيق (١).

أى أنه يرتبط بالدرجة الأولى بالظروف الإقتصادية للمجتمع الفرنسي، مما يستفاد منه أن هذا التعريف يمكن أن يختلف أيضاً من دولة إلى أخرى. واستناداً إلى هذا المنطق، لا يتأتى القول بأن معيار العقد الدولي يرتكز على تعريف فرنسي، لأن هذا يتناقض مع فكرة عمومية العقد الدولي التى يجب أن تعتبر واحدة فى كل الدول. ومن هنا، تبدو قيمة المعيار القانونى وأهميته ، وهو المعيار المؤسس على أن فكرة العقد الدولى يجب ألا تتغير ، وهى فكرة تشكل جزءاً من النظام القانونى الحالى المعترف به فى جميع القوانين ، والنظم الوطنية.ومن ثم ، وجب أن يسود المعيار القانونى للعقد الدولي ، لأن هذا المعيار يكفل وحدة الحلول، ويحقق على هذا النحو الأمان القانونى . ولهذا يقرر Lossouarn (٢) أن المعيار القانونى الجامد أفضل لاشك من المعيار الاقتصادى المتغير. ويشير Batiffol (٣) - بحق - فى شأن

(1) HMEL J. Note Sous cass. Civ. 1950, MessAgeries Maritimes, J.C.P., 1950, II. 5812 et Recel Dalloz, 1951, P. 749 et spéc. P. 751.

(2) Droit du Commerce Int., Rev. Trim. Comm., 1965, P. 365.

وهذا المعيار القانونى وحده، وهو يضمن شيئاً من الثبات والعمومية فى تعريف العقد الدولى.

SAIAMA: Les Conflits de lois en matiére de Prêts internationaux, P. 104.

(3) BATIFFOL : L'avenir de Dr. Int. Privé, choix d'articles, Paris, 1976, PP. 351-331 et Imprimerie de la Tribunal de Genéve, Mai 1973, Cité par Gury Horsmans et Michel Verwilghen: Contrat Ecoonomique International Stabilité et Evolution, Travaux de VII Journées d"Etudes Jean Dabin, 1975, P. 457.

العقود الإقتصادية ومستقبل القانون الدولى الخاص ، أن المعيار الإقتصادى لايتلاءم مع التوسع فى طوائف جديدة من العقود ، لن يصلح لمواجهتها وتحديد نطاق تطبيقها الخاص إلا المعيار القانونى ، وأن النظرية التقليدية لتنازع القوانين ستظل، مستقبلاً لها الصدارة فى حل مشكلات القانون الدولى الخاص كما كانت من قبل.

ونضيف فى هذا الخصوص أن انطواء العقد - وفقاً للمعيار الاقتصادى - على حركة دخول وخروج الأموال والقيم عبر الحدود ، إنما يعنى - بحق توافر العنصر الأجنبى الذى يتركز فى سبب التعاقد أو الجهة التى يتم استيراد المال منها أو تصديره إليها ، وهو مايكفى لتوافر المعيار القانونى لدولية العقد وبالتالى إمكان إسناده الى قانون أجنبى (١).

ولهذا يجمع الفقه (٢) على أنه إذا كان العقد الإقتصادى الدولى يحمل فى طياته معياراً قانونياً ، أى عنصراً أجنبياً، فإن العكس ليس صحيحاً . فقد يتوافر المعيار القانونى ولايتضمن معياراً إقتصادياً ، لأن العقود المبرمة بين الأفراد من جنسيات مختلفة يمكن ألا تخص إلا إقتصاد بلد واحد فقط. واستناداً إلى هذا الإتجاه ، فإن Golman (٣) ، عندما يقرر أن العقد هو أداة الإنتاج أو المبادلات الدولية، فإنه يشتمل حتماً على أسانيد قانونية متعددة الجنسيات، وعلى الأخص لأن البائع والمشترى متوطنان فى دول مختلفة ، أو لأن المستثمر يخضع لدولة أخرى غير تلك التى يستثمر فيها أمواله ، أو أيضاً إذا كانت البضاعة منتجة فى دولة غير تلك التى تم تسليمها فيها . وعلى العكس ، إذا

---

(1) Jacues Mestre : Note Sous Cass. Civ. 7 Oct. 1980 Rev. Crit., T. (80), P.323 et s.

(2) GOLDMAN : Note Sous: Paris 19 Juin 1920, J.C.P., 1971, II, 16927.

(3) GOLDMAN : La Note Préc. au J.C.P.

باع أحد المنتجين بكافيون خضروات واجبة التسليم ومستحقة الوفاء بفرنسا إلى بقال إيطالى بباريس ، فإن هذا العقد يعتبر دولياً وفقاً للمعيار القانونى لإنطوائه على عنصر أجنبى ، ولايعتبر كذلك وفقاً للمعيار الإقتصادى (١).

١٨- ومع ذلك ، فإننا نعتقد أنه وإن كان صحيحاً أن المعيار القانونى هو الذى يجب الاعتداد به ، إلا أننا لانرى أن مجرد توافر أى عنصر أجنبى يكفى فى ذاته لإضفاء الصفة الدولية على العلاقة.

إذ يشترط فى هذا العنصر أن يكون منتجاً بحيث تتحقق له فعاليته فى العلاقة. ومن ثمّ ، كان لزاماً وزن كل من هذه العناصر الأجنبية (٢) التى يمكن الاعتداد بها فى إطار عملية التكييف لبيان أهمية هذا العنصر وإستظهار مدى تأثيره على تلك العملية . وبعبارة أخرى ، يجب على قضاء الموضوع استخلاص العناصر الأجنبية الحاسمة فى اعتبار العقد دولياً. فقد يكون العنصر ضئيل الأهمية أو محايداً (٣). ومن ثم يكون قاصراً عن بلوغ حد الكفاية فى إسباغ هذا الطابع على العلاقة. ولذلك فإن الإتجاهات الحديثة فى فقه القانون الدولى الخاص ، ترفض إضفاء الصفة الدولية على الرابطة التعاقدية لمجرد تضمنها لأى عنصر أجنبى، وتؤكد ضرورة الإعتداد فى هذا الصدد بالعنصر المؤثر لذى يتفق وطبيعة العلاقة محل البحث (٤).

---

(1) GOLDMAN : La Note Préc. au J.C.P.

(2) DELAUME : What is an int. Contral? op. cit., P. 279.

(3) ELKOCHERIE : La notion ..., op. cit., P. 405 et s.

(٤) الدكتور هشام صادق فى التعليق على أحكام محكمة النقض فى مسائل القانون البحرى،

١٩٨٥ ، ص ٢٤٦، ٢٤٨، ٢٥٤ .

وفى هذا يشير Jacques Mestre (١) أن المعيار القانونى ليس أمراً ميسوراً واضحاً كما نتصوره، كما أنه فى الحقيقة ليس موحداً. والأدق بدلاً من التمسك بمعيار معين ، يكون صحيحاً القول بوجود عدة معايير ملائمة فى إطار طريقة التكييف القانونى.

ولهذا، فإن أى مركز أو علاقة نشأت فى بلد معين ، وتقوم على مجرد ارتباط ضعيف أو بعيد مع بلد أجنبى، لايكفى لأن تثير تدخل القانون الدولى الخاص. بل يلزم أن يكون للعنصر الأجنبى بعض الكيان ، أو أن يتم بحد أدنى من الأهمية ، وعلى سبيل المثال ، بيع أبرم فى هولندا بين هولنديين محله سيارة إنجليزية أو فرنسية ، فإن هذا العنصر يعد بذاته عنصراً أجنبياً. ولكن يجب أن نبادر إلى القول بأنه عنصر يتجرد من أى معنى متى كانت المسألة المطروحة متعلقة بصحة البيع. وعلى العكس ، إذا كان النزاع يدور حول مسئولية الصانع، فيمكن أن نتصور العنصر الأجنبى، أى المصدر الأجنبى للسيارة يكون له أهميته. وعلى ذلك ، فإن أي ظرف أو عنصر أجنبى يمكن حسب طبيعة المشكلة المطروحة أن يعتد به من جانب قواعد القانون الدولى الخاص أم لا، وهذا يعبر عن نسبية الطابع الدولى للمركز محل الإعتبار (٢).

وفى قضية Atlas Trading Company (٣) ، أبرمت شركتان سويسريتان عقد بيع أو بدل يتطلب عملية نهائية متعلقة بسداد واسترداد مبالغ تتم فى سويسرا، ولكن المركز لم يكن مع ذلك داخلياً محضاً ، لأن جزءا داخلاً فى تنفيذ العقد كان يجب أن يتم فى ألمانيا،

(1) JACQUES MESTRE : Note sous Cass. Ci. 7 Octobre 1980, Rev. Crit., 1981, P. 324, No. 19.

(2) LAIVE P. : Cours Général de droit int. privé, Recueil des Cours, 1977, T.2, PP. 16,17, et 18.

(3) Arrêts du Tribunal Suisse, Journal des Tribunaux, 1954-I-581.

لأسباب متعلقة بالنقد. اعتبرت المحكمة الفيدرالية أن هذا الظرف في الدعوى بالنسبة للظروف الأخرى لم تكن له سوى أهمية ثانوية.

ويـرى Lalive أن هذا الظرف ، وإن كان ثانوياً بالنسبة للإسناد الموضوعي للعقد، طالما أن النزاع يرتبط ارتباطاً وثيقاً بسويسرا، فإنه يكفي لجعل العقد دولياً، ويؤدي تبعاً إلى إعمال قواعد القانون الدولي الخاص. ومع ذلك ، فإن قواعد إسناد هذا القانون تفضي الى أن قانون القاضي السويسري يطبق على موضوع النزاع ، وبداهة ليس على أساس أن المركز كان دولياً محضاً بسبب الأهمية الثانوية للعنصر الأجنبي (١).

وغني عن البيان، أنه إذا كانت دولية العلاقة يمكن أن تستخلص من العناصر الأجنبية المؤثرة التي تدخل في تكوينها، فإنه من الخطأ أن تستخلص هذه الدولية من الاختصاص التشريعي المعترف به للقانون الأجنبي (٢).

ومن استقراء القانون المقارن يتضح أن المشرع حين يتجه نحو وضع تنظيم خاص بالتحكيم الدولي إنما يشير بالضرورة إلى تعريف التحكيم الدولي ليس استناداً إلى وجود عناصر أجنبية في كل دعوى ، إنما بمقتضى ضرورة واحدة تضمن في الواقع أن يكون النزاع في أصله أو في حد ذاته دولياً (٣).

١٩- واستناداً إلى ماتقدم ، لايدخل في إطار قانون التجارة الدولية المعاهدات التي تبرمها الدول استناداً إلى سيادتها في شئون تجارتها الخارجية ، مثل معاهدة روما بشأن إنشاء السوق الأوربية

(1) LAIVE, op. cit., PP. 18 et 19.
(2) Opetit. B Note sous Paris 30 Nov. 1972. clunet 1973, P. 391.
(3) Founchard. Arbitrage Commercial International I. cl. dr. international. Fasc. 585-1 Pracedure civile-Fasc-1050 n°-92 P. 20.

المشتركة ، والاتفاقات الثنائية المتعلقة بالإعفاءات الجمركية ، إذ يحكمها القانون الدولى الإقتصادى دون قانون التجارة الدولية(١).

ولايعني قانون التجارة الدولية إلا علاقات القانون الخاص (٢) ، دون نظر إلى صفة أطرافها. فالعبرة هى بطبيعة العملية وكونها من روابط القانون الخاص.

وعلى ذلك ، يتعين فى هذا الصدد ، استبعاد المنازعات التى تكون الدولة فيها سلطة ذات سيادة ، أى تتسم بطابع سياسى من مجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية مثل القروض بين الدول بمعنى أنه يتعين استبعاد منازعات التحكيم التجارى التى تجرى بين الدول أو بين دولة أو أحد أجهزتها العامة التى تنبثق منها من ناحية ، وبين هيئة دولية من ناحية أخرى ، وترتبط بأحكام القانون الدولى العام(٣) . فإذا وجدنا أن الدولة طرفاً فى رابطة باعتبارها تمثل المجتمع ، أى سلطة لها حق الأمر أو الطاعة ، عدت رابطة قانون عام، وإلا فإنها تدخل فى دائرة روابط القانون الخاص وعلى ذلك، فإن المنازعات الناشئة عن عقود الدولة أو أحد مؤسساتها العامة وبين مشروع أجنبى خاص ويقوم على اتفاق تحكيم أو شرط تحكيم. تدخل فى نطاق هذه الدراسة (٤).

---

(1) GOLDMAN : Droit du Commercel Int., PP. 14 et 15.

(٢) وقد هجرت دول الديمقراطية الشعبية وصف الخاص للقوانين أو الحقوق، ولم يعد هناك مجال للتفرقة بين القانون الخاص أو العام.

(David R. Les grands Systemes de droit Contemprain Daloz Paris, 1964, P. 258 n° 209).

وكذلك فإن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص غريبة عن القضاء فى النظام الإنجليزى والأمريكى (David ...op. cit., P. 408) والتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص نسبية فى الزمان والمكان، مما يؤدى إلى إهتزاز التفرقة بينهما.

(3) I.C.I Fasc. 585-1n°. 60.

(4) Fouchard I.C.H. Fasc. 585-1, P. 15 n°. 59,60.

وقد نصت لائحة غرفة التجارة الدولية على تحديد إختصاصاتها بالمنازعات ذات الطابع الدولى التى تنشأ فى مجال التجارة والأعمال، (مادة ١ من لائحة غرفة التجارة الدولية).

٢٠- وهناك من الدول ما لايجيز التحكيم إلا في المسائل التجارية(١).

إذ أن معاهدة نيويورك لم تشترط أن يكون النزاع تجارياً ، لأن من الدول ما لايعرف التفرقة بين المسائل المدنية والمسائل التجارية وذلك حتى يتسع نطاق المعاهدة ، ولاتحجم الدول عن الإنضمام اليها. ومع ذلك يجوز للدولة المتعاقدة أن تقصر تطبيق المعاهدة على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التى تعتبر تجارية وفقاً لقانونها الوطنى.

وحيث انضمت مصر إلى معاهدة نيويورك ، لم تتمسك بأى تحفظ فى شأن شرط التجارية ، ومن ثم لايشترط بالنسبة لها أن يكون النزاع الدولى المعروض على التحكيم ناشئاً عن عمل تجارى، بمعنى أنه يستوى أن يكون مدنياً أو تجارياً.

كما أنها لم تبد أى تحفظ عند انضمامها للإتفاقية بشأن شرط التبادل. ومن ثم ، يجوز أن يكون الطرف الآخر فى إتفاق التحكيم دولة غير منضمّنة لإتفاقية نيويورك.

---

(١) الدكتور جعفر عبد السلام: مبادئ القانون الدولى العام، ١٩٨٦، الطبعة الثانية، ص٢٩ .

المطلب الثانى
منازعات التجارة الدولية فى إطار القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى

٢١- إذا كان القانون النموذجى لقواعد الأمم المتحدة ينطبق على التحكيم التجارى الدولى، فإنه يتعين بادئ الأمر تحديد مدلول إصطلاح «التجارى».

والواقع أنه لايمكن حصر إصطلاح «التجارى» على المفهوم الضيق له، بقصره على معاملات التجار وحدها فيما بينهم، بل ينبغى- كما أوضح القانون النموذجى ذاته- تفسير هذا المصطلح تفسيراً واسعاً، بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات التجارية ، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل دون حصر، المعاملات التالية: أى معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، وإتفاقات التوزيع ، التمثيل التجارى أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير الشرائى ، تشييد المصانع، والخدمات الإستشارية، الأعمال الهندسية، إصدار تراخيص الإستمار (١)، التمويل، الأعمال المصرفية ، التأمين ، إتفاق أو إمتياز الإستغلال (٢) ، المشاريع المشتركة، وغيرها من أشكال التعاون الصناعى أو التجارى أو نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

---

(١) مثل عقود الأستثمارات الصناعية والزراعية والسياحية والفكرية ونقل المعرفة.

(٢) مثل العقود التجارية التى تكون الدولة أحد أطرافها، ويقصد بها العقود الإدارية.

ويجب بوجه عام - بصرف النظر عن القانون النموذجي لقواعد الأمم المتحدة- القول بأنه لاحاجة لوجود نص بالذات يضفي على العلاقة محل البحث وصف العمل التجاري ، طالما أن العلاقة في مجموعها تتناول تبادلاً دولياً للسلع والخدمات.

وقد فسر القضاء الفرنسي اصطلاح «التجاري» استناداً إلى التحفظ الذي أبدته فرنسا في شأن تطبيق معاهدة نيويورك (١) ، بتحديدها بالمنازعات المعتبرة تجارية بمقتضى قانونها الوطني "Par sa loi nationale" - وأنه لايقصد بالتجارية المفهوم التقليدي المنصوص عليه في القانون التجاري، فكثير من الأشخاص الذين يعتبرون تجاراً في إطار هذا المفهوم المتعارف عليه في القانون التجاري (٢)، يسهمون اليوم بصورة واضحة في الحياة الاقتصادية التجارية، ومن هذا القبيل: الممثل التجاري، والممثل ، ورئيس فرقة الموسيقى ، والمحامي، وكثير من أعضاء المهن الحرة ، ويدخل في هذا الإطار الدولة بصفتها مستأجرة لسفن حي ولو كانت لحاجات لاتتصل بالتجارة ، وكذلك العامل اليدوي الذي يبرم عمليات ذات طابع دولي بوصفه مهنياً(٣).

على أية حال ، يجب اعتناق معيار موسع للتجارية في هذا

(1) La texte de la convention, Rev. Crit. 1958, P. 447 et la Revue Française 1959, P. 522.

(٢) وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ مارس ١٩٨١ أساساً بشأن الطابع التجاري لنشاط تربية الحيوانات وعقود شراء المواد الغذائية المبرم بمعرفة المربي لغذاء «الخنازير» وأنه إذا كانت المشتروات هامة، وتتم على وجه الاعتياد والإنتظام، فإنها تفقد طابعها القانوني كنشاط زراعي، والذي يعتبر بحسب الأصل- مدنياً، وتضفي على مربي المواشي صفة التاجر، ويعتبر هذا النشاط من أعمال التجارة ويمكن وضع شرط التحكيم طبقاً للقواعد التجارة.

Revue arb. 1982, P. 166, et.s.

(3) Pierre Bellet et Ernst Mezger : L'arbitrage international dans la nouveau Code de procédure civile, Rev. Crit, 1981, P. 618.

الخصوص ، إذ يعتبر تجارياً كل تحكيم دولى يواجه مشروعات فى شأن نزاع من طابع اقتصادى، أى ينصب على نزاع ناشئ عن عملية إقتصادية (١).

إذ لايتصور حصر الأعمال التجارية التى تتطور بمرور الزمن

٢٢- والأصل أن التحكيم يعتبر دولياً إذا انصب النزاع على علاقة تنطوى على عنصر أجنبى أو أكثر. ذلك أن طبيعة المنازعة الدولية تعتبر أحد الضوابط الأساسية لدولية التحكيم التجارى. ومع ذلك فإن قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى التى أقرتها الجمعية العمومية للأمم المتحدة فى ١٩٨٥/١٢/١١ توسعت فى معيار دولية التحكيم، فاعتبرت التحكيم دولياً طبقا لنص المادة الأولى منها متى كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية:-

. - إذا كان مقر عمل طرفى اتفاق التحكيم وقت ذلك الاتفاق واقعين فى دولتين مختلفتين ». وهنا اتخذت قواعد القانون النموذجى من إختلاف مقر عمل طرفى الاتفاق فى دولتيْن مختلفتين معياراً لدولية التحكيم، ولاعبرة باختلاف جنسية الأطراف أو اتحادها.

وإذا وجد أكثر من مقر عمل لأحد الأطراف ، يعتد بمقر العمل الأكثر صلة بشرط أو إتفاق التحكيم (مادة١/٤ بند أ).

فإذا لم يكن لأحد الأطراف موطن عمل معروف، يؤخذ بمعيار محل الإقامة (مادة ٢/٤ ب). وهو المحل الذى يقيم فيه الشخص عادة إقامة فعلية ومستمرة. على أن الاستقرار المتطلب فى هذا الصدد لايعنى

---

(1) Founchard.P. Abitrage Commercial International. I. cl. Dr. international Fasc. 585 I av procédure civile. Fasc. 050 n°.59.

الإقامة بصفة متصلة دون انقطاع، إنما يعنى أن الإقامة على وجه يتحقق معه صفة الاعتياد، ولو تخللتها فترة غيبة وقتية أو متباعدة(١) لظروف تستدعي ذلك.

والعبرة بوقت إبرام اتفاق التحكيم ، لاوقت إبرام العقد الأصلى(٢).

- «إذا كان مكان التحكيم المحدد فى الاتفاق واقعاً خارج الدولة الكائن بها مقر عمل الطرفين متى كان محدداً فى اتفاق التحكيم» ، وهنا اعتدت قواعد القانون النموذجي بمكان التحكيم المعين باتفاق الأطراف ، كمعيار لدولية التحكيم.

- «أى مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية خارج الدولة الكائن بها مقر عمل الطرفين». وهومعيار يقوم على تركيز موضوعى بحت.

وقد اعتدت قواعد القانون النموذجي فى هذه الحالة بمكان تنفيذ الإلتزامات الرئيسية أو الأساسية كمعيار لدولية التحكيم مثل عقد إنشاءات بين مصريين ينفذ فى فرنسا:

- إذا اتّفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة، كما إذا اتّفق على أن التحكيم يخضع من حيث الموضوع لقانون دولة معينة ، ومن حيث الإجراءات لقانون دولة

---

(١) ويتعين لاكتساب الأجنبى موطناً فى مصر أن يكون دخوله فى الأراضى المصرية وإقامته فيها صحيحين طبقاً للقوانين السائدة (الدكتور هشام صادق الجنسية والموطن ومركز الأجانب المجلد الأول، سنة ١٩٧٧ص.٧٤).

٢- وقد إستعمل المشرع فى قانون التحكيم الجديد عبارة «المركز الرئيسى» بدلا من «مقر عمل» لأعمال الطرفين.

أخرى، ويتم التنفيذ فى دولة ثالثة.

وهذا النص يفتح المجال للغش نحو القانون الوطنى الذى قد يكون مطبقاً بحسب الأصل، بأن يثبت الأطراف فى إتفاقهم أن موضوع إتفاق التحكيم يتعلق أو يرتبط بأكثر من دولة على خلاف الحقيقة، كما إذا كان النزاع مركزاً بجميع عناصره فى دولة معينة ولتلافي هذا الغش، نصت الفقرة الخامسة من المادة الأولى على أنه« لايمس هذا القانون، أى قانون آخر لهذه الدولة لايجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة عن طريق التحكيم، أو لايجوز عرض منازعات معينة على التحكيم إلا طبقاً لأحكام أخرى غير أحكام هذا القانون».

والواقع أن إسباغ الطابع الدولى على علاقة معينة. لايرتبط وجوده بإتفاق الأطراف ، أو الاختلاف على هذا الوجود، ولهذا نصت المادة الثالثة بند ثالثاً من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم المصرى. على أن التحكيم يعتبر دولياً ، إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله التحكيم . يرتبط بأكثر من دولة واحدة . وهو معيار موضوعى . بصرف النظر عن اتفاق الأطراف الذى يعد معياراً شخصياً اذ لم يعتد القانون المصرى بإرادة الأطراف، وطبقا لهذا النص الاخير ، لايعتبر نزاع التحكيم دولياً اذا تركزت جميع عناصر العلاقة على اقليم واحد فلا يعتبر نزاعا دولياً اذا انصب اتفاق التحكيم على عملية نقل بين ميناءين ينتميان الى اقليم دولة واحدة ولو كان الناقل أو المجهز مختلفى الجنسية (١).

فليس للأطراف أن يخلعوا الطّابع الدّولى على علاقة لاتتّسم بهذا الوصف وليس لهم أن يجردوا العقد من هذا الطّابع متى كان

---

(1) Rouan 27-11-1986. Rev. arb. 1978. P. 339.

ثابتاً له (١).

ولا يلزم فى هذه الحالة أن يكون العقد قد دخل الى حيز التنفيذ.

- وقد نصّت المادة الثالثة بند ثانياً من قانون التحكيم المصرى الجديد على أنه يعتبر تحكيماً دولياً. متى كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية. إذا إتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة. أو مركز للتحكيم داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها. مثل غرفة التجارة الدولية بباريس، أو مركز تسوية منازعات الاستثمار فى واشنطن، أو مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم الدولى.

وهذا النص لانظير له فى القانون النموذجى.

وطبقاً لهذا النص. يكون التحكيم دولياً فى منازعات عقود التشييد والبناء التى يتضمنها نموذج عقد «الفيديك» الذى يتم تسوية منازعاته بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية، أياً كان المكان الذى يتم فيه التحكيم.

---

(١) الدكتور عكاشة عبد العال قانون العمليات المصرفية الدولية ص ٨٤ .

المطلب الثالث
منازعات التجارة الدولية
في إطار معاهدة نيويورك

٢٣- اعتبرت اتّفاقية نيويورك حكم التحكيم يعتبر أجنبياً في حالتين:

الأولى: متى كان حكم التحكيم قد صدر في دولة، ويراد تنفيذه في دولة أخرى.

والعبرة بمكان صدور الحكم، حتى ولو تعّددت الأماكن التي تنقل بينها المحكمون.

وهنا لاعبرة بجنسية الأفراد إطلاقاً . فصدور الحكم بين وطنيين في هذا الفرض لاينفي وصفه بالأجنبية أي أن المعاهدة قد تبنت مكان صدور حكم التحكيم لتحديد الصفة الأجنبية لهذا الحكم (١).

وهذا المعيار اعتد به المشرع المصري في المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات التي تنص على أنه «تسري أحكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي ...».

وطبقاً لهذا المعيار فإن حكم التحكيم الصادر في الخارج يعتبر في

---

(١) وعلى الرغم من أن هذا المعيار هو الذي إعتد به المشرع المصري، فإن مكان صدور حكم التحكيم قد يتسم بالطابع العارض، وقد يكون بعيداً عن أية رابطة بالتحكيم وإجراءاته، وإذا قد يلتقي المحكمون فيه مصادفة لمجرد التوقيع على الحكم وإصداره. وليس ذي بال بالنسبة للعناصر الأجنبية الأخرى المؤثرة، والتي قد ترتبط بموضوع النزاع.

مصر حكماً أجنبياً ، بصرف النظر عن المكان الذى عقدت فيه مشارطة التحكيم.

ومن المقرر أن اتفاق نيويورك لايقتصر على التحكيم الدولى. ذلك أن المعيار المأخوذ به فى المعاهدة يتمثل فى فكرة حكم التحكيم الأجنبى وحدها، وهذه الفكرة قابلة لإثارة إسناد وطنى. بعبارة أدق فإنه يكفى فى هذا الصدد. أن يكون حكم التحكيم الأجنبى صادراً فى دولة غير تلك الدولة المطلوب فيها الإعتراف وتنفيذ الحكم المذكور، ولا يهم بعد ذلك ، أن يثير النزاع مصالح التجارة الدولية ، كما لايهم أيضاً أن يتضمن التحكيم عنصراً أجنبياً أو أكثر ، فقد يكون النزاع الصادر به الحكم داخلى، يمكن إسناد كل مكوناته الى نفس الدولة التى صدر فيها ولاتتجاوز هذا الإطار ، بحيث يكون التحكيم وطنياً محضاً، رغم أنه يعتبر حكماً أجنبياً فى مفهوم المعاهدة (١) وهو مايبين منه أن دولة العلاقة تختلف تماماً عن أجنبية حكم التحكيم.

ولهذا يرى جانب من الفقه (٢) بحق «أنه لايجوز الخلط بين الصفة الدولية للتحكيم وبين الصفة الأجنبية لحكم المحكمين طبقاً لإتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية» ، فلا يجوز إعتبار الحكم دولياً لمجرد أن إجراءاته تمت فى الخارج، أو أمام محكمين أجانب، أو لمجرد أن حكم التحكيم قد صدر فى دولة أجنبية، استناداً إلى المعيار المكانى لأجنبية الحكم، والذى اعتنقه المشرع

(1) Fouchard J.C.L. de Dr. International Fasc 585. 2 procédure civile Fasc 105-2-P. n°. 130.

(٢) الدكتور هشام صادق. مشكلة خلو إتفاق التحكم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية ص٤٨ ومابعدها وعلى الأخص ص ٥٦،٥٥،٥٤ رقم٣ ومابعده ويشير الفقه الفرنسى أنه إذا كانت جميع عناصر الأستاذ مركزه فى إقليم واحد. فإن التحكيم يعتبر وطنياً، ويخضع للقانون الداخلى لهذا الإقليم. سواء تعلق الأمر بقانون أجنبى أو القانون الفرنسى.

Fouchard. J.C.L. de dr. international. Fasc-585-I-P. 17n°75.

المصرى مادامت العلاقة محل النزاع ذات طابع وطني بحت من كافة الوجوه. «وأن الصفة الدولية للتحكيم تستمد من الطابع الدولى للعلاقة محل النزاع».

الثانية : متى كان حكم التحكيم لايعتبر وطنياً فى الدولة المطروح أمامها مسألة الإعتراف أو التنفيذ حتى لو كان صادراً على إقليمها. وعلى ذلك فإن الحكم الذى يصدر فى دولة ويراد تنفيذه فى ذات الدولة يعتبر أجنبياً متى كان المعيار الذى تعتنقه هذه الدولة يعتبره كذلك. وهذا المعيار قد يكون قائماً على جنسية المحكمين ، أو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع الذى حددته إرادة الأطراف (١)، أو العناصر الأجنبية التى ينصب عليها النزاع ، أو حركة المد والجزر للمدفوعات عبر الحدود ، أى أحكام تتصل بمنازعة دولية. وهنا لاعبرة بالبلد الذى صدرفيه الحكم.

---

(1) Loussouarn et Bredin : Droit du Commerce International, 1969, PP. 102-103.

المطلب الرابع
أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى

٢٤- ترجع أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى – وهو الذى يتعلق بنزاع وطنى بحت فى جميع عناصره، ويتم تنفيذ الحكم فى ذات الدولة- وبين التحكيم الدولى، سواء بالمفهوم الوارد فى معاهدة نيويورك أو القانون النموذجى للأمم المتحدة ، أو كان ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة، إلى المشاكل العديدة التى تثار فى هذا المجال الأخير، والتى لاوجود لها فى التحكيم الداخلى، والتى تتمثل فى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وعلى عقود التجارة الدولية من حيث الموضوع ومدى إمكان تطبيق منهج تنازع القوانين، والنظريات المختلفة بشأن تحديد القانون المختص ، أو مدى خضوع المنازعة لقانون التجارة الدولية، وهو قانون غير وطنى أى خارج النظم القانونية للدول المختلفة "Non-Etatique" ولاينتمى أيضاً إلى القانون الدولى العام وكذلك تحديد القانون الإجرائى الواجب التطبيق.

وإذا كان التحكيم داخلياً ، يجوز القضاء الوطنى فى بعض الدول مراقبة حكم التحكيم بالتصدى لموضوع النزاع، ويبطل حكم التحكيم الذى يخالف قانون التحكيم الوطنى . فى حين أن التحكيم الدولى لايتصدى فيه القاضى لموضوع النزاع، ولايبحث فيه مدى مطابقته للقانون، وإنما تقتصر السلطة المختصة فى مكان التنفيذ علي بحث

مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ ، وعلى الأخص مدى إتفاق متطلبات التنفيذ مع النظام العام فيها.

٢٤م - ويعتبر التحكيم أجنبيا ، متى صدر فى الخارج، ويراد تنفيذه فى مصر، ولايخضع لأى معاهدة دولية (م٢٩٩) مرافعات.

وعلى الرغم من أهمية التفرقة بين التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى، فإن المشرع فى قانون التحكيم الجديد، لم يحدّد فى كثير من نصوصه مدى انطباقها على هذا التحكيم أو ذاك.

وغنى عن البيان ، فإن المادة ٣٩ من قانون التحكيم تنطبق على المنازعات الدولية دون المنازعات الداخلية متى كان الاختيار تنازعياً ، ويتعين لاستبعاد هذه القواعد فى القانون الداخلى أن تكون مخالفة للنظام العام الدولى فيه.

إلا أنه لامانع من إدماج قانون أجنبى أو نصوص معينة منه فى علاقة تحكيم داخلية محضة فى جميع عناصرها، ينزل فيها هذا القانون الأجنبى أو نصوصه منزلة الشروط التعاقدية، أى مجرد بنود فى العقد، ويكون مصيرها البطلان متى تعارضت مع النظام العام فيه.

المبحث الثالث
فى قانون التجارة الدولية

Droit du Commerce intrnational

تمهيد :

تقسم :

٢٥- يقصد بقانون التجارة الدولية LEX Mercatoria ، مجموعة القواعد التى تنظم علاقات القانون الخاص بالمتعلقة بالتجارة على المستوى الدولى - أى التى ترتبط بدول مختلفة- تنظيماً مباشراً ، مستقلاً عن أى نظام لقانون وطنى لدولة معينة (١).

وقد ارتبط الالتجاء إلى التحكيم التجارى بميدان التجارة الدولية بوصفه المجال الخصب لنشأة قواعد التجارة الدولية التى يخضع لها هذا النموذج من التحكيم . فقد تبين أن إعمال مبدأ قانون الإرادة الذى يمثل قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية أصبح عاجزاً عن مواجهة عقود التجارة الدولية، وعلى أساس أن هذا المبدأ يؤدى إلى إسناد هذه العقود إلى نظم قانونية وطنية متغايرة سائدة فى دول مختلفة لاتتلاءم مع طبيعة علاقات التجارة الدولية، وحرية تلك المعاملات، وأنه يجب هجر هذا المبدأ لصالح مبدأ آخر، له أهميته ، هو «التنظيم الذاتى والموحد لعقود التجارة الدولية» ، بما يوفر لهذه

(١) وقد أكد بعض أنصار النظام العام الدولى الحقيقى أنه يمثل حلقة الاتصال بين القانون الدولى العام والقانون الخاص، ويمكن أن يتشكل مضمونه أيضاً من النظام القانوني لقواعد التجارة الدولية، الذى يكون نابعاً من مصدر مهنى أو قضائى
Lerebour-pigeonneirer precis 1954. P. 293.

العلاقات الاستقرار والثبات المتطلبين.

ومن ناحية أخرى ، فقد كشفت المعاملات الدولية عن نماذج عديدة من العقود ، مثل عقود نقل التكنولوجيا، والمساعدة الفنية، وبناء المساكن الجاهزة على التسليم أو على الإنتاج ، والمشروعات ذات النشاط الإشعاعي، لاتستطيع التشريعات الوطنية مواجهتها، لأن هذه التشريعات لاتواجه إلا عقوداً تقليدية. ولهذا يرى «باتيفول» (١) أن منهج قواعد التنازع أصبح لايقوى وحده على مواجهة مشاكل التجارة الدولية، ولايستطيع أن يتصدى لحلها؛ لأنه يؤدى إلى تطبيق قواعد قانونية خاصة بالعلاقات الداخلية المحضة

وفى هذا الخصوص ، نعرض لمكونات قانون التجارة الدولية ومصادره ، ومدى اعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية قواعد قانونية لها صفة الإلزام ومدى الأولوية في التطبيق بين منهج قواعد تنازع القوانين والقواعد الموضوعية للتجارة الدولية أمام قضاء التحكيم، وتوضح مدى إمكان تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة، ثم بيان مركز قانون التجارة الدولية فى ضوء القوانين الوطنية تتصدى لمركز قانون التجارة الدولية أمام القضاء الوطنى وبيان تدوليل عقود التجارة الدولية.

ولما كان المحكم قد يطبق على النزاع قاعدة من قواعد القانون الدولي المادى، كما قد يطبق أحد قوانين البوليس ذات التطبيق الضرورى، فإنه يتعين التفرقة بين هاتين الطائفتين من القواعد، ثم نبين التنازع بين قانون البوليس الذي ينتمى إلى نظام وطنى، وقاعدة غير وطنية.

---

(1) Brtiffol : La loi Apropriée au contrat, Mélanges B. Goldman, Paris, 1983, P.6 et s.

٢٦- وبناء على ماتقدم يتعين تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : مكونات قانون التجارة الدولية ومصادره.

المطلب الثاني : مدى إعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية قانوناً.

المطلب الثالث : التنازع فى التطبيق بين منهج التنازع وقواعد التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم.

المطلب الرابع : مدي تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة.

المطلب الخامس : مركز قانون التجارة الدولية أمام القضاء الوطني.

المطلب السادس : فكرة تدويل عقود التجارة الدولية.

المطلب السابع: التفرقة بين قواعد القانون الدولى المادى وقواعد البوليس ذات التطبيق الضرورى.

المطلب الثامن : التنازع بين قانون البوليس الذى ينتمى إلى نظام وطني، وقاعدة غير وطنية.

المطلب الأول
مكونات قانون التجارة الدولية ومصادره

تمهيد:

٢٧- ينطوي قانون التجارة الدولية علي عادات وأعراف التجارة الدولية ، والعقود النموذجية والشروط العامة ، والمبادئ العامة للقانون المشتركة بين الأمم المتمدينة. وقواعد العدالة والإنصاف متى تم تفويض المحكم فى الحكم بمقتضاها. كما يمتد فيشمل أيضاً الإتفاقات الدولية الموحدة فى شأن التجارة الدولية، سواء بالنسبة للقواعد الموضوعية أو قواعد الإسناد، وكذلك التشريعات الوطنية المختلفة فى شأن تنظيم التجارة الدولية.

وهذا القانون من طبيعة مهنية أساساً

"De nature essentiéllement Professionelles".

لتنظيم علاقات المجتمع الدولى للتجار.

"Communauté international des Commercants"

فهو قانون تكّون خارج الدول (١) "Extraétatique"

١- عادات (٢) وأعراف التجارة الدولية « أو القانون المهنى » :

٢٨- يتمثل هذا التنظيم الجديد فى الأحكام الموضوعية الموحدة التى

---

(1) Fouchard. L'arbitrage Commercial international 1965, P.402.

(٢) وفى الواقع، فإنه لامحل للتفرقة هنا بين العادات التى تعترف لها بالطبيعة الإتفاقية وبين الأعراف التى تعتبر وحدها مصدراً للقانون الموضوعى، ذلك أن العادات والأعراف لها نفس المصدر. Fouchardd. l'arbitrage. op. cit., P. 414n° 594

وطبقاً لنص المادة ١١٦٥ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد. فإن عادات التجارة التى لاشتكل طابع العرف والتي لم تنتج من تكوين العرف فإنها تؤدى طابعاً تعاقدياً بوصفها مكملة لنصوص العقد التى لاتعبر عنه هذه النصوص.

درج المتعاملون على اتباعها. وتجد مصدرها فى عادات وأعراف المهنة، والسوابق القضائية نتيجة الجهد الانشائي لقضاء التحكيم، الذى يقوم بدور فعال فى خلق هذه القواعد، وهى قواعد تلقائية النشأة فى إطار الأوساط المهنية والتجارة التي ترتبط بأكثر من دولة. وتستجيب الى متطلبات التجارة الدولية فى صورها المختلفة المتعلقة بالقانون الخاص.

وهذه القواعد تشكل المصدر الأول لقواعد التجارة الدولية، وهو مصدر بطئ التكوين والتعبير، لاينشأ عادة فى فترة وجيزة ، وإنما يجب أن يتكاثر الاعتياد على اتباع قواعده بصورة منتظمة وعلى سبيل التكرار ، بحيث يثبت لها طابع الإستقرار، ويستقر الإيمان فى نفوس المخاطبين بأحكامه، بأنه اكتسب صفة الإلزام فى حقهم.

ولايوجد حد معين لمدة اتباع هذه القواعد فهى تختلف باختلاف الظروف.

وهذه الأعراف والعادات التى تستكمل شروطها، تكفل للعلاقة وحدة القانون الواجب التطبيق عليها ، ومن هذا القبيل القواعد الموضوعية الموحدة بشأن الاعتماد المستندى (١) ، والتوريدات الدولية (٢)

(١) ومن الأعراف المستقرة فى إطار الإعتماد المستندى،ماقضت به محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٦٥٧ لسنة ١٩٦٩ . بأنه « لايوجد عرف أو عادة موحدة تسمح بفسخ العقد عندما ينقضى ميعاد فتح الإعتماد المستندى إلا فى حالة ما إذا كان ميعاد الشحن قد إنقضى».. Clunet, 1974, P. 895.

واوضحت المحكمة فى حكمها الصادر فى الدعوى رقم ٣٢٢٦ لسنة ١٩٧٩ أن «تأخر المشترى فى فتح الأعتماد، يترتب عليه إمتداد المدة التى يلتزم فيها البائع بتنفيذ إلتزامه بتسليم البضاعة» وأكد الحكم أن إلتزام المشترى فى شأن خطاب الضمان هو إلتزام بنتيجة».. Clunet. 1980, P.959.

ولايكون الأعتماد قابلاً للتحويل. إلا إذا وصف صراحة من البنك فاتح الإعتماد بأنه قابل للتحويل.

(٢) وفى خصوص الإلتزام بالتفاوض فى عقود التوريدات، فقد جرى قضاء التحكيم على إعتناق مبدأ حسن النية فى الألتزام بالتفاوض فى عقود التوريد التى لم يتحدد فيها الثمن، وعدم الإضرار بمصالح الطرف الأخر، وأن هذا الإلتزام يجد=

والبيوع الدولية. وهذه القواعد الموضوعية تتدخل فى التفسير وتكوين العقد وتنفيذه، وتحديد الإلتزامات ونتائج عدم التنفيذ الإحتمالية وتسليم البضاعة ونقل المخاطر وتقسيم المصاريف بين الأطراف. ولايلزم المحكم ببيان مصدر العادة المهنية التى طبقها فى حكمه. وهذا القانون الموحد ، المعلوم سلفاً يصون توقعات الأطراف منذ البداية.

وقد استطاعت غرفة التجارة الدولية واللجنة الأوربية التابعة للأمم المتحدة تقنين بعض قواعد التجارة الدولية سواء فى مسائل فى مسائل الاعتماد المستندى أو الأوراق التجارية (١)، وسواء فى شأن التفسير الموحد للاصطلاحات الجارى استعمالها فى العقود الدولية "incoterms".

وتعتبر العادة أمام المحكم قاعدة قانونية وتعامل أمام القاضى بمثابة واقعة.

= مصدره فى العقد ذاته، وأن قانون التجارة الدولية لايتدخل إلا ليضفى على الإلتزام بالتفاوض أثره الكامل.

Obesrvations sous sentence rendue dans l'affaire no 5953 en 1989 C.C.I Clunet., 1990, P. 11065 et. s spec. P. 1026.

أما الإلتزام بحسن النية وبالتفاوض فى سبيل إبرام العقد، أى فى مرحلة تكوينه، وجعله قابلاً للتنفيذ، مثل الإذن بتحويل العملة الأجنبية، أو منح إذن التصدير، فإن الإخلال بهذا الإلتزام يرتب مسئولية غير تعاقدية، تخضع لقانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام، لأن مرحلة التفاوض فى هذه الحالة سابقة على وجود أى عقد (الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الأقتصادية فى القانون الدولى الخاص، دراسة إنتقادية ص ٥٨). إلا إذا كان هناك إتفاق على التعارض، فإن المسئولية تعتبر عقدية ومن قبيل أعراف التجارة الدولية، مايترتب على القوة القاهرة من أثر واقف بدلاً من إعتبار تنفيذ الإلتزام مستحيلاً إستحالة تؤدى إلى إنقضائه فى المسئولية العقدية، وإنقضاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية.

ومن هذه الأعراف كذلك الإلتزام بتخفيض الخسارة.

(1) Fouchard. L'arbitrage international, op. cit., P.411.

٢ - القواعد التي تتضمنها العقود النموذجية والشروط العامة :

٢٩- العقد النموذجي (١)، وثيقة مطبوعة ، يمكن أن تستخدم كأنها العقد ذاته. إذ تنطوي على جميع القواعد التي تحكم هذا العقد وهي معدة سلفاً، مثل التزامات الأطراف ، وضمانات التنفيذ، ومكانه ، وأسباب الإعفاء من المسئولية، ونوع البيع سيف أو فوب، وربط تبعة الهلاك إما بالتسليم أو إنتقال الملكية، أو تأجيل هذه التبعية حتى يتم الوفاء بكامل الثمن.

ومن أمثلة هذه العقود عقود جمعية لندن للقمح التي أدت الى توحيد المعاملات في تجارة الحبوب في معظم أنحاء العالم وكذلك العقود المتعلقة بتصدير المصانع، والآلات وتركيبها، والعقود النموذجية لاستيراد وتصدير الأخشاب وكذلك عقود البناء والتشييد، وهي تخضع لشروط نموذجية وضعها الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين « الفيديك ».

٣٠- أما الشروط العامة، فهي أحكام يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية، ويلتزمون بها في معاملاتهم.

ولاشك أن اعتياد الأطراف اللجوء إلى الشروط العامة، يؤدي إلى تحويلها إلى أعراف ملزمة دون ثمة حاجة الى النص عليها.

ويجوز للأطراف إدخال بعض التعديلات عليها فيما يتعلق بكل معاملة على حدة.

---

(١) مايلي رقم ١٩٤، ١٩٥ .

ومن قبيل الشروط العامة ، تلك التى وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوربية (١) التى أنشأها المجلس الاقتصادى والاجتماعى التابع للأمم المتحدة سنة ١٩٤٧، مثل الشروط العامة لبيع الآلات الصناعية ، والشروط العامة لبيع الأخشاب، وكذلك الشروط العامة التي وضعها مجلس التعاون الاقتصادى «شروط الـ Comecon»، يتم التعامل على أساسها بصورة إجبارية بين جميع الدول الأعضاء، ويرى البعض (٢) أن هذه الشروط تشكل معاهدة دولية لها قوة القانون.

وكذلك الشروط العامة المطبقة فى أسواق للهندسة المهنية بمعرفة الاتحاد الدولى للاستشارة الهندسية.

وغنى عن البيان أن الأصل فى الشروط العامة والعقود النموذجية أنه، ليس لها صفة الإلزام الا إذا اتفق الأطراف عليها، ولهم أن يعدلوا فيها سواء بالإضافة، أو الإستبعاد.

٣- المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدينة:

٢١- كما تندرج فى هذا التنظيم ، المبادئ العامة المتعارف عليها والسائدة فى كل من النظم القانونية المتحضرة (٣). مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدية "Pacta sunt servanda" ، ومبدأ توازن الأداءات التعاقدية ، ومبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، وإحترام الحقوق المكتسبة "Respect des droits acquis" والإثراء بلا سبب ، والقوة القاهرة ، ومبدأ تفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة لأطرافه ، وعدم التعسف فى استعمال الحق، والمسئولية عن عدم التنفيذ والتزام المدعى بالاثبات ،

(1) GOLDMAN. op. cit., P. 377.

(٢) الأستاذ: كمال إبراهيم. فى التحكيم التجارى الدولى، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولى. الطبعة الأولى ص٣٦ ومابعدها رقم ٣٣ على الأخص ص ٦٥ .

(3) J.C.L Fasc. 585, 1no 18-P.7.

وعدم استفادة الدولة من خطئها.

وكذلك يدخل في إطار هذه المبادئ: التعويض الكامل للضرر المباشر والمتوقع (١) Réparation intégrale du dommage direct et Prévisible" وكذلك مبدأ الإدلاء بكل بيان للشريك أو الطرف الآخر في العملية (٢) "Obligation de tout réveler a un Partenaire" ويعد هذا المبدأ الأخير «قاعدة عالمية» (Une regle universelle).

وغني عن البيان، أن الحرية التي يتمتع بها المحكم في خصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، كانت عاملاً أساسياً في تمكينه من استبعاد التشريعات الوطنية لما قد يشوبها من نقص أو تعارض يعرقل التجارة الدولية، واللجوء إلى فكرة المبادئ العامة المشتركة على نحو ما سنرى (٣).

٤- العدالة:

٣٢- ويمتاز التحكيم بخصائصه الذاتية، وبمرونته في حل النزاع، فلا يقتصر التحكيم على الحكم في النزاع وفقاً لقانون، وإنما يمتد إلى حل النزاع بطريق توفيقي يستجيب لمصالح الأطراف المتنازعة من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية. ذلك أن المحكم كثيراً مايكون مفوضاً بالصلح من جانب الأطراف، وهو مايطلق عليه تحكيم العدالة(٤) عندئذ لايتقيد المحكم في حكمه بنصوص القانون وقواعده، وهي إمكانيات لاتتوفر بالنسبة للقضاء العادي. ولهذا يمكن أن

---

(1) Sentence 20 Nov. 1984, C.I.R.D.I., Clunet 1986, P. 154.
(2) Clunet, 1984, P. 426.

(٣) مايلي، رقم ١٧٢ ومابعده.
(٤) مايلي، رقم ١٨٦ ومابعده.

يستقيم الحكم على قواعد العدالة والإنصاف البحتة وحدها.

وتعتبر قواعد العدالة التى ينتهى الحكم إلى تطبيقها فى النزاع ، عندما يفوض صراحة فى الحكم بمقتضاها ، مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية وأحد مكوناته، وذلك متى اتخذت هذه القواعد التى اقتنع بها المحكم فى بناء حكمه ، طابع التكرار والعمومية.

وعادة لايتم اللجوء إلى تحكيم العدالة إلا عندما تنعدم القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، أو أن تكون قاعدة غير ملائمة لحكم النزاع، أو يترتب على تطبيقها ضرر محقق بأحد الأطراف، وكذلك فى الحالات التى يتعذر فيها الوصول إلى الحل فى عادات وأعراف التجارة الدولية.

٥- الإتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية وقواعد الإسناد المتعلقة بالتجارة الدولية :

٢٣- ويمتد قانون التجارة الدولية الى القواعد الموضوعية المستمدة من مصدر دولى (١)، أى من المعاهدات التى تعتبر مجالاً خصباً لتقنين عادات وأعراف التجارة الدولية. ومن هذا القبيل المعاهدات المتعلقة بنقل التكنولوجيا . مثل اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية "Propriété industrielle" ، والملكية الأدبية والفنية "Propritété littéraire et Artistique" ، واتفاقية جنيف سنة ١٩٨٧ للتسجيل الدولى للاختراعات العلمية، واتفاقية جنيف فى ٧ يونية

---

(1) Over Beck : L'application par le Juge interne des conventions de droit international privé, R.c.A.D.I.T.132.

ويلاحظ أن الشركات المتعددة الجنسية التى تمارس نشاطها فى ظل تشريعات وطنية متباينة تخضع فى علاقتها إلى منهج قواعد التنازع، رغم أن الحاجة الى وضع حلول موضوعية خاصة ومباشرة لمتطلبات هذه الشركات.

١٩٣٠ بشأن تنازع القوانين فى الكمبيالة والسند الأذنى وإتفاقية جنيف فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ الخاصة بالشيك (١). والمعاهدات المتعلقة بمسائل القانون البحرى، وأهم هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك فى ١٠ يونيه سنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

ولايقتصر قانون التجارة الدولية على قواعد مادية فحسب Regles matérielles ، بل إنه يمتد إلى قواعد الإسناد Régles de conflits (٢) ، ومن ثم يدخل في مفهوم قانون التجارة الدولية: معاهدة لاهاى بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، التى وحدت قواعد تنازع القوانين فى هذه البيوع (٣).

وغنى عن البيان، أنه إذا وجدت معاهدة ، كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية، تحكم النزاع التجارى الدولى ، سواء كانت ترمى الى توحيد قواعد التنازع أو تقديم حل موضوعى أو مادى ينطبق مباشرة على النزاع، فإنها تقضي على مشكلة التنازع بين الأطراف الذين ينتمون إلى الدول الموقّعة على المعاهدة. ولكن المعاهدة

(١) وهى تخضع كل إلتزام فى الصك لقانون المكان الذى تم فيه. فيحكم إلتزام الساحب في الكمبيالة قانون مكان الإصدار، ويحكم إلتزام المظهر قانون مكان التظهير. ويحكم التزام المسحوب عليه القابل قانون مكان القبول (د.جمال الكردى- القانون الدولى الخاص بتنازع القوانين- الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤،١٩٩٥).

(٢) ومن هذا القبيل إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة وموطنى الدول الأخرى المؤرخة ١٨ مارس ١٩٦٥، بشأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون الدولة المضيفة، مالم يتفق الأطراف على خلافه.

ويلاحظ أن الطابع الاختيارى لأحكام المعاهدة المشار إليها يقلل من أهميتها فى خصوص توحيد قواعد الإسناد فى إطار التحكيم.

(3) Loussouarn et Brdin : Droit Commerce international, Paris, 1969, No 575 et s.

ويجب تطبيق هذه المعاهدة فى الدول المتعاقدة، حتى ولو كان العنصر الأجنبى فى عقد البيع يرتبط بدولة غير متعاقدة.

مع ملاحظة أن المعاهدة لاتفرق بين البيوع التجارية والبيوع المدنية.

لاتمتد الى منازعة تضمنت عنصراً أجنبياً متى كان أطرافها ينتمون الى دول ليست موقعة عليها، عندئذ تثور مشكلة التنازع (١).

ومع ذلك يستطيع المحكّم أيضاً تطبيق المعاهدة ، مثل معاهدة ڤيينا لسنة ١٩٨٠ بشأن البيع التجارى الدولى للبضائع (٢) لابوصفها قانوناً وطنياً ، ولكن بوصفها أداة حقيقية تمثيل تقنيناً لعادات وأعراف التجارة الدولية، ومن ثم، فإنه يجوز تطبيقها بهذا الوصف، حتى ولو كانت الدول التي ينتمى إليها الأطراف المتنازعة لم تصدق عليها.

وبداهة ليس ثمة مايحول دون تطبيق القواعد المادية الموحدة على العلاقات الداخلية المحضة فى الدولة التى تعتبر المعاهدة قانوناً من قوانينها (٣).

وقد انتشرت اتفاقيات المساعدة القضائية وأبرمت فرنسا عدداً كبيراً منها، وهى تنصب أساساً على المعاونة فى مسائل القضاء بين الدول ، ولكن هذه الاتفاقيات فى الوقت الراهن أصبحت تنطوى أيضاً على شروط خاصة بالاعتراف، وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة فى بلد معين ويراد تنفيذها في بلد متعاقد آخر(٤).

---

(١) كما تثور مشكلة التنازع فى فرض آخر، هو إختلاف الدول الموقعة على المعاهدة فى تفسيرها، عندئذ يتعين الرجوع إلى قواعد التنازع فى دولة القاضى.

(2) Observation sous sentence rendue dans l'affaire 5004 en 1989 C.C.I. clunet 1998 P.107 et s , spec. P. 112.

(٣) وطبقاً للمادة ٢/٢١ من إتفاقية هامبورج، يتعين الفصل فى النزاع طبقاً لنصوص الأتفاقية متى كان الأتفاق على التحكيم قد تم قبل نشوء النزاع. أما بعد نشوء النزاع، فالأطراف لهم حرية إختيار القانون الواجب التطبيق.

(4) J.C.I. de dr. intrnational. Fasc. 5852 no. 90 P.21.

وهذا هو الحال فى شأن اتفاقية التعاون القانونى والقضائى بين جمهورية مصر العربية والبحرين الموقعة فى ١٧ مايو ١٩٨٩ التى تحدد المادة ٣٦ منها الشروط التى يتعين توافرها لتنفيذ حكم التحكيم الصادر من أحد البلدين فى البلد الآخر.

وكذلك اتفاق التعاون القضائى بين مصر والمملكة الأردنية الهاشمية الموقعة فى القاهرة سنة ١٩٨٦ التى حددت المادة (٢٥) منها شروط بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة من أحد البلدين فى إقليم البلد الآخر.

ولما كانت هذه مثل هذه الاتفاقات قد تكاثرت بحيث أصبح الأمر يثير تنازعاً بينها، ولعل هذا التنازع ، اتجه الرأى إلى تفضيل الاتفاقية الأكثر حداثة ، أو الأكثر خصوصية ، أو تطبيق قاعدة الفعالية القصوى "L'effectivité Maximale" وذلك بتفضيل الاتفاقية الأكثر صلاحية التى تؤدى إلى صحة التحكيم وتنفيذ الحكم (١).

"L'objectif Commun des conventions est un effet, en la matiére de Favoriser l'efficatcité international des decisions, et il est donc logique de donner la priorite` a celle qui va le plus loin dans ce sens".

ومع ذلك كثيراً ماتنظم الاتفاقيات ذاتها هذا التعارض المحتمل بوضع شرط الملاءمة Clause dite de"compatibilité" وهو مايسهل إلى حد ما تفسيره (٢).

---

(1) Mayer P. note sous cass. civi. janv. 1987, Rev. arb. 1988, P. 283.

(2) I.C.I. der dr. International. Fasc. 585.

- Procédure civile 105-2no 93 P.21 J.C.L. op. cit., no 98. P.22.

(٢) ويؤخذ على هذه التشريعات الوطنية لقواعد التجارة الدولية، أنها تؤدى إلى المزيد من التنازع بين القوانين، فهى تضيف إلى تنازع القوانين بين الدولة المختلفة نوعاً جديداً من التنازع الداخى فى إطار كل دولة تعتد بهذه الفكرة=

وفى إطار اتفاقيات المساعدة القضائية المبرمة بمعرفة فرنسا فإنه من السهل التمييز، بين النصوص الخاصة بالتحكيم من ناحية وبين النصوص التى تكتفى بالإحالة إلى معاهدة نيويورك من ناحية أخرى.

وبصرف النظر عن النصوص المتعلّقة بإقرار أحكام التحكيم الصادرة من الخارج فإن هذه الاتفاقيات يمكن أن يكون لها تأثير على الاختصاص القضائي الدولى « المباشر » للقاضى الفرنسى أو الأجنبى عندما يكون الأمر متعلقاً بمناسبة دعوى تحكيم مرفوعة، وعلى سبيل المثال للحكم بإجراء مؤقت، أو تعيين محكّم أو رده (١).

ولما كانت المعاهدة تعتبر قانوناً وطنياً من قوانين الدّولة التى انضمت إليها، أو صدقت عليها، ومن ثم ، يمتنع الدفّع بالنظام العام لاستبعادها، أو استبعاد بعض قواعدها ، بحجة أنها تتعارض مع الأسس الجوهرية فى مجتمع الدّولة التى اعتنقتها.

٦- التشريعات الوطنية فى شأن تنظيم التجارة الدولية:

٣٤- وقد يكون مصدر أحكام قانون التجارة الدولية ، التشريع الداخلى (١)، مثل القانون التشيكى للتجارة الدولية الصادر فى ٤ ديسمبر ١٩٦٣ ، والسارى اعتباراً من أول ابريل ١٩٦٤ ، وهو يحتوى على ٧٢٦ ، يمثل تنظيماً شاملاً لجميع علاقات الأطراف المتعلقة بعقود التجارة الدولية (٢). ومن هذا القبيل أيضاً قانون جمهورية ألمانيا

BAUER H ; Les traités et les régles de droit international privé Rev. Crit., 1966, PP.= 537 et s.

وهذا مايؤدى إلى تعدد قواعد التجارة الدولية دون وحدتها.

(3) DEBY- Gérard : Le Rôle ... , op.cit., P.124, No. 158.

الديموقراطية فى شأن العقود الاقتصادية الدولية، وكذلك التشريعات الوطنية الخاصة بنقل التكنولوجيا مثل تشريع الفلبين الصادر بالمرسوم رقم ١٥٢٠ فى ١٠ أكتوبر ١٩٧٨ .

وفي سويسرا نظم المشّرع التّجارى الدّولى فى القانون الدّولى الخاص السويسرى فى القسم الثانى عشر فى المواد من ١٧٦-١٩٩ فى ١٩٨٧/١٢/١٨ السارى المفعول من أول يناير ١٩٨٩ (١).

وفى بلجيكا أدخل المشّرع البلجيكى نصوص اتفاقية استراسبورج المبرمة فى ٢٠ يناير سنة ١٩٦٦ التى تعتبر قانوناً موحداً للتحكيم، فى قانونه القضائى بمقتضى القانون الصادر فى ٤ يولية سنة ١٩٧٢ . وهذه النصوص تشكل الجزء السادس من القانون المشار إليه وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٨٥ أدخل المشرع تعديلاً هاماً بمقتضاه حدّ من حالات الالتجاء الى المحاكم فى شأن دعاوى بطلان أحكام التحكيم الدولى الصادرة فى بلجيكا ، وطبقاً للمادة ١٧١٧ من القانون القضائى فإن الطعن بدعوى البطلان لايكون مقبولاً إلا إذا كان أحد أطراف التحكيم شخصا طبيعيا بلجيكيا أو متوطنا، فى بلجيكا ، أو شخصا معنويا كائناً فى بلجيكا أو له فرع ، أو مقر فيها(٢).

وفى مصر ، صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، عالج التحكيم الدولى والداخلى على حد سواء.

وهذه التشريعات الوطنية فى شأن نظم التجارة الدولية لايعمل بها إلا إذا اختارها الأطراف، وهى لاتنطبق إلا على عقود التجارة

(1) Fouchard i. cl. droit international Fasc. 585 2 ou Procédure civile. Fasc 105.2.
(2) J.C.L. Dr international. Fasc. 55-1 no 35,P.10.

الدولية، بمعنى أنه يستبعد تطبيقها على العقود الداخلية.

وهذه الطائفة من التشريعات تعتبر قواعد قانون دولي من مصدر تشريعي داخلي. وهي تخضع لنظام قانوني تنتمي إليه، بمعنى أنها لاتنطبق إلا إذا اتفق الأطراف على اختيارها. وهي في هذا تخضع في تطبيقها لقواعد التنازع (١).

٣٥- ويمكن تشبيه قواعد التجارة الدولية بقانون الشعوب Jus Jentium الذي كان سائداً في عهد الرومان(٢).

ولما كانت قواعد التجارة الدولية تستمد مصدرها إما من العادات والأعراف التي تعتبر ثمرة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم، وقد تجد مصدرها في الاتفاقات الدولية التي ترمي إلى توحيد قواعد التنازع، أو القواعد الموضوعية، وقد تستقي أحكامها من التشريعات الداخلية، وكانت التشريعات والمعاهدات تعد بمثابة قوانين، مما يثور معه التساؤل عن طبيعة العادات والأعراف التي تستمد كيانها من الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم ومدى اعتبارها قانوناً واجب التطبيق.

---

(1) Déby. Gérard : Le rôle .., op. cit., p. 125, No. 1158.

(٢) الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد : الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائيين، ١٩٨٧، ص٩٩ .

المطلب الثانى
مدى اعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية قانوناً

٣٦- يرى بعض الفقه (١) أن عادات وأعراف المهنة لاتطبق إلا بوصفها شروطاً تعاقدية تتجرد من الطابع القانونى، وهى لاتستمد قوتها الملزمة إلا من اتفاق الأطراف عليها. ولايمكن تصور وجود قاعدة قانونية بعيداً عن سلطان الدولة. فهى مجرد عادات اتفاقية تفتقر إلى عنصر الجزاء ولاترقى إلى مرتبة العرف الملزم. ومن ناحية أخرى، فإن هذه العادات التجارية تختلف من عقد الى آخر بحسب طبيعة العقد، بل تختلف أيضاً من مهنة أو حرفة إلى أخرى ، مما يفقدها صفة العمومة والتجريد، ويجردها بالتالى من طابع القانون. وأنها لاتتمتع بالتماسك المطلق حتى يمكن تكييفها بأنها نظام قانونى (٢).

وهذا فضلاً عن إنه لايمكن التّسوية بين العرف والعادة، فالعرف مصدر للقاعدة القانونية، أما العادة ، فليس لها هذا الأثر.

٣٧- ومع ذلك يميل الرأى الراجح (٣) إلى أنه على الرغم من أن هذا النظام مازال فى دور التكوين، ويشوبه كثير من النقص والغموض، وعدم التحديد، مثل أهلية الأطراف، وقواعد التأخير، وعيوب الإرادة،

(1) Lousoum, Principaux Courants du droit international Privé à L'époque actuelle. Recueil des cours de L'académie de dr. int à la-haye-1973-t (2) P. 303 et s.

(2) Beguin "Le developement de la Lex Mercatoria ..., P. 502.

(3) Déby- Gérad : Le rôle de la Régle de conflits dans le réglmentdes rapports internationaux, 1973, P, 177, Note 8.

B. Goldman : "Une bataille judiciaire autour de la lex Mercatia". L'affaire Norsolor, Rev. Arb., 1983, P. 379.

ولم يصل بعد إلى حد الشمول، فإنه يشكل نظاماً قانونياً له صفة الإلـزام "Une veritable systéme juridique" ذلك أن استقرار العمل بهذه العادات والأعراف، وتكرار تطبيقها على نحو مضطرد وتغلغلها في إطار مجتمع معين ليحكم مصالحه المشتركة ثم إدراجها في العقود النموذجية، أضفى عليها طابع القانون الملزم، فتحولت هذه الأعراف من سوابق قضائية إلى قواعد مجردة، وهو مايغني عن خضوع عقود التجارة الدولية لقانون دولة ما. ويفرض على المحكم تطبيق هذا النظام من تلقاء نفسه تطبيقاً مباشراً، ويسري عليه مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون.

وقد أطلق عليه M. Kahn «قانون حقيقي للمجتمع الدولي للبائعين والمشترين»(١).

ولاينبغي فهم صفة العموم للقاعدة على أنه يجب اعتياد جميع الناس على إتباعها، بل يكفي أن تتخصص القاعدة في مهنة أو طائفة معينة أو في نوع معين من المعاملات.

واستناداً إلى ذلك، طبّقت محكمة التحكيم لجمعية المصدرين الهولندية للحبوب والتقاوى والبذور عادات هذا الفرع من التجارة في خصوص تاريخ المطالبة، والالتزام بضمان البائع (٢).

كما أن القواعد اللازمة للتحكيم التي تنصب على نوع معين من البضاعة المباعة، تكون بالضرورة مختلفة عن تلك التي يجب اتباعها عندما ينصب النزاع على توريد مهمات. ويجب أيضا أن تتلاءم

---

(1) "Un veritable droit de societé international des vendeurs et d'acheteurs"cité Par Fouchard. L'arbitrage commercial, op cit., P. 410. note 33.

(2) Fouchard: L'arbitrage commercial. op cit., P412.

الإجراءات والقانون الواجب التطبيق إذا تعلق الأمر بإنهاء مشروع دولي مشترك Joint Venture International .

ولاشك أن العرف التجارى يعتبر فى جميع التشريعات مصدراً للقاعدة القانونية، فهو والقانون سواء (١)، ورغم أن هذه القواعد لاتنتمى الى جهاز تشريعى معين، فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية (٢) عليها طابع القانون.

وفى هذا يشير Derains أن «عادات وأعراف التجارة الدولية تعتبر بمثابة نظام قانونى مختص» (٣).

وقد رددت محكمة استئناف باريس هذا المبدأ مراراً فى أحكامها العديدة (٤) موضحة فى أحد هذه الأحكام بأن عادات وأعراف التجارة الدولية فى شأن تجارة معينة «بيع وشراء البصل» تعد أحكاماً قانونية يجب تطبيقها على النزاع، دون ثمة حاجة الى اتفاق الأطراف على ذلك، وأن هذه القواعد يفترض العلم بها من جانب المهنيين ويمتنع عليهم الاعتذار بجهلها.

ولايغير من ذلك ماذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٧ (٥) من أن محكمة النقض لاتملك الرقابة على وجود أو تطبيق مبادئ وعادات التجارة الدولية. ذلك أن هذا الحكم- كما رأى

---

(١) الدكتور محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى، دراسة فى قانون التجارة الدولية، ١٩٧٣-١٩٧٤، ص١٧، ١٧٥ .

(2) Cass. Civ., Déc. 1981. Rev Arb 1982, P. 183. Note Couchez.

(3) Y. DERAINS : Le Statut des usages du commerce international vevant les juridictions arbitrales, Rev. Arb. 1973, PP. 122 ets.

(4) Paris 21 Juin 1980, Clunet 1982, P. 931 Note Oppetit; Trib. Gr. Inst. Paris4 Mars 1981, Clunet 1981. P. 836 Note P. H. Kahn.

(5) Rev. Crit de Droit Int. Privé 1988, P.771 Clunet 1987, P. 643.

Goldman (١)- لم ينكر على هذه القواعد طابع القانون. ولكنه شبه هذه القواعد والعادات بالقواعد الأجنبية، استناداً إلى أنها لاتنتمى الى النظام القانونى الداخلى الفرنسى، وأن المحكمة إذ رفضت الرقابة على وجودها وتفسيرها مثلما ترفض هذه الرقابة بالنسبة للقوانين الأجنبية الا فى حالة المسخ. وأن هذا الحكم ليس فيه عودة الى الوراء.

ولا يعنى اعتبار العادات مجرد عناصر واقعية فى النزاع، ويضيف أنه يمكن التفكير فى المسألة على غرار القوانين الأجنبية- وطبقاً لما ذهب إليه «باتيفول» (٢) من أن مبادئ وعادات التجارة الدولية تملك فى مواجهة القاضى الفرنسى «العنصر المنطقى» لقانون "Facteur rationnel" ولكن دون عنصره الآمر "Fracteur impératif" وهى على هذا النحو لاتفقد طابعها المادى كقواعد قانونية. ولكن رقابة تفسيرها وتطبيقها لاتدخل فى مهمة محكمة النقض.

أما الجزاء فهو خارج عن القاعدة القانونية وليس ركناً فيها، فهناك قواعد قانونية معترف بها، لم ينكر أحد طبيعتها. ومع ذلك ، لاتتمتع بالجزاء الذى يكفل احترامها، مثل قواعد القانون الدستورى والقانون الدولى، فالجزاء عنصر إضافي لفعالية القاعدة القانونية، وليس عنصراً لوجودها.

ومع ذلك، يكفى فى هذا الصدد، الشعور النفسى الكامن، والوعى السائد ، لدى المهنيين ومجتمع التجار، باتباع تلك القواعد ، المخاطبين بأحكامها، واستقرار الإيمان فى نفوسهم بأن هذه القواعد قد صارت ملزمة أو أنها اكتسبت طابع الإلزام، فأصبحت راسخة فى نفوسهم

---

(1) Rev. Crit ...., op. cit.

(2) BATIFFOL et LAGARDE : Traité ...., 7éd. (1), No. 328, P. 382.

يعترفون بوجودها، ويخضعون تلقائياً وارادياً لها ويعملون على احترامها، بما يضفي عليها طابع القانون الملزم ، على نحو يتحقق معه نظام الهيكل القانوني الذي يمكن أن يتحقق في مجتمع معين ، ولم لم يتمثل في شكل دولة.

وقد جرى العمل في إطار التحكيم الدولي على أن هناك صوراً معينة من الجزاء، تتمثل في نشر الحكم عند عدم تنفيذ المحكوم ضده لحكم التحكيم. وقد يظهر هذا الجزاء في صورة حرمان هذا الطرف من الالتجاء مستقبلاً إلى التحكيم. كما تقوم بعض هيئات التحكيم بإلزام الأطراف، سلفاً ، بتقديم كفالة لضمان تنفيذ حكم التحكيم، ومن ناحية أخرى، تتدخل الدولة في التنفيذ الجبري لحكم المحكمين.

وعلى أساس ماتقدّم ، يمكن ردّ هذه القواعد إلى نظام قانوني قائم بذاته، ينظم مصالح مشتركة مترابطة ، رغم أنه نظام غير وطني مستقل عن النظم القانونية الأخرى (١) ، تقوم هيئات التحكيم على كفالة احترامه وتطبيقه، هذا ولايمكن إغفال الدور الهام والجوهري الذي تؤديه عادات وأعراف التجارة الدولية في إطار التحكيم الدولي في عدة مراحل ، سواء في مرحلة إبرام عقود التجارة الدولية أو التفاوض في شأنها، أو فيما يتعلق بتنفيذ هذه العقود، وكذلك فيما تقدمه من حلول في مجال تسوية ماينشأ عن العقود المشار إليها من منازعات.

٣٨- واستناداً إلى الطابع القانوني لهذه القواعد التي تمتص فكرة اختلاف التشريعات الوطنية، فإنها تطبق بصرف النظر عن قواعد الإسناد. ذلك أنها قواعد مادية مباشرة، تشكل قانوناً خاصاً لعلاقات

(1) Un droit se forme dans toute communauté, et qu "une organisation etatique n'est pas necessaire".

التجارة الدولية استقلالاً عن قواعد التنازع (١)، ولايغير من ذلك، كون هذه القواعد مكملة ، إذ أن القواعد المكملة والقواعد الآمرة، سواء من حيث التزام المحكم بتطبيقها، ولايفيد اختيار الأطراف لهذه القواعد إلا تأكيداً لقصدهم المشترك فى إعمالها بالأولوية على أى قانون وطنى (٢).

ويلاحظ أن المحكم الذي اختار عدم إعمال قواعد التنازع لأى قانون وطنى. واعتنق Lex Mercatoria، ومبدأ حسن النية. فإنه يكون قد طبق مبدأ مستمداً من نظم خاصة، دون أن يخالف القانون الآمر لأية دولة ترتبط بالنزاع (٣).

٣٩- أما بالنسبة لما قد يشوب هذا القانون غير الوطني من قصور فإنه يتعين اللجوء فى شأنه إلى القوانين الوطنية المختلفة، للتصدى للمسائل التى لاتعالجها قواعد التجارة الدولية. ولاتنطوى على حل لها. وفى هذه الحالة، يكون التطبيق على النزاع جامعاً لهذه القواعد ولأحكام القوانين الوطنية ، عندئذ يخضع النزاع فى شق منه لقواعد التجارة الدولية، وفى شق آخر لقواعد القانون الداخلى لدولة معينة من خلال منهج تنازع القوانين، أو من خلال تطبيق قاعدة من قواعد البوليس أو التطبيق الفورى ، وعلى سبيل المثال. إذا كان الاعتماد المستندى هو المجال المرغوب فيه لإعمال فكرة العقد استناداً الى العرف الدولى المستقل عن أى قانون وطنى، فإن القول باستبعاد أى قانون وطنىْ ، ليس ممكناً من الناحية العملية (١) ، وهو مايترتب

Fouchard. Arbitrage commercial international, 1965, P. 403.

(1) Deby. Gérad. le rôle de la règle ..., op.cit., P. 129, no. 163, Sepec. 131.,

(٢) مايلى رقم (٤٠).

(3) 18. Nov. 1982. Suprême d'Autriche clunet. 1983. P. 645.

عليه تجزئة المركز التعاقدى. وعند غياب نصوص تفصيلية لتحديد سعر الفائدة فى نطاق القانون غير الوطنى، فإن المحكم يلتزم بالرجوع إلى قانون دولة معينة.

وغني عن البيان أن هناك مجالات فى الدول المختلفة، تحتفظ فيها هذه الدول بسلطانها التشريعى الآمر، ولايمكن للأطراف أن يتخلصوا منها، وهذه المجالات تخص الأسس الهامة لسياسة الاقتصاد الدولى، ولاتترك مجالاً حراً لإرادة الأطراف (٢)، مثل غالبية القواعد المتعلقة بالنقد، التى تتكاثر فيها قوانين البوليس. وهى – كما نعلم – موضوع إسناد خاص بقانون كل دولة، مما يستحيل تجاهلها، ذلك أن احترام هذه القواعد يفرض على المحكم، أسوة بالقاضى (٣).

ولهذا يرى جانب من الفقه (٤) أن قانون التجارة الدولية– فى ثوبه الجديد Nouvelle lex Mercatoria – ليس الا إحياء للنظام القانونى السابق عليه، الذى كان سائداً فى العصور الوسطى ويطلق عليه "Lex Mercatoria" ويمثل عودة إليه مرة أخرى حيث كان هذا القانون يحكم عقود التجارة الدولية المتنوعة التى تتم عبر حدود القارة الأوربية بين جماعة التجار، ذات الكيان المستقل والوسط الاجتماعى الواحد . المنتشرة فى أماكن متباعدة من هذه القارة. وكان يتم حسم هذه المنازعات عن طريق التحكيم بتطبيق قواعد هذا القانون مباشرة بعيداً عن منهج تنازع القوانين . وبالمثل ، فقد نشأ

---

(1) Stouflet. le credit documentaire, 1957,P. 122.

(2) Stouflet. le credit documentaire. 1957, P. 112.

Kopelmans. International canentions and standard cantracts as means of scaping fram the application at municipal law. P. 121in the law of international trade. Schmitta ed landress 1964.

(3) Mezger. Compte rendue de International Arbitration. Rev. Crit. 1970,P.174.

(4) Golman. Frontiéres du drpot et lex Mercatoria, Archives de la Philosophie dde droit. T. IX. 1964, P. 185.

فى العصر الحديث مجتمع قانونى منظم ، ومتجانس ، يجرى بين أفراده التعامل طبقاً لهذه القواعد على نحو مضطرد، مما أضفي عليها الطابع القانونى، على الأخص بعد تزايد عمليات التبادل الاقتصادى على المستوى الدولي بشكل سريع يساير تطور وسائل الاتصال، والتقدم التكنولوچى ، ومساهمة المصارف فى الصفقات التجارية، وظهور هذا القانون فى ثوبه الجديد الملائم لمتطلبات الحياة الحديثة، وأصبح أعضاء هذا المجتمع- فى شأن علاقاتهم عبر الدول- فى حل من الخضوع لأى نظام قانونى آخر، سواء أكان داخلياً أو دولياً (١).

٤٠- وتشير المادة (٧) من اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١ الى ضرورة مراعاة هيئات التحكيم عادات التجارة الدولية » وهذا ماتضمنته أيضاً ، المادة ٥/١٣ من لائحة غرفة التجارة الدولية. وكذلك نصت المادة ٤/٢٨ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى ٢١ يونيه ١٩٨٥:« ... وفى جميع الأحوال تفصل هيئة لتحكيم فى النزاع وفقاً لشروط العقد، وتأخذ فى اعتبارها العادات المتبعة فى ذلك النوع من النشاط التجارى المطبقة على المعاملة».

ولكن متى يتم الرجوع إلى هذه القواعد ، أو بعبارة أخرى، مدى الأولوية فى التطبيق بين هذه القواعد وبين اختيار قانون وطنى طبقاً لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية. وهو ماتعرض له فى المطلب التالى:

---

(1) KAHN : Le Mercatoria et pratique de contrats internationaux- Contrat international économique, 1975,PP. 171, 172 et 182.

المطلب الثالث

التنازع فى التطبيق فى مسائل التحكيم التجارى الدولى بين منهج التنازع وقواعد التجارة الدولية ومدى التعايش بينهما

٤١- اتجه جانب من الفقه (١)، إلى شمولية القواعد الموضوعية فى المجال الذى تطبق فيه مما يؤدى إلى استبعاد قاعدة تنازع القوانين، وأنه يجب على المحكمين تفضيل تطبيق القواعد العرفية والعادات المهنية فى جميع مسائل التحكيم التجارى الدولى ، أيا كان موضوعها لحل النزاع عن قوانين الدول التى تعد غير كافية أو ليست ملائمة(٢) ، وأن الأصل أن المحكمين يطبقون من تلقاء أنفسهم عادات وأعراف التجارة الدولية.

ومع ذلك ، نرى أن قانون التجارة الدولية، إذا كان يعتبر بمثابة قانون اختصاص المحكم الدولى. فإن هذا مشروط بألا يكون هنا قانون مختص وفقاً لقاعدة تنازع القوانين (٣)، باعتبار أن الأصل أو الأولوية لمنهج التنازع، وأن القواعد الدولية غير الوطنية "Anational" ، ليس لها سوى طابع مكمل (٤) "Une porteé suppletive" ، كما أن المجال الذى تنطبق فيه هذه القواعد الموضوعية مازال محدوداً.

---

(١) مشار إليه فى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة فى العقد الدولى الطليق سنة ١٩٨٩، ص٣٩٢ .

(2) Fouchard L'arbitrage commercial international, P.414.418.419, no. 594 et 589.

(3) Déby Gérard. le rôle ...., op. cit., P. 99 note (2).

(4) Observations sous sentence rendue dans l'affaire No. 1526 en 1968. C.I. Clunet. 1985, P. 918.

وبهذا حكمت محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٤٤٣٤ لسنة ١٩٨٣ (١) بأنه« يفرض على المحكم فى المقام الأول أن يختار قاعدة تنازع القوانين التى تتلاءم مع موضوع النزاع».

«ولا يجد قانون التجارة الدولية مجالاً للتطبيق إلا فى حالة استبعاد المحكم للقانون الواجب التطبيق لمساسه بالنظام العام بمفهومه الدولى، أو بمبادئ حسن النية كما لايطبق قانون التجارة الدولية إلا إذا تعذر إثبات القانون الواجب التطبيق ، أو إذا استحال تركيز النزاع فى نظام قانوني لدولة معينة أو إذا تبين أن قانون التجارة الدولية ينطوى على قصور أو نقص (٢) يتعين تكملته من منهج تنازع القوانين.

«وبهذا قضى بأنه إذا كان الطرفان (أحدهما فرنسى والآخر هولندى» قد تمسكا أمام هيئة التحكيم بتطبيق قانونه الوطنى بشأن النزاع بينهما المتعلق ببناء سفينة ، وكان المحكم قد خلص إلى تطبيق القانون الفرنسى بوصفه قانون مكان الإبرام ، فإنه قد رأي فى الوقت ذاته سد الفراغ التشريعى فى هذا القانون بالالتجاء الى عادات وأعراف التجارة الدولية» (٣).

وقضي أيضاً بأنه : «يمتنع تطبيق قانون التجارة الدولية بمجرد الإشارة إلى قانون معين واجب التطبيق على الموضوع ، أو تم تحديده

---

(1) Clunet. op. cit. P. 19.

(2) Observations sous sentence dans L'affaire 7461/en 1987. Cour d'arbitrage C.C.I clunet 1987. P. 1021 et s.

(٣) مشار إليه فى الدكتور أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى. ١٩٨١، ص١٨٦هامش رقم ١٦٣ .

بمعرفة الأطراف» (١).

وقد اعتبر القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى العادات بمثابة مصدر احتياطى.

وفى هذا الخصوص ، توجب المادة ١٣/٥ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، على المحكمين البحث عما إذا كان هناك قانون معين واجب التطبيق على الموضوع، أو كان هذا القانون قد تحدد بمعرفة الأطراف- بمعنى أن القاعدة الأصلية هو البحث عن القانون المختص بحكم العلاقة. وتضيف المادة ١٣/٥ المشار إليها على أن: «يراعى المحكم فى جميع الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية».

وفى إطار قانون المرافعات الفرنسي الجديد، والذى نظم التحكيم التجارى الدولى ، نصت المادة ١٤٩٦ منه على عادات التجارة. والاتجاه السائد فى الفقه الفرنسى، أن هذه العادات تحل محل القانون الواجب التطبيق عند سكوت الخصوم عن تحديده (٢).

٤٢- ومع ذلك ، نرى أنه يمكن تطبيق قانون التجارة الدولية ، متى اختار الأطراف هذا القانون فى مجموعة صراحة أو أحد مكوناته.

وعادة مايتم إدراج شرط تطبيق المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدينة فى عقود التجارة الدولية بهدف الخضوع لأحكامها. وبالمثل فإن اتفاق الأطراف على إخضاع عقدهم لعادات وأعراف التجارة الدولية يفيد حتماً رغبتهم فى اختيار هذه العادات والأعراف لحكم العقد، ويؤكد نيتهم المشتركة فى اعتبارها بمثابة قانون الإرادة .

---

(1) Obervations Sous Sentence rendue dans L'affaire 5118 en 1986, Cour d'Arbitrage de la C.C.I. Clunet 1978, P. 1027 spéc. P. 1029.

(2) Pierre Bellet et Ernst Mezger: L'abitrage international dans le nouveau Code de procédure, Rev. Crit., 1981, P.633.

ويؤيد هذا النظر، ماذهب إليه المحكّم فى حكم « أرامكو » (١) بين المملكة العربية السعودية، والشركة العربية الأمريكية للبترول، من أن البحث عن قانون آخر لايتأتى إلا إذا لم يتفق الأطراف على اختيار قانون معين.

ولانرى أن مجرد وجود شرط التحكيم، يترتب عليه ضرورة تطبيق عادات التجارة الدولية ، بل يجب النص على ذلك صراحة (٢).

وأن انتفاء تحديد قانون وطنى لدولة معينة لايؤخذ على أنه تحديد ضمنى لقانون غير وطنى (٣).

ولايمكن القول أن مجرد اللجوء إلى التّحكيم يوجب تجاوز قواعد الإسناد أو القوانين الوطنية.

وطبقاً لنص المادة ١/٧ من معاهدة جنيف سنة ١٩٦١ يستطيع المحكم أن يأخذ فى اعتباره عادات التجارة الدولية، ويطبقها بالأولوية على نص أو نصوص قانون مختار بحكم العقد.

وهناك اتجاه قوى لدى المحكمين (٤)، ينطلق من التحليل الإجمالى

---

(١) Aramco Arbitration Saudia V. Armco Award of 23 August 1958. International Reports, Vol. 27,1963, PP. 117 et s.

(٢) الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن فى عقود التنمية الاقتصادية فى القانون الدولى الخاص ص٩٨ رقم ٨٢ . عكس ذلك :

Loussouarn et Brédin Dr. du commerce intrenational Siney. 1969, P.41, note (1).

حيث يرى هذا الفقه أن مكنه المحكم فى إستناده إلى القواعد المهنية، وتحرره من قانون دولة معينة، إنما ينتج "Ipso-Facto" من شرط التحكيم.

(3) Jean C. Pommier, Principe d'autonomie de la loi du contrat en dr. int. priv: conventionnel. P.300.

وعلى العكس. فإن سكون أطراف العقد. على إعتباره بمثابة قرينة كاشفة عن أختيار Lex Mercatoria متى وجد شرط صريح يشير إلى تطابق إرادتهم على عدم خضوع العقد لقانون وطنى.

(4) Observations M.Y.D. sous Sentence No. 4154 en 1984, Clunet 1985, P. 983.

للمركز المتنازع عليه، ولتحديد القواعد التى تحكم محل النزاع علي نحو أفضل.

وهذا هو الحال ، إذا كانت المسائل المطروحة تجد حلاً لها فى نصوص العقد، أو فى قواعد التجارة الدولية. عندئذ لاجدوى من البحث عن قانون الواجب التطبيق عليها(١).

وذهب بعض الفقه (٢) إلى أن اختيار المهنيين الملمين بظروف وعادات فرع نشاط معين يقتضى التطبيق التلقائى للقانون المهنى غير الوطنى.

ويطلق على قانون التجارة الدولية «قانون الشعوب» أو قانون «عبر الدول» وهو نظام قانونى وسط، ومختلط ، يقف على منتصف الطريق بين القانون الدولى بمفهومه التقليدى والقانون الداخلى.

٤٢- ويختلف قانون التجارة الدولية عن قواعد الإسناد. فالأول يتضمن قواعد مادية تنطبق مباشرة على منازعات الاستثمار والتنمية والتجارة الدولية، فى حين أن قواعد الإسناد لاتقدم حلاً مباشراً للنزاع ، بل ترشد إلى القانون الواجب التطبيق. ومع ذلك،

---

(٢) ومؤدى هذا الإتجاه، أن القانون الواجب التطبيق لايقوم إلا بدور إحتياطى، إذ لايتم اللجوء إليه إلا إذا كانت النصوص التعاقدية أو عادات التجارة الدولية لاتقدم الحل المحتمل لفض النزاع المطروح.

ويرتاب الفقه فى العالم الثالث فى الاتجاه الذى يؤدى إلى إستبعاد العقد من القوانين الوطنية وإخضاعه لقانون التجارة الدولية لأن مثل هذا الاستبعاد يحرم فى بعض الأحيان الطرف الضعيف إقتصادياً من الحماية التى تكفلها له عادة قواعد التنازع:

الدكتور هشام صادق .Concl. sur les régles applicable a'la procédure

d'arbitrage commercial international. Oct. 1993, P. 21.

(1) Level. Le contrat dit sans Loi. Trav.com dr. int priv 1964-1966. P.230 et s.

فإن قواعد الإسناد أوسع نطاقاً ، إذ تتسع لتشمل جميع المسائل ذات الطابع الدولي.

وهنا يثور التساؤل عن مدى تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة.

المطلب الرابع
مدى تطبيق قانون التجارة الدولية
على عقود الدولة

٤٤- يتنازع فكرة تطبيق قانون التجارة الدولية – بوصفه نظاماً قانونياً – نظريتان فى شأن انطباقه على عقود الدولة:

الأولى : مقيّدة ، ومؤداها أن قانون التجارة الدولية ، هو قانون خاص ، وتلقائّى . فهو خاص، بمعنى أنه يتعلّق بالتّجارة الدّولية التى تنتشر في وسط متجانس. وهو تلقائّى ، من حيث نشأته وطريقة إعداده. فهو ليس مقنّناً فى مجموعه، ولايستند إلى سلطة معيّنة. وهو فى هذا يقترب من العرف "Rapprochait d'une coutume" ، على الأقل من حيث طريقة تكوينه.

وطبقاً لهذه النظرية، فإن قانون التجارة الدولية لايتمتع بإمكانية تطبيقه فى شأن المسائل المتعلقة بعقود الدولة، ذلك أن الوسط الذى تنشأ فيه المعاملات بين الدول والمشروعات الكبيرة الأجنبية، غير متجانس. كما أنه إراديّ، ويثير التنازع (Volontiers Conflictuels). فالأهداف والمصالح فى هذا الصدد ليست فى نفس المستوى- . وتطبيقها- فيما لو تحقق- لايمكن أن يكون إلا مؤقتاً. ولهذا يكون من العسير امتداد قانون التجارة الدولية الى عقود الدولة عند تخلف شرط التحديد الصريح.

أما النظرية الثانية ، فهى أكثر اتساعاً Plus ouverte ، ونـرى أن

قانون التجارة الدولية، هو قانون في سبيل التكوين يتعلق بجميع علاقات التجارة على المستوى الدولي. وهذا القانون يجد سنده الأساسي في العادات والأعراف ثم في المبادئ العامة للقانون، وكذلك القانون الدولي المطبق المستخلص من خلال التحكيم(١).

ونرى الاعتداد بالاتجاه الثاني. ذلك أن قانون التجارة الدولية هو بوتقة لانهاية لها، يستمد كيانه من مصادر مختلفة، ويتكون أيضاً من قواعد تلقائيا محضة (وهو قانون التجارة الدولية من النموذج الأول والعادات والأعراف)، وكذلك من القواعد المستعارة من نظم قانونية أخرى (قوانين داخلية أو دولية) ملائمة من حيث مضمونها. وهذا يسقط الاعتراض المتعلق بعدم ملاءمة قانون التجارة الدولية لحكم عقود الدولة ، بسبب أن هذا الأخير لايفرق إطلاقاً بين مجتمع الدول أو المجتمعات الخاصة. فبقاء قواعد قانون التجارة الدولية يتلاءم مع وجود أي عملية ذات طابع تجاري، ويصح الالتجاء إلى هذا القانون أياً كان أطراف العلاقة. وهو ماكشفت عنه أحكام التحكيم في العقود الاستثمارية، وعقود القرض ، واستغلال النفط التي تبرم عادة بين شركة أو أحد أشخاص القانون الخاص الأجانب من جهة، ودولة جهة أخرى، بحيث تقوم هذه الأجهزة بنفسها، أو عن طريق وحداتها العامة بمقتضى هذه العقود بممارسة تجارتها الخارجية، مما يعد دليلاً قاطعاً على إعترافها بقيام عادات وأعراف التجارة الدولية ، والخضوع لها، إذ ساهمت عن طريق أنشطتها التجارية في تكوينها، والدولة إذ تمارس التجارة الدولية سواء كمنتج أو كموزع، تأخذ تماماً حكم التاجر،

---

(١) راجع ذلك، معروضاً في:

Jean Michel Jacquet: L'Etat opérateur du commerce international, clunet, 1989, PP. 67 et

وتقبل بالتالى الخضوع لقانون الوسط التجاري المتمثل فى العادات والأعراف التجارية (١) والمبادئ العامة فى الأمم المتمدينة والعدالة ، ولاتتمتع فى ممارستها لهذا النشاط التجارى بأية حصانة.

وأن صحة اتفاق التحكيم المبرم بمعرفة الأجهزة العامة فى إطار التحكيم التجاري الدولى أصبح إليوم أمراً مستقراً ، وأن خاصية عقود الدولة لاتؤدى إلى استبعاد مجموعة العقود الخاصة بالتجارة الدولية (٢) ولاتتعارض معها.

ولهذا قضي بصحة التجاء الدولة الفرنسية والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم فى روابط التجارة الدولية، رغم منعها فى القانون الداخلى بمقتضى المادتين ١٠٠٤ ، ٨٣ من قانون المرافعات الفرنسى (٣) «القديم».

يؤكد ماتقدم ، إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ومقره الرئيسى واشنطن "C.I.R.D.I" وهو يختص بتحكيم عقود الدولة مع المستثمرين، إلا أن ذلك لم يحل بين لدول المضيفة والمستثمرين من اللجوء الى مراكز التحكيم الأخري مثل غرفة التجارة الدولية.

كما يطبق المركز الدولي على منازعات الاستثمار ، القانون الذى يتّفق عليه الأطراف، وعند غيابه قانون الدولة الطرف فى النزاع ويمكن للأطراف الاتفاق عليه فض النزاع طبقاً للمبادئ العامة للقانون، ولهذا المركز سلطة فض المنازعات المذكورة طبقاً لقواعد

---

(1) Fouchard. "L'État Face au usages du commerce international, Trav. du Comité Français de dr. International Priv. 1977,P 72 et s.

(2) J. C. L. dr. international Fasc. 585 I P. 15-no-72.

(3) Cass-2 Mai 1966- clunet, P. 648. note P. level Rev. crit. 967, P. 553. note Golman.

العدالة، ولاجدال في أن المبادئ العامة للقانون وفكرة العدالة تدخل في مكونات قانون التجارة الدولية.

وقد حرص المشرع في المادة الأولى من قانون التحكيم المعدلة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ الى جواز التحكيم فى منازعات العقود الادارية التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها (١)

---

(١) راجع مايلى رقم ٢٠٩ .

المطلب الخامس
مركز أعراف وعادات التجارة الدولية أمام القضاء الوطني

٤٥- لما كانت عادات وأعراف التجارة الدولية ، تعد قانوناً غير وطنـــي Anational تكون تلقائياً. نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم . وبعيداً عن نطاق الأجهزة التشريعية للدول المختلفة. ويعتبر قضاء التحكيم هو السلطة الخالقة لهذه القواعد، وهو الذى يستطيع تفسيرها بدقة. ومن ثم كان طبيعياً أن تطبق هذه الأعراف أمام قضاء التحكيم. وأنه لايجد في الأصل مكانه أمام قضاء المحاكم حتى ولو تعلّق الأمر بمنازعة من منازعات التجارة الدولية، التي تخضع لسيطرة نظام قانوني لدولة معينة Sous L'empir d'unsysteme juridique national ومع ذلك. نرى أنه يمكن أن يتم تطبيق هذه القواعد أمام قضاء الدول عن طريق الاختيار المادى أو الإدماج. الذى لايستند إلى قاعدة تنازع (١). أو فى الأحوال الذي يشير فيها القانون الداخلى إلـى ذلـك، أى عـنـدمـا يـحـيـل فـيـهـا إلـى عادات وأعـراف الـتـجـارة الدولية(٢).

وأمام المحكم، فإن مكنه اختيار قانون غير وطنى بمعرفة الأطراف قد تتطلب تحقق تنازع ممكن أو محتمل في القوانين بين نظام قانوني يتعلق بدولة معينة أو نظام قانوني دولى أو نظام قانونى

(1) m. Bellet Limitant ce point de vue aux tribunaux étatiques. cité par pommier, principe d'autonomie et la loi du contrat en dr. int. priv. conventionnel, P. 289, notes (2).

(٢) مايلى رقم ١٢٨ .

ثالث إذ ليس بالضرورة أن يتحقق تنازع قوانين بين نظم قانونية لدول متنافسة (١).

بمعنى أن هذا الاختيار أمام المحكم فى هذا الخصوص. قد يكون اختياراً تنازعياً. بوصف أن قانون التجارة الدولية يشكل نظاماً قانونياً بحكم العقد (٢).

ومتى تم تحديد قانون التجارة الدولية أمام المحكم، تعين بيان أثر التحديد الإجمالىّ أو الجزئىّ للقانون المشار إليه.

(1) Mayer. "Le mythe de l'ordre juridique de base". Mélanges Goldman, P. 199 et s.

(2) Derains "Le statut des usages .... op. cit., Rev. arb. P. 128 et 139 Loquin "L'application de règles-a- national dans l'arbitrage commercial international. in Arbitrage commercial international. P. 82.

المطلب السادس
أثر التحديد الإجمالي أو الجزئي لقانون التجارة الدولية

إن شرط اختيار قانون التجارة الدولية يمثل تحديداً إجمالياً، يشتمل على العادات والمبادئ العامة للقانون. وعلى العكس، فإن التّحديد الجزئي لهذا القانون يقتضي تحديد إما عادات التجارة الدلية. وإما المبادئ العامة للقانون، بمعنى أن هذا التحديد ينصرف إلى أحد هذه المكونات.

ويـــرى Weil (١) ، أن مجرد الإشارة الجزئيّة الي أحد مكونات قانون التجارة الدولية لايؤدى إلى الإشارة الإجمالية إلى نظام قانونى آخر.

ومع ذلك ، فإن وجهة النظر العكسية قد تم الدفاع عنها (٢) ، استناداً إلي أنه على الرّغم من أن عادات التّجارة الدوليّة لم يتّم اختيارها صراحة ، ولكن تم اختيار المبادئ العامة للقانون وحدها، فإن المادة ١/٧ من اتفاقية سنة ١٩٦١ ترى أن المحكّم يجب عليه أن يأخذ فى اعتباره عادات التجارة، ولهذا ، فإن قانون التجارة فى مجموعه يواجه العقد، كما أن صعوبة وضع حد فاصل بين العادات والمبادئ ، قد يسهّل الحرية المتروكة للمحكم فى تطبيق أحد مكونات قانون التجارة، رغم أنه لم يتم اختياره.

---

(1) Principes Généraux de droit ..., op. cit., P. 406.
(2) Pommier ..., op.cit., P. 297-299.

وعلى ذلك، فإن هذا الاختيار المجرد لـ Lex Mercatoria يتضمن اختيار قانون التجارة فى مجموعه أو أحد مكوناته (المبادئ العامة للقانون أو العادات)، وكذلك فإن هذا الشرط يحدد ضمناً قانون التجارة فى مجموعه، حتى ولو كان قد تم اختيار، أحد مكوناته بصفة مجردة أو محسوسة.

المطلب السابع
فكرة تدويل عقود التجارة الدولية

٤٦- ويـــرى Weil (١) ، أن الاتجاه إلى عدم تركيز عقود التجارة الدولية ، وانتزاعها من أيّ نظام قانونى لدولة مايصحبه بالضرورة تدويل حقيقى لهذا العقد (٢) سواء فى النّطاق الموضوعّى للقانون الواجب التطبيق أو القانون الإجرائّى ، مثل اختيار محكّم محايد. وتكون هذه العقود خاضعة إلى :

"Droit commun économique ou nouvelle lex Mercatoria ou droit trnasnational"

ومع ذلك ، فإن هذا التّدويل لايغطى كافة العلاقات الناشئة عن عقد معين، ذلك أن هذا النظام الجديد يعوزه الدقة، يشوبه الغموض، ولم يتكون حتى الآن باعتراف مؤيّديه. وهو عاجز عن حل جميع المشاكل التى تثار أمام المحكّم ومن ثم فإن هذا التدويل هو مجر أتجاه، ولم يصل العقد بعد إلى هذه المرحلة. فإذا ما أضيف إلى ماتقدم ، أنه ليس من سبيل إلى استبعاد القانون الإقليمى بقواعده الآمرة ونظامه العام إذ أن التدويل يصطدم بالقانون الإدارى والاجتماعى وقوانين النقد والتشريعات الاقتصادية، لأن هذه القوانين تبتعد بداهة عن نطاق الإرادة (٣).

---

(1) Wéit. Problémes relatifs aux contrats passés entr un Etat en un particlier. Recueil des cours 1969, 1969, P. 181 et s.

(2) "Une veritabe internationalisation du rapport juridique".

(3) Deby GFérad F. : Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux 1973, P. 217 no.-270.

وهناك اتجاه (١) يرى تدويل عقود التجارة الدولية بين الدول والأفراد واستبعاد القانون الوطني لدولة معينة، وإعمال قواعد القانون الدولي العام.

وقد استهدف هذا الاتجاه الانتقاد من جانب الفقه الغالب الذي يرى أن هذا القانون لايتلاءم مع مصالح التجارة الدولية على نحو ماسنرى (٢).

---

(2) Verdross : A "Protection of private property under quas-international agreement "in Mèlanges François 1959. P. 360 et s.

(٢) مايلي رقم ١٨٣،١٦٨ .

المطلب الثامن
التفرقة بين قواعد التطبيق الضرورى وقواعد القانون الدولى المادى أمام قضاء التحكيم

٤٦ م يعزى ظهور قواعد التطبيق الضرورى إلى تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وماصاحبها من تدخل الدولة- على نطاق واسع- بالتنظيم القانونى الآمر فى نظمها الداخلية نتيجة التأثر بالمذهب الاشتراكى، فظهرت القواعد الآمرة فى قوانين الضرائب والرقابة على النقد والإنتاج، ومحاربة الاحتكار، وقيود الاستيراد والتصدير، وحماية المستهلك. مما أدى إلى ثبوت الاختصاص التشريعى لقانون القاضى فى بعض علاقات الأفراد. أيا كانت طبيعة هذه العلاقات، أى سواء أكانت داخلية أم دولية.

وهذه القواعد تأخذ صورة قوانين البوليس ، أو القواعد المزودة بقوة دولية مطلقة.

وقد رأى جانب من الفقه ، اعتبار قوانين التطبيق الضرورى مرادفة لقوانين النظام العام. فكلاهما يرمي إلى حماية القيم الاجتماعية والسياسية للجماعة (١).

وذلك تمييزاً لها عن مبادئ النظام العام أو الدفع بالنظام العام.

وقد بلغت هذه القواعد من الأهمية فى دولة القاضى التى أصدرتها

---

(1) Kraquillo. Etude de quelques manifestations des lois d'application immediate dans la jurisprudence Française de dr. int. priv. Thèse limoge 1972. P. 143- Sperduti. lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public. Rev. crit. 1977. P. 5et s.

بحيث تنطبق على العلاقة التى تحكمها مباشرة ، وتستأثر بها وحدها، دون وساطة قواعد التنازع . ومن ثم ، فإنه تتكفل ببيان الحل الموضوعى للعلاقة متى كانت تندرج فى نطاق سريانها المكانى، وهذه القوانين الداخلية تستبعد آثار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

ويجب أن تعتبر بمثابة معايير مكانية ليس فقط تلك التى تعتبر من طبيعة إقليمية. بل أيضاً تلك المعايير الشخصية ، مثل موطن أو جنسية أطراف الحق(١).

فالمعايير الشخصية ليست محدودة بحدود الإقليم. أى أنها أعدت لتحكم المواطنين أينما كانوا، مثل التزام الأمن الاقتصادى الذى يفرض على جميع المواطنين حتى من كان منهم مقيماً فى الخارج. كما هو الحال فى القانون البلجيكى الصادر فى ١٩٧٠/٦/١٧ . إذ ينطبق على كل طلاق يحكم به بين زوجين أحدهما على الأقل بلجيكى ، أيا كان مكان حدوث الطلاق (٢). وهذا هو الشأن أيضاً بالنسبة للقانون البلجيكى الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٩٧٥ بخصوص مشروعات التأمين التى تخضع لرقابة السلطة الإدارية ، فتخضع للقانون البلجيكى عقود التأمين التى يتم إبرامها فى القانون البلجيكى أو فى الخارج، متى كانت تتعلق بأموال أو أشخاص، أو مسئولية مركزة فى بلجيكا (٣). وأخيراً يعتبر من قوانين التطبيق الضرورى ، النص الذى يقضي بإخضاع البلجيكى لقانونه الوطنى فى شأن الشيكات التى يوقعها في الخارج ، وذلك بمخالفة للقاعدة الاتفاقية المأخوذ بها

(1) Mayer. Lois de police estangères, clunet 1981, P. 284.

(2) Gothot. Le renouvveau de la tendance unilateraliste en dr. int. priv. Rev. crit 1971. P. 209. et. s.

(3) François Rigaux. La métode de conflits de lois. Rev. crit. 1985, P. 10-11.

فى جنيف سنة ١٩٣١ . طبقاً للتحفظ الذى أدخلته بلجيكا بمقتضى المادة ٦٣ من قانون أول مارس سنة ١٩٣١ (١) . وهذه القواعد قد تخضع لمعايير إقليمية، مثل القانون الفرنسى الصادر فى ٣ يونيه سنة ١٨٣٨ . الذى ينطبق علي المجنون العابر لفرنسا. دون أن يعزي ذلك إلى الإقامة. بل لسبب وحيد، هو أن الجنون حدث فى فرنسا (٢).

وعلى هدى ماتقدم. فإن قواعد التطبيق الضرورى على عكس قوانين البوليس التي لاتطبق إلا تطبيقاً إقليمياً.

واختصاص هذه القوانين «احتكارى» أو «إستئثارىّ» ، بحيث تحجب أى اختصاص تشريعىّ لأي قانون آخر. وهى بهذا تستوجب حتماً إختصاص النظام القانونى الذى تنتمى اليه، لأن خاصية التنظيم لاتحتمل تدخل العناصر الأجنبية وبهذا قل بصورة واضحة الالتجاء إلى الاستثناء المستمد من عدم ملاءمة القاعدة الأجنبية مع مبادئ النظام العام.

ومع ذلك ، فإن اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ لم تواجه قوانين البوليس (٣) ، استناداً إلي أن ظهور فكرة قوانين البوليس جاء تالياً لإبرام هذه الإتفاقية الدولية (٤) ، ومن ثم ، لاتستطيع أية دولة متعاقدة الاستناد إلى النظام العام لاستبعاد تسوية النزاع بمعرفة محكمة التحكيم C.I.R.D.I. وذلك أن انضمام الدول المعنية بالنزاع إلى الاتفاقية المشار إليها يفترض معه أن كل نزاع معروض عليها قد اكتسب قابلية للتحكيم. وأنه لايخالف النظام العام ، وفى هذ تنص

---

(1) Deby. Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 59 note 49.

(2) Francescakis. Quelques precisions. Rev. Crit., 1966, P. 4-5.

(٣) وهذا هو الحال أيضاً بالنسبة لاتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ .

(٤) إلا إذا تمسكت بحسن نيتها فى خصوص عدم إحترام أى إلتزام معمول به فى إطار القانون الدولى العام.

المادة ٢٦ من الاتفاقية على أن «رضاء أطراف التحكيم فى إطار الإتفاقية يعتبر بمثابة نزول عن ممارسة أى طريق آخر للطعن»..

وفى خارج هذا النطاق، فإن الفعالية الدولية لنظام التحكيم، يتطلب التطبيق الفعلى لقوانين البوليس ذات التطبيق الضرورى.

وهذا هو ماتكفّلت ببيانه معاهدة روما سنة ١٩٨٠ من ضرورة التطبيق الفوريّ للقوانين ذات الطّابع الآمر (م ٧/٢) وكذلك إعمال الآثار التى تترتب على تطبيقها، أو عدم تطبيقها.

إنّ مركز المحكّم فى شأن التنازع بين قانون البوليس مع قانون العقد، يستوي تماماً مع مركز القاضى، الذي يجب عليه أن يبحث قانون البوليس الأجنبى المحتمل التطبيق عند التنازع مع قانون العقد. المطبق عادة بمقتضى قاعدة تنازع القوانين.

والرجوع إلى قوانين البوليس يمكن أن يؤدى إلى الحكم ببطلان العقد (٢) ، ومع ذلك يجوز للمحكم أن يحكم فى شأن نتائج أو آثار تنفيذ عقد باطل ، بأن يأخذ فى اعتباره القواعد التى يكون موضوعها غير مخالف للنظام العام.

وتطبيق قانون البوليس للتشريع المختار ينتج من مضمونه ، وليس من طبيعته.

---

(1) Pommier. J. C. Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel. P. 318-321.

(٢) وبهذا قضت المحكمة العليا بالولايات المتحدة-فى شأن المنازعات التى تنصب على السندات المسعرة فى بورصة الأوراق المالية الأمريكية- ببطلان إتفاقات التحكيم التى تضمنتها مثل هذه العقود، وأوضحت المحكمة فى حكم آخر، أن نطاق الحكم السابق يعنى العقود الداخلية المحضة. دون العقود الدولية. وعلى ذلك يستطيع المحكم أن يطبق قانون البوليس الخاص Security Exchange لسنة ١٩٣٤ .

cité par pommier ..... op. cit., P. 330.

والاعتداد بقوانين البوليس من شأنه أن ينشئ روابط وثيقة مع النظام العام في وظيفته الايجابية.

وعلى ذلك ، يستطيع المحكّم- بشرط أن يكون العقد دولياً - الفصل في المنازعات المتعلقة بالقوانين المضادة للاحتكار. وتطبيق هذه القواعد الآمرة.

ويلاحظ أن تعدّد قوانين البوليس التي تنتمي إلى نظام قانوني خلاف قانون العقد يحدّ من نطاق قانون الإرادة المختار بمعرفة الأطراف (١).

ومن الخطأ الاعتقاد، أنه بمقتضى شرط تعاقديّ، يمكن التخلصّ من قيود قوانين البلد الذي توجد فيه البضاعة، أو الذي يجب أن تتم فيه المدفوعات.

وقد اعتدت أحكام التحكيم العديدة بقانون بوليس مكان تنفيذ العقد ، وقانون بوليس محل إقامة المدين، وقانون بوليس الدولة

---

(1) Pommier ..., op. cit. P. 330-334

ذلك أن تشريعات البوليس ذات التطبيق الضروري تمثل قيوداً منيعة على إرادة الأطراف في العلاقات الخاصة الدولية التي قد ترتبط بعدة دول مختلفة. وإختيار قانون الإرادة مؤداه تطبيق هذا القانون برمته، أي بما ينطوي عليه من قواعد آمرة لايمكن تجنبها أو تفاديها.

هذا، ويتعين تطبيق قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري الأجنبية، التي لاتشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق على العلاقة، متى كانت لهذه القواعد إرادة جدية في التطبيق وعلى صلة وثيقة بالنزاع.

وقد خلصت بعض الأحكام التي طبقت قوانين البوليس التي لاتشكل جزءاً من النظام القانوني الواجب التطبيق على العلاقة إلى فسخ العقد وإعفاء المدين من تنفيذ التزامه التعاقدي بسبب قيود النقد السارية في بلد البائع، والتي إعتبرتها بمثابة القوة القاهرة.

(Sentence no. 2216 clunet 1975, P. 917).

الطرف فى عقد الدولة بوصفها تشكل رابطة وثيقة بالعقد "Un lien étroit avec le contrat" وكذلك اعتنقت بعض تشريعات القانون العام، التى تتعلق بتنظيم العملة، والتجارة الخارجية.

وغنى عن البيان ، أن قانون المكان المفترض فيه تنفيذ حكم التحكيم تبدو له أهميته فى هذا الصدد (١).

وفى مصر ، صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٢ تضمن بعض القواعد الآمرة المنظمة لعمليات البنوك، والتى لايمكن مخالفتها.

واستناداً إلى هذا التنظيم، تلتزم جميع البنوك التى تمارس نشاطها في مصر باحترام القواعد المنظمة للتعامل بالنقد الأجنبى والقواعد التى تحدد مبلغ الاعتماد. ومدته وسعر الفائدة وسعر الخصم. وتلك المتعلقة بالمدفوعات الدولية، سواء لحسابها الخاص، أو لحساب عملائها.

ويسري هذا التنظيم، حتى ولو كانت هذه البنوك أجنبية، طالما أنها تمارس نشاطها المصرفى فى مصر (٢).

ولايمكن للبنك الأجنبى الذي يمارس نشاطه فى مصر ، أن يحتج بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية، أو أن يستند إليها ، إذ من المقرر أنه إذا كانت قوانين بوليس القاضى من بين القوانين المتزاحمة ،

---

(1) Pommier ..., op. cit., P. 335, 336, et P. 338.

ومن هذا القبيل، قواعد الاستيراد والتصدير. والرقابة على النقد، وحماية المستهلك، وقوانين الضرائب فى مكان التنفيذ، ومخالفة هذه القواعد أو تجاهلها قد تؤدى إلى إستحالة تنفيذ حكم التحكيم، وبالتالى يجرد حكم التحكيم من فاعليته.

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال فى قانون العمليات المصرفية الدولية، سنة ١٩٩٢، ص٢٠٥ ومابعدها.

يكون له أولوية التطبيق على سائر قوانين البوليس الأخرى (١).

ويلاحظ أن تطبيق قوانين البوليس يغدو دون جدوى، متى كان الاختصاص الذى يترتب على إعماله لمصلحة قانون القاضى يتطابق مع ذلك الذى ترشد عنه قاعدة التنازع المزدوجة.

أما قواعد القانون الدولىّ المادىّ ، فعندما يؤكد القضاء الفرنسى مشروعية شرط الذهب فى المعاملات الدولية، واستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى، فإنه يستخلص حلاً خاصاً بالعقود الدولية (٢)، ويكفى أن يتحقق عقد دولى، أو تحكيم دولى. أو تسوية دولية لتطبيق قواعد القانون الدولىّ المادىّ. أما قواعد التّطبيق الضرورى ، فهى تنطبق على جميع العلاقات ، أيا كانت طبيعتها دوليّة كانت أم داخلية.

وتشترك قواعد التطبيق الضرورى مع قواعد القانون الدولى المادى فى أن كليهما يؤديان إلى وضع حل موضوعى مباشر للنزاع المطروح.

وإذا كانت قواعد التطبيق الضرورى تجد مصدرها الوحيد فى التشريع الداخلى، فليس الأمر كذلك بالنسبة لقواعد القانون الدولى المادى، التى تجد سندها فى مصادر مختلفة . بعضها إما من صنع القضاء الوطنى مثل مشروعية شرط الذهب فى المعاملات الدولية،

---

(1) Mayer. P.Precis de dr. int. priv. P. 102, Chappelle. A. Les fonctions de l'ordre public en dr. int., priv. Paris, 1979, P. 448 no. 415.,

وفى فرنسا تتحقق بعض القواعد الأولية الخاصة بالنظام المالى للزوجين مثل فتح حساب فى البنك دون رضاء موحد تعتبر قوانين تطبيق ضرورى.

Kraquillo, op.cit., no. 340.

وهذه القواعد جزئية التطبيق، بمعنى أنها لاتستبعد قواعد الإسناد إلا فى خصوص الجزئية التى إنطبقت عليها، بخلاف القاعدة المفردة الجانب التى لاتطبق إلا القانون الوطنى وحده على العلاقة برمتها دون أى قانون آخر.

(2) Deby. Gérad. Le rôle de la règle ..., op.cit., P. 89. 103. 112 et s.

ومثل القواعد المتعلقة بالتشريعات الوطنية للتجارة الدولية. كما هو الحال فى التقنين التشيكى المؤرخ ٤ ديسمبر سنة ١٩٦٣ والقانون المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد التجارية والمدنية الذى حوى نصوصاً بخصوص التحكيم الذى يجرى فى مصر، والتحكيم التجارى الدولى. وقد تجد مصدرها فى الإتفاقيات الدولية لتوحيد القانون (١) ، مثل إتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ ، ١٩٣١ الخاصة بالأوراق التجارية (٢) . وقد تجد مصدرها فى أعراف وعادات التجارة الدولية، نتيجة الجهد الإنشائى لقضاء التحكيم، متى توافر الاعتياد على اتباع هذه القواعد بصورة منتظمة، بحيث يثبت لها طابع الاستقرار (٣).

وإذا كانت قواعد التطبيق الضرورى «أو البوليس» ترفض تدويل الوقائع الممكن حدوثها "Un refus d'internationalisation des faits" . ويتجه نحو حماية النظام القانونى استناداً إلى فكرة تنظيم الدولة، فإن قواعد القانون الدولى المادى تتجه نحو إشباع متطلبات التجارة الدولية، وتهدف إلى إعادة تنظيم هذه العلاقات على نحو يتلاءم مع طبيعتها. بصرف النظر عما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبى أم قانون القاضى.

ورغم أن كلاً من النموذجين من القواعد، أى قواعد التطبيق الضرورى وقواعد القانون الدولى المادى ، تتلاشى منهما فكرة تنازع القوانين ، فإن M.Rigaux (٤) يرى أن استبعاد قواعد التنازع بمعرفة

(1) "C'est le cas des règles matérielles introduite sous effet d'un traité".

Toubiana. Le domaine ..., op. cit., P. 227. note (3)-Bauer. Les traités et les règle de dr. int. priv. materielles. Rev. int. 1966. P. 539.

(٢) ماسيق رقم ٢٣ .

(3) Deby, Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 9, 10 no. 9.

(4) Précis de dr. int. priv. Bruxelles. 1968. P. 104, 105. no. 75.

القانون الدولى المادى ليس إلا في الظاهر فقط، وأن تطبيق القواعد المادية تتطابق Coincide مع النطاق الصريح لمشروعيتها avec leur domaine de validite formel وهى تمثل إسناداً إلى قانون القاضى، وليست استثناء من قواعد التنازع ، وأن أية قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص يتوقف نطاق تطبيقها فى المكان على وساطة قاعدة تنازع القوانين، وعندما يعطى هذا الإسناد الاختصاص آلياً إلى قاعدة القانون الدولى الخاص المادى، فإنه يمكن أن ترى هنا قاعدة تنازع مفردة الجانب ، ومن الناحية العملية قانون بوليس ، بمعنى أن قواعد القانون الدولى الخاص المادى التى أنشأها القضاء تعتبر مظهراً من مظاهر قوانين البوليس أو أيضاً مظهراً لقواعد التنازع المفردة الجانب أو التطبيق الفورى (١).

ويرى Batiffol (٢) ، أن هذا المنطق ليس مقنعاً ، إذ يتجه إلى البحث فى أساس تطبيق هذه القواعد المادية ، تارة فى فكرة قوانين البوليس ، وتارة أخرى فى فكرة النظام العام. الذى يتخذ منه أساساً لهذا التنظيم المباشر، كما أن هذا المنطق يعترف للنظام العام بقيمته كظرف إسناد (٣) Comme un circonstance de rattachement ، حيث يعطى الإسناد دائماً إلى قانون القاضى، وليس بمثابة دفع يحول دون تطبيق القانون الأجنبى. وأنه بوجه عام ، يجب استبعاد أى اتجاه يميل نحو

---

(١) ويؤيد M. Level فكرة Rigaux موضحاً أن الطريقة التى يستعملها القضاء تنتمى إلى طابع التطبيق الضرورى.

Le contrat dit sans loi. Commité de dr. int. priv. 1967. P. 225-226.

(٢) وقد أطلق Valéry على النظام العام بهذا المفهوم النظام العام الإقليمى "L'ordre public territorial" لحماية النظام العام الاجتماعى، ويفرض على الكافة بما فيهم الأجانب داخل الحدود. Manuel dr. int. Priv. 1914. P. 576.

وقد إستعاد بهمذا افكار Pillet, Manchini فقد إعتبر كل منهما القوانين الإقليمية بمثابة قوانين نظام عام.

(3) Batiffol et Lagarde. Traité (5) éd. T. (. 1970. no. 252.

تأسيس الحلول المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية على النظام العام بهذا المفهوم. وأن تشبيه قواعد القانون الدولى المادى بقوانين البوليس تعسفى لأنه يتجاهل بداءة المصدر الذى يستوحى منه هذان النموذجان من القواعد على ماسلف بيانه. كما أن القواعد الأولى ، تتجه من حيث الغاية نحو إشباع عادات ومتطلبات التجارة الدولية فى حل واحد ، مرضٍ ، تتلاشى فيه اختلاف التشريعات (١) "Resorber la diversité de legislations en une salution a satisfaire les dites usages et nacessité du commerce international".

فهى بمثابة مشرّع عالمى يطالب بسلطة مطلقة دون نظر إلى مضمون القانون الواجب التطبيق . أما الأخرى ، فهى تتجه نحو النظام القانونى الداخلى. كما أن تطبيق هذه القواعد الأخيرة- قوانين البوليس- لايتم طبقاً لما يراه الفقه فى فرنسا إلا بتحقيق أى إسناد إلى قانون القاضى (٢) ، وهو ماتعبر عنه - فى عدم دقة- المادة الثالثة فى فقرتها الأولى من القانون المدنى الفرنسى . وعلى العكس، لايتحقق أية ضرورة مماثلة فى شأن تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص المادى التى تستبعد قواعد التنازع لمصلحة حلول متميزة.

ولكن يجب ألا نغفل أن تنازع القوانين المستبعد على هذا النحو ، يبقى بوصفه تنازعاً حقيقياً . ويتحقق بمجرد الإلتقاء بأول صعوبة تتعلق بتنفيذ الحكم الذى يتضمن قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص

---

(1) Deby. Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 129. no. 163.

(2) Deby. Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 129. no. 162, 163.

وفى هذا، يتجه جانب من الفقه، إلى أنه لما كان يشترط فى قواعد التطبيق الفورى أن يكون هناك مواطن إرتباط بين العقد وقانون القاضى، فإنه يبدو معه من الأفضل إعتبار التطبيق الفورى بمثابة قاعدة تنازع مفردة الجانب.

Toubiana. Le domaine ..., op. cit., P. 227. no. 257 et note (5).

المادى (١). كما يتحقق المزيد من تنازع القوانين متى ثبت أن قواعد القانون المادى تستمر خاصة بكل بلد دون الحكم مسبقاً على المصادر المستوحي منها هذه القواعد.

(1) Deby. Gérard. Le rôle ..., op. cit., P. 129, 130.

المطلب التاسع

التنازع بين قانون البوليس الذي ينتمي إلى نظام وطني معين وقاعدة غير وطنية مختارة لحكم العقد.

Le conflit entre une loi de police appartenant a un ordre juridique étatique et une norme extra-national

٤٧- هذا التّنازع لايثور أمام القاضي الوطني لدولة معينة، ولكنه يتحقق أمام المحكم.

إن النظام القانوني لـ Lex Mercatoria ، لايشكل نظام سلطة عليا لإحدى النظم القانونية. ولهذا ، فإنه على الرغم من أنّ المحكّم هو المحرّك الأول للنظام المشار إليه، فإنّه يجب أن يفرض النظام القانونيّ الوطنيّ لدولة معيّنة في مصالحه الأساسيّة متى كانت قوانين البوليس المتعلّقة بها هي الواجبة التطبيق.

وبالنسبة للتّنازع بين القانون الدّولي العام، أو المبادئ العامة للقانون الدّولي المختار بمعرفة الأطراف وقانون البوليس فإنه يؤخذ في الاعتبار فكرة الصّدارة التي يكشف عنها النظام القانوني الدولي بالنسبة للنظم القانونية الوطنية ، وعلى الأخص أن بعض نصوصه تشكل نظاماً عاماً دولياً (١).

---

(1) Pommier ..., op. cit., P. 341, 342 no. 333.

وما سبق رقم ٢٨، وحكم المحكمة العليا النمساوية السابقة الإشارة إليه.

الفصل الأول
إتفاق التحكيم

تمهيد :

٤٧ م « اتفاق التحكيم، وهو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التّحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحدّدة التى نشأت أو تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ، تعاقدية كانت، أو غير تعاقدية» .

(م ١/٧ من القانون النموذجي للتحكم التجارى الدولى). وتقابلها

المادة (١٠) من قانون التحكيم الجديد ولا تفرق اتفاقية نيويورك كذلك بين ما إذا كان النزاع الذى اتفق الأطراف على التحكيم فى شأنه متعلقا بعلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية ومن أمثلة العلاقة غير التعاقدية دعوى المنافسة غير المشروعة التى تتأسس على فكرة الخطأ التقصيرى.

وتبادر إلى بيان أن اتفاق التّحكيم يعتبر دوليا طالما كانت العلاقة محل النزاع تعتبر دولية. بمعنى أن دوليّة العلاقة محل النزاع هى التى تضفى الطابع الدوليّ على اتّفاق التّحكيم ، سواء أدرج شرط التحكيم فى العقد الأصلى clause compromissoire ، أو اتّخذ شكل اتّفاق مستقلّ compromis .

ولما كان الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه لايتأتّى إلا بالاعتراف باتفاق التحكيم (١) وإقرار كل ماحوله هذا الاتفاق من ضوابط شكلية

(١) «وأن مايصدر خارج المحاكم بغير هذا الاتفاق. يتجرد من المقومات الأساسية للأحكام، ولأى خصم أن يدفع بعدم وجوده. دون حاجة للإدعاء بالتزوير. أو إقامة=

وموضوعية. إذ يؤثر اتفاق التحكيم من حيث صحته وبطلانه ومدى تجاوز نطاقه ومدى قابلية موضوعه للتحكيم، عند الفصل فى النزاع، أو عند تنفيذ الحكم الصادر فيه.

كما يؤثر هذا الاتفاق الصحيح فى النزول عن الحصانة القضائية للدولة الطرف فى النزاع. ومن ثم كان لزاما التصدى لاتفاق التحكيم من حيث اثر التمسك به فى التنازل عن الحصانة القضائية للدولة التى تقبل الخضوع الاختيارى لقضاء التحكيم، وفى امكان تنفيذ الحكم الصادر ضدها فى هذا الخصوص ، ثم نعرض لضرورة كتابة شرط التحكيم ، ثم للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ونطاقه وسلطه ابرام اتفاق التحكيم. وتبين صحة اتفاق التحكيم ونطاقه فى القانون المصرى وتفسيره والفصل فى وجوده وصحته وأثره، وحوالة شرط التحكيم ، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلى، وما يترتب على ذلك من آثار ، وأثر بطلان أحد شروط اتفاق التحكيم على الاتفاق ذاته.

اتفاق التحكيم وأثره فى النزول عن الحصانة القضائية :

٤٨- يستمد شرط التحكيم قوته من تراضى اطرافه.

ولما كان هذا الشرط يعتبر استثناء بموجبه يتم استبعاد النزاع كله ، أو بعضه ، من ولاية القضاء العادى. فإن إدراج شرط التحكيم فى العقد المبرم بين الدولة وأى طرف آخر، ويعتبر بمثابة نزول

= دعوى مبتدأة لإهداره».

(مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية فى ١٩٨٦/٢/٦ السنة (٣٧) قاعدة ٤٢ ص ١٧٨) «ذلك أن مشارطة التحكيم لاتعدو أن تكون إتفاقاً بين الخصوم على طرح النزاع على محكمين ليفصلوا فيه بدلاً من طرحه على القضاء» (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٨٦ مجموعة أحكام النقض س ٣٧ قاعدة ١٨٩ ص ٩٢٦).

ضمني مقدماً عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها امام هيئة التحكيم. والدولة إذ تفعل ذلك ، فإنها تضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر، ولايجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم (١).

ونرى أن تدخل الدولة في خصومة تحكيم قائمة يعتبر نزولا ضمنيا من جانبها عن امتياز الحصانة القضائية وعلى الأخص متى تطرقت إلى موضوع النّزاع ، ولكن مجرد عدم مثول الدولة أمام قضاء التحكيم- رغم إعلانها لا يعتبر نزولا عن حصانتها.

وكانت تحرص بعض اتفاقات التحكيم - التي تعرض على المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة في ضوء معاهدة واشنطن - على النّصّ صراحة على تنازل الدّولة الطّرف في العلاقة عن الاحتجاج بالحصانة بهدف تجريد هذه المنازعات من الطّابع السّيادي.

وفي الواقع لاحاجة إلى وضع مثل هذا الشرط ، لأن التراضي بتحكيم المركز في حد ذاته يؤدي إلى نزول تلقائّي عن التّمسك بالحصانة بمجرد صيرورة حكم المركز نهائيا. وهذه النتيجة تتمشى مع أهداف الاتفاقية والرضاء بالتحكيم في ظّل المركز ، كما ان الدفع بالحصانة يستهدف أساسا القول بأن القضاء لايمكنه أن يقضي في أمور ينبغي ترك البّت فيها للسلطة التنفيذية للدولة. وهذا المنطق لامحلّ له في حالة تنفيذ حكم المركز، ذلك أن الهدف الأساسي للاتفاقية، فضّ منازعات الاستثمار بعيداً عن جو السياسة ، وأن

---

(١) الدكتور سعد علام في منازعات التحكيم البترولية مذكرات مؤتمر القاهرة سنة ١٩٨٩ ص ٨٢

الدّولة يمكنها أن تدفع بالحصانة لحماية الملكية أو الأموال المخصصة لخدمة عامة. ولكن هذا الهدف يكون منتفيا عندما تكون الملكية أو الأموال مخصّصة لأغراض تجارية» (١).

وهذا الاتجاه اعتنقته محكمة النقض الفرنسية - الدائرة المدنية- في حكمها الصادر في ١٨ نوفمبر ١٩٨٦ (٢) إذ قضت بأن الدولة الأجنبية التي تخضع لقضاء التحكيم بموجب شرط التحكيم في العقد، تكون قد قبلت بمقتضى الشرط ذاته وضع الصيغة التنفيذية على الحكم.

ومؤدى هذا الحكم من ناحية أخري، أن إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة وطرف آخر، يعد أيضا بمثابة نزول ضمني (٣) عن التمسك بحصانتها ضد اجراءات التنفيذ، ويعتبر قبولا منها لأن يكون حكم المحكمين مشمولاً بالأمر بالتنفيذ (٤).

(١) دكتور جلال محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار-ندوة المركز الدولي للتحكيم التجاري بالاسكندرية ١٩٩١، ص. ٩٨.

(2) Cass. civ. 18 Nov 1981 clunt 1986, PP. 121 et s.

Par la lause compromissoire d'un contrat un Etat étrangèr qui s est soumis a la juridiction des arbitres a, par la mem, accepté que leur sentence puisse etre revetue de l'exquatur

(٣) وقد نصبت الاتفاقية الأوربية لحصانة الدول الأجنبية لسنة ١٩٧٢ إن الدولة التي تقبل خضوع تحكيم في شأن نزاع قائم أو محتمل، لايمكنها التمسك بالدفع بالحصانة أمام المحاكم العامة فيما يتعلق النزاع المنظور أمام هيئة التحكيم، مالم يتضمن إتفاق التحكيم نصاً مخالفاً. وتنص المادة (١٢) من الاتفاقية المذكورة أن الدولة التي قبلت اللجوء إلى التحكيم صراحة بمقتضى إتفاق مكتوب في المنازعات المدنية والتجارية، تكون قد إرتضت أيضاً قضاء الدولة التي يتم تنفيذ الحكم فيها. ويعتبر من قبيل التنازل عن الحصانة تخصيص الدولة أموالاً تملكها على إقليم الدولة الأجنبية لضمان دائنيها

(الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن الحصانة القضائية ضد التنفيذ في القانون الدولي الخاص المقارن لسنة ١٩٩١ ص ١٤٠ رفع ١٠٠)

(٤) وفي رأي محكمة النقض الفرنسية، أن السبيل الممكن لتفادي النزول عن الحصانة، سواء أمام التحكيم أو ضد إجراءات التنفيذ، هو أن تحتفظ الدولة صراحة بحصانتها، عن طريق إدراج شرط في العقد

Jean Michel. Jacques : L Eat operateur . op. cit.. P 687.

٤٩- والرأى مستقر فى الفقه الفرنسى (١) ، أنه إذا كان يبين من طبيعة العلاقة موضوع النزاع - محل إجراءات التحكيم- ومن الظروف المحيطة بها، أنها تعتبر من قبيل المنازعات الخاصة ذات الطابع التجارى أو الاقتصادى ، وأن الدولة التى لاتعمل فى إطار العلاقة بوصفها سلطة عامة ، تتجرد من الحصانة ضد إجراءات التنفيذ. ذلك أن نظام الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين لايتحقق له فعاليته إلا بضمان تنفيذ الحكم ،ومجرد الاتفاق على عرض المنازعة على التحكيم ، لايقطع بأنها متعلقة بالنشاط التجارى أو الاقتصادى وهذا المعيار مأخوذ به فى القانون الانجليزى الصادر فى ٢ يوليه ١٩٧٨ (٢).

كما اعتّد به القضاء الفرنسى فى العديد من أحكامه. وتطبيقا لهذا المعيار استبعدت محكمة باريس (٣) فى حكمها - الصادر فى دعوى الحصانة القضائية Societe Eurodif-Et Sofidif C/ Etat Iranien. موضحة أن دولة إيران قد أسهمت عن طريق وكالتها الحكومية فى شركة من شركات القانون الخاص، وأن العقود المبرمة فى إطار الخطة التجارية والمالية هى من طبيعة تجارية

Sont de nature commerciale

ويصدق هذا الاتجاه إذا كانت إجراءات التنفيذ يتم إتخاذها على الأموال المملوكة لشخص معنوىّ تابع للدولة، أو مستقل عنها، طالما كانت هذه الأموال مخصّصة لنشاط تجارىّ خاص (٤) .

---

(1) Bourel . : Aspets récnts de l immunite d'exeution des Etats et service public etrangers, Trav. Comite Fr. de Droit, 1983, 1984, PP. 133, 196 et les déscions ites.

(2) Articles 2,3 Rev. Crit. 1980. P. 165.

(3) Cité par BOUREL, op. cit.

(4) Cass. Civ. ler. Oct. 1985, Rev. Crit. 1986, Note Audi.

فأعمال الدولة التى تدخل فى أنشطة القانون الخاص لا تقع فى منطقة الحصانة، فقد تم هجر نظرية الحصانة المطلقة للدول.

ونضيف إلى ماتقدّم، ما اتجه إليه بعض الفقه (١) من أن الدولة لاتتمتع بالحصانة القضائية، إلا فى مواجهة قضاء دولة أخرى تتكافأ معها فى السيادة ، ولما كان التحكيم لايعد قضاء تابعاً لسيادة دولة معينة، ومن ثم ، فإن التمسك بالدفع بالحصانة الذى يستند إلى السيادة- لايجد محله أصلاً أمام هيئة التحكيم ، سواء أكان تحكيما خاصاً Ad-Hoc ، أم تحكيما تابعا لمراكز دائمة.

"Institutionnel"

قد ذهب بعض الفقه (٢) إلى أنه إذا كان الطابع المختلط المعترف به لعقد الامتياز من حيث أنه يحتوى فى نفس الوقت على عناصر السلطة العامة "élèments d'autorité" وعناصر تعاقدية "élèments contractuels" فلا شك ان ادخال العناصر الاجنبية فى العقد يؤدى إلى استقرار الطابع التعاقدى للامتياز.

ويمكن تفسير ذلك، بأنه لاوجود لفكرة السيادة إلا داخل إقليم الدولة على رعاياها. أما خارج الاقليم فان للسيادة مفهوما آخر ، فهى تعنى المساواه القانونية بين الدولة والمتعاقد الاخر.

ضرورة كتابة اتفاق التحكيم :

٥- اتّجه القانون النموذجى للتحكيم التجاريّ الدوليّ إلى توحيد شكل اتفاق التحكيم. فأوجب الكتابة كشرط لانعقاد الاتفاق.

(1) FOUCHARD; L arbitrage Commercial international, No 126 En ce sens: BOUREL; Arbitrage international et immunité des Etats étrangers, Rev. Arv. 1982. P. 204.

(2) Obs. Y. D. sur la sentence rendue dans l affaire 1526, Clunet 1674. P. 921.

وهو مارددته المواد ٣٢ من قانون التحكيم الانجليزى الصادر لسنة ١٩٥٠ ، والمادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات المدنية الفرنسى الجديد (١) بالمادة ١٦٧٧ من القانون البجيكى الصادر سنة ١٩٧٢ كما تطلبته أيضا اتفاقية نيويورك (مادة ٢/١) ونصّ المعاهدة يقرر فى هذا الخصوص قاعدة مادية ، وليست قاعدة تنازع.

ولتسهيل ظروف التجارة الدولية، وتمرّرها من القيود ، لم تحدد هذه النصوص شكلاً كتابياً معيناً. فاكتفت بورود هذا الاتفاق فى صورة مراسلات أو برقيات Echange de lettre ou tellegrammes بين الطرفين ، أو غيرها من وسائل الاتصال السلكى أو اللاسلكى، طالما كانت قاطعة فى الدلالة على ارادة اللجوء إلى التحكيم من جانب الطرفين (٢).

ويؤكد الفقه الفرنسى (٣) أن توقيع الأطراف ليس متطلبا فى هذه الأحوال "La signature des parties n'est pas exigée"

وهذه النصوص تسرى على اتفاق التحكيم وشرط التحكيم على السواء، فإذا اتفق الأطراف على اتفاق التحكيم دون كتابه تطبيقاً لقانون وطنى معين، عندئذ لاتكون الدول المنضمة لاتفاقية نيويورك ملزمة بهذا الاتفاق بمعنى أن الكتابة دائما هى للإفادة من الاعتراف به فى إطار معاهدة نيويورك.

وهذه القاعدة الموحدة فى معاهدة نيويورك ، لاتتغير طبقا لقوانين الدول الموقعة على المعاهدة. وهى تمثل حداً أقصى ، بمعنى أنه لايجوز

---

(1) Goldman. J. C. L dr. international Fasc 584-no-27-28
(2) Goldman. J. C. L. op-cit no 44
(3) Goldman J. C L op-cit-P 8.9 no-28

الاستناد إلى قانون داخلى أكثر شدة، وهى تمثل حد أدنى ، بمعنى انه لايجوز الاعتداد باتفاق التحكيم الشفوى (١).

ومع ذلك، فإن أحكام اتفاقية نيويورك ، لاتخل - طبقا للمادة السابعة منها - بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التى أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم أو تنفيذها، كما أنها فى الوقت ذاته لاتخل بحق أى صاحب شأن فى التمسك بقرار التحكيم بالكيفية وفى الحدود التى يسمح بها التشريع القائم، أو المعاهدة القائمة فى الدول المطلوب منها الاعتراف بقرارالتحكيم أو تنفيذه.

ولكن لايشترط فى الكتابة أن تكون فى محرر رسمى ، بل يكفى الشكل العرفى. ومع ذلك فإن الاتفاق على التحكيم كتابة لايطهر الاتفاق ذاته من كافة العيوب الأخرى التى قد تشوبه وتؤدى إلى بطلانه ، عندئذ ، تعتبر الكتابة كأن لم تكن.

وعلى أية حال ، فإن الكتابة بالمفهوم السابق تعد ركناً شكلياً لوجود اتفاق التحكيم ، أى لانعقاده ،وهذا يسمح باعتبار اتفاق التحكيم الشفوى صحيحاً بالقدر الذى لايمكن المطالبة بموضوعة بمقتضى معاهدة نيويورك.

واتفاق التحكيم قد يتمّ بمناسبة منازعة حالة "Litige né. Présent" أو مستقبلة "Litige a naitre Futur" بهدف إستبعاد النزاع كله أو بعضه من ولاية القضاء الوطنى لأى من الطرفين.

---

(1) Goldman. J. C. L. op-cit- P-12 no-45.

وفى نطاق نص المادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات الفرنسى، فإن بطلان شرط التحكيم بسبب تخلف طابعه المكتوب لايتعلق بالنظام العام. فيجوز أن يكون محلاً لاتفاق مغاير.

والالتجاء إلى التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ، غالباً مايكون تنفيذاً لأحد شروط العقد، وهى مسألة شائعة فى العقود الدّولية النموذجية.

وقد يتضمن اتفاق التحكيم الإجراءات الواجب اتّباعها فى مراحل النزاع وفى المواد المدنية ، حكم فى فرنسا بأن شرط التحكيم المحكوم بقانون أجنبى ، لايكون صحيحا، إلا إذا كان مدرجا فى عقد دولى (١).

وتنص المادة السابعة من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (٢). بأنه إذا لم يوجد لأول وهلة، إتفاق تحكيم بين الأطراف أو كان بينهما إتفاق لايشير إلى غرفة التجارة الدولية ، ولم يقم المدعى عليه بالرد خلال مهلة الثلاثين يوما التى تبدأ فى السريان من اليوم الذى تعتبر فيه إجراء التبليغ قد تم ، أو رفض تحكيم غرفة التجارة الدولية، أبلغ المدعى أن هذا التحكيم متعذر.

٥١- وصحة اتفاق التحكيم يعتبر شرطاً لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهو ماتطلبته كل من معاهدتى نيويورك، وجامعة الدول العربية ، ويجب الرجوع إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها فى المعاهدتين المشار إليهما، للتحقّق من مدى سلامة وصحة اتفاق التحكيم.

وقد يكون اتفاق التحكيم باطلاً ، لتعلّقه بحقوق مما لايجوز التصرف فيها أو كان موضوعة يصطدم بالنظام العام فى العلاقات الدولية (٣) لحق البطلان حكم التحكيم الصادر بناء على هذا الاتفاق

---

(١) Cité Par Goldman. dr. int. Fasc. 526-2. P. 10. no

(٢) النظام الجديد للمصالحة ونظام التحكيم المعدل والسارى إعتباراً من أول يناير سنة ١٩٨٨ لغرفة التجارة الدولية ص ١٩ .

(٣) وكذلك فى العلاقات الداخلية. كما إذا كان الباعث الدافع إلى إبرام إتفاق=

الباطل، وامتنع بالتالى تنفيذ الحكم المذكور.

وتقضى المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد بأنه إذا كان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعتبر كأن لم يكن. ولايؤثر ذلك فى بقاء العقد الأصلى صحيحاً. ويسترد القضاء العادى ولايته فى النزاع الذى يثور بشأن هذا العقد بدلا من التحكيم.

وهناك اتفاقات تنظم نوعا من التعاون مبرمة بين بعض مراكز التحكيم ١) ومن هذا القبيل الاتفاق المبرم بين الجمعية الايطالية للتحكيم مع غرفة التجارة الصناعية فى روسيا سنة ١٩٧٤ . وهذه الاتفاقات المزدوجة تتضمن توصية بوضع شرط تحكيم مختلط "mixte" لمواطنى كل من المركزين المتعاقدين فى علاقات هؤلاء المواطنين المتبادلة يسمح بتحديد مكان التحكيم ، والمحكمين ، واختيار المنظمة المختصة، ونظام التحكيم المطبق.

وفى نطاق القانون البحرى، يحتوى شرط التحكيم غالبا على تحفظ يلزم المجهز والربان بقبول أمين السفينة المعين أو المحدد من مستأجرى السفينة (الشاحنين) وهو مايطلق عليه "la clause d'adresse" ويجوز أن تشتمل المشارطة أيضاً على شرط من مستأجرى السفينة يمنع المجهز من اللجوء إلى بعض الأشخاص عند تعيين أمين السفينة ، وهذا الشرط صحيح، حتى دون إبداء أسباب(٢).

وتشترط المادة ١/٢١ من اتفاقية هامبورج وجوب أن يكون اتفاق

= التحكيم غير مشروع. ومن هذا القبيل إذا أبرم شخص إتفاق تحكيم مع سيده لعلاقة غير مشروعه بينهما أو للفصل فى نزاع يرتبط بالدعارة أو لعب القمار.

(1) Fouchard. L arbitrage commercial internaional no 372 ets.

(2) Claude Barby les agents terrestre de la navigation maritime 1947 P. 31-32.

الأطراف على التحكيم ثانيا بالكتابة.

وفى نطاق التأمين ، تقضى مشارطات التحكيم الحديثة، التى تتضمنها وثائق التأمين أن تكون محكومة بمقتضى نصوص القانون القضائى (١) (٢).

وفي نطاق منازعات الصرف فالقاعدة التي يمكن بمقتضاها أن تكون منازعات الصرف محلاً لتحكيم ، معترف بها عالمياً فإذا ورد شرط التحكيم في الكمبيالة ذاتها، وهو ما لايوثر علي صحتها، فإنه يتعين تفسيره علي نحو ضيِّق، وفي هذا الفرض، فإن المدين بالالتزام الصرفي، أيا كان ، لا يمكن تكليفه بالحضور أمام القضاء .

وأن شرط التحكيم المدرج في العقد الاساسي بين الساحب والمسحوب عليه لا يؤثر بحسب الأصل في تحصيل الالتزام الصرفي لأن الشرط لا يمكن الاحتجاج به علي المستفيد الغير حامل السند وهو عملاً البنك الذي قام بخصم الكمبيالة.(٣)

وقد يتم اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم، وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا وقد يتم اتفاق التحكيم بالإحالة إلى مستند أو عقد معين.

اتفاق الاطراف على مشارطة التحكيم امام المحكم :

٥٢- اتجه القضاء الفرنسى (٤) إلى جواز اتفاق الأطراف على

---

(1) Claessens. H. l'arbitrage en marière d'assurances. rev, arb, 1978 P. 33

(٢) وقد نصت المادة ٧٥٠ من القانون المدنى على أن يقع باطلاً مابر فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية :-

٣- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة إلا فى صورة إتفاق منفصل لمن الشروط العامة.

(3) La Jurisprudence Récente de la cour Féderale allemande Par. Schlosser . Rev arb . 1995 n. 4 P 666 et. 667

(4) Cass 12 Mai 1980. Rev. arb P. 281 not Fouchard.

مشارطة التحكيم ، وتحديد محل النزاع ، وولاية المحكمين ، أمام هيئة التحكيم . بمعنى أن اتفاق التحكيم يمكن أن يتم بتاريخ لاحق على قيام خصومة التحكيم.

وأجازت المادة السابعة من القانون النموذجي للأمم المتحدة فكرة «اتفاق التحكيم الحكمي». فقد يتم شرط التحكيم في صورة تبادل المطالبة والدفاع، التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق. ولاينكره الطرف الآخر أو يتعرض عليه.

إتفاق التحكيم الضمني:

٥٣- أكد القضاء اتفاق التحكيم الضمني :

واستناداً إلى ذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٦١ (١) أن قبول عقد بيع تجاري دن اعتراض من البائع على الشرط المتفق عليه عن قيام النزاع الناشئ عن تنفيذه يوجب على الأطراف أن يخضعوا للتحكيم المتضمن قبولاً لشرط التحكيم المذكور، ويلتزم البائع باتباعه.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٢) في حكمها الصادر في ٨ يولية سنة ١٩٨١ أن محكمة الاستئناف إذ قررت أن اتفاق التحكيم قد نشأ صحيحاً ، نتيجة رفع خصومه التحكيم التي تم تكملتها- في تاريخ لاحق- بمرافعة الدفاع في مواجهة الآخر، يكون حكمها مبرراً من الناحية القانونية.

وقد صرحت المادة ١٠٢١ من قانون المرافعات المدينة الهولندي بجواز انعقاد اتفاق التحكيم بصورة ضمنية.

(1) Rev arb. 1962. P. 12.
(2) Rev arb. 1938. P. 209

اتفاق التحكيم مختلف عن سائر العقود الملزمة للجانبين :-

ولما كانت مشارطة التحكيم هى مجرد اتفاق بين طرفى الخصومة يختلف تماماً عن سائر العقود الأخرى الملزمة للجانبين . ذلك أن هذه المشارطة لاترتب على عاتق كل من الطرفين سوى التزام واحد ، هو الالتجاء إلى التحكيم ، ومن ثم فلا يرد عليها الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ ، أسوة بسائر العقود الأخرى ولكن يجوز الدفع ببطلان مشارطة التحكيم عندما تنطوى على مسألة مما لايجوز التحكيم فيها أو متى اتضح عدم مشروعية محل الالتزام.

وعقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان، لايمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين، لأن الطرفين لم يقبلا بموجب عقد التحكيم سوى الالتزام بالحكم الذى يصدره المحكم ، فإذا لم يصدر هذا الحكم تحللا من مشارطة التحكيم (١)

اتفاق التحكيم بالإحالة :

٥٤- أكد القضاء الفرنسي فى أحكامه السابقة على المرسوم الصادر فى ١٢مايو سنة ١٩٨٠ صحة اتفاق التحكيم صراحة المبرم بالإحالة إلى عقد نموذجى"Contrat-type" ، أو إلى العادات والشروط العامة للبيع.

وهذا ماخلصت إليه كذلك أحكام القضاء الفرنسى الحدية (٢).

وقد أجازت محكمة النقض المصرية فى ٥ مارس سنة ١٩٧٥ (٣)، تضمين سندات الشحن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد فى مشارطة

١- نقض مدنى ١٩٦٨/١١/٢٨ س ١٩ ع (٣) ص ١٤٢١ .

(2) Goldman. J. C. L. - dr international. Fasc. 186-4. procédure civile. Fasc 1069. P. 7 no 26.27.

ومايلى رقم (٧١).

(٣) مجموعة المكتب الفنى من س ١٨ ص ٥٢٥ .

الايجار ، موضحة أن هذه الأحالة تجعل شرط التحكيم ضمن سند الشحن رغم عدم توقيعه على سند الشحن، وعدم تعاقده على نقل البضاعة، إذ يعتبر المرسل إليه طرفا ذا شأن في عقد النقل.

وتستبعد المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ امكانية شرط التحكيم بالإحالة وهذا هو الحال بالنسبة للقانون اللبناني.

القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم :

٥٥- لم تعرض قواعد القانون النموذجي لبيان متى يكون اتفاق التحكيم الذى يتسم بالطابع الدولي قد توافرت فيه شروط صحته من الناحية الموضوعية لانعدام الرضا أو لعيب فيه (١) كما أنها لم تبين النظام القانونى الذى يحكم هذه الشروط.

لهذا يتعين الرجوع إلى معاهدة نيويورك (مادة ٥/١ بند «١») التى تصدّت لهذه المسألة ، فحددته بقاعدة أصلية. وهو قانون الإرادة ، أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولى، وقاعدة احتياطية لايتم اللجوء إليها الا عند تخلف الاختيار، وهى قانون مكان صدور حكم التحكيم.

ويخضع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة وكذلك يخضع لهذا القانون اجراء اتفاق الأطراف (٢) ولايشترط فى إختيار القانون أن يكون على صلة بإتفاق التحكيم ، لأن القيد على الاختيار يجب اسقاطه في مجال التجارة الدولية حيث أن هناك عقوداً نموذجية تتضمن شروطاً عامة

---

(١) إذا تعلق الأمر بعيب من عيوب الرضا فإن القانون الشخصى يستبعد لصلحة قانون العقد ذلك أن الرضا يتضن العنصر الأساسى لتكوين العقد، كما هو معمول به فى بلد تكوين العقد وهو الذى يحكم طبيعة الرضا وما يتطلبه من كمال (مايلى رقم ٦٠).

(2) "la Convention d'arbitrage relève de la loi d'autonomie et la procedure de la convention des parties" art. v. 1 (a) Fouchard. J. C. dr-international Fasc-585-1-Procedure Fasc 1050 no 79. P. 17.

تنص على تطبيق قانون معين على اتفاق التحكيم. برغم أن هذا القانون منبت الصلة تماماً باتفاق التحكيم ولاعلاقة له بهذا الاتفاق. على عكس ماهو مقرر بالنسبة للعقود الاخرى من اشتراط ارتباطها بالقانون المختار وفقاً للاتجاه الموضوعي الغالب.

وقد يكون هذا القانون وطنياً ، مثل قانون جنسية أحد الطرفين أو قانون مقر التحكيم أو قانون مكان إبرام العقد الأصلي، أو قد يكون وارداً في معاهدة دولية وتفيد معاهدة نيويورك أنها اعتدت بالإرادة الصريحة وعن تخلّف الاطّراف عن الاختيار يرجع إلى قانون مكان صدور الحكم.

ولما كان الهدف هو توحيد قواعد الإسناد، فيبد أن واضعي الاتفاقية استبعدوا تماما فكرة الارادة الضمنية. فالإرادة في نظرهم إما أن توجد أو لاتوجد. وإن فكرة الإرادة الضمنية- في رأيهم - مجرد وهم أو خيال. وهي تؤدي إلى اختلاف الحلول وتضاربها في المسألة الواحدة بين الدول المنضمة، والتي قد تنتهي تارة إلى تطبيق قانون مكان الابرام، وتارة أخرى إلى تطبيق قانون مكان التنفيذ، وتارة ثالثة إلى تطبيق قانون جنسية الأطراف، مما يؤدي إلى اضطراب النتائج، لأن الأطراف لم يكن لهم في الواقع رأي في المسألة فلا يمكن أن يستخلص لهم بشأنها نية. وعلى ذلك، فإنه من المشكوك فيه أن نصوص اتفاقية نيويورك تقنع بالاختيار الضمني (١).

أما قاعدة الإسناد الاحتياطية "a titre subsidiaire" وهي قانون مكان صدور حكم التحكيم عند تخلف قانون الإرادة ، فيمكن أن تجد أساسها في أن قانون هذا المكان هو الذي يتحدد على ضوئه ما اذا كان حكم التحكيم الصادر بناء على اتفاق التحكيم قد أصبح نهائياً أم لا،

(1) VAN DEN BERG; the new york arbitration Convention of 1958, no. 293.

وبيان ما إذا كانت السلطة المختصة في مكان التحكيم قد أوقفته أو ألغته ، مما يكون له أثره على اتفاق التحكيم وبالتالي على تنفيذ الحكم.

والمقصود هو قانون الدولة التي يجب أن يصدر منها حكم التحكيم، وليس قانون الدولة التي صدر فيها الحكم La pays ou la sentence doit etre rendue non celui ou ell a étè rendue

وهذا هو المفهوم ، طالما أن الأمر يتعلق بحالة المحكمة التي كان مطروحا عليها الدفع بعدم الاختصاص استناداً إلى قيام اتفاق التحكيم أمامها، وهو ما يكون متحققا قبل صدور حكم التحكيم (١).

٥٦- ولايجوز الرجوع في شأن صحة اتفاق التحكيم إلى قانون البلد الذي تقام فيه الاجراءات، علي نحو ماذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٨٣/٦/١٧ ، مستندة في ذلك إلى نص المادة (٢٢) من القانون المدني. بل يجب أن يكون الرجوع في شأن صحة اتفاق التحكيم إلى قاعدة الاسناد المنصوص عليها في المعاهدة، التي تعتبر جزءا لايتجزأ من القانون الأخير، تتغلب قاعدة الاسناد الواردة في الاتفاقية على القواعد الواردة في القانون المصري، حتى لو كانت تخالف هذه القواعد الوطنية.

ولايجوز للمحكم عند تخلف الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أن يطبق قانونا آخر غير قانون مكان التحكيم. وإلا تعرض حكمه لعدم التنفيذ.

وبداهة ، يشترط لاخضاع اتفاق التحكيم لقاعدة الإسناد الواردة في المعاهدة، أن يتحقق في التحكيم وصف «الاجنبية» بالمفهوم السابق بيانه (٢)، فإذا انتفي عن الحكم هذا الوصف، يتعين عندئذ

---

(1) GOLDMAN. J. cl. de droit international. Fasc. 1054. P. 16 no-65.

(٢) ماسبق رقم ٢٣ .

إخضاع اتفاق التحكيم الذى يتّسم بهذا الوصف لنصوص القانون الوطنى الذى تحكم شروط صحته وآثاره .

وقد طبقت محكمة النقض المصرية فى أحكامها على اتفاق التحكيم قانون البلد الذى اتفق على اجراء التحكيم فيه، فقضت فى ١٢ يونية ١٩٨٣ (١) :

«لما كان الثابت أن شرط التحكيم المدرج فى سند الشحن قد نصّ على أن يحال أى نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين فى مارسيليا وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ، ولم ير فى ذلك مايمس النظام العام، فإنه يرجع فى شأن تقدير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون الفرنسى باعتباره قانون البلد الذى اتفق على اجراء التحكيم فيه طبقاً لما تقضى به المادة (٢٢) من القانون المدنى، بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام. كما قضت فى ٩ فبراير ١٩٨١ (٢) انه: «لما كان شرط التحكيم قد نص على ان يسوى النزاع فى لندن طبقا لقواعد التحكيم الانجليزى لسنة ١٩٥٠ ، وكان المشرع أقر الاتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج ولم يرفى ذلك مايمّس النظام العام، فإنه يرجع فى تقدير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الانجليزى ، باعتباره قانون البلد الذى اتفق على إجراء التحكيم فيه، وبشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام.

وقد اعتبر هذان الحكمان أن شرط التحكيم من قبيل الاجراءات(٣)، التى تحكمها المادة (٢٢) من القانون المدنى. وهو مايتفق مع جانب من

---

(١) نقض مدنى يونية ١٩٨٣، مجموعة الكتب الفنى، س ٣٤ ع (٣)، ص ١٤١٧ رقم ٢٧٩ .

(٢) نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٨١، مجموعة الكتب الفنى، س ٣٢ ع (١) ص ٤٤٥ رقم ٨٧ .

(3) Une question de Procédure.

الفقه الفرنسى (١). ومع ذلك نرى أن اتفاق التحكيم يدخل فى مسائل العقود، ويطبق فى شأنه قانون الإرادة المنصوص عليه فى المادة (١٩) من القانون المدنى. ذلك ان الاتفاق على التحكيم يعتبر سابقاً على الخصومة او اجراءاتها ويعتبر بمثابة عقد منشئ لالتزامات اسوة بأى عقد آخر.

doit être considerée comme un contrat créateur d'obligtions à l'égal de tout aure contrat وهذا الحل اعتنقه القضاء الفرنسى (٢).

ومع ذلك نرى أنه إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون مكان التحكيم أو قانون مكان التنفيذ، فإنه يطبق بوصفه قانون الارادة.

ويلاحظ أن نص المادة ٥ فقرة ١ «أ» لا يورد سوى شرطاً للاعتراف وتنفيذ حكم المحكم.

ومع ذلك ، فقد أتجه جانب من الفقه (٣) ، إلى قابلية معاهدة نيويورك للتطبيق حينما يتم الإشارة إليها خارج أى إجراء يتعلق بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

وهو ما اقرته محكمة استئناف باريس (٤) - فى شأن المواد المتعلقة بالاعتراف وشكل اتفاق التحكيم- استناداً إلى عمومية هذه النصوص.

---

(1) J. Robert et B. Moreau; L arbitrage en droit interne et droit international, Dalloz, P. 230 No 269.

(2) Goldman J.I. de dr international Fasc 58-1-Procédure civile Fasc. 1054. P. 12 no 41.

(3) Goldman J.I. de dr international Fasc. 586-1-Procédure civile Fasc. 154. P.15-no-58.

(٤) عكس ذلك حكم محكمة إستئناف باريس فى ٢١ فبراير سنة ١٩٨٠ حيث يقضى بأن الأمر يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراء التحكيم. وإن نصوص معاهدة نيويورك المؤدية إلى تسهيل الأعتراف وتنفيذ حكم التحكيم. لاتجد محلاً للتطبيق عندما تكون المطالبة أمام القضاء لاتتجه نحو تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى تحكيم دولى. (راجع مايلى رقم ٥٩).

نطاق القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم (١) :

٥٧- يجب التمييز بين موضوع التراضى - الذى يشترط لوجود اتفاق التحكيم - وموضوع الاتفاق.

فالعيوب التى تشوب التراضى ونطاقه تفسيره تكون محكومة بالقانون الذى يحكم اتفاق التحكيم.

أما موضوع الاتفاق أو محله ، فهو يثير مسألتين أساسيتين:- أولاهما القابلية الشخصية "subjective" للتحكيم التى تتعلق باهلية الدول أو الدولة التى تخضع للمجموعات العامة والأشخاص المعنوية للقانون العام فى الالتجاء إلى التحكيم. وهذه يحكمها سواء القانون الشخصي للدولة الطرف فى الاتفاق أو الدولة التى تخضع للمجموعات العامة أو الشخص المعنوى فى القانون العام، وسواء لقانون العقد الأصلى الممتد إلى اتفاق التحكيم. مع مراعاة أن أهلية الدولة والاشخاص المعنوية فى القانون العام -فى القانون الفرنسى - تعتبر قاعدة قانون دولى مادى. ثانيهما: - القابلية الموضوعية "objective" التى تتعلق بموضوع النزاع، فإنها تتحدد طبقا للقانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها، إذا كانت تخرج عن نطاق قانون العقد.

وبالنسبة للسبب المشروع، فهو ضرورى ولازم لتكوين اتفاق التحكيم اسوة بأى عقد آخر ، ومسألة مدى تحقق هذا العنصر تدخل فى إطار فكرة القابلية الموضوعية للتحكيم.

ويستبعد اختصاص القانون المطبق على التحكيم فى شأن أهلية أو

---

(1) Goldman J.I. de dr international Fasc. 58-1-Procédure civile Fasc. 1054. no 85.86.87.88.90.90.91.P.20.

سلطة الشخص الذى أبرمه. فالأولي تخضع للقانون الشخصى للمتعاقد ، والثانية يحكمها قانون «منظمة التحكيم» أو العقد النابع منه هذه السلطة.

وبالنسبة للآثار والحوالة والانقضاء ، فهذه يحكمها القانون الذي يخضع له الاتفاق، ولكن بالنسبة للآثار المتعلقة بالاختصاص القاصر لقضاء الدولة- فى مواجهة المنازعات التى اتفق الاطراف على احالتها للتحكيم، فإن قانون القاضى يحتفظ بالنسبة لها بنطاق التطبيق.

ولا شك أن ولاية قاعدة الاسناد المذكورة ، تمتد لتحكم تفسير اتفاق التحكيم ، فتبين حدوده ، ومدى انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني بالمسائل التحفظية والوقتية .

٥٨- ومن ناحية شكل اتفاق التحكيم فى اطار المبادئ العامة ، فإنه يخضع لقاعدة الشكل ، بحيث يكون اتفاق التحكيم صحيحا من حيث الشكل متى ابرم فى الشكل الذى يتطلبه القانون المحلى ، أى قانون مكان الإبرام، أو القانون الذى يحكم الموضوع، او قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين. ولايمكن إجراء اختيار خارج هذا النطاق، حتى ولو كان يهدف إلى جعل العقد صحيحاً.

وهذه القوانين الأربعة تنزل منزلة سواء . ذلك أن إلزام المتعاقدين بوجوب اتباع الشكل المحلى (١) يتنافى مع التيسير الذى تهدف القاعدة إلى تحقيقه، خاصة عندما يكون محل إبرام اتفاق التحكيم مكانا عارضا يتعذر عليهم العلم بأحكام قانونه.

(١) قد ذهبت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٧٣: «إن الشكلية المعتبرة ركنا فى إنعقاد التصرف- دون تلك المقضية إلى إثباته- تخضع لقانون الموضوع».=

تطبيق قواعد مادية مباشرة علي إتفاق التحكيم :

٥٩- تم التّوسّع فى اتفاقية نيويورك طبقاً لنصوص المادة الثانية منها، وذلك بتطبيق قواعد مادية مباشرة على اتفاقات التحكيم، بصرف النظر عن الإجراء الاحتمالى المتعلق بالاعتراف، أو تنفيذ حكم التحكيم فى تاريخ لاحق، دون أية فائدة من التحديد المكانى الذى قد يترتب على تركيز هذه لاتفاقات أو التحكيم المترتب عليها (١).

هذا وقد أكدت محكمة التحكيم لدى غرفة التّجارة الدّولية فى الدعوى رقم ٤١٣١ لسنة ١٩٨٢ (٢). أن اتفاق التحكيم يمكن أن يخضع للعادات التى تتمشى مع حاجات التجارة الدولية.

وقد فصلت العديد من هيئات التحكيم فى وجود وصحة اتفاق التحكيم دون الاستناد إلى قانون وطنى ، ولكن إلى مبادئ القانون، وعادات التجارة الدولية (٣).

وأشارت هيئة التحكيم الكائنة فى "Zuich" (١) إلى الفقه

= (مجموعة المكتب الفنى، الدائرة المدنية، س ٢٤ص٧٧٢). وهذا هو ما إتجه إليه المشرع المصرى فى المذكرة الأيضاحية للقانون المدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ(١) ص ٢٩٦ وما بعدها).

على أن الفقه الراجح يرفض هذا الرأى، ويرون أن الأخذ به يتنافى مع إعتبرات التيسير على المتعاملين التى تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الأبرام.

فإذا كان القانون الذى يحكم الموضوع يستلزم الكتابة كركن لانعقاد التصرف القانونى، وكان قانون الأبرام لايستلزمها، فإن منطق الرأى المخالف يقتضى التقيد بالكتابة، مما يخل بحكم مؤدى الرأى المخالف تعطيل قاعدة الأسناد الخاصة بالشكل.

(الدكتور هشام صادق تنازع القوانين الطبعة الثالثة ص ٢٨٦،٢٨٧).

(1) Fouchard. J. cl. dr dr. int. Fasc. 585.2 su procedure civile. Pasce. 105-2-P.5 no 135.

(2) Clunet 1983- P 899.

(3) J. C. l. de dr. int Fasc- 586- 1 ou Procedure civile Fasc- 1045. P. 19 no. 81

والقضاء السويسرى فى مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الذى يجب الفصل فيه طبقاً لمبادئ قانون المرافعات السويسرى.

وقد استند الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٨٤ (٢) فى شأن صحة اتفاق التحكيم ووجوده، إلى نظام غرفة التجارة الدولية الذى كان الأطراف قد أشاروا إليه.

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية فى ٣ يونية ١٩٩٧ ، ٧ أبريل ١٩٩٨ (٣) فى مسألة التحكيم الدولى بأن شرط التحكيم بالاحالة فى مستند تم اشتراطه فيه، يكون صحيحاً . متي كان الطرف الذى يحتج به عليه على علم بمضمونه وقت ابرامه بما يستخلص منه أنه قبل الأحالة.

وهذان الحكمان يتعلقان بالشكل المكتوب لاتفاق التحكيم فى المسائل الدولية. فقد أكدا استبعاد منهج التنازع فى مسألة اتفاق التحكيم، واوضحا المضمون للقاعدة المادية الفرنسية «حكم Dalico» دون الرجوع المسبق لأختصاص النظام القانونى الفرنسى، وقد قررت محكمة النقض أن الإحالة المشار إليها يتم تقديرها طبقاً للارادة المشتركة للأطراف . دون ضرورة اسناد المسألة إلى قانون دولة معينة إذ لم يتم استبعاد منهج التنازع الذى تم «هجره» فحسب ، بل أيضاً استبعاد كل اتجّاه يميل نحو قوانين الدول التى تحكم شروط التحكيم، هذا فضلا عن الإرادة المشتركة لاتكفى فى حد ذاتها فى إطار نظرية مستقلة مع التّحفّظ بالنسبة للقوانين الآمرة فى التشريع الفرنسى

(1) Clunet. 1988. P. 1198.
(2)Clunet. 1986 P. 1103.
(3) Rev. crit. 1999. P. 93 et s.

والنظام العام الدولى (١).

وهذه القاعدة تطبّق بوصفها قانون القاضى ويبرر M.M. Fouchard Gaillard, et Goldman أن الأمر متعلق بتقدير ما إذا كان الحكم الصادر فى موضوع اتفاق التحكيم محل الخصومة مهيئاً لاستقباله فى النظام القانونى الفرنسى، ومن ثم يكون صحيحاً تقدير صحة هذا الإتفاق بالنسبة للافكار المأخوذه بها فى القانون الفرنسى في تلك المسألة الدولية.

وإذا كانت هذه الصحة مؤكدة ، فإنها لاتبرر السبب الذى من أجله اتجه الأمر إلى ضرورة تفضيل أفكار القاضى عن مفاهيم دولة أجنبية ترتبط بالتحكيم بروابط وثيقة.

القانون الواجب التطبيق على عيوب التراضى فى اتفاق التحكيم:

٦٠- من المستقر عليه أن عيب التراضى، يخضع لقانون العقد (٢)، كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع ، وجزاء عدم المشروعية (٣).

ويمكن القول بأن الأحكام الفرنسية التى صدرت فى شأن عيوب الإرادة «الغش والخطأ» "la dol ou l'erreur" لاتستند إلى أفكار خاصة بقانون معين، وعلى الأخص القانون الفرنسى، ولكنها لجأت صراحة فى هذا الصدد إلى عادات واعراف التجارة الدولية.

وإن اتفاق التحكيم المشوب بمثل عيب الخطأ، يجب اعتباره مخالفاً

---

(1) Rev. crit. op cit., P. 94 et .

باستثناء Loquin الذى رأ أن المحاكم الفرنسية تطبق Lex Mercatoria

(2) Rev. crit.op cit.

(3) Goldman. J.Cl-de dr- international - Fasc - 585-2. ou procedure civile 1056. P-6 no - 3.

للنظام العام بمفهومه الدولى ، أو على الأقل يعد بمثابة قاعدة مادية للتحكيم الدولى (١).

ونضيف فى هذا الخصوص. أن بروتكول جنيف سنة ١٩٢٣ ، ومعاهدة جنيف سنة ١٩٢٧ ، ومعاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨ ، واتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ ، لاتحتوى على قواعد مادية خاصة بالتراضى المتعلق باتفاق التحكيم، وذلك دون المساس بالقواعد المادية المتعلقة بشكل اتفاق التحكيم (٢).

٦١- ومن المقرر أن الأهلية. وسلطة الالتجاء إلى التحكيم تخرج عن نطاق القانون الذى يحكم اتفاق التحكيم ، مع التحفظ بالنسبة لمدى قدرة الاشخاص المعنوية للقانون العام فى الالتجاء إلى التحكيم(٣).

أهلية إبرام اتفاق التحكيم :

٦٢- لما كان اتفاق التحكيم لايتضمن عادة أية إشارة إلى القانون الذى يحكم الأهلية، ولهذا يجب الاعتراف بأنه يشير فى هذه المسألة إلى القانون الدولى الخاص لكل من الأطراف المتعاقدة ، سواء أكان هو القانون الوطنى "la loi national" أم كان قانون الموطن "la loi du domicile" .

ويلاحظ أن أهلية الشركات والأشخاص المعنوية فى القانون الخاص يحكمها القانون الوطنى "loi national" ، وإذا أردنا أن نتفادى هذا

---

(1) Repértoire de-dr- int priv par Francescakis T (1) no- 117.

(2) Goldman-op cit P 7-no 27.

(3) Goldman-op cit P 7-no 47.

(3) Répertoire de droit international privé publiée sous la direction de M. Francescakis. T. (1) no-86.

التعبير الذى قد يكون منتقدا من الناحية النظرية، فإنه يمكن من الناحية العملية إسناد هذه الأهلية إلى قانون البلد الذى تكونت فيه تلك الشركات (النظرية الفرنسية)، ويكون لها مركز رئيسى حقيقى فى هذا البلد، وعندئذ ، فإن هذا القانون هو الذى يقرر ما إذا كان للشخص المعنوى أو للشركة أهلية الالتجاء إلى التحكيم.

وفى بلاد أخرى ، مثل بريطانيا وهولندا ، تخضع أهلية الشركة للقانون الذى نشأت فى ظله، وتمت فيه الإجراءات أو الشكليات حتى لو لم يكن لها مركز رئيسى فيه.

وتوجب نصوص معاهدة نيويورك خضوع الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الذى يدخل فى نطاق تطبيقها فى شأن أهلية الشركات أو الأشخاص المعنوية الأطراف فى التحكيم، والأشخاص الطبيعية طبقا لنصوص القانون المحدد بمعرفة القانون الدولى الخاص لقاضى التنفيذ، إذ تنص المادة (5-1-a) إنه يتعين رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت الطرف الذى يحتج عليه بالحكم أنه كان عديم الأهلية وفقا للقانون المطبق عليه (١).

سلطة إبرام اتفاق التحكيم :

٦٣- لايكون اتفاق التحكيم مبرما صحيحاً بمعرفة شخص معين، متى تعلّق بأموال أو حقوق تخصه، أو لكونه صاحب حقوق جزئية ، ولكنه لايملك التصرف فيها، وفى بعض الأحوال تكون هذه السلطات محددة بالادارة أما لا، وعلى سبيل المثال ، فى القانون الفرنسى، الزوجان أو الزوجة فى إطار النظام المالى المشترك ، أو التاجر الذى يخضع لاجراءات التصفية الجماعية "l'equid.Ation. collective" أو

(1) Repértoire op cit no 68-79.89.

في شأن أموال لايملكها ، وهذا هو الحال بالنسبة للممثلين القانونيين لناقصي الأهلية أو بالنسبة لسنديك تصفية الأموال.

وفي القانون الفرنسي ، يجب البحث - كما هو الحال بالنسبة للأهلية - عن القانون المحدد لتعريف سلطات الشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم، ويحدد القاضي الفرنسي هذا القانون بالإحالة إلى قاعدة الاسناد الفرنسية.

إن مبدأ وجود ونطاق سلطة التعهد بشأن الأموال أو الحقوق المتعلقة بالشخص الذي يبرم التعاقد (ولكن طبقا لاوضاع يمكن أن تقيد من هذه السلطة) أو بالنسبة للأموال التي لاتخصه، تكون محكومة بالقانون المنظم، أو العمل القانوني الذي يمنحها ، أو يرفضها، أو يحد من تلك السلطة، وعلى ذلك ، فإن سلطات الزوجين بشأن أموال الأسرة تكون محكومة بالنظام المالي المشترك ، وسلطات الممثل القانوني لناقص الأهلية يحكمها القانون الذي يحمي ناقص الأهلية ، وبالنسبة لالتزام السنديك بشأن الاستمرار في عقد مبرم قبل اللجوء إلى القضاء لتنفيذ شرط التحكيم الذي يتضمنه.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق يمثل أهمية عملية فيما يتعلق بسلطات الوكالة الاتفاقية حيث يكون ضروريا بيان ما اذا كانت صحة اتفاق التحكيم المبرم بمعرفة وكيل يخضع أو لا يخضع لوكاله خاصة. ولمعرفة مدى هذه الخصوصية. وهل هي وكالة الالتجاء إلى التحكيم بوجه عام. أم وكالة ابرام شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم أو الاثنين معا، وهل هي وكالة لنزاع محدد أم لكل نزاع يخص الموكل (١).

---

(1) Goldman. J C. I de dr international Fasc. 286-2 procedure civile.
Fasc 1056-no-82,84.58. P. 17.

تحديد موضوع اتفاق التحكيم ونطاقه :

٦٤- إن تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم ، أو في شرط التحكيم ، يعتبر شرطا لصحة الشرط أو المشارطة.

ويجب أن يتم هذا التحديد في عبارات واضحة، فلا يكفي لتحديد الموضوع أن يثبت في مشارطة التحكيم أو في شرط التحكيم ، أنه يتعلق بتنفيذ أو تصفية أو تفسير جميع المنازعات المتعلقة بالأطراف ، لأن الأمر يتطلب تحديداً قد لايطابق النية المشتركة الحقيقية للأطراف (١) ، لكن يكفي تقرير أن موضوع النزاع يتعلق بحسم المنازعات التي تنشأ بمناسبة دعوى معينة أو عقد معين.

واذا اتفق على التحكيم قبل نشوء النزاع ، فإنه يكفي تحديد موضوعه أثناء المرافعة (٢).

ولايجوز تحديد النزاع في خطاب يوجه إلى أحد الاطراف يتضمن دعوته أمام هيئة التحكيم (٣).

وإذا تعددت الاطراف وكان النزاع على التحكيم مما لايقبل التجزئة ، سواء بحسب طبيعته أو بحكم القانون، أو بالإتفاق ، فلا يكون التحكيم صحيحاً إلا إذا تم الإتفاق بينهم جميعا.

أما إذا تعددت الأطراف وكانت المنازعات بينهم قابلة للتجزئة ، فيجوز لبعض الاطراف الاتفاق على التحكيم بشأن بعض هذه المنازعات وللأطراف الآخرين رفع بعض هذه المنازعات أمام القضاء العادي، ويمتنع على من اتفق على التحكيم أن يعاود إلى طرح

---

(1) en ce sens. J. C. I dr. international. Fasc. 586 3. 3 no-3

(٢) الدكتور أحمد شرف الدين. دراسة في منازعات العقود الدولية ص ٨٢ .

(3) Paris 15. Fev. 1973-re. arb. 1973. P. 25.

خصومته أمام القضاء العادى بحجة الارتباط بالمنازعة أمام القضاء ، مادام قد أقامها على من كان طرفا معه فى اتفاق التحكيم(١).

٦٥- ومن حيث نطاق اتفاق التحكيم، فإنه يجب على المحكم أن يمتنع عن الفصل فى أي مسألة لاتدخل فى اتفاق التحكيم، ألا يتجاوز المسائل (٢) التى لاتدخل فى نطاق الاتفاق (٣). إذ يتعين أن يقف على حدود اختصاصه فلا يقضى بما لم يطلبه الخصم، والا كان حكمه باطلاً.

ومع ذلك، إذا كان من الميسور عزل ماقضى به حكم التحكيم فى المسائل التى تدخل فى الاتفاق، عن تلك التى تخرج عن نطاقه، جاز الامر بتنفيذ المسائل الاولى وحدها.

وهناك مسائل لاتدخل فى اتفاق التحكيم، وانما تعتبر من مقتضياته ، فإنه يتعين على المحكم الفصل فيها. فإذا كان المعروض على هيئة التحكيم تنفيذ عقد فليس ثمة مايمنع من النظر فى مسألة بطلانه، لأن التنفيذ لايتأتى إلا إذا كان العقد صحيحاً. ولأن صحة العقد هو الوجه المقابل لبطلانه، ولهذا فإن مسألة بطلان العقد تعتبر مطروحة على التحكيم بطريق اللزوم والاقتضاء.

ولايملك المحكم سوى سلطة الفصل فى النزاع المتفق عليه. فلا

---

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا فى التحكيم الاختيارى والاجبارى، الطبعة الثالثة ١٩٧٨، ص ١١٢ .

(٢) وقد حكمت إستئناف باريس فى ٢١ أبريل ١٩٩١ أنه يجب التفرقة بين تجاوز المحكم لحدود مهمته الموضحة فى إتفاق التحكيم بمعرفة الأطراف، وهذه تنفتح بها دعوى البطلان المنصوص عليها فى المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، وبين مسخ المحكم للمستندات، وهذه تخضع للطريقة التى مارس المحكم بها سلطته فى الحكم فى النزاع، وأن الأمرين لايتماثلان.

Rev. Arb. 1991, P. 667.

(٣) ويجوز الدفع بعدم إختصاص هيئة التحكيم. إستناداً إلى أن شرط التحكيم قاصر على مسائل معينة فى العقد لاينصرف إلى ماهو معروض على الهيئة.

يتعرض لنزاع آخر (١) ولو كان مرتبطا بالنزاع المطروح إلا بموافقة الاطراف أنفسهم. إذ لا يصدق على التحكيم «أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع» (٢).

التدخل :-

٦٦- كما يمتنع على المحكم الفصل في النزاع المتفق عليه بين الخصوم على غير أطرافه.

ولايجوز له إدخال خصم ثالث في الخصومة، ولاقبول تدخل أي شخص إلا بقبول أطراف التحكيم أنفسهم في ذات الوقت.

وتطبيقا للأثر النسبي لشرط التحكيم، وعدم جواز الاحتجاج على غير أطرافه ، قضت محكمة النقض الفرنسية (٣) في ١٥ نوفمبر ١٩٧٨ ، «أن محكمة الاستئناف كانت على حق إذ قررت بشأن شرط التحكيم الذي يخول الاختصاص لغرفة التحكيم والمدرج في اتفاق مبرم بين شركة واحد أعضائها، لايمكن الاحتجاج به في نزاع بين العضو وشريك آخر في الشركة الأولى ، لأن هذا الشريك الاخير لم

---

(١) ويقضي قانون التحكيم الجديد بأن الدفع بعدم شمول إتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع يجب التمسك به فوراً. وإلا سقط الحق فيه (م/ ٢٢ / ٢).

(٢) قضت محكمة النقض المصرية في ٣ يناير سنة ١٩٥٢ بأن التحكيم طريق إستثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية. فهو يكون مقصوراً حتماً على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، ولا يصح تبعاً إطلاق القول في خصومه بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أبطل حكم التحكيم ببطلان عقد الشركة لعدم مشروعية الغرض منها وذلك بناء على أن مشارطة التحكيم لم تكن لتجيز ذلك لأنها تقصر ولاية المحكمين على بحث المنازعات الخاصة بتنفيذ عقد الشركة، فضلاً عما إعترض به أمام هيئة التحكيم من أنها ممنوعة من النظر في الكيان القانوني لعقد الشركة فهذا الحكم لايكون قد خالف القانون في شئ (مجموعة القواعد القانونية - الجزء الأول ص ٢٩٧ رقم ٧).

(3) Cass com. 15 Nov. 1978. Rev Arb. 1980. P. 69 et s.

يكن طرفا فى الاتفاق».

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الغير الذى يتدخل فى تنفيذ العقد المبرم بشأنه شرط تحكيم بين الحكومة الفرنسية والحكومة التونسية ، يعتبر من جانبه بمثابة تصديق على هذا العقد ويكون بالتالى ملزما بمقتضى هذا الشرط ، وحتى ولم يوقع على العقد الذى ورد به الشرط (١).

ويسرى اتفاق التحكيم على الورثة والخلف الخاص.

ويعتبر تدخل الضامن (٢) أمام التحكيم للدفاع عن الدين المضمون فى الخصومة بينه وبين الدائن قبولا أو رضاء منه بالتحكيم.

٦٧- ويجب أن يشمل شرط التحكيم كل ماورد فيه. من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية فى ١٩٦٥/٦/١٧ (٣) من أن شرط التحكيم المطبق على النزاع «جاء عاما شاملاً لجميع المنازعات الناشة

---

(1) Cass Civ 21 Juin. 1991, Rev. 1991, P. 453 et s. Note Mayer.

وقضت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٥٧٢١ لسنة ١٩٩٠، أنها لاتملك سلطة الحكم إلا فى مواجهة الأطراف دون الحكم على البنك الضامن الذى لايعتبر طرفاً فى الأجراءات. ذلك أن العقد المبرم بين البنك الضامن والمستفيد، يستقل تماماً عن العقد الأصلى. ومع ذلك، ولأن ضمان البنك يجد أساسه فى العقد الأصلى، فإن المحكمين يظلون مختصين فى العلاقات المرتبطة بين العميل الأمر والمستفيد، مما ينتج عنه أن ضمان البنك يرتبط بصحة، ونطاق، وفسخ العقد الأصلى.

Clunet, 1990, P. 1020.

كما حكمت محكمة النقض الفرنسية فى أول مايو سنة ١٩٨٨ بأن حكم التحكيم إذا قضى بإلزام الضامن بأن يدفع لهذه الشركة - التى لم تكن ممثلة فى الخصومة - مبلغاً معيناً، لايمكن النعى عليه بأنه خالف المادة (١٤) من قانون الأجراءات المدنية الجديد، أو خالف قاعدة «لايجوز لأحد أن يتداعى بوكيل عنه» ولكنه لايشكل إلا إجباراً على تنفيذ إلتزام الضمان الذى يقع على عاتق الضامن بمقتضى الأتفاق.

Rev-crit- 1989 P. 52 note Goutal.

(٢) مجموعة المكتب الفنى - الدائرة المدنية، السنة (١٦) ص ٧٨٧ .

عن تنفيذ عقد النقل البحرى ، وكانت عملية التفريغ تعتبر على مايستفاد من نص المادتين ٩٠ و ٩١ من قانون التجارة البحرى جزءا متمما لعملية النقل تكون معها كلا يسري عليه احكام عقد النقل البحرى- وكان الطاعن يطالب بمقابل كسب الوقت الناتج عن إسراعه فى التفريغ، وهو يمثل جزءا من الاجر، يقتطع منه نظير المنفعة التى عادت على السفينه من تفريغها فى مدة تقل عن المدة المحددة أصلاً. لما كان ذلك، وكانت مشارطة ايجار السفينة تضمنت نصا صريحا لتنظيم عملية التفريغ ومواعيدها ، ومقابل التأخير ومقابل السرعة ، وكان هذا النص من بين نصوص مشارطة الإيجار التى شملته الإحالة الواردة فى سند الشحن، فان المطالبة المتفرعة عن التفريغ طبقا لهذا النص، تكون من المنازعات التى ينصرف إليها شرط التحكيم.

الفصل فى وجود شرط التحكيم وصحته :

٦٨- يتأجل تطبيق شروط التحكيم فى الداخل أو في الخارج، إذا اعترض تطبيقه مؤقتا عائق مما تتوافر له شروط القوة القاهرة. فقد حكمت محكمة النقض المصرية فى ١٧ يونيه ١٩٦٥ (١)، ان قيام القوة القاهرة لايكون من شأنه إهدار شرط التحكيم المتفق عليه، وإنما كل مايترتب عليه هو وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم ان كان له ميعاد.

ومع ذلك إذا تعذر تنفيذ شرط التحكيم على نحو مطلق، ترتب على ذلك إهداره ووجوب عرض النزاع على الجهة المختصة (٢).

---

(١) نقض مدنى ١٧ يونية ١٩٦٥، مجموعة المكتب الفنى، ع (١٦) ، ص ٧٧٨ .

(٢) «قضاء محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم رغم تمسك الطاعنة أمامها، أن القانون الانجليزى يحول دون عرض النزاع على التحكيم فى لندن، وتقديمها ترجمة الحكم صادر من مجلس اللوردات يتضمن هذا المبدأ، فإن=

وبهذا حكمت محكمة النقض المصرية فى ١٤ أبريل ١٩٧٠ (١) و ٥ مارس ١٩٧٥ (٢) أنه لما كان الطاعن يدعى أنه قد استحال عليه عرض النزاع على التحكيم، لأن شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار يوجب اختيار المحكمين من رجال التجارة المقيمين فى لندن ، وأن ذلك يفيد أن للمحكمين بصفتهم هذه اعتبار لدى المحتكمين، ولأن قضاء مجلس اللوردات الانجليزى قد استقر على أن الإحالة العامة بسند الشحن إلى مشارطة الايجار ليس من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد بالمشارطة مندمجا فى سند الشحن، فإنه يترتب على هذا الذى يقول به الطاعن-إذا صح- ان يزول التحكيم ، ويصبح كأن لم يكن ويكون للطاعن المطالبة بحقه، وحتى لايحرم من عرض منازعته على أية جهة- للفصل فيها- أن يلجأ إلى المحاكم لعرض النزاع عليها من جديد، لأنها صاحبة الولاية العامة بالفصل فى جميع المنازعات إلا ما إستثنى منها بنص خاص.

وطبقاً للمادة ٢/١٦ من القانون النموذجى للتحكيم الدولى، أن هيئة التحكيم هى صاحبة القول الفصل فى اختصاصها، ويدخل فى ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق عليه (٣).

وتفضل هيئة التحكيم فى اختصاصها على ضوء القانون الواجب

= إغفال الحكم الصادر على النزاع الجوهرى يعتبر قصوراً (نقض مدنى ١٩٧٥/٤/٣٠ س٤٦ ص ٩٠٤ رقم ١٧٤) وإذا قضت محكمة الإستئناف بإلغاء الحكم المستانف القاضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، فإنه يجب على محكمة الأستئناف أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى التى لم تستنفذ ولايتها فى الموضوع.

(١) نقض مدنى ١٤ أبريل ١٩٧٠، مجموع المكتب الفنى، ع (٢١) ، ص ٥٩٨ .

(٢) نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفنى، ع (٢٦) ، ص ٥٣٥ .

(3) "le tribunal arbitral aurait le pouvoir de statuer sur a propre compétence, meme l'orsque l'existence-et non seulement la validité de la clause compromissoire serait contéstée.

التطبيق وهى تتصدّى لتقرير مدى وجود أو صحة اتفاق التحكيم بوصفه مسألة أولية يجب البت فيها قبل الفصل فى الموضوع، ولها فى سبيل ذلك سلطة تفسير اتفاق التحكيم وفقا لما انصرفت إليه النية. والارادة المشتركة للطرفين.

وهذا ماتصت عليه المادة ٣/٨ من لائحة غرفة التجارة الدولية. وبداهة يتم الفصل فى صحة شرط التحكيم فى ضوء القانون الذى يحكمه، أى الواجب التطبيق عليه.

٦٩- وقد يطعن أحد الأطراف بتزوير توقيعه على اتفاق التحكيم، أو بإضافة بيانات أخرى إلى هذا الاتفاق بعد التوقيع عليه، وذلك على خلاف الحقيقة. فى هذه الحالة، لاتملك هيئة التحكيم الفصل فى صحة إتفاق التحكيم، إذ تعتبر هذه من المسائل الأولية التى تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم، وتعين اللجوء فى شأنها إلى المحكمة المختصة، وهنا يبرز دور القضاء الوطنى فى أحد مظاهره الخاصة فى معاونة التحكيم الدولى (١).

٧٠- وأجازت المادة ٣/١٦ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لهيئة التحكيم أن تصدر حكما تمهيديا قبل الفصل فى الموضوع برفض الدفع بعدم الاختصاص. أى باختصاصها، كما يجوز لها ضم الدفع للموضوع، وتفصل فيه مع الحكم الموضوعى.

وأجاز النص عند إصدار الهيئة حكم تمهيدى- قبل الفصل فى الموضوع برفض الدفع بعدم الاختصاص، وباختصاصها، الطعن فيه بمعرفة الخصم الذى أبدى الدفع أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوما

---

(١) مايلى رقم ١١٩ .

من تاريخ اعلانه بالحكم برفع الدفع.

ويلاحظ أن النص الخاص باستمرار الهيئة فى نظر الموضوع، وإصدارها الحكم فيه معيب، فما هو الحل فيما لو قضت المحكمة بإلغاء الحكم برفض الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم، مما مؤداه اعتبار هيئة التحكيم غير مختصة، وكان الحكم قد صدر من هيئة التحكيم فى الموضوع؟ الا يعتبر هذا الحكم عديم الأثر لصدوره من جهة لا ولاية لها.

٧١- وقد أجازت محكمة النقض المصرية تضمين سندات الشحن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد فى مشارطة الايجار، موضحة أن هذه الإحالة تجعل شرط التحكم ضمن سند الشحن، ويلتزم به المرسل إليه، باعتباره فى حكم الأصيل، رغم عدم توقيعه على سند الشحن ، وعدم تعاقده على نقل البضاعة. إذ يعتبر المرسل إليه طرفا ذا شأن فى عقد النقل، فيتكافأ مع مركز الشاحن، ومن ثم يلتزم بشرط التحكيم الواردة فيه، كما يستطيع أن يطالب بتنفيذه (١).

ومفاد هذه الاحالة أن المرسل إليه لايستطيع أن يرفع دعواه مباشرة إلى المحاكم قبل الالتجاء إلى التحكيم (٢). وهذا هو مايطلق عليه شرط التحكيم بالاحالة (٣).

وقد أقرت محكمة استئناف باريس فى ٢٨ نوفمبر ١٩٨٩ مبدأ امتداد شرط التحكيم الذى تضمنه اتفاق المساعدة الفنائية المبرم بين

---

(١) نقض مدنى مصرى فى ٢٦ يونية سنة ١٩٧٨مجموعة المكتب الفنى س ٢٩ ص ١٠٤٨

(٢) نقض مدنى ١٤ أبريل ١٩٧٠ ذات المجموعة، س ٥٩٨٢١

(3) La Clause arbitrale par reference : Kassedjian, Note sous : Civ. 26 Juin 1990.

حكومتي فرنسا وتونس إلى الشركة الفرنسية للملاحة، فتلك المشكلة الأخيرة قدتم تحديدها بمعرفة المركز التونسي للقمح، لتنفيذ الاتفاق، بوصفها ناقلة (١).

وقد قضت محكمة استئناف باريس في ٢٠ يناير ١٩٨٨ بأنه «يكون صحيحاً شرط التحكيم الناشئ عن شرط تعاقدي يحيل إلى اتفاق تحكيم لعقد اخر لم تكن الشركة المستأنفة طرفا فيه» (٢).

وغالباً مايكون مثل هذا الاشتراط في مجموعة من العقود المختلفة بحيث يسمح بتوحيد شروط التحكيم في هذه العقود، باخضاع المنازعات الناشئة عنها إلى نفس نظام التحكيم بهدف توحيد الاجراءات (٣).

وقد استقر القضاء الانجليزي على أنه كي يدمج شرط التحكيم الدولي بالمشارطة في سند الشحن، فإنه يلزم لذلك أن يذكر السند بالمشارطة أو يتفق في السند صراحة على إدماج شرط التحكيم الوارد به بالمشارطة بعبارة واضحة، وبشكل لايثير لبسا، وأن ينص في المشارطة ذاتها على أن الشرط ينطبق على المنازعات مع المستأجر حامل سند الشحن (٤).

٧٢- فإذا ثبت للمحكم ان اتفاق التحكيم كان باطلاً ، فلا يجوز له بعد ذلك التصدي للنزاع.

---

(١) وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المرفوع عن الحكم المذكور.
Rev. Arb. 1990, P. 675, note P. Mayer.

(2) Cour d' Apped de Paris, 20 Janv. 1988, Clunet 1989, PP. 1032 et s.

(3) Delvové : Les solutions contractuelles. La clause d'arbitrage et tiers, Rev. Arb. 1988.501.

(٤) الدكتور جمال الدين عوض. شرط التحكيم في سند الشحن ومشارطات إيجار السفن. مؤتمر القاهرة في التحكيم الدولي يناير سنة ١٩٨٩ ص ٦ .

وإذا كان البطلان ينصب على الجزء من الشرط المتعلق بالطعن بالاستئناف على حكم التحكيم وحده، فلا يؤثر على صحة الجزء الباقى من اتفاق التحكيم (١).

٧٣- ومن المقرر أن المحاكم تتصدى لوجود اتفاق التحكيم، عندما يكون النزاع مطروحا عليها، ابتداء ، وطلب منها التخلى عن اختصاصها لهيئة التحكيم استنادا إلى الاثر المانع لاتفاق التحكيم، فان لها ان تعرض لهذه المسألة لبيان ما إذا كان الاتفاق على التحكيم باطلاً أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق (٢).

ومتى صدر حكم التحكيم نهائيا ، ولم تكن المحكمة التى رفع إليها النزاع قد فصلت فيه بحكم نهائى، وجب عليها أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

وإذا كان القانون الفرنسى يحظر شرط التحكيم فى التصرف المختلط أى الذى يمثل طابعا تجاريا بالنسبة لبعض الأطراف، وطابعا مدنيا بالنسبة للبعض الآخر، فإن هذا الحظر لاينطبق علي العقد الدولى (٣) ذلك أن اتفاق التحكيم فى مثل هذا التصرف المختلط يكون صحيحاً بوصفه تصرفا مستقلاً عن الاستناد إلى أى قانون وطنى. إذ أن تأمين المعاملات وحاجات التجارة الدولية يتطلبان استبعاد هذا المانع.

---

(1) Cour d'Appel de Paris, 20 Janv 1988, 1989, P. 1032 et s.

(٢) وطبقاً للمادة ٥٣/١ بند (أ) من قانون التحكيم المصرى الجديد يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا لم يوجد إتفاق التحكيم، أو كان الاتفاق باطلاً، أو سقط بإنتهاء مدته.

ويصدق هذا النظر فيما لو جرى التحكيم التجارى الدولى فى بلد أجنبى، واتفق أطرافه على إخضاعه للقانون المصرى.

(3) Cour d'appel de Paris 13. Dec 1975 Rev Arb 1977 P. 147 et. s. Note Fouchard.

ومما يرتبط بنطاق اتفاق التحكيم تفسير هذا الاتفاق والشروط المعيبة .

تفسير اتفاق التحكيم :

٧٤-يجب على المحكم التزام مبدأ التفسير الضيق لشرط التحكيم عند تحديد المنازعات محل حكم التحكيم التى لايجوز التوسع فيها.

"une Convntion d'arbitrage doit être restrictivement interprée"

وعلى ذلك، فإن شرط التحكيم المدرج فى العقد الاصلى لايمتد إلى العقد التابع(١) "contrat accessoire"

وكذلك ، فإنه إذا انصبّ التفسير على العقد محل الاتفاق علي التحكيم، فلا يتسع التحكيم للمنازعات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد. فاذا كان اتفاق الخصوم علي عرض النزاع الذى يثور حول تفسير العقد على التحكيم، ثم ثبت أن المنازعة المطروحة على هيئة التحكيم لاتتضمن خلافا حول تفسير العقد، وكان النزاع ينحصر حول عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، مما يستتبع اختصاص القضاء صاحب الولاية بالفصل فى النزاع (٢).

والاتفاق على التحكيم لايفترض، بل يلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف ارادة الخصوم إلى اتباع هذا الطريق (٣). فالتحكيم طريق استثنائى لفضّ المنازعات، فيجب قصره علي ماتنصرف إليه إرادة

---

(1) Sentence rendue dans L'affaire no 4360 en 1983. C. C. I clunet 1983-P-907 et s.

(٢) نقض مدنى مصرى فى ١٩٧٦/١/١٦، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٧ رقم ٢٨ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨٦/٢/٦، والطعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٤٩ ق .

المحتكمين (١).

«فإذا تضمّنت مشارطة التحكيم بنداً مؤداه أن التحكيم إن وجد يجب أن ينعقد في لندن، وطبقا للقانون الانجليزي، فإنه لاينبغي تفسير هذا البند على انه شرط تحكيم، وانما هو شرط لعقد التحكيم في لندن، وطبقا للقانون الانجليزي اذا وافق الاطراف بعد ذلك على حل المنازعات الناشئة عن مشارطة الايجار عن طريق التحكيم» (٢).

وقد قضت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (٣) ، وباختصاصها بالفصل في المطالبة بالمستحقات الواجبة الأداء في مواعيد معينة المتعلقة بشأن ترخيص «اسم» "nom" او علامة "marque" ، في حين إنها قد رفضت ان تفصل في شأن المطالبة المتعلقة بالاستعمال الغير مرخص لاسم أو علامة استناداً إلى أن المحكم حين قام بتفسير اتفاق التحكيم تبين له أن المطالبة الأخيرة تخرج عن نطاق هذا الاتفاق.

وإذا اتفق الخصوم على تحكيم بالصلح، ومع ذلك تضمنت المشارطة نصا يوجب على المحكم احترام قواعد القانون، ومن ثم فإن هذا التعارض يقتضي تفسير هذا الشرط لمصلحة اطرافه ، فلا يعتبر المحكم مفوضاً بالصلح (٤).

٧٥- ويجب التأكد من مدى وجود شرط التحكيم عندما يحتج به على الدولة. وهنا يتعين التزام مبدأ التفسير الضيق في سبيل

---

(١) نقض مدني ٣٠/٣/١٩٨٣، والطعن رقم ١٠٥٣ لسنة ٥١ ق .

(٢) الدكتور محمود محمد هاشم: النظرية العامة في التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، ١٩٩٠ص١٨٨ ..

(3) La sentence rendue. C. C. I dans láffaire. 4491 en. 1984. clunet. 1985. P. 966.

(٤) الدكتور أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨، ص ١٧٨ .

الكشف عن قيام شرط التحكيم المشار إليه، والتحقق من وجوده فى النزاع بين الدولة وطرف اخر.

Le Principe de l'interétation strict des clauses compromissoires lorsque celles ci sont opposées à un Etat.

وقد تم تطبيق هذا المبدأ فى قضية "Pyramides" (١) التى أبرمت بشأنها عقود لازمة ممتإلية لإنجاز مشروع معين، معجوب بتدخل الدولة المصرية ، والثابت أن العقد الأصلى أبرم بين شركة أمريكية والدولة المصرية بواسطة وزير السياحة ، أعقبه عقد أخر مبرم بين الشركة الامريكية وهيئة عامة متخصصة هى الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق.

"L'egyptien General Organisation for Tourism and Hotel"
(E.G.O.T.H)

بهدف إنشاء مشروع بمواصفات معينة.

ولكن محكمة باريس المختصة قضت ببطلان حكم التحكيم، واعتبرت أن الدولة المصرية بوصفها طرفا فى خصومة التحكيم، لم تشترك فى شرط التحكيم، وهو مايؤدى إلى سلب محكمة التحكيم من كل اختصاص، وأوضحت المحكمة ان القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذى ورد بالعقد الاصلى لم يتضمن اية اشارة إلى ارتباط الدولة المصرية، او تعهدها، بأن تقبل فى علاقاتها بالمستثمر الأجنبى شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية C.C.I. – وأن توقيع وزير السياحة على العقد الثانى المبرم بمعرفة الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق، والذى تصدر بلفظ "approuvé, agrée et certifié" ، فإنه لايعنى سوى

(1) Jean- Michel-Jacquet : L'Etat opérateur du commerce international, Chinet 1989, PP. 676-677.

بيان سلطة الولاية ، دون تعهد الدولة، وأن العقد لاينطوى على أى ارتباط خاص بالدولة ، فقد رأت محكمة باريس ان الهيئة قد تعاقدت باسمها . وأضافت المحكمة أن العمل قد جرى بالنسبة للدولة المصرية هو أنها لاتقبل التحكيم اطلاقا عندما تكون هى بذاتها طرفا فى عقود مع مستثمرين اجانب.

ومن المقرر أن رقابة محكمة النقض تمتد اى هذا التفسير (١).

الشروط المعيبة أو المعتلة، "Clauses "Pathalogiqes

٧٦- هى الشروط الناتجة من جهل الأطراف ، أو الخطأ المادى فى تحديد نظام التحكيم، سواء بسبب تعريف قاصر لهذا النظام، أو غير كاف، ومثل هذه الشروط لاتعبر عن إرادة مشتركة للأطراف بحيث يتعذر معه إجراء التحكيم، وفى مثل هذه الأحوال يمكن القول بأن قضاء الدولة يظل مختصا بالفصل فى هذه المنازعات.

ومع ذلك، فإنه إذا كان من الممكن التحقق من نظام التحكيم الصحيح، فإنه يمكن اجراء التحكيم دون أى تردد حقيقى ويبقى عندئذ للشرط فاعليته.

ومن هذا القبيل، ماحكمت به محكمة استئناف باريس فى ١٤ فبراير سنة ١٩٨٥ (٢) فى خصوص اعتبار شرط التحكيم الذى يمنح القضاء لنظام تحكيم اطلق عليه محكمة غرفة التجارة بباريس يكون صحيحاً، ويجب حمله على أنه يمنح الاختصاص بالضرورة لنظام غرفة التحكيم بباريس.

---

(1) Rev-arb. 1987. P. 359. et L'article de M. E mmanuel Gillarad. 1987. P. 275.

(2) Rev-arb-P. 325. note level.

وفى المسائل الدولية. هناك خطأ شائع كثير الحدوث فى التسمية التى تتضمن الإشارة إلى غرفة التجارة الدولية الكائنة فى Geneve أو Zurich . فى حين أن هذا النظام مقره باريس، وقد اعتد أحكام عديدة بشروط التحكيم المشار إليها واعتبرتها صحيحة لأنها تكشف عن الإرادة المشتركة للأطراف فى اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية وبهذا قضى حكم التحكم C.C.I. فى القضية رقم ٥١٠٣ سنة ١٩٨٨ (١) بأن الشرط الذى يحدد القسم الدولى لغرفة التجارة بباريس، يجب تفسيره صحيحاً على أنه يشير إلى غرفة التجارة الدولية.

كما وافقت محكمة النقض الفرنسية (٢) قضاة الموضوع فيما ذهبوا إليه من أن شرط التحكيم الذى يحدد غرفة التجارة بيوغسلافيا وبلجراد يكون صحيحاً، ويعنى فى الحقيقة محكمة التحكيم الخارجية لدى غرفة التجارة بيوغسلافيا ومقرها بلجراد.

---

(1) Clunet. 1988. P. 1206.

استقلال اتفاق أو شرط التحكيم عن العقد الأصلي :

La dualité des Conventions Unies

٧٧- من المبادئ التي أصبحت مستقرة في قضاء التّحكيم التّجاري الدّولي، استقلال شرط التّحكيم، أو اتفاق التّحكيم عن العقد الأصلي.

وبيان ذلك، أن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته ، أو بطلانه أو فسخه لايؤثر على شرط التحكيم، سواء أكان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلّي، أم كان مستقلاً عنه في صورة إتفاق، وأساس هذا النظر، أن اتّفاق التّحكيم، أو شرط التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً تماماً عن موضوع العقد الأصلي، إذ يعد اتفاق التحكيم تصرفاً قائماً بذاته، له كيانه المستقل عن كيان العقد الأصلي (١).

وبهذا حكمت محكمة باريس في ٢١ فبراير سنة ١٩٦٤ «انه إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير، أدى إلى منع التصدير وعدم إمكان المصدر شحن البضاعة، مماترتب عليه فسخ عقد البيع، إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح في العقد. ومن ثم ، فإن شرط التحكيم يبقى صحيحاً ، وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع»(٢).

وكذلك ، فإن بطلان اتفاق التحكيم، لايؤدي إلى بطلان العقد

---

(١) ولايكون شرط التحكيم باطلاً إلا في أحوال إستثنائية، كما إذا كان سبب البطلان في العقد الأصلي ينصرف إلى شرط التحكيم، وذلك عندما يكون العقد الأصلي المدرج فيه شرط التحكيم قد أبرمه ناقص الأهلية أو مشوباً بعيب من عيوب الإرادة.

Déby Gérard. Le rôle de la règle ...op. cit. P. 108.

وكذلك الحال يمكن أن يتحقق بطلان شرط التحكيم متى كان ناشئاً عن بطلان العقد الأصلي لمخالفة العقد الأصلي لقاعدة تتعلق بالنظام العام.

(2) Rev. crit. 1964. P. 5432. note Mezgre.

الأصلي، ولايمتد إليه.

واستقلال اتفاق التحكيم، في مسائل التحكيم الدولي، يجب تقديره ليس فقط بالنسبة لاشتراطات العقد الاخرى، ولكن أيضاً بالنسبة لكل قانون وطني لدولة معينة (١).

وجرى القضاء الفرنسي (٢)، على أن تجديد الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي، لايؤدي إلى بطلان أو انقضاء شرط التحكيم. وكذلك فان هذا التجديد لايحول دون أن يستند هذا القضاء إلى مبدأ استقلال الشرط عن العقد الأصلي».

وأيضاً ، فإن الصلح في شأن موضوع العقد الأصلي، لايؤدي إلى سقوط شرط التحكيم (٣).

وقد اعتنق هذا المبدأ حكم Texaco and California oil Company.

ضد The gouverenemant LIBAN

في شأن النزاع على امتياز البترول الليبي (٤) إذ أوضح الحكم المذكور بقاء اتفاق الحكم- الذي يجعل الاختصاص لحكمة التحكيم- قائما ، رغم حوالة عقد الإمتياز الحاصل نتيجة للتأميم.

كما أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٨٣ . قاضي الموضوع في أنه لم يطبق القانون الذي يحكم العقد الأصلي في شأن تفسير شرط التحكيم الذي كان مدرجا

---

(1) Toulouse 26. Oct. 1982. clunet 1984. P. 603.

(2) Goldman. I.C.1 de dr. international. Fasc. 586-1 au procedure. civile. Fasc. 1054. no9 P. 4.

(3) Casss-civi-10 Mail 1988- Rev-Arb. 1988. no 4.

(4) LALIVE jean. Flavin. un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et Rev.

فى هذا العقد (١).

واستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى ، لايعد قاعدة تنازع قوانين ، بل قاعدة قانون دولى خاص مادى (٢) تتعلق بالتحكيم التجارى الدولى (٣) ، ولا تدع محلا لتطبيق أي قانون أجنبى مما قد تحدده قاعدة التنازع، وذلك استجابة لمتطلبات التجارة الدولية.

ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى قننته اتفاقية جنيف الأوربية سنة ١٩٦١ (٤) (م ١/١٦). واكدته قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، كما اعتنقته أيضا لائحة غرفة التجارة الدولية وكذلك ردته المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصرى الجديد.

ومع ذلك. فان معاهدة نيويورك (٥) لم تتضمن أي نص يتعلق بمسألة استقلال شرط التحكم. ولكنها قضت فى المادة V.I.(a). إنه يجوز رفض الاعتراض وتنفيذ حكم التحكيم، متي أثبت الخصم الذى يحتج عليه بالحكم ، أن اتفاق التحكيم لم يطبق عليه قانون الإرادة المتفق عليه، أو قانون مكان صدور حكم التحكيم عند تخلف قانون الإرادة.

٧٨- ويترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى،

---

(1) deux sociétés privées étrangères. clunet. 1977. P319 et s.

arb. 1984. P. 483. note Randeu Rivier Rev. arb. 1980 P. 3.

(2) Déby. Gérard. le rôle. op-cit-P. 108.

(٣) ومع ذلك. فإن هذا المبدأ يسرى بغض النظر عن الطبيعة المدنية أو التجارية، أو المختلطة لنصوص العقد. ...

Paris9. nov. 1984. clunet. 1986. P. 1039. note loquin.

(4) "la constation du nullité du contrat par la tribunal arbitral n'entraine pas de plein droit de la clause compromissoire".

(5) Goldman-I. C. I. de dr. international. Fasc. 586- lau procedure civile 1054. P-7. no-2.

نتيجة هامة فى اطار تنازع القوانين، هو أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذى يحكم العقد الأصلي (١) ، فيجوز تطبيق المبادئ العامة وعادات التجارة الدولية على اتفاق التحكيم، بصرف النظر عن القانون المطبق على العقد الدولى (٢).

مع ذلك، يمكن القول بأن تطبيق قانون معين على العقد الأصلى قد يعتبر قرينة كاشفة عن إنصراف نية الأطراف إلى تطبيق نفس القانون على اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، طالما أنه لايوجد اتفاق مخالف، وذلك تطبيقاً للاتجاه الفقهي الغالب فى تنازع القوانين والخاص بوحدة القانون الواجب التطبيق، إذ أن إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلى لايحول دون إمتداد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد الأصلى إلى اتفاق التحكيم.

اتفاق التحكيم وتعيين أسماء المحكمين :-

٧٩- كان مؤدىّ نص المادة ٢.٥/٣ من قانون المرافعات، استنادا إلى صياغتها الأمره، بطلان اتفاق التحكيم عند عدم تسمية أسماء المحكمين، وكان لهذا الاتجاه مخاطره الواضحة بالنسبة لمراكز التحكيم فى مصر، مثل مركز القاهرة الإقليمى الذى يرفع أمامه الدعاوى، ولايتضمن اسماء المحكمين. وقد يصدر حكم التحكيم فى الخارج لينفذ فى مصر، فيتم التمسك عند التنفيذ ببطلان شرط التحكيم لخلوه من أسماء المحكمين (٣).

---

(1) Fouchhard. L'Arbitrage Commercial ...Op. it. no. 114. 115. l'arrêt Gooset. cass. civi. 7. mai 1963. Rev cit 1963. P. 615. note. motulsky.

(2) Goldman. J.C.I op cit. P. 12. no-39.

(٣) الدكتور/ أحمد شرف الدين. دراسات فى التحكيم التجارى الدولى ص ٩٤ .

وقد أدرك المشرع المصرى هذه المساوئ، فنص فى المادة الثالثة من مواد اصدار القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ باصدار قانون التحكيم المصري الجديد فى المواد المدنية والتجارية، على الغاء المواد ٥٠١ إلى ٥١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما يلغى أى حكم مخالف لأحكام هذا القانون، وجاءت نصوص الباب الثانى الخاصة باتفاق التحكيم خالية من آية اشارة تفيد وجوب تسمية المحكمين فى وثيقة التحكيم، وإوضح الباب الثالث حرية اختيار اشخاص المحكمين، وكيفية، ووقت اختيارهم- وإزاء ذلك، فليس هناك إذن ثمة مانع من تطبيق أحكام قانون أجنبي في مصر لا يتطلب تعيين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم، متى كان هذا القانون هو الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد فى القانون المصرى.

أما بالنسبة لمعاهدة نيويورك - التى انضمت إليها مصر- وتعد جزءا من القانون المصرى وتطبق حتى لو خالفت قواعد التنازع الواردة فى القانون المدني ، فقد تصدّت لاتفاق التحكيم الذى يتسم بالطابع الدولى فى المادة الثانية من الاتفاقية.

فحددت مضمونة وكيفية إبرامه، دون أن تتضمن بدورها مايوجب ضرورة تسمية أسماء المحكمين وتطبيق الحكم الوارد فى هذه المادة مباشرة بوصفه من قوانين التطبيق الفورى (١) بعيداً عن منهج التنازع.

وهذا هو ما اتجهت إليه محكمة استئناف الاسكندرية فى حكمها الصادر فى ١٩٨٥/١١/١٨ (٢) التى أكدت أن صحة اتفاق التحكيم

---

(١) الدكتورة سامية راشد. التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية ص ١١٩ ومابعدها.

(٢) الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٠ ق مشار إليه فى الدكتور/ هشام صادق مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين ص ٦٦ ومابعدها.

لايستند فقط إلى نصوص قانون المرافعات الفرنسي الواجبة التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية وإنما تستند كذلك على اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ فى شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية .... وان التنظيم الذى أوردته المعاهدة فى مادتها الثانية لايقتضى أن يقوم الأطراف أنفسهم بتسمية المحكمين باشخاصهم فى اتفاق التحكيم ذاته، فقد جاءت خلواً من وجوب تعيين اسماء المحكمين فى ذات الاتفاق بمفهومه الوارد فيها ... وأن عدم تضمين اتفاق التحكيم أسماء المحكمين لايؤدي بالضرورة إلى عدم امكان تنفيذه ... ولايقبل من أطراف التحكيم التذرع بعدم امكان تنفيذه توصلاً إلى التحلل من اتفاق التحكيم».

ومن المعروف أن المعاهدة تعتبر حكم التحكيم أجنبياً، متى صدر الحكم فى دولة، ويراد تنفيذه فى دولة أخرى، أو متى كان حكم التحكيم لايعتبر وطنياً فى الدولة المطروح أمامها مسألة الاعتراف أو التنفيذ، حتي ولو كان صادراً على إقليمها (١).

وعلى ضوء ماتقدم لاضرورة لتسمية أسماء المحكمين فى اتفاق التحكيم سواء كان الحكم قد صدر فى الخارج ويراد تنفيذه فى مصر، أو صدر فى مصر، ويراد تنفيذه فى الخارج مادامت أحكام اتفاقية نيويورك هي المنطبقة، وبالمثل فان قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى (قواعد الأمم المتحدة) لم تتضمن نصاً أو قاعدة تستوجب تعيين أسماء المحكمين فى وثيقة التحكيم (٢).

---

(١) ماسبق رقم ٢٢ .

(٢) إلا إذا قام الأطراف الذين إعتنقوال قواعد القانون النموذجى بتعديلها. وإشترطوا تضمين إتفاق التحكيم تعيين أسماء المحكمين.

أطراف اتفاق التحكيم :

٨٠- يلتزم باتفاق التحكيم كل من وقع عليه، مالم يكن الاتفاق مشوباً بعيب من عيوب الرضا ، أو عارض من عوارض الاهلية.

وقد حكم بأن الشركة الأم ترتبط باتفاق التحكيم الموقع عليه من الشركة الوليدة (١) حتى ولو لم تكن هذه الشركة الوليدة تتمتع بالشخصية المعنوية (٢).

كما حكم بأنه يستحيل على الشركة الباطلة اللجوء إلى التحكيم، لأن البطلان الذي يترتب على ذلك ، يتعلق فى ذات الوقت بالنظام العام، وبحقوق الغير (٣).

ويسرى اتفاق التحكيم على المتعاقدين والخلف العام والخاص.

واتفاق التحكيم المبرم بمعرفة شركة التضامن، يكون ملزما لجميع الشركاء المتضامنين فيها.

وإذا ابرم المدين اتفاق تحكيم فإن أثره ينصرف إلى المدينين المتضامنين معه (٤)

ولايعتبر الكفيل سواء كان عادياً أو متضامناً طرفاً فى شرط التحكيم الذي يحتويه العقد المكفول (٥).

---

(1) Paris 26-nov. 1986. Note Chapelle. Rev. Arb. 1988. P. 133.

(٢) حكم محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٥٧٢١ لسنة ١٩٩٠.

Clunet 1990,P. 100. et,

(3) Rev. Arb. 1956. P.

(4) Cass. comm. 13 nov. 1967.

(5) Goutal. L'arbitrage et les tiers, Rev. arb. 1988. P. 441.

وفى إطار التعهد عن الغير، فإن التصرف المبرم بين المتعهد عن الغير والمتعاقد معه لايلزم الغير بشرط التحكيم، فيظل هذا الغير أجنبيا عنه.

ولا يملك الوكيل ابرام اتفاق التحكيم بغير إذن خاص والتوكيل الذى الذى يُبيح للوكيل ابرام شرط التحكيم باسم الموكل لايمنحه سلطة تمثيل الموكل فى اجراءات التحكيم (١).

ويلاحظ أن رئيس الشركة الأم يعمل أيضاً بوصفه ممثلاً للشركة الوليدة استناداً إلى فكرة روابط النظم Liens institutionnels أو «الحقيقة الاقتصادية» "Realité economique" التى تسمح بالقول بأن نشاط الشركة الوليدة يعتبر منضما إلى الشركة التى ترتبط بها. وهذا الإتجاه المتبع بمعرفة هيئات التحكيم يؤدى إلى التوسع فى صحة اتفاق التحكيم، كما لو كان الامر متعلقا بشخصية معنوية وقعت على هذا الاتفاق (٢).

وقد نصت المادة ٣٦ من قواعد القانون النموذجى أن من أسباب رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ، أن يقدم الطرف المطلوب التنفيذ ضده إلى المحكمة المختصة المقدم إليها طلب الاعتراف، دليلا يثبت أن طرفا فى اتفاق التحكيم مصاب بأحد عوارض الاهلية.

٨١- وقد تطلبت معاهدة نيويورك ضرورة توافر اهلية (٣) الأطراف اللازمة للوصول إلى إبرام اتفاق التحكيم، وفقا للقانون الذى ينص على أهليتهم وهو القانون الشخصى، سواء أكان القانون

---

(1) Cass. Civ. 29 Mai 1991, Rev. Arb. 1992. P. 633.

(2) Clunet 1990, op. Cit., PP. 1020 et s.

(٣) ويجب توافر أهلية الأتفاق على التحكيم وقت إبرامه، وبقاء هذه الأهلية حتى صدور الحكم

الوطني (الجنسية) ام قانون الموطن حسب الأحوال، ويطبق هذا القانون الشخصي حتى ولو كانت اجراءات التحكيم تتم في أكثر من دولة، وبالنسبة لأهلية الأشخاص المعنوية في إبرام اتفاق التحكيم، إنما يكون وفقا للقانون الذى يحكمها.

وفي القانون المصرى، لايملك المحجور عليه إبرام اتفاق التحكيم ، لعدم توافر الأهلية اللازمة للتصرّف في الحق المتنازع عليه (١).

ولايملك الدائن إبرام اتفاق تحكيم فيما يتعلّق بحقوق مدينة قبل الغير.

ولايسرى اتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة المندمجة على الشركات التي أدمجت فيها.

ولوكيل الدائنين الاتفاق على التحكيم في شأن الصلح دون الحصول على إذن من مأمور التفليسة. ولكن يتعين لنفاذه تصديق المحكمة المختصة عليه.

٨٢- وتقرّر بعض التشريعات، مثل القانون الفرنسي، مبدأ عدم جواز التجاء الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم التجارى (م١٠٠٤ ، ٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي).

وهذا المبدأ يعتبر من النظام العام في القانون الداخلي في فرنسا، بمعنى أنه معمول به في اطار التحكيم التجارى الدولي، لاختلاف

---

(١) وكذلك الحال بالنسبة للقاصر المأذون له بالأدارة أو الاتجار فإنه يمتنع عليه الأتفاق على التحكيم لعدم توافر أهلية التصرف ومع ذلك، تنص المادة ٦١ من المرسوم لقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن «للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح إلتزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط.

فكرة النظام العام بمفهومه الدولى عنه فى القانون الداخلى. ذلك أن الحظر المنصوص عليه بشأن منع جهاز الحكومة والقطاع العام من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التى تبرمها، لايطبق علي العقود الدولية.

هذا هو ما أشارت إليه معاهدة نيويورك، من أن التحكيم ينطبق على المنازعات التى تجرى بين أشخاص طبيعيين أو معنويين. وبها تتسع صور التحكيم للمسائل التى تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها، فاستبعدت بذلك القيود التى تضعها بعض التشريعات الداخلية على أهلية الأشخاص المعنوية فى اللجوء إلى التحكيم.

وهذا الوضع لايتعارض مع قواعد القانون النموذجى للأمم المتحدة. وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم Galakis بتاريخ ٢ مايو ١٩٦٦ (١) . فى الطعن المرفوع عن حكم محكمة الاستئناف باريس فى ٢١ فبراير ١٩٦١ ان حكم محكمة الاستئناف كان قاصراً على معرفة ما إذا كانت القاعدة الخاصة بحظر التحكيم فى العقود الداخلية يجب تطبيقها أيضا على عقد دولى مبرم لحاجات وفى الظروف الخاصة بعادات التجارة البحرية. وخلصت-بحق- إلى أن المنع المقصود لايطبق على مثل هذا العقد الدولى».

وقدرة الدولة في إبرام اتفاق التحكيم صحيحاً لايعدو أن يكون مظهراً للأهلية (٢).

---

(1) Rev. Crit. 1967, P. 553, Note Goldman. Jean-Micel-Jacquet: L'Etat opérateur du Commerce interntional, Clunet. 1989, P. 669.

(2)"n'est Qu'un aspest de la "capacité" Goldman. J.C.I. ddr. international Fasc. 586-3-P. no. 9.

وقد يمنع قانون الدولة او الهيئات العامة الطرف فى اتفاق التحكيم من قدرتها فى اللجوء إلى التحكيم حتى فى النطاق الدولى، وهو مايؤدى بالدولة او الهيئة العامة إلى الاحتماء خلف هذا الخطر، وللتخفيف من هذا الوضع المتعلق بعدم القابلية الشخصية I arbitrabilite subjective – دون إمكان استبعاده- يمكن تطبيق قانون اتفاق التحكيم متى كان هذا القانون ليس هو قانون الدولة الطرف فى الاتفاق، وبذك يصبح إتفاق التحكيم صحيحاً.

كما يمكن ناحية أخرى ، وضع حل مرض وكاف يجد أساسه فى استبعاد منهج التنازع، وتطبيق قاعدة مادية موحدة للتحكيم الدولى، بصرف النظر عن قانون الدولة الطرف فى النزاع، أو قانون اتفاق التحكيم (١).

هكذا، فإن الدولة الفرنسية تكون ملزمة بأن تعطى أثراً فعالاً لشرط التحكيم الذي تم قبوله، دون أن تحتمى خلف الحظر المنصوص عليه فى القانون الداخلى، بمعنى أن تحديد مجال الحظر يرتبط بالعلاقات الداخلية دون الدولية.

واستناداً إلى ماتقدم ، صدرت أحكام عديدة من محاكم التحكيم أكدت صحة شروط اتفاقات التحكيم المدرجة فى العقود التجارية الدولية والمبرمة بمعرفة الأشخاص المعنوية للقانون العام، وأكدت أن الدول صاحبة السيادة ترتبط بهذه الاتفاقات (٢).

كما قضت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بأن شرط

---

(1) Goldman J. Cl. op, cit. P. 3,4 no 10.11

ومايلى رقم ١٦٣ .

(2) La Sentence liamco 12 Avril 1977 Rev. arb 1980. P. 132.

التحكيم الذى وضعته مؤسسة عامة دولية (هى الهيئة العربية للتصنيع) . ترتبط به أربع دول أساسية، هى الإمارات العربية المتحدة، والمملكة العربية السعودية، وقطر، والجمهورية العربية المتحدة (١).

أثر اتفاق التحكيم :

٨٣- يترتب على اتفاق التحكيم أثر سالب لاختصاص القضاء، ولكن هذا الأثر السالب، لايجور للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، فليس لها أن تقضى بعدم الاختصاص والإحالة إلا إذا تمسك به الخصوم.

ويعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع، نزولا (٢) ضمنيا عن التمسك به، بمعنى أنه يسقط الحق فى التمسك بشرط التحكيم فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام فى الموضوع (٣).

وغنى عن البيان ، أن طلب التأجيل لايدل بذاته على مواجهة الموضوع.

وتقضى الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، بأنه إذا رفعت دعوى أمام القضاء فى مسألة أُبرم بشأنها اتفاق تحكيم ، فلا يؤثر ذلك على التحكيم، إذ يجوز مع ذلك افتتاح إجراءات التحكيم، والبدء أو الاستمرار فيه، حتى ولو كانت الدعوى لاتزال منظورة أمام المحكمة.

---

(1) Goldman. J. C. I op- cit P. 7 no. 28.

(٢) ويقف مفعول مشارطة التحكيم عند نزول الطرفين عنه. ولاعبرة بنزول أحدهما لأن المشارطة إتفاق. ومع ذلك يمكن أن يكون النزول اتفاقى ضمنى بصورة لاتدع مجالاً للشك فى حصوله.

(٣) نقض مدنى ٣ مارس سنة ١٩٨٦ الطعن رقم ١٧٨٥ لسنة ٥٠ ق.

وقد لاتحيل المحكمة النزاع إلى التحكيم طبقاً لاتفاقية نيويورك أو قواعد القانون النموذجي ، ولو تم التمسك به قبل مواجهة الموضوع، متى قدرت أن الاتفاق على التحكيم باطل، أو غير قابل للتنفيذ، أو لايقبل التطبيق (١).

ورغم أن شرط التحكيم ، يسلب القضاء الوطني اختصاصه (٢) فإن هذا القضاء قد تعرض عليه أحياناً بعض المسائل التي ترتبط بموضوع النزاع في أحوال معينة، إما أثناء نظر هيئة التحكيم للنزاع، كما لو اقتضى الأمر اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي، يخرج عن ولاية هيئة التحكيم، ولايمس الموضوع أمامها، وإما بعد صدور حكم التحكيم وبمناسبة الطعن عليه بالبطلان أمام القضاء، كما يتم في النهاية اللجوء إلى القضاء للحصول أمر بتنفيذ حكم التحكيم ، للتحقق من أن الحكم قد استوفى الاجراءات التي تكفل تنفيذه، ولضمان عدم مخالفة الحكم للنظام العام بمفهومه الدولي (٣).

ومن هنا يتضح مدى التعاون بين التحكيم والقضاء.

٨٤- حوالة شرط التحكيم :

وفي شأن حوالة شرط التحكيم الذي لاينفك عن مضمون العقد

---

(١) نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٧٠ سنة ١٩٧٠ مجموعة المكتب الفني ع٢١ ص ٥٩٨ .

(٢) وطبقاً لاتفاقية نيويورك يخضع إتفاق التحكيم أو شروط التحكيم في سلب إختصاص القضاء بنظر النزاع لقانون دولة تنفيذ الحكم.
وطبقاً لنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصري الجديد. يكون الأختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع (في التحكيم الداخلي). أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج فينعقد الأختصاص بشأنه إلى محكمة إستئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في مصر. وتظل المحكمة التي ينعقد لها الأختصاص دون غيرها صاحبة الأختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم.

(٣) مايلي رقم ٢٥٠ ومابعده

الاصلى فقد أكد القضاء الفرنسى مبدأ نقل شرط التحكيم إلى المحال له، سواء فى مسألة حوالة العقد أو فى مسألة حوالة الدين (١).

ويكون نقل شرط التحكيم بالحوالة طبقاً للقانون الذى يحكم هذا الإتفاق ، أى الذى نشأ فى ظله. ذلك أن حوالة الحق، لاتؤثر على القوة الملزمة له، رغم تغير أحد أطرافه، وأن الإلتزامات الناشئة عن العقد، لاتتغير سواء فى موضوعها أو سببها. وكذلك فإن حوالة الحق لاتنشئ التزاماً جديداً فى ذمة المدين، وإنما هى تنقل الإلتزام الثابت أصلاً فى ذمته من الدائن إلى دائن آخر (٢).

وقد قضت محكمة إستئناف باريس فى ٢٨ يناير سنة ١٩٨٨ (٣) بأن حوالة شرط التحكيم المنصب على المنازعات المتعلقة باستغلال فيلم، أو إنهاء هذا الاستغلال، لاتتحقق فعاليتها الا فى حدود الحقوق والالتزامات المحالة دون تلك التى لم تكن محلاً للحوالة (٤).

وللمحال عليه ان يتمسك فى مواجهة المحال له بالدفوع التى كانت له قبل المحيل، ومنها الدفع ببطلان شرط التحكيم ذاته أو بطلان الدين محل شرط التحكيم ، أو انقضائه بالوفاء ، أو اتحاد الذمة.

الحلول فى شرط التحكيم :

٨٤ مكرر- قضت محكمة استئناف باريس فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٩٢ بانه «بمقتضى الأثر الناقل لحلول شركة التأمين فى حقوق ودعاوى المؤمن عليه فإن شرط التحكيم ينتقل إلى المؤمن مع ديون

(1) Paris 15 Mars. 1966-Rev-arb. 1966. P. 100.
Paris 20 Avr. 1988. Rev. arb. 1988P. 570.
cité Par loquin. clunet 1989 P. 1028.
(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/١٢/٢٣ مجموعة المكتب الفنى س ١٨ ص ١٧٤٤ .
(3) Clunet. 1989. P. 1021 et s. note loquin.
(4) La note precitée. clunet. op. cit. P. 1030 et s.

وحقوق المؤمن عليه، بأوصافه التى ينطوى عليها (١) دون تجديد (٢).

الاشتراط لمصلحة الغير فى شرط التحكيم :

٨٥- فى نطاق الاشتراط لمصلحة الغير، فإن المنتفع من الاشتراط يستطيع أن يستند إليه فى شأن النصوص المقررة لمصلحته فى العقد المبرم بين المشترط والمتعهد (٣) ولايمكن الاحتجاج عليه بالنصوص التى ليست فى مصلحته وفى نفس الوقت لايستطيع ان يحتج بها.

فإذا قبل المشترط الإفادة صراحة من الاشتراط فإنه يصبح طرفا فيه ويمكن أن يستند إلى شرط التحكيم الذى يتضمنه، كما يمكن الاحتجاج به عليه.

ومؤدى ماتقدم، أن المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير يمكن أن يستفيد من شرط التحكيم متى رغب فى ذلك، ولكنه لايكون ملزما به، ومع ذلك ذهبت المحكمة الاتحادية السويسرية فى ٧ فبراير سنة ١٩٨٤ أن الغير لايلتزم بشرط التحكيم إلا إذا أقره (٤).

وهناك اتجاه نحو التوسع فى أثر العقد بالنسبة للغير بحيث يسمح لمستهلك الشئ الحق فى رفع الدعوى مباشرة ضد المنتج بسبب عيب فى الشئ (٥).

أثر بطلان أحد شروط اتفاق التحكيم على الاتفاق ذاته :

٨٥م - قضت محكمة استئناف باريس فى ٢١مايو ١٩٩١ (٦)، بأنه

---

(1) Rev. D'arb. 1993. P. 6632.

(2) Sentene de la C.C.I. no 1704 de 1977. Rec de sentence 1975. P. 312.

(3) Cass. com. 4, Juin. 1985. Rev. arb. 1987. P. 139 note Goutal.

ماسبق رقم ٦٥، ٦٦ .

(4) Rev.arb 1986. P. 589. et s.

(٥) الدكتور فوزى محمد سامى. التحكيم الدولى. دراسة مقارنة سنة ١٩٩٢ ص ٢٣١

(6) Rev. Arb. 1991. P. 661 et s.

إذا انصب البطلان فقط على شرط الطعن بإستئناف حكم التحكيم امام القضاء (١) الوارد فى اتفاق التحكيم ، فإنه لايؤثر على باقى ماحواه اتفاق التحكيم ذاته الذي يظل صحيحاً.

ويهم هنا أن نؤكد أن بطلان شرط الطعن بالاستئناف فى هذا الصدد، يمكن ان يكون محصورا فى نطاقه، أو على العكس، قد يمتد إلى الشرط برمته، وهو ماحكمت به ذات المحكمة فى حكمها فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٩ (٢).

ويمكن القول، بأنه حتى يتعين بيان أثار بطلان شرط الاستئناف على اتفاق التحكيم، يجب البحث عن أهمية هذا الشرط فى المضمون الاجمالى لاتفاق التحكيم الذى ينطوى عليه الشرط المذكور.

إتفاقات التحكيم فى مجموعة الشركات :

Les convention d' arbitrage dans IES groupes de societés.

٨٦- إذا كانت فكرة مجموعة الشركات لم تصل على وجه التحديد إلى حالة المجموعة القانونية بسبب اختلاف الاشكال وتنوعها، فإنه بمقتضاها يتجه عدد معين من الشركات إلى رغبتها فى تقريب انشطتها، سواء فى المسائل الصناعية أو المالية أو التجارية عن طريق فروعها، أو عن طريق دور الشركات فى المساهمة، لوجود التماثل في المجموعات. وعلى ذلك إذا كان شرط التحكيم قد أدرج فى الاتفاق المبرم بين إحدى شركات المجموعة مع الغير، فإنه يحتج به

---

(١) وينص قانون المرافعات الفرنسى الجديد على أن الحكم الذى يرفض الاعتراف أو تنفيذ قرار التحكيم هو وحده القابل للاستئناف (مادة ١٥٠١)، وأن قرار التحكيم لايكون إلا محلاً لدعوى بطلان (مادة ١٥٠٤)، وأن محكمة الأستئناف ليس لها فى المسائل الدولية الفصل فى الموضوع.

(2) 12 Déc. 1989, Rev. Arb., 1990, P. 863.

على شركة أخرى فى المجموعة تسهم فى العملية الاقتصادية.

والحلّ الخاص بامتداد شرط التحكيم إلى الشركات غير الموقّعة لايختلط مع مايترتب فقط على تجزئة المنازعات والأطراف المرتبطين أو غير المرتبطين بشرط التحكيم (١).

وقد قضت محكمة باريس (٢) فى أحكامها الصادرة بتاريخ ٢٨، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٨ ، ١٤ فبراير سنة ١٩٨٩ أن شرط التحكيم المدرج فى عقد دولى يكون له صحته وفاعليته الخاصة وهو يمتد بطبيعته مباشرة إلى الأطراف الذين يتضمنهم فى تنفيذ العقد وفى المنازعات التي قد تنشأ عنه، ومنذ ذلك الحين ، فإن مراكزهم القانونية وأنشطتهم يفترض إنها قبلت شرط التحكيم الذين يعلمون وجوده ونطاقه رغم أنهم لم يوقعوا على العقد الذى ورد به هذا الشرط.

التضامن واتفاق التحكيم :-

القاعدة : إن المدين المتضامن يعتبر نائباً عن غيره من المدينين المتضامنين معه فيما ينفعهم لا فيما يضرهم.

وكذلك الحال بالنسبة للدائنين المتضامنين فى علاقتهم بالمدين.

وتأسيساً على هذا المبدأ. فإن اتفاق التحكيم الذى يبرمه أحد المدينين المتضامنين، لايكون ملزماً لسائر المدينين الآخرين إلا إذا كان ذلك فى مصلحتهم، إعمالاً لمبدأ النيابة التضامنية بين المدينين فيما ينفعهم ، عندئذ يكون لهم التمسك به ويعتبرون بمثابة أطراف فى إتفاق التحكيم رغم عدم توقيعهم عليه.

---

(1) Jean Robert et Berterand Moreau, L`arbitrage dr. int, dr. international privé Dalloz éd. 1993. P. 342, 344. no. 346.

(2) Jean Robert et Berterand. Moreau L`arbitrage ... op. it. P 242 et 243.

وهذا هو الحال أيضاً بالنسبة لاتفاق التحكيم الذى يبرمه أحد الدائنين المتضامنين، فإن حكم التحكيم الذى يصدر فى النزاع لايكون حجة على سائر الدائنين المتضامنين ولكن يجوز لهم ان يتمسكوا به متى قدروا انه فى صالحهم (١).

مركز الكفيل بالنسبة لشرط التحكيم فى النزاع بين الدائن والمدين.

٨٦ مكرر- من المقرر أنه رغم ارتباط عقد الكفالة بالعقد الأصلى الذى ورد فيه شرط التحكيم، إلا أن هذا لاينفى عنه خاصية الاستقلال عن العقد الاصلى، فإذا كان التزام الكفيل، والالتزام المكفول يتفقان فى وحدة الالتزامين . إلا أنهما يختلفان من حيث المصدر والأشخاص ، ولهذا ، فإن التبعية التى تتميز بها عقد الكفالة بالنسبة للعقد الأصلى الوارد به شرط التحكيم، لاتكفى لامتداد شرط التحكيم إلى العقد المكفول.

ومن المسلم به أيضاً، أن شرط التحكيم ينتقل بانتقال الحق مباشرة من شخص إلى آخر بوصفه من توابع الحق، أو الالتزام الأصلى الذى لاينفك عنه، وهذا الانتقال يتم سواء بالحوالة أو الحلول، وهنا يحل الغير محل الطرف الأصلى ويلتزم به. وفى غير هذه الأحوال، فإن فكرة الامتداد إلى شخص لم يوقع على اتفاق التحكيم ، يفترض- كما سبق بيانه- أن للغير دوراً فى إبرام العقد أو تنفيذ الالتزام محل الامتداد. (٢)

---

(١) راجع الدكتور/ مصطفى الجمال، والدكتور عكاشة عبد العال. التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ .

(٢) ماسبق رقم ٨٦،٧١ .

ولما كانت الكفالة تختلف تماماً عن الحوالة ، فإن شرط التحكيم الوارد فى العقد الأصلى لايمتد إلى عقد الكفالة، ومن ثم لايلتزم به الكفيل الذى لايعتبر طرفا فى شرط التحكيم، وهو ما يستتبع معه امتناع الدائن عن الاحتجاج بشرط التحكيم فى مواجهة الكفيل.

وإذا كانت المادة ١/٨٨٢ مدنى مصرى تنص على أنه يمكن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يتمسك بها المدين، فإن المراد بها، الدفوع المتعلقة بالدين أو بالحق ذاته، مما لايندرج فيها شرط التحكيم الذى لايؤثر على الحق الموضوعى.

ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بشرط التحكيم فى مواجهة المدين ، متى أوفى هذا الكفيل الدين ، عندئذ يحل محل الدائن فى جميع حقوقه قبل المدين (١). لأن الحلول يؤدى إلى انتقال شرط التحكيم، الذى يلتزم به الكفيل عندئذ رغم أنه لم يكن طرفا فيه، ويكون الرجوع بالحالة التى كان عليها قبل الحلول. (٢)

ومن ناحية أخرى ، فلا يحق للكفيل أيضاً أن يتمسك بشرط التحكيم فى مواجهة الدائن لأنه أجنبى عنه.

ومع ذلك ، فإن حكم التحكيم يعتبر بمثابة دليل على حق الدائن أمام القضاء، فيمتنع على الكفيل أن ينازع فيما قضى به حكم التحكيم مواجهة المدين.

---

(١) ويسند الحلول إلى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المدنى، وكذلك إلى نص المادة ٧٧٩ من القانون المدنى الخاصة بالكفالة.

(٢) فإذا كان التزام الكفيل يتضمن شروطاً أشد من شروط الالتزام المكفول فلايترتب على ذلك، إبطال الالتزام المكفول، ولكن يرد التزام الكفيل إلى الالتزام المكفول من حيث مقداره، وأوصافه، وطريقة سداده.

د. محمد نور شحاتة، مفهوم الغير فى التحكيم سنة ١٩٩٦ دار النهضة العربية، ص ١٠١ ، ١٠٤ ، ١٧٩.

ونرى أنه يجب مراعاة الدفوع الخاصة بالكفالة فى حد ذاتها، كما إذا كان عقد الكفالة باطلاً أو قابلاً للابطال ، أو كان التزام الكفيل معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو دفع الكفيل ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين (م ٧٨٦ مدنى).

وغنى عن البيان ، إذا وردت الكفالة فى العقد المنشئ لعلاقة المديونية - والذى يتضمن اتفاق التحكيم- ووقع عليه الكفيل ، فإنه يعتبر طرفاً فى اتفاق التحكيم . وكذلك الحال اذا كانت الكفالة تالية على العقد الاصلى المتضمن شرط التحكيم وتمت الإحالة فى عقد الكفالة إلى هذا العقد الأصلى، أصبح الكفيل طرفاً فى اتفاق التحكيم(١).

الدعوى غير المباشرة : (٢)

عندما يستعمل الدائن الدعوى غير المباشرة ، يعتبر نائباً عن المدين، ويدخل فى الضمان العام للدائنين، ويجب عليه فى استعمال حقوق المدين ان يتقيد باتفاق التحكيم الذى أبرمه المدين، ويلتزم به فى شأن اللجوء إلى التحكيم، رغم أنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا الاتفاق.

الدعوى المباشرة : (٢)

هذه الدعوى يكون مصدر الحق فيها نص القانون ومن أمثلتها:-

---

(١) راجع فى ذلك د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال فى التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية سنة ١٩٩٨ ص ٤٦٣ .

(٢)(٢) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال سنة ١٩٩٨ . ص ٤٨٨ ومابعدها.

دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن للمطالبة بالأجرة المستحقة له قبل المستأجر الأصلي.

دعوى المقاول من الباطن ضّد رب العمل للمطالبة بما هو مستحق له قبل المقاول الأصلي.

دعوى المضرور . في حالة التأمين من المسئولية – في الرجوع على المؤمن مباشرة للمطالبة بما هو مستحق له من تعويض قبل المسئول

في هذه الأحوال، لايعتبر اتفاق التحكيم الذى يبرمه مدينه ملزماً له.

العقد الجماعي : (١)

مثل عقد الصلح الواقي من الإفلاس، وعقد العمل المشترك ، وعقد تأجير المال الشائع أو بيعه الذي يبرمه اغلبية الشركاء سواء مع المستأجر أو البائع.

فإذا احتوى هذا العقد على شرط تحكيم. كان ملزماً لجميع افراد العقد، حتي ولو لم يشترك في ابرامه. وإذا ابرمت الأغلبية اتفاق تحكيم كان ملزما لجميع أفراد العقد، حتي ولو لم يشترك في إبرامه.

---

(١) الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال سنة ١٩٩٨ ص ٤٨٨ ومابعدها.

تعيين المحكم
وتشكيل هيئة التحكيم
(الشروط الذاتية في المحكم)

تمهيد :

٨٦م – يحكم تشكيل هيئة التحكيم مبدأن أساسيان :

أولهما : أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في إختيار الهيئة، فإذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين، فإنه يجب الإلتزام بما تم الاتفاق عليه، وغالباً ما يختار الخصم محكماً، يكون هناك تقارب بينهما في الآراء وعلى دراية بموقفه أكثر من القاضي، وأن الثقة في حسن تقدير المحكم وعدالته، وحيدته، هي بواعث الإتفاق على التحكيم.

ثانيهما: مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين، فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر، بمعنى أنه لايجوز أن يسند إلى أحدهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر.

وهذه القاعدة من النظام العام فلا يجوز النزول عنها الا بعد قيام النزاع(١) ويترتب على مخالفتها البطلان.

ويؤخذ على فكرة ترك الأمر لإرادة الأطراف، أن المحكم المختار بمعرفة الخصم يشعر بتبعيته له، وانتمائه إليه ويعتبر نفسه بمثابة محام يدافع عن وجهة نظره وعن مصالحه في النزاع. وهو مايؤدي

(1) Cass. Cir. 7. Jan 1992. Rev. arb 1992 P. 470 et s.

إلى إهتزاز الحيدة والإستقلال ، والتّجرّد ، والنّزاهة ، الواجب توافرها فيه.

والمحكّم لايحلف إليمين، مالم يتّفق الأطراف على خلاف ذلك، والحكم يعتبر قاضياً سواء كان محكّماً وفقاً للقانون أو العدالة، ولكنه لايتمتع بضمانات القاضي، وهو إذا امتنع عن عمله، لايعتبر منكر للعدالة، وإن كان يلتزم بالتعويض، إذ لم يتوافر لديه عذر لامتناعه(١).

وتحدد المادة ١٤٥٥ من قانون المرافعات الفرنسي دور مراكز التّحكيم الدّائمة عن طريق حظر أن يكون المحكّم شخصاً معنوياً، حتى ولو كان مؤسّسياً . ذلك أن المسألة تتعلق دائماً باختيار الأطراف.

ومع ذلك، فإن تعيين كل محكمّ ليس تصرّفا من جانب واحد، حتى ولو كان قد تم بمبادرة أحد الأطراف، ذلك أن هذا التعيين، وهو العنصر الجوهري، في اتفاق التحكيم المترتّب على الإرادة المشتركة للأطراف.

"l'arbitre doit voir son Pouvoir Proceder d'un actc unique et commun des volontés des parties à l'arbitrage"(2).

لأن المحكمّين ليسوا أطرافاً في اتفاق التحكيم، ومن ثم فلا يلتزمون بمباشرة إجراءات التحكيم إلا بقبولهم، ومؤدّى ذلك، أن هذا القبول من جانب المحكّمين لمباشرة التحكيم يتطلّب أن تكون هناك علاقة تعاقدية أخرى تخضع لقانون الإرادة، وتختلف تماماً عن اتفاق التحكيم وتستقل عنه.

---

(١) مايلى رقم ٩٤ هامش رقم (٢).

(2) Tron gr. ins- Paris 22 Mars-1993 cité Par Goldman J.C.I Der dr. int. Fasc 586-2 au Procedure civile

ويتعين أن يقبل المحكم المهمة المسندة إليه ولم تشترط قواعد القانون النموذجيّ للتّحكيم التّجارى الدولىّ الكتابة لقبول المحكم مهمته، كما ذهب التّشريع المصرى (م ٣/١٦) من القانون التّحكيم الجديد.

وعلى أية حال، فإن الكتابة ليست سوى شرط إثبات، ومن ثم فلا يلزم شكل معين لهذا القبول. ومن الجائز إثبات قبول المحكم للتحكيم بالإقرار أو إليمين ...

ويجوز أن يكون هذا القبول صراحة أو ضمناً.

وقد يراعى فى اختيار المحكّم أن يكون مرتبطا بوظيفة كعميد كلية الحقوق دون اعتداد بشخصه.

ويجب فى إطار تشكيل هيئة التحكيم، بيان أهلية المحكم، وإختيار المحكمين وردهم.

أهلية المحكم (١) :

٨٧- لايكفى توافر الأهلية المدينة التى تخضع للقانون الشخصى عند الفرد ليكون محكماً، إنما يلزم توافر شروط أخرى، هى شروط صلاحيته لممارسة العمل القضائى، مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاولة مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة فى القوانين الوطنية المختلفة: مثل ألا يكون المحكم قاصر أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً. فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها أثرها فى صحة الحكم أو بطلانه. وهى بهذه المثابة تخضع للقانون

(١) الدكتور عز الدين عبد الله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة السنة (٦٩) ، العدد ٣٧١ يناير سنة ١٩٧٨ ، ص ٥٤ .

الذى يحكم الإجراءات.

إختيار المحكمين :

٨٨- للأطراف الإتفاق على عدد المحكمين، وهم أما إن يتفقوا على قيام محكم واحد بالتحكيم، أو ثلاثة محكّمين.

فإذا لم يتفق الأطراف على قيام محكّم واحد بالتّحكيم، قام بالتّحكيم ثلاثة محكّمين (مادة ٢/١٠ من القانون النموذجى).

وقصد بهذا النّص أن يكون عدد المحكّمين وتراً، فيجوز أن تكون هيئة التحكيم مشكّلة من محكّم واحد أو ثلاثة أو خمسة.

وفى حالة قيام ثلاثة محكّمين بالتّحكيم، يحدّد كّل طرف محكّماً ويختار المحكّمان محكّماً ثالثاً، وهو يعتبر رئيس هيئة التّحكيم، وإذا لم يتمكن المحكّمان من اختيار المحكّم الثالث خلال ثلاثين يوماً، تولّت تعيينه الجهة المختارة(١) وفقاً للطريقة المتّبعة فى حالة إختيار المحكّم الواحد(٢).

وعند عدم تمكّن المحكّم من أداء مهمته، أو فى حالة وفاته، أو استقالته أثناء إجراءات التحكم، يعين محكّم بنفس الطريقة التى عينّ بها سلفه.

وتراعى سلطة التعيين أو المحكمة الإعتبارات التى من شأنها

---

(١) وقد منح المشرع المصرى فى المادة ١٧ من قانون التحكيم الجديد هذه السلطة لمحكمة إستئناف القاهرة فى حالة التحكيم التجاري الدولى أما التحكيم الداخلى فيعهد به إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع.

ضمان اختيار محكّم مستقلّ ومحايد(١) ، وأن تأخذ بعين الاعتبار أنه من المستحسن ألا يكون المحكّم من جنسية أحد الأطراف. ومؤدى ذلك أن إختيار محكّم من جنسية أحد الأطراف يكون صحيحاً متى توافرت فيه الحيدة والاستقلال. فلا يمنع أي شخص من العمل كمحكّم، مالم يتّفق الأطراف على خلاف ذلك.

وتنص المادة ٢/١٦ من قانون التحكيم الجديد على أنه « لايشترط ان يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك ».

ومن المستحسن أن يكون المحكّم الوحيد الهيئة من جنسية مغايرة عن جنسية أطراف النزاع قرينة على توافر الحيدة والاستقلال وهذا هدف تقصده المادة ٣/٦ من نظام غرفة التجارة الوطنية.

وتهم هنا الإشارة إلى أنه لاتستطيع سلطة التعيين أن تمارس حق تعيين أحد الأشخاص إبتداء كمحكّم أو كمحكّم ثالث رئيس هيئة التّحكيم، ألا إذا تعذر الوصول إلى قبول شخص معين، تراعي فيه الحيدة والاستقلال الدائنة وهو مهمة قضائية لايمكن تفسيرها في الاطار التعاقدي (٢).

ويكون القرار الذي تصدره المحكّمة أو السلطة التي حددتها الدولة-

(١) وقد حكمت محكمة باريس في ١٩٨٦/١/١٣ في خصومة تحكيم بين رب عمل ومقاول وكان رب العمل قد عين فيها محكماً . ثم أعاد تعيينه في منازعة تحكيم أخري ، تتعلق بتسييل الكفالة المصرفية المقدمة من مكتب دراسات رب العمل بإن معرفة المحكم بالاجراءات السابقة، لا تعد من قبيل الوقائع التي تثير بذاتها شكوكاً حول حيادة في الدعوي الجديدة متي كان شخصه لم يكن محل منازعة جدية، واضافت المحكمة أن حكم التحكيم الأول أفصح عن مسئولية مكتب دراسات رب العمل رغم أن المكتب لم يكن طرفاً في حكم التحكيم الأول وهذا من شانه أن يسمح باجابة طلب عزل المحكم (Rev arb 1987 . P. 63) (ومشار اليه في بحث الدكتور عكاشة عبد العال – بيروت ص ١٠)

(٢) د. هدى عبد الرحمن دور المحكمة في خصومة التحكيم سنة ١٩٩٧ ص ١٥٢

التى تعتنق القانون النموذجى-بتعيين المحكّم نهائياً، وغير قابل للطعن (مادة ١١/٥ من القانون النموذجى).

ومن الجائز اتفاق الخصوم على تعيين محكّم واحد، يجهل القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصاً آخر لمجرد كتابة الحكم وتحرير الأوراق اللّازمة لمباشرة العملية (١).

ولايجوز عزل المحكّم إلا بتراضى الأطراف جميعاً. وهذه القاعدة تتمشّى مع إرادة الأطراف ، التى يقوم أساساً عليها التّحكيم التّجارى.

وفى نطاق غرفة التجارة الدولية، تختص هيئة التحكيم بالغرفة بالتصديق على اختيار المحكّم بمعرفة الخصوم. فهذه الهيئة لاتقوم بالتّحكيم بنفسها، وإنما تقوم بإدارته. ولها حق الإعتراض على المحكم وطلب ترشيح محكم آخر، وفضلاً عن ذلك فإنها تختار المحكم المرجح.

٨٩- ومن المقرر أن تحديد المحكم تنفيذاً لشرط التحكيم ، سواء أكان بمعرفة الأطراف أو كان بمعرفة محكّمين معينين سلفاً أو من منظمة تحكيم، تشكل جزءاً من إجراءات التحكيم، وهى تبعاً تكون محكومة بالقانون الذى يحكم الإجراءات وكذلك إجراءات السلطة العامة المحتمل تدخلها (٢).

ولاتقبل مسألة تعيين المحكمين لأن تكون محلاً للتحكيم.

٩٠- وإذا بطل حكم التحكيم لأى سبب من الأسباب، واتفق الأطراف على إجراء تحكيم جديد، فليس ثمة مايمنع من إختيار ذات المحكم الأول

---

(١) الدكتور شمس مرغنى : التحكيم فى منازعات المشروع العام ، ١٩٧٤ ، ص ٤٢١ .

(2) Repétoire de. dr. international. Dalloz. Par Francescakis t (1) no. 119.

محكماً مرة أخرى، طالما أن البطلان لايعزى إلى سبب يتعلق به.

وإذا توفى المحكم أو إستقال أو ، زالت صفته ، فلا يتقيد المحكم الجديد إلا بالأحكام القطعية التى صدرت فى شق من النزاع. أما الشق الآخر الذى لم يصدر فيه حكم فى الموضوع ، فإنه يتعين بشأنه إعادة سماع المرافعة الشفوية التى سبق تقديمها من جديد، متى كان من تم استبداله هو المحكّم الواحد أو المحكّم الرّئيسى.

ولايبطل الحكم بزوال صفة المحكم بالوفاة أو الاستقالة أثناء إجراءات التحكيم وقبل إتمام مهمته.

ردّ المحكم :

٩١- طلب الردّ هو فى حقيقته دفع ببطلان تشكيل هيئة التّحكيم. فيجوز ردّ المحكّم إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها مايبررها حول حياده أو استقلاله. (م ١/١٨ من قانون التحكيم الجديد).

ومن ثم ، لاتخضع أسباب الردّ إلى قوالب جامدة أو نصوص محدّدة، بل يجب منح الجهة المنوط بها الفصل فى طلب الرد سلطة تقديرية واسعة، لتقييم مدى قوة الشكوك المثارة حول حيدة المحكّم ومدى نصيبها من الصّحة ، على ضوء الاعتبارات المحيطة بالحكم والمصالح المشتركة أو المتضاربة.

٩٢- وقد ألزمت المادة ١/١٢ من القانون النموذجى للتحكيم التّجاريّ الدّولى على «الشخص حين يفاتح بقصد احتمال تعيينه محكماً ، أن يصرح بكل الظروف التى من شأنها أن تثير شكوكاً لها مايبررها حول حيدته واستقلاله» (١).

(١) ويلاحظ أنه إذا كانت الظروف التى تثير شكوكاً فى حيدة المحكم وإستقلاله تصلح أساساً للرد، فأن هذه العبارة العامة أو غير المحددة لاتصلح سببا لرد القاضى (الدكتور عكاشة عبد العال فى المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية فى المحكم مذكرات بيروت ص ٣٤).

وهذا الالتزام الحتميّ يعتبر شرط ابتداء وبقاء ، بمعنى يتعين على المحكم «منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد أحاطهما علما بها».

وللخصوم أن يثقوا في عدالة المحكّم رغم الإفضاء لهم بهذه الظروف، وقد تضمنت المادة ٢/١٣ من القانون النموذجي سببا جديداً من أسباب الردّ، إذا تبين «أن المحكم لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان»، كما إذا اتضح أنه ليس لديه من الخبرة المطلوبة ماتؤهله للفصل في النزاع بحسب طبيعته.

ولايجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه أو اشتراك في تعيينه إلا لأسباب تبينها، أو لم يكتشفها إلا بعد تعيين هذا المحكم.

ولكي يتفادى المحكم إجراءات رده، يجوز له التّنحي عن نظر الدعوى دون إبداء أسباب، ولايعتبر التّنحي إقراراً منه بصحة الأسباب التي يستند إليها طالب الرد.

٩٣- وقد أجازت المادة ١/١٣ من القانون النموذجي للخصوم الإتفاق على طريقة رد المحكمين سلفاً.

وفي حالة عدم الاتفاق، فقد حرصت قواعد القانون النموذجي، في المادة ١/١٣ منها على تحديد فترة زمنية يجب أن يتم خلالها طلب الرد، وهي ١٥ يوماً من تاريخ علمه بتعيين المحكم أو هيئة التحكيم، أو ١٥ يوماً من تاريخ العلم بالشكوك المثارة حول حيدة المحكم أو إستقلاله. وقصد بهذا الميعاد قطع دابر مسألة الرد في أسرع وقت.

وتقضي معظم التشريعات الداخلية. إنه إذا كان سبب الرد أو عدم الصلاحية قائماً قبل تعيين المحكّم وكان الخصم عالما به، فإنه لايصلح طلبا للرد.

وتفصل هيئة التّحكيم في طلب الرد (١). إلا إذا تنحى المحكم المطلوب رده، أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد.

وهذا حكم جديد لم يكن موجوداً في قواعد الأمم المتحدة لسنة ١٩٧٦، التي كانت تسند هذا الإختصاص إلى سلطة التعيين. وكان يجب أن تنظر طلب الرد هيئة محايدة ، فلا يصح أن تنظر هيئة التحكيم في طلب رد أحد أعضائها (٢).

ومع ذلك، فإن إتباع هذا الحل الجديد يتعذر متى كانت الهيئة مشكلة من محكم واحد، إذا يستحيل أن يفصل هذا المحكم في طلب رد نفسه، ولايصح من حيث المنطق أن يعهد إلى هذا المحكم الفرد المطلوب

---

(١) ورغم أن المحكم يرد لنفس الأسباب التي يُرد بها القاضي، فإنه ليس ثمة مايمنع من أن يكون المحكم-في ظروف معينة-قريباً لأحد الخصوم حتي يمكن فض النزاع في محيط عائلي بعيداً عن جو المحاكم. ومن هنا، لاتطابق بين أسباب رد المحكم وأسباب رد القاضي.

(٢) وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٩ من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في ٦ نوفمبر سنة ١٩٩٩ بعدم دستورية العبارة الواردة بالمادة المذكورة ... التي تنص على أن «فصلت هيئة التحكيم في الطلب». وقد استندت المحكمة في قضائها الى أنه «لايجوز أن يكون العمل القضائي موطئاً لشبهة تداخل تجرده ... وكان النص الطعين قد خوّل هيئة التحكيم الفصل في طلب ردها لتقول كلمتها فيما يتعلق بذاتها، وينصب علي حيادها . وكان ذلك مما ينافي قيم العدل ومبادئه، وينقض مبدأ خضوع الدولة للقانون وينتهك ضمانة الصدة التي يقتضيها العمل القضائي بالنسبة إلى فريق من المتقاضين، بينما هي مكفولة لغيرهم. فانه بذلك يكون قد خالف أحكام المواد ٤٠،٦٥،٦٧،٦٨،٦٩ من الدستور» ...«ولاينال من ذلك أيضاً أن يكون المشرع قد جعل القاضي في خصومة رد المحكمين على درجتين».

«وأن إبطال المحكمة للنص الطعين، يقتضي تدخل السلطة التشريعية لاقرار نص بديل يتلافى العوار الدستوري السابق بيانه ...» (الحكم الصادر في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٨٤ لسنة ١٩ ق دستورية).

رده بالفصل فى مسألة تتعلق بحيدته وإستقلاله. وكانت قواعد الأمم المتحدة السابقة أفضل، حيث أنها كانت تعهد بذلك إلى سلطة التعيين.

وتضيف قواعد القانون النموذجى «أنه ريثما يفصل فى طلب الرد، يجوز لهيئة التحكيم، بما فى ذلك المحكم المطلوب رده، أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم».

وهذا المبدأ أكده قانون التحكيم الجديد (م ٤/١٩)

وهذا الحكم، وإن كان قد قصد به تفادى بطء إجراءات التقاضى، وعلى الأخص إذا ماتعلق الأمر بإثبات حالة مستعجلة يخشى زوال معالمها أو دليلها عن النزاع فيها، إلا أنه معيب. فما هو الحل إذا صدر حكم برد المحكم فى تاريخ لاحق لصدور الحكم الذى اشترك فيه هذا المحكم وعلى الأخص إذا كان هذا الحكم الصادر فى النزاع ضد مصلحة طالب الرد.

وطبقاً للمادة ٤/١٨ من قانون التحكيم اذا حكم برد المحكم سواء من هيئة التحكيم أو المحكمة عند نظر الطعن ترتب على ذلك اعتبار اجراءات التحكيم التى تمت بما فيها حكم التحكيم كأن لم يكن.

ولهذا، كان يجب وقف خصومة التحكيم حتى يفصل فى طلب الرد واللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة المختص فى أى إجراء عاجل يجب الإسراع فى اتخاذه. وذلك لتفادى صدور حكم تعلق بأحد أعضائه سبب من أسباب الرد أو عدم الصلاحية، مما يجيز الطعن فيه بالالغاء أو التمسك بعدم تنفيذه.

ولايبطل حكم التحكيم برد المحكم أثناء إجراءات التحكيم وقبل إتمام مهمته.

وعلى أية حال، لايجوز تقديم طلب الرد بعد صدور حكم التحكيم، لأنه إذا صدر حكم التحكيم لايكون الأمر حينئذ متعلقاً بالمحكم أو برده، إنما ينصرف إلى حكم التحكيم ذاته، فيمكن للخصم الذى يحتج عليه بالحكم، التمسك برفض طلب التنفيذ، إستناداً إلى أن تشكيل هيئة التحكيم كان معيباً لعدم صلاحية أحد الأعضاء الذى اشترك فى نظر النزاع وإصدار الحكم، وبالتالى وقع إخلال فى أحد ضمانات التقاضى الجوهرية المتعلقة بحيدة المحكم واستقلاله.

و هومايعيب الحكم بالبطلان المطلق ، الذى لايصححه حضور الخصوم أو تقديم طلبات أو مذكرات في الموضوع.

واستناداً إلى هذا المبدأ ، قضت المحكمة الامريكية العليا (١) ببطلان حكم تحكيم، كان قد أصدره محكم ثبت أنه كان يعمل مهندساً ، وأعطى استشاره هندسية قبل التحكيم لأحد الأطراف مقابل أتعاب.

كل هذا بشرط ألا يكون الطاعن المتمسك ببطلان على علم بوقوع المخالفة ، ولهذا رفضت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى ١٩٩٤/٥/١٠ فى دعوى البطلان المرفوعة من الشيخ محفوظ عن حكم التحكيم الصادر فى ٢٢ يونية سنة ١٩٩٢ تأسيساً على وجود معرفة سابقة بين الطيار والمحكم الذى أصدر حكم التحكيم واستندت المحكمة فى هذا الرفض إلى أن المحكم كان معينا باتفاق الطرفين، وانه قد أقر فى مسألة حيدته قبل مباشرة التحكيم إلى أنه تقابل مع الطيار منذ سنة سابقة فى أحد الاجتماعات المهنية، وأن الطاعن لم يتخذ من جانبه فى ذلك الوقت أي إجراء لرد الحكم. وهو مايعتبر بمثابة نزول ضمنى عن حقّه فى الاعتراض (٢).

(1) Rev . Arbi. 1969. P.69.

(2) Cour, appel . Paris 14 Mai 1994 Rev.arb, 1996. P.65.

٩٤ - وإذا رفض طلب الرد ، يكون للطرف الذى قدم طلب الرد يطعن فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره به أمام المحكمة أو السلطة الأخرى التى تحددها الدولة ، ويكون القرار غير قابل لأي طعن (مادة ٣/١٣) من القانون النموذجى.

وهذا الحكم جديد ولم يكن موجوداً فى قواعد الأمم المتحدة السابقة، وبداهة، لايجوز للمحكم الطعن فى حكم الرد، لأنه ليس طرفاً فى خصومة موجهة إليه.

ولاشك فى تحقق أسباب الرد، متى ثبت أن المحكم كان محامياً وافتى أحد الأطراف فى موضوع النزاع، أو كان المحكم يعمل فى شركة أو مؤسسة أو فى الدولة التى تعتبر طرفاً فى التحكيم. لأن هذه العلاقة توحى بالشك فى حيدة المحكم وإستقلاله.

وكذلك إذا أبدى رأياً فى النزاع أثناء نظر الدعوى، وقبل صدور الحكم، وأيضاً إذا كان المحكم من أرباب المهن أو الأنشطة التجارية المنافسة لأحد أطراف النزاع.

وقد حكم برد المحكم الذى يعمل محامياً شريكاً لمحام عن أحد الأطراف(١).

ولايجوز لأى من الطرفين رد المحكم الذى اختاره إلا لأسباب لم يتبينها إلا بعد تعيين هذا المحكم(٢).

---

(1) Cass. Civ. 16 juilet 1964, Rev. 1964 P. 125.

(٢) وإذا أعذر المحكم قبل البدء فى العملية، فلا مسئولية عليه. أما إذا أعتذر بعد البدء فى المهمة دون مسوغ أو مبرر مشروع، أو أبعد من قبل أحد الطرفين لأسباب غير مشروعة، جاز فى هاتين الحالتين مطالبته بالتعويض، متى ترتب على إنذاره أو إستبعاده ضرر بأطراف النزاع أو بأحدهم.

ولايجوز للدائن أو الكفيل أن يكون محكّماً فى خصومه بين المدين والغير ويجوز ردّ المحكّم الذى كان دائناً أو مديناً لأحد الخصوم.

وتنص المادة ٤/١٩ من قانون التحكيم الجديد على أنه لايقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه فى ذات التحكيم .

علاقة المحكم بالنزاع:

٩٥- ومن المقرر أن حياد المحكم ضرورة لنجاح التحكيم الداخلى والدولى على حد سواء، فلا يصح للمحكم إتخاذ صورة «المحكم المحامى» ولايجوز له إتخاذه صورة «المحكم الخصم» وهذا المظهران شائعان فى دول العالم الثالث التى تأخذ بنظام التحكيم (١).

والمحكم مثل القاضى، فلا يجوز له أن يحكم متأثراً بمصالحه الشخصية، ويجب أن يفصل فى النزاع من واقع الأوراق، ولايقضى بمعلوماته الشخصية. ومع ذلك فإن هذه القاعدة الأخيرة يجب التخفيف منها فى مجال التحكيم، ذلك أن المحكم قد يكون من رجال الأعمال الملمين بالظروف والملابسات المعروفة فى الأوساط التجارية، والتى يستطيع من خلالها أن يعرف مايجري عادة بين التجار مما قد يكون له أثره الفعال عند الفصل فى النزاع. إذ أن أطراف النزاع والمحكمين يجمعهم نفس الوسط الفنى والإقتصادى. وفى الغالب يتم اختيار المحكم بسبب معرفته الفنية فى التحكيم المهنى، وعلى الأخص معرفته الشخصية بالسوق وخبرته بشئون التجارة الدولية، وعادات الفرع من النشاط المراد أن يتم الفصل فى النزاع بشأنه، وأن الأطراف يتوقعون من المحكم أن يعمل هذه العادات عند فحص النزاع، ومن ثم

---

(١) المستشار أحمد منير فهمى. دراسة موجزة للتحكيم التجارى الدولى ، ص ٥٢، ص ٥٦

فإن حكمه يعتبر بمثابة حكم الخبير المحكم "L'expert-arbiter" . ولهذا، فإن الأطراف- بوجه عام- غالباً مايتطلبون شكلاً معيناً لمحكمة التحكيم، تكون فيه المحكمة مشكّلة من اثنين من الفنيين، وأحد رجال القانون كرئيس للهيئة، بهدف تفادى الرجوع إلى أهل الخبرة (١).

وليس هناك مايمنع المحكّم من أن يكون وسيطاً للتوفيق متى طلب منه الأطراف ذلك. بخلاف وسيط التوفيق الذي تقتصر مهمته على المساهمة فى تسوية ودية للنزاع فحسب.

ويشترط بعض الفقه (٢) أن يكون الحكم الدولى صاحب فكر موضوعى بحيث يستجيب للثقافات المختلفة، ويستطيع أن يستجيب للنظم السياسية والاجتماعية المتغايرة، فلا يفصل فى النزاع متشبعاً بثقافة معينة، وعلى الاخص فقد ظهرت فى المعاملات الدولية الراهنة عقود جديدة مثل عقد نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعى التي طغت على العقود التقليدية مثل البيوع الدولية.

وتستلزم بعض هيئات التحكيم الدائمة، تعيين مساعدين قانونيين بجانب التحكيم، لإرشاد الهيئة إلى الإجراءات الواجب اتباعها، وإلى حكم القانون فى المسائل المعروضة، ويكون هذا النظام مفيداً إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من فنيين ليس من بينهم أحد رجال القانون(٤).

---

(1) Claude Raymond : Des connaissances Personnelles de L'arbitre à son informatrice privilegiée, Rev. Arbi., 1991. P. 4 et s.

(٢) «لا ليف» مشار إليه فى مؤلف الأستاذ أحمد منيرفهمى ، دراسة موجزة للتحكيم التجارى الدولى، ص ٣٤ رقم ٦٥ .

(٣) الدكتور محسن شفيق : التحكيم الدولى - دراسة فى قانون التجارة الدولية، ١٩٧٤،١٩٧٣ص ١٤٠ رقم ١٥١

(٤) وتستلزم بعض التشريعات مثل التشريع التزويجى تعيين محكم إحتياطى ليحل محل المحكم الأصلى فى حالة وفاة هذا الأخير، أو عدم قيامه بالمهمة المنوطة به.

وتنتهى مهمة المحكم بصدور الحكم المنهى للخصومة، ولايجوز له بعد ذلك أن يتدخل فى عملية التنفيذ.

وعندما يتم التحكيم بواسطة مركز تحكيم تحكمه لائحة معينة ،فإن نصوص لائحة المركز هي التى تفرض على المحكم، ويُفترض أنه قد إرتضى الخضوع لها، ومخالفة المحكم لنص إيجابى من هذه اللائحة يمكن أن تعتبر بمثابة عدم تنفيذ المحكم لمهمته بما يؤدى إلى بطلان حكم التحكيم (١).

حيدة المحكم في إطار غرفة التجارة الدولية:

٩٥م- رغم أن اختيار المحكم عن طريق إحدى مراكز التحكيم، فإنه يبقى مستقلاً، فهو لايخضع لها فى حكمه من الناحية الفنية ويمتنع على منظمة التحكيم التدخل فى مهمته.

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٧ (٢) بأن قضاء الحكم فى طلب الرد الصادر من محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية لايمكن تكييفه بأنه حكم تحكيم.

"ne pourvait être qualifieé de sentence arbitrale".

إذ يقع على عاتقها تنظيم التحكيم ، ولايحق لها أن تحل نفسها فى الوظيفة القضائية، فهو ليس حكماً من طبيعة قضائية.

"elle n'est pas par nature juridictionelle".

وقد هاجم M. Yassis (٢) بشدة فكرة تدخل محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية فى مشروع الحكم، علي أساس أنه يؤدى إلى المساس

(1) Jean robert et M. Bertrand. L'arbitrage... op.cit. P. 258 no 393.
(2) Rev. arb. 1987 P. 474 , Note Mezger.
(3) Clunet 1999 Année 126. P. 179 et 180.

باستقلال المحكم وسرية المداولة ومبدأ المواجهة، وقوة الشئ المحكوم فيه .

وقد رفضت محكمة استئناف باريس هذا الطعن المؤسس على فقد استقلال محكمة التحكيم استنادا إلى أنه قصد به الرغبة فى تسليم حكم قابل للتنفيذ، وأنه لايتحقق أى تدخل فى مهمة المحكم، أو فى تعديل حكم التحكيم (١).

وفى الحقيقة، فإن المحكّم يفقد استقلاله متى فقد حريته فى الحكم، لأن مثل هذا المساس يتحقق متى كانت مؤسسة التحكيم- بواسطة إحدى أجهزتها- فى مركز تفرض فيه على محكمة التحكيم حل النزاع، وهو ما نهت عنه المادة ٢١ من لائحة غرفة التجارة الدولية بل أن هذه اللائحة تنص على أن حرية المحكم ينبغى احترامها، ويجب أن تكون مصونة.

ويجب القول من ناحية أخرى، بأن المساس باستقلال المحكم يؤدى على نحو مؤكد إلى مسئولية مؤسسة التحكيم التى لم تحترم نصوص لائحتها، وتشكل من ناحية أخرى عيباً فى الحكم يجعله - بحق - قابلاً للبطلان بسبب مخالفته للنظام العام الدولى.

ويرتبط بهذه المسألة أيضا أن التزام منظمة التحكيم فى هذا الصدد، هو التزام بوسيلة، ولما كان من المتعين على محكمة التحكيم أن تسارع بالانتهاء من إجراءات التحكيم خلال المدة المحددة، فإن منظمة التحكيم يقع على عاتقها التزام إليقظة الذي يعتبر على نحو مؤكد التزاماً بوسيلة (٢).

---

(1) Clunet ... op. cit. P. 179,180.

(2) Clunet ... op. cit. P. 182 Note Loquin

ومن هذا القبيل عدم قيام مركز التحكيم باخطار المحكمين الغائبين.

وقد ذهبت محكمة الاستئناف إلى صحة شرط إعفاء محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية من كل مسئولية، فالعقد محكوم بالقانون الفرنسي، ومثل هذا الشرط صحيح من حيث المبدأ، إلا في حالة الخطأ الإرادي، أو الخطأ الجسيم لمؤسسة التحكيم. أو إذا كانت هذه المؤسسة قد خالفت التزاماتها الأساسية، أو أخطأت في تطبيقها، وهذا هو الحال.فيما إذا كانت منظمة التحكيم بسبب إهمالها أو تقاعسها لم تقم بتشكيل محكمة التّحكيم، أو تركت مدة التحكيم تنتهي دون مدّها، مما يجعل التحكيم مجرداً من كل فعالية (١).

أما الرقابة الشكلية، فلا تمّس الوظيفة القضائية للمحكم. وليس لها أدنى تأثير على الحكم، وإن التعديلات الشكلية التي قد تلحق بالحكم لاتؤثر في حل النزاع، وهنا ، فإن حل النزاع النهائي يمثل الرأي الصحيح والحقيقي للمحكم (٢).

---

(1) Clunet ... op . cit.P. 181 et s.

(2) Clunet ... op. cit P. 180 note Loquin.

الفصل الثالث
القانون الواجب التطبيق
على مسائل الإجراءات

تمهيد وتقسيم :

٩٦- نعرض فى هذا الصدد، لفكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات. ثم لمبدأ كفالة حقوق الدفاع، ومدى التعاون بين هيئات التحكيم وسلطات القضاء ذلك أن المحكم يفتقر فى بحث العديد من المسائل إلى السلطة القضائية مثل بعض المسائل الأولية والإجراءات التحفظية.

وبناء على ماتقدم، يتعين تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق علي مسائل الإجراءات.

المبحث الثانى : مبدأ كفالة حقوق الدفاع.

المبحث الثالث : مبدأ التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية فى مسائل الإجراءات.

المبحث الأول
تحديد القانون الواجب التطبيق
على مسائل الإجراءات

تمهيد:

٩٧- نتصدى فى هذا الخصوص لقانون الإرادة ثم لقانون مقر التّحكيم، مع بيان أهمّية مكان التّحكيم التى تعتد به كثير من النظم الحديثة. ومن خلال هذه المسائل. نعرض للقواعد الإجرائية المتعلقة بالتّحكيم التّجارى الدّولى فى قانون المرافعات الفرنسية الجديد، وفى معاهدة نيويورك، ولائحة غرفة التجارة الدولية، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولى.

قانون الإرادة:

٩٨- يستطيع المحكّمون بحسب الأصل، أن يحددوا الإجراءات الواجب اتباعها، أيا كان المصدر التى تستقى منه هذه الإجراءات، بشرط ألا يتعارض ذلك مع اختيار الخصوم ومبدأ حقوق الدفاع وضمانات التقاضى. مع مراعاة الحدود التى يكون فيها القانون الإجرائى المحتمل التطبيق يتضمن نصوصا من النظام العام عند تشكيل محكمة التحكيم.

وقد اعتنق المركز الدولى للتحكيم بالقاهرة، ومحكمة لندن الدولية للتحكيم، القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى، الذى يعتبر بمثابة قانون إجرائى مستقل، يتم على ضوئه التحكيم فى

مختلف مراحله بعيداً عن المفاهيم الإقليمية للقوانين الوطنية في الدول المختلفة، وبعيداً عن هذه القوانين القابلة للتعديل والإلغاء، وعدم الاستقرار، مما يعوق إجراءات التحكيم، وتقف عقبة فى سبيل التجارة الدولية.

وتستمد هذه القواعد قوتها من مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة الخضوع الإرادى أو الإختيارى لها من جانب الأطراف.

ويعتبر التجاء الأطراف مراكز التحكيم التى تطبق قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لحل منازعاتهم بطريق التحكيم، بمثابة قبول من جانبهم لهذه القواعد، وذلك بالقدر الذى لم يتناول به الأطراف تلك القواعد بالتعديل أو التكملة، أيا كان المصدر الذى تستقى منه هذه التعديلات، فهذه القواعد تسرى بالقدر وفى الحدود التى لم يبد الأطراف بشأنها أى تحفظ ما، والقواعد المكملة أو المعدلة التى يختارها الأطراف (١) تندرج فى تنظيم المراكز.

وتنص المادة الثامنة فى فقرتها الأولى من نظام غرفة التجارة الدولية على أنه «إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنها تخضع لهذا النظام» ويطبق على التحكيم فى مثل هذه الأحوال ، القواعد الإجرائية السائدة فى المركز وقت التحكيم، وبهذا حكمت محكمة إستئناف باريس (٢) أنه «بالنسبة لشروط التحكيم الذى يمنح الإختصاص لغرفة التجارة الدولية، فإن نظام هذه الهيئة ، هو بالضرورة الساري وقت إجراءات التحكيم». ويجوز للأطراف أنفسهم تحديد الإجراءات الواجبة الاتباع بمعرفة

---

(1) Fouchard., L'arbitrage commercial intnational No 472. note (3)- Paris 15. Janv. 1985. Re arb. P. 87 note Mezger.

(2) Rev.arb. 1981. P 203 et s.

المحكمين، دون ثمة حاجة إلى الإشارة إلى قانون دولة ما، وقد تكون هذه الإشارة إلى قانون دولة ما جزئية. وإختيار الأطراف هنا يعد بمثابة إختيار قانون مادى يتم إدماجه فى إتفاق التحكيم (١).

وقد يعهد الأطراف إلى المحكمين إختيار القانون الإجرائى الواجب التطبيق الذى يرونه ملائماً، أو تكملة نصوص هذا القانون الإجرائى. وهو مايُخوِّل المحكم سلطة واسعة فى إدارة الإجراءات، وأن السلطة التى تمنح للمحكمين لتكملة النصوص الإتفاقية التنظيمية قد تستعمل بحيث لاتشير إلى قانون دولة ما، وهو إتجاه مميَّز يؤدى إلى عزل إجراءات التحكيم عن النطاق التقليدى لتنازع القوانين (٢) وفى هذه الأحوال، لايكون هناك ثمة تنازع قوانين بالمعنى التقليدى بشأن القانون الإجرائى الواجب التطبيق.

ومن حق الأطراف الاتفاق على الإجراءات بعد تعيين المحكمين، ولهم كذلك فى التحكيم الحر "Ad-hoc" تغيير أو تعديل (٣) هذه الإجراءات بما يجعلها أكثر مرونة، وذلك عندما يرون فى هذه الإجراءات مخاطر نظام غير معروف أو معقد، ذلك أن الأطراف فى هذه الخصوص يعتبرون بمثابة المشرعين لأنفسهم.

٩٩- وقواعد القانون النموذجى تتميز بالمرونة. بحيث تتيح للأفراد حرية واسعة فى اختيار المحكم، وتحديد مكان التحكيم.

وتسرى هذه القواعد الإجرائية أيا كان مكان التحكيم.

---

(١) الدكتور هشام صادق.

Sur Les Régles applicables à la procédure commercial international. oct. 1993. P.7 No 13.

(٢) الدكتو هشام صادق. المذكرات السابق ص ١٠ رقم ١٧ .

(3) fouchard. J.c.I.dr. international Fasc. 585. I. ou procedure civile, Fasc. 1050. P. 12. No 44.

وبصفة عامة، فإن جميع المعاهدات التى تنظم التّحكيم. تجعل تحديد الإجراءات أساسها حرية الأطراف.

وإذا كان يشترط فى إطار الاختصاص القضائى الدولى وجود رابطة جدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح عليه، سواء قامت هذه الرابطة على مكان التنفيذ، أو جنسية الأطراف أو موطنهم، فلا يلزم وجود هذه الرابطة فى اختيار الإجراءات بين نزاع التحكيم، والمكان الذى ينعقد فيه، ذلك أن المحكم بعيد عن الروابط التي تربط القاضى بالدولة.

قانون مقر التحكيم:

١٠٠- وإذا كان من المقرر أن هناك تباعداً بين مجال قواعد التحكيم الداخلية التى يقتصر تطبيقها على التحكيم الداخلى دون التحكيم الدولى الذى يخضع فى أحكامه الإجرائية لقانون الإرادة أو القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى أو لنظام التجارة الدولية، ومع ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى النظام القانونى السائد فى دولة مقر التحكيم بالقدر اللازم عند عدم كافية القواعد الإجرائية المطبقة ، أو لسد ما قد يشوبها من قصور عند سكوتهاوالرجوع إلى قانون دولة مقر التحكيم إنما يأتى فى المقام الثانى وبصورة تكميلية أو إحتياطية(١).

وهذا يجب دائما الرجوع للقواعد الآمرة فى الدولة التى يتم التحكيم على إقليمها مثل تلك المتعلقة بكفالة حقوق الدفاع.

وهو ماتنص عليه المادة (١٧) من نظام غرفة التجارة الدولية من

(1) Note Fernand charles sous Cour d'Appel de Paris 9 Dec. 1980. Rev Arb., spéc. P. 313.

وجوب التّحقق من أن القواعد السارية في مكان التحكيم لم تخالف.

وجرى القضاء الفرنسي (١) على أن قانون الإرادة هو الذي يحكم إجراءات التحكيم، بل وسمح للإرادة إختيار أكثر من قانون لحكم الإجراءات. واتّجه هذا القضاء أيضاً إلى أن إختيار مقر التحكيم أي البلد الذي يباشر فيه المحكمون مهمتهم، قد يعتبر دليلاً على إختيار قانون هذا المقر ليحكم إجراءات التحكيم.

وهذا هو ما خلصت إليه هيئة التحكيم في حكمها المؤرخ ١٠ أكتوبر ١٩٧٣ في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة البترول الإنجليزية، من تطبيق قانون دولة مقر التحكيم، وهو القانون الدانمركي، على إجراءات التحكيم (٢).

وطبقاً للمادة ١٤٩٤ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، فإن الإجراءات ينظمها إتفاق التحكيم، وفي حالة سكوت الإتفاق فإن المحكم هو الذي يتولى تحديدها. واتفاق الأطراف يكون له الصدارة أو الأولوية أما تحديد المحكم للقانون الإجرائي، فلا يكون إلا بصفة إحتياطية أو تكميلية (٣).

وتنّص المادة (١١) من نظام غرفة التجارة الدولية في شأن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات على «أن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام. وعند

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله: تنازع القوانين في مسائل التحكيم التجاري الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة (٦٩) العدد (٣٧١) يناير ١٩٧٨، ص ٥٧ .

(٢) مشار إلى في : الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم في التحكيم الدولي الخاص ص ٨٠٢ ومابعدها.

(3) J.C.L. dr.international- Fasc 585-2. P. 22. No. 240.

سكوتها عن معالجة أمر معين. فيجب تطبيق القواعد التي تحددها الأطراف، وعند انتفاء تحديد الأطراف يتولى المحكم تحديدها سواء أحال في شأنها إلى قانون إجرائي وطني أو لم يحل إليه(١).

ومن المستحسن أن يتّم اختيار مكان للتحكيم في دولة ترتبط بمعاهدة مع الدولة التي يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره(٢).

١٠١- وقد اتجهت معاهدة نيويورك التي تعتبر جزءاً من التشريع المصري إلى وجوب الرجوع في شأن الإجراءات إلى قانون الإرادة. وعند تخلف الإرادة الصريحة يتم تركيز الإجراءات في دولة المقر، ويحكمها قانون هذه الدولة. أي قانون الدولة التي أتخذت فيها هذه الإجراءات (مادة ٥ فقرة إبتداء)، والاعتداد بقانون مقر التحكيم يفيد أن معاهدة نيويورك قد أكدت في إستادها الإحتياطي الطابع القضائي للتحكيم (٣).

وإذا ثار الشك في إمكان تحديد هذا المقر لتعدد جلسات الاستماع، فإنه الإعتداد بقانون البلد الذي صدر فيه الحكم(٤).

١٠٢ - قد يكون مركز التحكيم وطنياً. وتوجب لائحته خضوع الإجراءات لقانون مقره.

وتقضي بعض القوانين الداخلية بخضوع إجراءات التحكيم إلى

---

(1) J.C.L. op cit. No. 241.

(٢) د. أحمد شرف الدين. التحكيم في منازعات العقود الدولية . ص ٣٢ .

(٣) وهذا على خلاف إتفاقية جنيف الأوربية سنة ١٩٦١ التي لم تعتبر مقر التحكيم في أية حالة ما معياراً لتطبيقها أو عدم تطبيقها.

J.C.L. dr. international privé. Fasc 585-2-P.9. No. 154.

(4) Robert Arbitage civil et commercial. edit. 4. 1967 No. 344. 345.

قانون البلد الذي يجرى التحكيم على إقليمه. ومن هذا القبيل القانون الهولندى سنة ١٩٨٦، إذ يقرر أن قواعد إجراءاته تطبق على كل تحكيم يجري على إقليمه. دون تفرقة بين ما إذا كان التحكيم داخلياً أم دولياً.

وقد إعتنق نفس الحل القانون الفيدرإلى السويسرى الجديد بشأن القانون الدولى الخاص المؤرخ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٧، إذ وضع نصوصاً خاصة بالتحكيم الدولى تطبق عليه إذا كان مقر التحكيم كائناً فى سويسرا، وفى إطار هذا الإتجاه، فإن الأطراف لايمكنهم سوى استبعاد القواعد المكملة لقانون مقر التحكيم، وأن التحكيم يجب أن يخضع للقواعد الآمرة التى يسنها القانون الإقليمى فى هذه المسألة (١).

وإذا كانت الطبيعة القضائية للتحكيم تتعارض تماماً مع إرادة الأطراف، فإن M.Sauser-Hall وهو من أنصار القانون الإجرائى لمقر التحكيم. لايتردد فى إضفاء الطابع الإتفاقى على التحكيم (٢).

وتنص المادة ١/٢ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى على أنه ينطبق أحكام هذا القانون فقط إذا كان مكان التحكيم واقعاً فى إقليم هذه الدولة التى إعتنقته (٣).

أهمية مكان التحكيم :

١.٣- والأصل أن يتّفق الأطراف على مكان إجراء التحكيم، والغالب أنهم يضمنون هذه المسألة اتفاق التحكيم.

---

(١) الدكتور هشام صادق Concl. sur Les règles applicables à la procedure commercial international. Oct. 1993. P.4.

(٢) الدكتور هشام صادق المذكرات السابقة ص ٤ .

(٣) وفى إطار القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى فإن نصوص المواد ٣٦،٣٥،٩،٨ منه تنطبق إيا كان مكان التحكيم.

وإذا حدث ولم يتفق الأطراف على مكان التحكيم، تولت هيئة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم.

وهذا هو مانصت عليه المادة ١٢ من لائحة غرفة التجارة الدولية وتنص المادة ٢٠ من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى على أن «للهيئة أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً لمعاينة البضائع والأموال، أو لسماع الشهود والخبراء. أو فحص المستندات، ويجب إخطار الطرفين بوقت كاف قبل ميعدا المعاينة أو الفحص للحضور، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك.

ومكان التحكيم له أهميته، فغالبا مايتحدد على ضوئه القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم.

ومكان إجراء التحكيم الذى يصدر فيه الحكم يبين ماإذا كان قد تحقق فيه وصف الأجنبية بالمعنى السابق بيانه (١) التي تجعله خاضعاً فى اجراءات تنفيذه لمعاهدة نيويورك.

ولعل هذا هو مادفع المشرع المصري إلى النص فى المادة ٢٩٩ مرافعات على أنه «تسرى أحكام المواد السابقة (الخاصة بتنفيذ الأحكام) على أحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى».

ويمكن أن يتفق الأطراف على أن يكون التحكيم فى الخارج على يد أشخاص غير مصريين، لأن حكمة تشريع التحكيم تنحصر فى أن طرفى الخصومة يريدان بمحض إرادتهما وإتفاقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء فى أن يقضوا بينهما. لأن الأمر هنا ليس من أعمال السلطة القومية الأجنبية، ولكنها نتيجة عقد اتفاق بين

---

(١) ماسبق رقم ٢٣ .

شخصين على حسم النزاع بمحض رضائهما واختيارهما (٢).

فالتحكيم فى الخارج صحيح طبقاً للقانون المصرى (٢). ولايعنى الاتفاق على إجراء التحكيم فى الخارج إستبعاد القانون المصرى متى كان قد نص على تطبيقه. ومتى صدر الحكم فى الخارج، فإنه يعتبر بمثابة حكم أجنبى بالمفهوم السابق فى شأن تنفيذه فى مصر (٣).

وقد وضعت اتفاقية نيويورك قاعدة إسناد غير مباشرة فى المادة (١/٥) تنص على أنه لايجوز تنفيذ حكم التحكيم الا إذا كانت الإجراءات قد تمت وفقاً لقانون الإرادة، وعند تخلف الإرادة وفقاً لقانون المكان الذى جرى فيه التحكيم (٤).

---

(١) نقض مدنى ١٢ أبريل ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض العدد (٧) ص ٥٢٢ ونقض مدنى ٥ مارس ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض العدد (٢٦) ص ٥٢٥ .

(٢) نقض مدنى ١٢ يونية ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض س ٣٤ العدد (٢) ص ١٤١٦ رقم ٢٧٩ .

(٣) ماسبق رقم ٢٠ .

(٤) مايلى رقم ٢٤٩

المبحث الثانى
مبدأ كفالة حقوق الدفاع
لأطراف النزاع على قدم المساواة

تمهيد :

١٠٤- وتندرج فى هذا المبدأ. مبدأ المواجهة بين الأطراف "principe de contradictoire" وتبادل المذكرات.

ويعتبر هذا المبدأ من الأسس الجوهرية التى يقوم عليها نظام التقاضى بوجة عام . والمتعلق بالنظام العام، سواء في الدولة التي يتم علي إقليمها التحكيم ، أو تلك التي يتم علي إقليمها التنفيذ.

ونتصدي في هذا الخصوص لسائر الإجراءات الأخري المتعلقة ببدء خصومة التحكيم ، واللغة ، وقواعد الاثبات، ومسألة الإحالة للإرتباط أو لوجود ذات النزاع بين القضاء والتحكيم، ومواعيد تقديم أوجه الدفاع والمستندات وتعديل الطلبات، ومعياد إصدار الحكم، ومبدأ إنقطاع سير الخصومة ومدى إمكان إعماله فى نطاق خصومة التحكيم.

أما بالنسبة لتسبيب الأحكام، فنعرض له فى إطار حكم التحكيم(١).

أهمية المبدأ :

١٠٥- هذا المبدأ نص عليه القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى بهدف تحقيق ضمانات التقاضى، إلا أنه يتعين مراعاته بغير نص، ويترتب على إهداره بطلان حكم التحكيم وعدم الإعتراف به

(١) مايلى رقم ٢٢١

وتنفيذه. وذلك أنه من المقرر أنه لايكفى للإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم. أن تكون الإجراءات قد روعيت بمعرفة المحكمين كما أرادها الأطراف- بل يلزم كذلك أن تكون الإجراءات المذكورة لاتتضمن أية مخالفة للنظام العام فى هذه المسألة وعلى الأخص فى شأن احترام حقوق الدفاع وعدم الإخلال بها (١).

ويقضى مبدأ المواجهة أن تمنح هيئة التحكيم الفرصة الكافية المعقولة لكل خصم لابداء دفاعه ودفوعه سواء فى الواقع أو القانون.

ويعتبر من قبيل الإخلال بحق الدفاع السماح لأحد الطرفين بتوكيل محام وحرمان الطرف الآخر من هذا الحق، ومناقشة أحد الطرفين وسماع دفاعه فى غيبة الطرف الآخر.

فإذا كان الإقرار الذى تلقاه المحكم من الغير قد تم الاستناد إليه فى الحكم، ولكن لم يتم إحاطة الإطراف به علماً، فإن الحكم يكون مخالفاً لمبدأ المواجهة بين الأطراف أو حقوق الدفاع. وتتحقق المخالفة أيضاً. متى كان هناك نزاع بين الشركاء، وتم سماع شريكين آخرين بعيداً عن الأطراف، دون إبلاغ الأطراف نتيجة هذا الإستماع حتى ولو كان الأطراف قد علموا بموقف الشهود (٢).

ويتعين كفالة حقوق الدفاع فى إطار النظام للدولة التى يتم على إقليمها التحكيم، والنظام العام فى الدولة التى يتم على إقليمها التنفيذ.

أ- كفالة حقوق الدفاع فى إطار النظام العام فى الدولة التى يتم التحكيم على إقليمها :

---

(1) Réper. de dr. international, publiée sous la directien de n. Francescakis Tome (1) 1968 Dalloz Arbitrage (dr.int, priv.) P. 133. No 258.

(2) Jean Robert et M Bertrand Moreau L'arbitrage en dr. inter. dr. international. Dalloz. 66d 1993 P.300 No. 343.

١٠٦- يوجب النظام العام فى الدولة التى يتم على إقليمها التحكيم ضرورة احترام القواعد الآمرة فى قانون مقر التحكيم وتقديم الأدلة، وفقاً للقواعد التى تسرى على الإجراءات المتفق عليها سواء من الإطراف أو نظام مركز التحكيم، ومنها وجوب نظر النزاع فى مواجهة الخصوم، وإتخاذ الإجراءات بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم (١). ومن المتعذر إستبعاد متطلبات النظام العام (٢) وماتقضى به نصوص النظام العام فى مكان التحكيم أو تفاديها (٣).

وهذا المبدأ مقرر فى جميع أنواع التحكيم وطنية كانت أم دولية.

وذلك حتى يمكن تفادى تعارض قواعد التحكيم مع بعض القوانين الوطنية الآمرة، التي قد تفرض شروطاً أو قيوداً على منازعات التحكيم إذا ماتم نظرها على إقليمها. ومثل هذه الأقاليم تتطلب أن تتمشى التحكيم الدولية مع قوانينها الآمرة.

وعلى ذلك، يلتزم المحكم فى إطار الإجراءات بالقواعد الإجرائية الجوهرية التى تتعلق بالنظام العام التى يفرضها مكان التحكيم، ويجب عليه أن يتقيد بها، ولايجوز مخالفتها (٤).

---

(١) ولكن لاتتحقق أية مخالفة لمبدأ المواجهة بين الأطراف عندما يقوم محكم واحد بتنفيذ أعمال التحقيق متى كان إجراء التحقيق بمعرفة جميع المحكمين لاتتعلق بالنظام العام.

Jean Robert ... op. cit P. 301 No. 344.

(2) obs. Sous sentence rendue dans l'Affaire No. 4392 en 1983, C.C.I., Clunet 1983 . P. 969.

(٣) وإذا كان النظام العام الداخلى ليس له فى مسائل التحكيم الدولى إلا أثراً يماثل فكرة النظام العام الدولى، فإن القضاء قد أجبر المحكم الدولى على إحترام النظام العام الداخلى (نحو التطور الحديث لقضاء المحكمة فى الولايات المتحدة.

The Carbonneau, l'arbitrage en droit american. Rev. arb. P.27028 Note 88)

(٤) ولايترتب أية مخالفات على تنفيذ أعمال التحقيق بمعرفة أحد المحكمين، لأن قاعدة إجراء التحقيق بمعرفة جميع المحكمين ليست من النظام الدولى.

Mezger, Paris 27 A vr. 1985. Rev. aeb. 1985. P. 175. note Mezger.

وفي إطار قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، إذا إقتضي الأمر تبديل المحكم الواحد. أو المحكم الرئيسي، وجب إعادة سماع المرافعة الشفوية التي سبق تقديمها، ولهيئة التحكيم أن تقرر عدم الحاجة إلى المرافعة، والإكتفاء بالأوراق والمستندات، متى رأى الأطراف ذلك، ووجدت في أوراق الدعوى وعناصرها. مايكفي لتكوين عقيدتها في الفصل في النزاع.

وطبقا للمادة ٢٥ / أ من القانون التجاري النموذجي «إذا تخلف المدّعي عن تقديم بيان دعواه، وجب على هيئة التّحكيم إنهاء إجراءات التّحكيم إلا إذا أتفق الطرفان على خلاف ذلك، أو حدث عذر كاف.

أما إذا تخلف المدّعى عليه عن تقديم بيان دعواه. تواصل هيئة التحكيم الإجراءات ،دون أن يعتبر هذا التخلف في حد ذاته قبولاً لإدعاء المدعي (مادة ٢٢ / ب) وللهيئة أن تقضي في الموضوع إستناداً إلى ماتوافر لديها من أدلة.

ويدخل في عدم إحترام حقوق الدفاع :

- إغفال سماع شاهد (١) له أهميته في النزاع إلا إذا كانت شهادة هذا الشاهد مدونة في إقرار بخطه ضمن مستندات الدعوى، واستخلصت منها هيئة التحكيم ماهو مطلوب منها في الخصومة.

- عدم إطلاع الخصم على مستندات المقدمة من الطرف الآخر، أو على مذكرة منتجة في النزاع. أو عدم إطلاعه على تقير الخبير أو عدم إعلانه بجلسات المرافعة أو المعاينة (٢).

(١) وطبقاً لقانون التحكيم المصري الجديد. يكون سماع الشهود والخبراء دون حلف يمين (م ٤/٣٣).

(٢) والبطلان الناشئ عن عدم دعوة الخبير للخصوم نسبي لايفيد منه إلا الخصم الذي تقرر لمصلحته (نقض مدني ١٩٦٩/١٢/٤ س ٢٠ ص ١٢٥٨).

تجاهل قاعدة عدم قضاء القاضى بعلمه الشخصى فى نطاق التحكيم، إلا إذا كان ذلك ناشئا من تخصص المحكم الفنى الذى روعى فى اختياره من اجل الفصل فى النزاع.

- عدم تمكين المدعى عليه من إبداء طلبات عارضة ناشئة عن نفس الطلب ، مثل طلب المقاصة القضائية.

ومع ذلك إفتراض القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، أن الطرف الذى يعلم أن حكماً من هذه الأحكام قد خولفت، ويستمر مع ذلك في التحكيم دون أن يبادر الي الاعتراض علي المخالفة، يعتبر أنه قد تنازل عن حقه فى الإعتراض، بمعنى أن حقه فى الإعتراض يسقط ولايجوز له الإعتراض على الأجراء عند تنفيذ الحكم (م ٤) ، ذلك أن سكوت الخصم عن الاعتراض على الإجراء مع قدرته على إبدائه يعد قبولاً ضمنياً له (م ٨ من قانون التحكيم).

ويجب على الخصم الآخر المدعى عليه فى دعوى البطلان أن يثبت علم المدعى بالمخالفة.

وبداهة لايجوز أن يتمسك بمخالفة الإجراء الا من شرع هذا الإجراء لمصلحته أو من يقوم مقامه

وهذا النص لاينصرف إلى نصوص النظام العام مثل حقوق الدفاع اذ لايملك الخصم النزول عنها.

ويشترط فى الدليل المقدم، حتى يكون جوهرياً (١)، أن يكون على صلة بموضوع النزاع، أى متعلقاً به. أما إذا انتفت هذه الصلة، فلا يكون

---

(٣) وبهذا قضت محكمة النقض المصرية فى ٣ ديسمبر ١٩٨٦ بأنه يجب أن يشتمل حكم المحكمين علي ملخص أقوال الخصوم، ألا أنه لايترتب على إغفالها بطلان الحكم. إلا إذا ثبت أنها كانت تتضمن دفاعاً جوهرياً، ومؤثراً فى النتيجة التى إنتهى إليها حكم المحكمين، بمعنى أنه هيئة التحكيم لو كانت قد بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة، إذ يعتبر ذلك قصوراً فى أسباب الحكم الواقعية مما يترتب عليه البطلان (مجموعة المكتب الفنى س ٣٨ ص ٩٢٦ رقم ١٨٩).

هناك إخلال بحقوق الدفاع.

وهيئة التحكيم هي التي تقرر مدى توافر هذه الصلة.

ب- كفالة حقوق الدفاع في إطار النظام العام للدولة التي يتم التنفيذ على إقليمها:

١٠٧- يستطيع الخصم في الدولة التي يتم فيها التنفيذ، أن يثبت أنه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم، أو بإفتتاح إجراءات التحكيم، أو أنه لم يقدم دفاعه (مادة ٥ فقرة (١) بند (د) من الإتفاقية) ، أو أن تشكيل هيئة التحكيم لم يكن مطابقاً لما تم الإتفاق عليه، أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق (قانون مقر التحكيم).

والإفتئات على قواعد التقاضي قد يأخذ صورة الغش في الإجراءات المتبعة بحيث تجرد أحد الطرفين من حقه الدفاع. وهو بذاته يعد متعارضاً مع النظام العام في دولة التنفيذ. وفي هذه الحالة، يجب على السلطة المختصة في مكان التنفيذ أن تأمر من تلقاء نفسها برفض تنفيذ حكم المحكم لهذا السبب.

ذلك أن هذه المسائل تعُد دون خلاف من الضمانات الجوهرية المتعلقة بحقوق الدفاع. ولايختلف فيها مضمون فكرة النظام العام الداخلي عن مفهوم النظام الدولي، أي اطار تنازع القوانين، إذ أن الأمر لايرتبط في هذا الصدد بقانون معين، بقد مايعبِّر عن فكرة عالية، تمليها مبادئ القانون الطبيعي بغير حاجة إلى نص وضعي أو تشريعي.

وعلى ذلك، فإن حكم التحكم الأجنبي وإن كان لايتعارض مع النظام المصري من حيث مضمون ماقضى به، فإنه لايكون قابلاً للتنفيذ فيها متى كان يتعارض من النظام العام المصري في اجراءات إصداره، أي

في المقتضيات الأساسية للعدالة الإجرائية إذ لايمكن إطلاقاً التمسك بفكرة الأثر المخفف للنظام العام، متي كان حكم التحكيم الأجنبي قد صدر بالمخالفة لبعض القواعد الإجرائية الجوهرية، لأن الحق المكتسب في هذه الحالة لا يستأهل الحماية.

بدء إجراءات التحكيم :

١.٨- طبقاً لنص المادة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، تبدأ إجراءات التحكيم في النزاع منذ اليوم الذي يتسلم فيه المدعّى عليه طلباً بإحالة هذا النزاع إلى التحكيم، مالم يتفق الطرفان عل خلاف ذلك (١).

وتنص المادة (٣) من لائحة غرفة التجارة الدولية على أن يعتبر يوم تلقي أمانة الهيئة الطلب تاريخاً لبدء إجراءات التحكيم.

اللغة :

١.٩- وضعت قواعد القانون النموذجي، قاعدة مرنة في شأن اللغة التي تستخدم في الإجراءات، فأجازت للأطراف حرية اختيار اللغة التي تستخدم في الإجراءات والجلسات والمرافعة وكل بيان مكتوب.

مع الأخذ في الاعتبار باللغة التي يعرفها المحكم، ولغة العقد محل النزاع.

فإذا لم يتفق الأطراف على اللغة المستخدمة في سير النزاع. وفي المرافعة الشفوية، وفي مذكرة الخصوم، لاتشكل في حد ذاتها إخلالاً بالنظام العام بمفهومه الدولي. طالما أن إستخدام هذه اللغة لم يترتب عليه أي إخلال بحق الدفاع.

(١) وهذا هو ماتنص عليه المادة (٢٧) من قانون التحكيم الجديد.

نظام الإثبات :

١١٠- يلاحظ أن القواعد المتعلقة بتحقيق الدليل فى النظام الأنجلوسكونى تختلف كثيراً عن تلك الخاصة بالنظام الألماني، فهى أكثر مرونة وحرية من المستندات المكتوبة، ولهذا ، فإن الجمعية الدولية للتحكيم "I.B.A."إعتنقت سنة ١٩٨٣ قواعد مكملة للإثبات، . تتعلق بالعادات المتبعة في"Règles commentaire de preuve" التحكيم الدولى وفى حدود السلطة التقديرية للمحكم (١). ويمكن القول بأن نظام الإثبات فى البلاد اللاتينية هو طريقة الإثبات بالكتابة تكملة الشهادة، أما فى البلاد الأنجلوسكونية هو نظام البحث عن السوابق.

ويملك المحكم اتخاذ إجراءات الإثبات المتعلقة بخصومة التحكيم سواء كان ذلك من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أحد الخصوم، متى كان ذلك لازما للوصول إلى الحقيقة.

إدارة الإثبات أمام المحكمين :

١١٠م – يطبق قانون الموضوع علي عبء الإثبات وموضوعه.

وبالنسبة لإدارة طرق الإثبات (الإثبات بالكتابة أو بالشهود)، فإن قانون مكان التصرف وقانون القاضى (٢)، يمكن تطبيقهما بأوصاف مختلفة.

---

(1) Year book. commercial arbitration. 1985. P. 152.

(٢) ونظراً لتخلف قانون القاضى بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى، يقصد بقانون القاضى هنا، قانون المكان الذى يجرى فيه التحكيم، وفى حالة إنتفاء تحديد هذا المكان، يطبق قانون المكان الذى صدر فيه حكم التحكيم أو الذى كان يتعين أن يصدر فيه.

وقد أسندت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٨١ (١) قبول طرف الإثبات إلى قانون القاضى، دون المساس بحق الأطراف أيضاً فى التمسك بقواعد إثبات المكان الأجنبى للتصرف.

وهذا الحل ردت المادة ٢/١٤ من إتفاقية روما.

وفيما يتعلق بقوة طريقة الإثبات المقبولة. فإنه يجب التمييز بين قوة الإثبات بالكتابة، ومجموع طرق الإثبات بغير الكتابة، فإن الأولى- كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٢) يحكمها قانون مكان التصرف. أما الثانية، فإنها تخضع برمتها إلى قانون القاضى.

فإذا تعلق الأمر بإدارة الإثبات- وعلى الأخص، الطرق التى بمقتضاها يتم سماع الشهود - فإنها تخضع لقانون القاضى.

ومن المفهوم. أن المبادئ المشار إليها لاتطبق الا إذا كان القانون الفرنسّى هو الواجب التطبيق.

أما نظام مراكز التّحكيم الدولية، فهو يعتنق طريقاً مرناً، يفتح المجال لإختيار الأطراف.

وفى مصر، فإنه القانون الذى نشأ التصرف فى ظله، هو الذى يجب أن يحكمه من حيث اثباته.

أما إذا تم تطبيق قانون مستقل عن القوانين الوطنية، سواء بمعرفة الأطراف أم المحكّم فإن عادة المكان الذي تجرى فيه الاجراءات، هى التى تحكم طريقة الاثبات.

---

(1) Jean Robert et Bertrand Moreau L'arbitrage ... op. cit. P. 270.

(2) Jean Robert ... op. cit. P. 271.

الإحالة للإرتباط أو لوجود ذات النزاع بين القضاء والتحكيم :

١١١- إن الإحالة بالمعنى الدقيق "La litispendance" للارتباط أو لوجود ذات النزاع بين القضاء والتحكيم، لايمكن أن تثور إلا بين جهتي قضاء في دولة واحدة، أو بين دولتين مختلفين. متي كانت قواعد الإختصاص القضائي في قانون القاضي تسمح بذلك للفصل في ذات النزاع (١) ، ومن ثم لاتثور فكرة الإحالة بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة بسبب أن إختصاص كل منهما لايتوقف إلا على عنصر وحيد، وهو وجود ، وصحة ، ونطاق إتفاق التحكيم (٢).

تعديل الطلبات والطلبات العارضة:

١١٢- لكل من الخصوم تعديل طلباته. بشرط ألايكون من شأن هذا التعديل إخراج الطلب عن نطاق التحكيم . لأن التعديل يجب أن ينصب على عناصر الإدعاء الكامن في الطلب الأصلي.

وتنص المادة (١٦) من لائحة غرفة التجارة الدولية على أن « للأطراف أن يبدوا أمام المحكم طلبات جديدة أو طلبات مقابلة. على أن تكون في حدود وثيقة مهمة المحكم أو أن تكون موضوع ملحق لتلك الوثيقة يوقعه الأطراف، وتعلم به الهيئة ».

وتعديل الطلبات على النحو المتقدم يدخل في مضمون فكرة الطلبات العارضة. وهي التي تتناول بالتغيير أو بالزيادة ، أو، النقص ذات النزاع، أو موضوعه، أو سببه، وعلى الأخص طلب المقاصة القضائية ، إذ تمتد ولاية هيئة التحكيم إليه فقد يتمسك المدّعى عليه بالمقاصة في مواجهة المدعي بحق متفرع عن النزاع ومن هذا القبيل

(1) Cass. Civer. 26. nov. 1974. Clunet. 1975. P. 100 note Ponsard.

(2) Sentence sendue dans l'affaire. No. 6142 en 1990 chambre de Comm. int. clunet 1990- P1039 et not. Y. Derains.

أن يكون هناك ضرر اصابه يمنحه حقاً فى التعويض فيطالب بهذا التعويض خصماً من المبلغ المستحق عليه من جراء عدم تنفيذه (أى المدعى عليه) لالتزامه الأصلى. (١)

ويشترط بيان الوقائع والأدلة المتعلقة بالطلب العارض. وفى هذا تقضى المادة ٢/٢٣ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، أنه يجوز لكل من الطرفين أن يعدل طلبه، أو دفاعه، أو أن يضيف إليه خلال سير الإجراءات، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أنه من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقته، ويكون ذلك عادة إذا كانت الخصومة قد تهيأت للفصل فى موضوعها، وكذلك إذا تم قفل باب المرافعة إذ ينقطع صلة الخصوم بالدعوى.

ويجب أن يكون الطلب العارض يستهدف نفس الغاية أساس الطلب الأصلى، وألا تنتفى الرابطة التى تبرر الطلب العارض. وبهذا حكمت محكمة باريس فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٢ (٢). بأنه إذا كان شرط التحكيم يستهدف حل المنازعة التى تثور بمناسبة تفسير عقد معين، فإن الطلب العارض الذى يستهدف عدم تنفيذ العقد يكون غير مقبول.

ونصت على مبدأ تعديل الطلبات المادة ٣٢ من القانون المصرى كما رددت هذا المبدأ المادة ٢/١٤٦ من القانون الفرنسى.

ويعتبر الإقرار الصادر أمام هيئة التحكيم إقراراً قضائياً متى صدر فى ذات النزاع المتعلق بالحق المقر به لأن المحكم يحل محل القاضى.

---

(١) د. أحمد أبو الوفاء التحكيم فى القانون الدولى والداخلى. المجلة المصرية للقانون الدولى المجلد (٥٠) سنة ١٩٩٤ ص ٩٨).

(2) Rev arb. 1973 P. 158 - note Fouchard.

ولايجوز للوكيل عن الخصم الاقرار بالحق الا بتوكيل خاص.

وغنى عن البيان ، أن دعوى الضمان تعتبر دعوى مستقلة عن الخصومة الأصلية، ومن ثم، فلا تعتبر طلباً عارضاً فيها.

مواعيد تقديم أوجه الدفاع والمستندات :

١١٢- ألزمت قواعد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، المدعى بأن يقدم أوجه دفاعه ومستنداته، خلال الميعاد الذى تحدده هيئة التحكيم، أو المتفق عليه أصلاً بين الأطراف.

وهذا الميعاد قصد به مجرد تنظيم الإجراءات، فلا يترتب على تجاوزه أى جزاء ، إذ يجوز لهيئة التحكيم مد الميعاد متى وجدت مسوغاً لذلك.

وفكرة خضوع الأطراف الإختيارى لقواعد النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، يستفاد منه، أنهم منحوا هيئة التحكيم سلطة تحديد هذه المواعيد على النحو الذى يتناسب مع ظروف التحكيم.

تفويت ميعاد الاعتراض على المخالفة فى قانون التحكيم الجديد :-

١١٢مكرر- يلاحظ ، أن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع . يجب التمسك به فوراً والا سقط الحق فيه ».

وعلى ذلك، إذا لم يحصل التمسك بالدفع المشار إليه، فإن هذا يعتبر بمثابة نزول ضمنى عن المخالفة، وقبول اختصاص هيئة التحكيم فى شأن هذه المسائل التى لا يشملها اتفاق التحكيم، ويمتنع بالتالى على هذا الخصم الطعن بالبطلان على حكم التحكيم استناداً

إلى خروج المحكم عن حدود مهمته.

ولهيئة التحكيم القول الفصل فى الدفوع الناشئة عن الحكم بعدم اختصاصها وتندرج فيها تلك الدفوع المؤسسة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه، أوعدم شموله لموضوع النزاع.

ويجب التمسك بهذه الدفوع فى ميعاد لاتجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه فى المادة ٢/٣٠ من قانون التحكيم المصرى وهذا الميعاد، إما أن يكون متفقا عليه أو تحدده هيئة التحكيم وقد نص القانون صراحة على أنه «ولايترتب على قيام أحد طرفى التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك فى تعيينه سقوط حقه فى تقديم أى دفع من هذه الدفوع» اذ استبعد المشرع فكرة النزول الضمنى فى شأن ابداء هذه الدفوع.

ميعاد إصدار الحكم وامتداده بإتفاق الأطراف :

١١٤- يجب على المحكمين أن يتقيّدوا عند إصدار حكمهم بالميعاد الذى اتفق عليه الأطراف.

ولا يملك المحكّمون الفصل فى النزاع بعد هذا الميعاد ، ولو كانوا مفوّضين بالصلح.

على أنه يجوز للأطراف مدّ هذا الميعاد.

ويمكن أن يستخلص مدّ الميعاد ضمنا من حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم وإبداء دفاعهم فى الموضوع دون أن يتمسّكوا بإنتهاء الميعاد.

ويملك المحكم مد الميعاد متى كانت مشارطة التّحكيم يجيز ذلك. على أن تنفيذ الحكم الصادر بعد الميعاد دون الاتفاق على مدّه، يعتبر

رضاء من جانب المحكوم ضده بإمتداد الميعاد.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٣٠ يونية سنة ١٩٧٦ بانه لامحلّ لإنطباق المادة ١٠٠٧ من قانون المرافعات المدنية الفرنسية التى تتطلب أن يكون قد صدر خلال المدة المحددة في المشارطة، وعند تخلفها خلال ثلاثة أشهر من يوم المشارطة فى التحكيم الذى تخضع إجراءاته لقانون أجنبى، ذلك أن النظام العام الدولى، كما هو معروف فى فرنسا، لايستلزم إلا إنتهاء سلطة المحكمين فى خلال المدة القانونية. وذلك عند تخلف المدة الإتفاقية.

وألزم قانون التحكيم الجديد هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان. فإن لم يوجد إتفاق، وجب أن يصدر الحكم خلال إثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم (١). وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه فى الفترة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون، أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى، أو بإنهاء إجراءات التحكيم. ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

ويجب لصحة مد المدة أن تطلب قبل انقضاء ميعاد التحكيم وإلا وقع طلب المد على غير محل.

١- وقد سبق بيان أن بدء إجراءات التحكيم تبدأ منذ اليوم الذى يتسلم فيه المدعى عليه طلباً بإحالة النزاع إلى التحكيم (ماسبق رقم ١٠٨) مع أن العدالة تقتضى أن يبدأ هذا الميعاد من تاريخ مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل فى النزاع.

ويجوز لأطراف الخصومة تفويض هيئة التحكيم فى مدّ الميعاد.

إعادة الدعوى للمرافعة :

وبداهة، يحق للهيئة اعادة الدعوى للمرافعة متى استجدت وقائع تستوجب ذلك من شأنها أن يتغير بها - لو صحت - وجه الرأى فى الدعوى، أو لاستيفاء بعض نقاط النزاع.

إنقطاع سير الخصومة :

١١٥- لم تعرض قواعد القانون النموذجى للتّحكيم التجارى الدولى، وكذلك لائحة غرفة التجارة الدولية، لمسألة انقطاع سير الخصومة لوفاة أحد الخصوم أو فقده أهلية الخصومة، أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من الغائبين ولكن قانون التحكيم الجديد نص صراحة فى المادة ٣٥ منه على انقطاع سير الخصومة.

إلا أنه يتعين إعمال هذا المبدأ فى إطار التحكيم التجارى ، بغير نص ، لأن المسألة ترتبط بإجراءات التقاضى الأساسية وسلامة سير الخصومة فى مواجهة الأطراف، بحيث يترتب على تجاوزها، أو عدم مراعاتها الإخلال بحقوق الدفاع وبطلان الحكم.

وهذا البطلان نسبىّ مقرر لمصلحة من قام به سبب من أسباب الإنقطاع من الخصوم، دون الطرف الآخر فى النزاع.

وعلى ذلك، إذا قام سبب من أسباب انقطاع سير الخصومة يتعين على هيئة التحكيم، أن تتوقف عن السير فى الإجراءات، ولاتستأنف هيئة التحكيم السير فى الخصومة، إلا إذا تم إعلان وارث المتوفى، أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة، أو زالت عنه الصفة.

ويتم هذا الإعلان طبقاً للإجراءات وبالصورة المتفق عليها.

وهذا الحكم نص عليه قانون التحكيم المصرى الجديد فى المادة ٢٨ منه.

ولاينقطع سير الخصومة بوفاة وكيل الدعوى.

وإدماج شركة فى غيرها، يترتب عليه إنقطاع سير الخصومة بالنسبة للشركة المندمجة (١) ولكن تغيير ممثل الشخص المعنوى ليس له أثر فى سير الدعوى (٢).

ترك الخصومة :

١١٥ م - نصت المادة ٤٨ من قانون التحكيم الجديد على انتهاء التحكيم « إذا ترك المدعى خصومة التحكيم مالم تقرر هيئة التحكيم بناءً على طلب المدعى عليه أن له مصلحة معينة فى استمرار الاجراءات حتى يحسم النزاع.

وقد ينصب الترك على الخصومة برمتها أو يقتصر على طلب معين فى الخصومة أو شق منها.

ولا يجوز للوكيل ترك الخصومة الا بتوكيل خاص يجيز ذلك، فلا يكفى مجرد التوكيل فى الخصومة، وذلك على خلاف التنزول عن إجراء معين من الخصومة ، مثل طلب سماع شاهد، أو عدم الاعتداء بمستند معين كان المدعى قد سبق تقديمه(١). فى الدعوى ، فلا يستوجب

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/١/١٧ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٩/١٢/٢٦ .

مشار إليهما فى الأستاذ/ محمد كمال عبد العزيز فى تقنين المرافعات جـ(١). ط (٣) ص ٨١٢ .

١- إلا إذا تمسك به الخصم الآخر متى كان يفيده فى نزاع التحكيم.

توكيلاً خاصاً.

ولايعتد باعتراض المدّعى عليه على الترك بمقولة أن له مصلحة معينة فى استمرار الاجراءات إذا كان قد أبدى أى دفع من شأن قبوله أن يؤدى إلى الحيلولة بين الهيئة والمضى فى الدّعوى- كالدّفع بعدم الاختصاص، أو ببطلان صحيفة الدعوى.

ويترتب على التّرك النزول عن اجراءات الخصومة دون المساس بالحق موضوع النزاع ولايؤثر الترك على الأحكام القطعية التى تكون قد صدرت خلال سريان الخصومة، كما لايمس أدلة الاثبات، وأعمال التحقيق، والخبرة متى كانت صحيحة فى حد ذاتها.

ويلتزم التارك بمصاريف ترك الخصومة.

ويلاحظ أن النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت فيه.

المبحث الثالث
التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية
فى مسائل الإجراءات

تمهيد :

١١٦- إن التّعاون بين التّحكيم والسّلطة القضائيّة فى مسائل الإجراءات يعتبر ضرورة حتميّة، ويتمثّل هذا التعاون فى طلب المساعدة من المحكّم للحصول على أدلّة. وفى المسائل الأوّلية، والإجراءات التحفظيّة والوقتيّة التى تخرج عن نطاق اختصاص هيئات التحكيم، مما يتعيّن معه أن نعرض لهذه المسائل، كما نوضّح نصيب اختصاص قاضى الأمور المستعجلة والمحاكم التجارية فى فرنسا لهيئات التحكيم.

وأخيراً نبين الحدّ الفاصل بين مايعتبر من الإجراءات ومايندرج فى الموضوع.

المساعدة المقدمة من المحاكم للحصول على أدلة :

١١٧- طبقاً لأحكام القانون النموذجى للتحكيم الدولّى، فإن الأصل أنه لايجوز لأى محكمة أن تتدخل فى المسائل التى ينظمها هذا القانون إلا حيث يكون منصوصاً عليه فيه. (مادة ٥).

وفى نطاق الإجراءات ، يجوز لهيئة التحكيم، أو لأى من الطرفين

بموافقتهما طلب المساعدة من محكمة مختصّة (١) فى هذه الدولة للحصول على أدلّة، وذلك فى سبيل الوصول إلى الحقيقة.

ويجوز للمحكمة أن تستجيب للطلب فى حدود سلطتها المخوّلة لها وطبقا للقواعد القانونية التى تطبقها، والخاصة بالحصول على الأدلّة (مادة ٢٧).

وهذا هو الحال عندما يكون الشّاهد أو الخصم المطلوب سؤاله ، أو المال المراد معاينته موجوداً فى مكان بعيد عن هيئة التّحكيم، أو كانت المسألة تخرج عن سلطة المحكّم.

١١٨- ويلاحظ أن شكل الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى المساعدة القضائية، يخضع لقانون القاضى المطلوب منه تنفيذها، وتلك تطبيقاً لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى (م ٢٢ مدنى) ، فإذا كانت المساعدة القضائية يتّم تنفيذها فى مصر، فإن القانون المصرى هو الذى يحكمها، فهذا القانون هو الذى يبيّن شروط إليمين وكيفية الشهادة، والخبرة والمعاينة ، وكيفية الفصل فى دعوى تحقيق الخطوط، أو الإدّعاء بالتزوير (٢). أما من حيث موضوع المساعدة. فيحكمه القانون المطبق على خصومة التحكيم الأصلية.

ويتعين رفض موضوع طلب المساعدة القضائية، متى كان موضوع الطلب سماع شهادة أشخاص يمتنع عليهم الشهادة فى

---

(١) وهى المحكمة التى تحددها الدولة التى إعتنقت القانون النموذجى. وعادة تكون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لو لم يكن هناك تحكيم، أو تلك التى يجرى التحكيم فى دائرتها.

(٢) وقد نصت الإتفاقية المصرية الكويتية المنعقدة بتاريخ ١٩٧٧/٤/٧ والصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٧٧ بشأن الموافقة على إتفاق التعاون القانونى والقضائى فى المادة ١/٤ منها طلب الحصول على المساعدة يخضع لأحكام قانون الطرف المطلوب منه المساعدة.

أمور تمس صميم أعمالهم ، إذ يقتضى الأمر منهم الالتزام بالحفاظ على أسرار المهنة، أو كان موضوع المساعدة يمس اعتبارات النظام العام فى البلد المطلوب منه تنفيذ المساعدة. وتكون المساعدة القضائية مخالفة للنظام العام فى مصر، إذا أخلّ القاضى المطلوب منه تنفيذها، بحقّ الدّفاع.

وينبغى أن يكون موضوع المساعدة مسألة مدنية أو تجارية، أو مسألة مقرّرة بموجب معاهدة دولية (١).

وإذا كانت هيئة التّحكيم (٢) هى التى تقدّر وحدها مدى الحاجة إلى المساعدة القضائية، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الأطراف ، فإن لها فى الوقت ذاته أن تعدل عن طلبها، متى وجدت بين يديها من الأدلّة مايغنى عن تنفيذ المسألة موضوع طلب المساعدة أو تراءى لها أنّ هذا الإجراء أصبح غير منتج فى الخصومة لتوافر أدلة أخرى تقوم مقامه.

١- المسائل الأولية :

١١٩- قد تقع خلال الإجراءات أمام المحكم أمور (٣) تخرج عن سلطته، فيتعين الإلتجاء فى شأنها المحكمة الكائنة عادة فى مقر التحكيم، وعندئذ يجب وقف إجراءات التحكيم حتى يفصل فيها نهائياً فإذا فصل المحكّم فى هذه المسائل. كان حكمه باطلاً . ويترتب

---

(١) وتنص الإتفاقية المصرية الكويتية على أن التعاون ينصب على المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية

(٢) وطبقاً للمادة ٢٧ من قانون التحكيم الجديد، يختص رئيس محكمة إستئناف القاهرة بالأمر بالإنابة القضائية بناء على طلب هيئة التحكيم.

(٣) والوقف يخضع لتقدير هيئة التحكيم، ذلك أنها تستطيع تجاهل فكرة الوقف إذا قدرت أن المسألة التى تخرج عن ولايتها غير لازمة للفصل فى خصومة التحكيم.

على ذلك وقف سريان الميعاد المحدّد لإصدار حكم التحكيم.

من هذا القبيل:

١- الطعن بتزوير ورقة متعلّقة بالموضوع ، أو اتخاذ إجراءات جنائية بشأن تزويرها، بشرط أن يتبيّن لهيئة التحكيم أن الإدعاء بالتّزوير جِدّي. وهنا تسري قاعدة الجنائي يوقف المدني ويأخذ حكم التزوير الطعن الصريح على المحرر بالانكار أو بالجهالة.

٢ - إذا إحتاج المحكّمون إلى توقيع جزاء علي الشّاهد المتخلّف عن الحضور أو الممتنع عن الإجابة أو إجبار الشاهد علي الحضور، إذ ليس لهيئة التحكيم سلطة إلزام الشاهد بالحضور أمامها (١).

٣- إذا كان القانون الواجب التطبيق يوجب أداء إليمين قبل الإدلاء بالشهادة.

٤- الفصل في قرار إداريّ فرديّ بالتّعديل، أو الإلغاء أو وقف التنفيذ أو حتى التفسير متى كان القانون المصري هو الواجب التّطبيق وعلى أيّة حال ، إذا تعلّق الأمر بمسألة، ما كانت تختص الهيئة بنظرها فيما لو رفعت إليها في صورة دعوى مبتدأة، فإنه يتعين على هيئة التحكيم وقف الفصل في هذه المسألة حتى صدور حكم نهائي فيها.

٥- وإذا كان من المقرر أن لهيئة التحكيم أن تطلب من أحد

---

(١) وطبقاً لقانون التحكيم المصري الجديد، يختص رئيس محكمة إستئناف- إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، في مصر أو في الخارج- مالم يتفق الطرفان على محكمة إستئناف إخرى في مصر- بناء على طلب هيئة التحكيم بالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة، الجزاءات المنصوص عليها في المادتين ٨٧،٨٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

الأطراف تقديم مستند جوهرى فى النزاع، إذ أنها لاتملك إلزام الخصم بتقديم المستند(١) إذا لايملك ذلك إلا القضاء الوطنى الذى يستأثر بسلطة الإجبار - والإلزام Imperium

كما لاتملك هيئة التحكيم، من ناحية أخرى، أن تطلب من شخص خارج عن الخصومة تقديم مستند تحت يده له أهمية فى الفصل فى النزاع، بل يجب على صاحب الشأن اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة، أو المحكمة المختصة لاستصدار الأمر بإلزام هذا الشخص بتقديم المستند إلى هيئة التحكيم.

٦- إذا إنحصرت المنازعة فى التحكيم على تنفيذ عقد معين، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تقضى بجزاء على الخصم المتخلّف عن التنفيذ.

ولا شك أنّ هذا الموضوع يختلف تماماً عن الاختصاص القضائى الدولى للمحكمة المصرية، التى يكون لها تطبيقاً لنص المادة ٣٢ من قانون المرافعات، سلطة الفصل فى المسائل الأولية، ولو لم تكن هذه المسائل داخلة فى إختصاصها.

ولكن هيئة التحكيم- كما سبق القول- تختص بالفصل فى المسائل الأوّلية المتعلّقة بإختصاصها، فتتصدّى لمسألة وجود شرط التحكيم، أو صحته.

ويتعين وقف ميعاد حكم التحكيم، كلما اقتضى الأمر الفصل فى نزاع لاتملك هيئة التحكيم التعرض له، وتتوقف خصومة التحكيم على الفصل فيه، ويستمر هذا الميعاد موقوفاً حتى يصدر حكم إنتهائى

---

(١) حتى ولو كان هذا المحرر يمثل دليلاً مشتركا بينه وبين خصمه

فى هذه المسألة الأولية.

٧- ويجوز لهيئة التّحكيم إذا كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع- أن تقضى بوقف الخصومة متى تراءى لها عدم دستورية النّصّ التشّريعى أو اللائحة المطلوب تطبيقها على النزاع المعروض عليها طبقاً لنص المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

جـ- الإجراءات التحفظية أو الوقتية :

١٢٠- يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ماتراه من تدابير مؤقتة ، مثلا الأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها لدى الغير للمحافظة عليها، أو الأمر ببيع البضاعة سريعة التلف، كما هو الحال بالنسبة للمواد الكيمائية سريعة التبخر، أو الإحتراق الذاتى مثل الفحم، حتى يتم الفصل فى النزاع موضوع العقد الدولى. ولهيئة التحكيم إثبات واقعة يخشي زوال معالمها عند النزاع فيها ولها تقدير نفقة مؤقتة للمدعى ريثما يتم الفصل فى التعويض الناشئ عن دعوى المسئولية .

ويجوز أن تتّخذ هذه التدابير أثناء سير التحكيم فى صورة قرار مؤقت لحين إصدار الحكم النهائى.

ولايعتبر الطلب الذى يقدّمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ مثل هذه التدابير المؤقتة ، مناقضاً لإتفاق التحكيم ولانزولاً عنه، لأن هذا لايمس أصل الحق الذي يبقى قائماً لهيئة التحكيم، ولأن إستبعاد قضاء الدولة فى النزاع لوجود إتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعى دون القضاء الوقتى.

والطابع الوقتى أو التحفظى للإجراء المتخذ من قبل القضاء يجيز للمحكمين العدول عن هذه الاجراءات متى ثبت أنه لالزوم لها فى النزاع ، أو أنها لاتقوم على أساس.

وأحياناً يحيل الأطراف فى اتفاق التحكيم إلى لائحة تجيز للمحكّم سلطة التّصدى للمسائل المستعجلة(١).

وإذا كان التّحكيم يتّم فى الخارج ، فإن المحاكم المصرية تختص بالأمر بالإجراءات الوقتية أو التحفظية التى تنفذ فى مصر، وتخرج عن إختصاص هيئة التحكيم، على أساس أن هذه الإجراءات تعد من قوانين البوليس والأمن التى تخضع بهذه المثابة لقانون القاضى، ويتحقق فى شأنها التلازم بين الإختصاصين التشريعى والقضائى.

ولاشك أنّ هذه المسائل المتعلقة بإيداع البضائع المتنازع عليها لدى الغير، أو الأمر ببيع البضاعة سريعة التلف أو التبخر، تمثل فى الغالب اختصاصاً مشتركاً بين هيئات التحكيم ومحاكم دولة مقر التحكيم.

ولكن هناك إجراءات تحفظية أو وقتية تختص بها محاكم دولة مقر التحكيم وحدها، وليس لهيئات التحكم اإختصاص فيها. مثل توقيع الحجز التحفظى على أموال أحد الأطراف، أو صحة ونفاذ الحجز المذكور. ومن ثم يتعين إستبعاد حكم التحكيم الذى يفصل في هذه المسائل لخروجه عن إختصاص هيئات التحكيم أو ولايتها

ولكن إذا عرض حكم التحكيم لمثل هذه المسائل الخارجة عن إختصاصه، ولكنه لم يعول عليها فى حكمه أو لم يستند إليها فى قضائه، وكان حكمه صحيحاً.

(1) Jean Robert Bertrand Moreau, L'arbitrage .. op cit . P272. No. 306.

ولهيئة التحكيم أيضاً أن تأمر - على سبيل المثال، مستأجر السفينة بعدم التصّرف فى البضاعة، وتبين حارس عليها، حتى يتم الفصل فى موضوع النزاع، إلا أنه يجب ملاحظة أن هيئة التحكيم لاتملك سلطة تنفيذ هذه الإجراءات المؤقتة جبراً، وفى هذه الحالة يجب على صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بتنفيذها جبراً متى إمتنع الطرف الصادر ضده الأمر عن تنفيذه إختياراً.

وطبقاً للمادة ١/٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، إذا تجرد المدعى من سند الدين، فإن ذلك يبرر اللجوء إلى إجراء تحفظى، يكون محله ضمان تنفيذ حكم التحكيم اللاحق. حتى قبل رفع النزاع أمام المحكم، ولايسمح للخصم الذي يستفيد من هذا الإجراء أن يتخذ إجراءات التنفيذ قبل التدخل فى الحكم.

وعلى أية حال ، فإنه يجب فحص موضوع النزاع للتحقق من أن الإجراء التحفظى يقوم علي سند يبرره.

١٢٠ م - وقد قضت محكمة النقض في مسألة اتخاذ تدابير مؤقتة مؤقتة أو تحفظية أنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الأوامر علي العرائض - وعلي ما بين من نصوص الباب العاشر من الكتاب الأول لقانون المرافعات - هي الأوامر التي يُصدرها قضاة الأمور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية، وذلك بناء علي الطلبات المقدمة اليهم من ذوي الشأن علي العرائض ... وحرصاً من المشرع علي عدم الخروج بهذه السلطة الوقتية الي غير ما يستهدف عنها، قيدها بالحالات الواردة في التشريع علي سبيل الحصر، (م ١٩٤ من قانون المرافعات العدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) وإذا كان لا يوجد نص في القانون يُبيح وقف تسييل خطابات الضمان عن طريق الأمر علي

عريضة فإن لا محل للاعتصام بحق محكمة التحكيم في إتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية استناداً الي المادة (١٤) من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من أنه "لا يجوز للمحكمة المشار اليها في المادة التاسعة منه بناء علي طلب أحد طرفي التحكيم في أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقته أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها" إذ أن سلطة المحكمة في هذا الشأن مرهون إعمالها بوجود نص قانوني يُجيز للخصم الحق في استصدار أمر علي عريضة ، وإذْ لم يرد نص خاص في المادة ١٩٤ من قانون المرافعات يبيح وقف تسييل خطاب الضمان عن طريق الأمر علي عريضة ، فإنه لا يُجدي الحكم المطعون فيه الركون إلي المادة ١٤ من قانون التحكيم المشار اليه سنداً لقضائه (١).

إختصاص قاضى الأمور المستعجلة :

١٢١- قد استقَر القضاء الفرنسّى (٢)، على أن قيام شرط التحكيم لايتعارض مع إمكانية اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة ، سواء من جانب الخصوم أو المحكمين، فى حالات الإستعجال، وبشرط عدم المساس بالموضوع- وذلك فى شأن الإجراءات التحفظية، ويجوز ذلك، سواء قبل رفع النزاع أمام المحكم أم فى خلال إجراءات التحكيم، أى حتى ولو كانت إجراءات التحكيم قد بدأت.

ويجب أن يتوافر شرطان حتى ينعقد الاختصاص لقاضى الأمور المستعجلة بهذه المسائل. أولهما: الإستعجال على نحو ماسبق بيانه. ثانيهما: انتفاء اختصاص هيئة التحكيم بالإجراء الوقتى أو التحفظى

---

(١) نقض مدني ١٩٩٦/١٢/١٢ - القضاء - السنة ٢٩ ص ٤٤٣ ، ٤٤٤

(2) Cass. Civ. 7 Juin et 9 Juillet 1972, Rev. Arb. 1980, P. 78, not Courtcarault.

المطلوب (١).

وطبقاً لنص المادة ١/٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي (٢) - يجوز رغم شرط التحكيم- اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة ، ولو خلال إجراءات التحكيم ، الأمر بالمسائل الآتية :

* استرداد البضاعة .

* إلغاء إعلان كاذب .

* ضبط الأشياء المزورة .

* الوقف الفوري للأعمال أو بعض الأنشطة المهنية .

* طرد واضع إليد دون سبب .

* رفع الحجز الموقع دون سند .

إختصاص المحاكم التجارية :

١٢٢- وإذا كانت المحكمة التجارية في فرنسا « محكمة الإفلاس » Le Tribunal de Fàillite تختص وحدها دون غيرها في كل ما يخضع للإجراءات الجماعية، والتي لايتعلّق الأمر فيها بطلب الوفاء بمبلغ معين من النقود، ومع ذلك فإن المحكَم يظلّ مختصاً بالفصل في بعض الأنزعة، مثل تلك المنازعات الخاصة بتنفيذ العقد، والتي لاترتبط مباشرة بالإجراء الجماعي. وفي هذه الحالة لايكون هناك ثمة محل لوقف الإجراءات الإنفرادية (٣).

وقد حكمت محكمة استئناف Colmar في ٢١ سبتمبر سنة ١٩٩٢ بأن نص المادة ٥١ من مرسوم ٢٣ مارس سنة ١٩٦٧ بشأن الشركات

---

(1) J. Robert Arbitrage civil et commercial, No. 139.

(2) Philippe Beetin . L'intervention des Juridictions au Cour de la procédure arbitrale. Rev? Arb. 1992, PP. 331 et s. Spéc. 341.

(3) Cour d'Appel de Paris, 20 Janv 1990, Rev Arb 1991 Arb. 1991, No.(1), P 127

التجارية أن يمنح الأختصاص في مسألة حل الشركة التجارية للمحاكم لايستبعد اطلاقاً الرجوع الممكن لقضاء التحكيم، إذ لايمكن أن يستخلص من نص معين بشأن الاختصاص القاصر، الذى يهدف إلى توزيع الاختصاص فى إطار قضاء الدولة، استبعاد التحكيم فضلاً عن قابلية النزاع للتحكيم وعدم مخالفته للنظام العام. (١)

ويجب على هيئة التحكيم التحقق من سلامة مبدأ توزيع الإختصاص بينها وبين قضاء الدولة، وكذلك مبدأ وقف الإجراءات الإنفرادية، الذى يعتبر من النظام العام الداخلى والدولى على حد سواء (٢).

١٢٣- ولما كان شرط التحكيم يستبعد من حيث الموضوع من إختصاص المحكمة التجارية. ومن ثم، فإنه يمتنع على قاضى المحكمة التجارية أن يفصل مؤقتاً فى مادة مستعجلة تتعلق بالموضوع، أو أن يأمر على وجه الإستعجال فى حدود إختصا هذه المحكمة بأى إجراء مما نصت عليه المادة ٨٧٢ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد (٣).

الحد الفاصل بين مايعتبر من الإجراءات وما يندرج في الموضوع :

١٢٤ - وأيا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، سواء كان القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى (قواعد الأمم المتحدة) أم كان هذا القانون قد تم اختياره بمعرفة الأطراف، أو تم تحديده عن طريق التركيز الموضوعي للإجراءات، فإن هذا القانون هو الذى يبين الشروط الواجب توافرها فى المحكم، وهل يمكن أن يكون من

---

(1) (Rev. arb. 1994 No. 2 P348 et.S. note CHON).

(2) Cass. Civ., 8 Mars 1988. Rev. Arb. 1989, P. 72, Note P. Ancel.

(3) Cour d'appel de Paris de Paris, 20 Janv. 1988, Clunet 1989. Clunet 1989. Note. E. Loquin.

رجال القضاء. أم لا ، وهو الذى يبين مدى إمكان ردّ المحكّم، وأثر الحكم بالردّ على الإجراءات. وهو الذى يحكم سرية الجلسات أو علنيتها، كما يحكم الدفوع وحق الدفاع والطلبات العارضة والمرتبطة، وعوارض الخصومة، من وقف أو إنقطاع وصحة تمثيل الخصوم، ومدى سلامة إفتتاح إجراءات التحكيم وطريقة التكليف بالحضور، وأثر تخلف الخصوم عن الحضور، وهذا الذى يبين ما إذا كان إتخاذ إجراءات الإثبات يتم من جانب هيئة التحكيم بمقتضي قرار أو حكم، وهل تتم إجراءات الإثبات بكامل هيئة التحكيم، أم يجوز لها ندب أحد أعضائها، وهو الذى يحكم الشروط الواجب توافرها فى الواقعة محل الإثبات، وكذلك تعتبر قواعد الإثبات المتعلقة بإجراءات تقديم وتحقيق الدليل، لها طابع إجرائى مثل كيفية أداء الشهادة، وإستجواب الأطراف ، والمعاينة ، والخبرة. ومدى جواز إعادة الدعوى للمرافعة بعد تحديد جلسة للنطق بالحكم.

١٢٥- أما محل الإثبات، فيخضع للقانون الذى يحكم الموضوع، بإعتبار أن تحديد محل الإثبات يعتبر أمراً فاصلاً فى موضوع خصومة التحكيم، وكذلك، فإن هذا القانون الأخير هو الذى يحدد الخصم الذى يقع على عاتقة عبء إثبات الحق المدعى به، ومدى مشروعية الإتفاقات، بين الأفراد المعدلة لنقل الإثبات.

وكذلك، فإن عبء الإثبات، يخضع للقانون الذى يحكم الموضوع بإعتبار أنّ تنظيم الأدلّة يعود إلى ترتيب القانون ذاته (١) سواء تعلق الأمر بإثبات واقعة إيجابية مثل الفعل الضار، أم واقعة سلبية مثل إثبات إنتفاء الإهمال فى تنفيذ الإلتزام.

---

(1) Julia. D. Gonzàlez Campos liens entre competence judiciare et Competence legislatif. Recueil des Cours. 1977. (11) P. 291.

ويخضع لهذا القانون أيضاً مدى قوة الدليل في الإثبات، أي تقدير مدى حجيته.

وفي خصوص التقادم والسقوط يتم الرجوع في شأنهما إلى القانون الذي يحكم الموضوع ، وكذلك، فإن تحديد صفة الخصوم، وأهليتهم في التقاضي، والنيابة في التقاضي تعد من المسائل الموضوعية.

وتخضع حوالة الحق ذاتها- طبقاً للرأي الراجح- للقانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين، ولانري الاعتداد بفكرة أن الحق الشخصي يعتبر مالاً معنوياً، يحكمه قانون موقعه، أي قانون موطن المدين، فهذا القانون الأخير هو الذي يحكم الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة ، سواء في حق المدين أو في حق الغير.

وتخضع البضائع سواء كانت مشحونة أو يحملها راكب علي ظهر سفينة أو متن طائرة لقانون العلم.

ويخضع الدفع بعدم التنفيذ للقانون الذي يحكم موضوع العقد ، مع مراعاة أنه إذا كان محل الدفع هو الإمتناع عن تسليم أموال مادية، فإن يتعين الرجوع إلي قانون موقع هذه الأموال لتعلق الأمر بالحيازة.

وتخضع المقاصة الإتفاقية لقانون الإرادة. أما المقاصة القضائية فتخضع للقانون الواجب التطبيق علي إجراءات التحكيم. أما المقاصة القانونية، فتخضع للقانون الذي يحكم الدينين.

التحكيم والغش :

١٢٥مكرر - يتضح من متابعة بعض إجراءات التحكيم. أنها قد تعتبر أحياناً مسرحاً لسلوك أو تصرفات. تتضمن غشاً، مما يؤثر على

كل مرحلة من مراحل الإجراءات. وفي جميع الأحوال. فإن الغش الذى يندمج فى الإجراءات ذاتها، يظهر فى صورة خدعة. أو حيلة مصطنعة. تنصرف إليها رغبة الأطراف والمحكمين.

ولاشك أن نسبة الغش أو اكتشافه لايسهل دائماً الوصول إليه بمعرفة القضاء المختص، لأن الغش المشار إليه ليس بعيداً عن مجرد التعسف في الحقّ.

ويختلف الغشّ عن عدم المشروعية ، فإن إتّفاق التحكيم غير المشروع بالنسبة للقابلية للتحكيم لايمثل غشاً ، ولا يمثل فى دعوى التحكيم مساساً بحقوق الدفاع. أو تمييزاً فى المساواة بين الطرفين، ففى حين أن عدم المشروعية هو الإخلال بالقاعدة أو المساس بها، فإن الغش يمكن أن يتم بحثه إلى مدى أبعد من ذلك يتمثل فى صرف النظر عن إحترام القاعدة ، أو أن يحيد عن إحترامها (١).

وهناك صة أو تشابه بين جزاء الغش فى التحكيم مع ما يحدث فى مسائل الغش نحو القانون، سواء من حيث عدم الفعالية أو من حيث انطباقه على مركز يريد المدلس الهروب منه مثل الآثار القانونية. وسواء من حيث أن العمل القانونى الذي ينطوى على الغش، لايترتب عليه عدم الإحتجاج به فقط، بل يحكم ببطلانه.

والغش يبدأ فى الظهور عندما يصبح الإجراء آلياً مجرداً بفعل أحد الأطراف ، ويحل محل ما أطلق عليه المشرّع الفرنسى ، رابطة الخصومة ، وهى رابطة حيّة، أساسها الثقة، التى تربط- فى التحكيم- الأطراف بالمحكمين ومركز التحكيم.

وبالابتعاد عن هدف التحكيم فى حل النزاع، فإن الإجراء ينحل إلى

(1) M. de Boisseson. L arbitrage et la Fraude. Rev arb. 1993. P 4-7.

طريق لخدمة مصالح أحد الأطراف. وهو مايمكن أن يدرج تحت الحظر المنصوص عليه فى المادة ٤٠٥ من القانون الجنائى الفرنسى الذى يصم الأفعال المذكورة بالنصب "escorquerie" وتعدد أشكال الغش أو صوره.

ومن مظاهر الغش بواسطة التحكيم عندما يبرم الأطراف أو أحدهم اتفاق تحكيم ، ويتحليله يُكتشف أنه يتضمن غشاً ، بمعنى أن هذه الصورة من الغشّ تتوقف على تغيير مفهوم إتفاق التحكيم ذاته. ذلك أن أحد الأطراف أو كليهما يستخدمان حريتهما التعاقدية المطلقة. ويستفيدان منها فى استخدام التشريعات الوطنية بقصد الحصول على مصلحة أو كسب غير مبرر، أو فى استبعاد إجرائى لطائفة من إتفاقات التحكيم.

وهذا هو الحال فى دعوى Berltroclincs التى كانت محلاً للحكم الصادر من محكمة استئناف باريس فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٨٧ وفى خصوص هذا النزاع أبرمت شركة فرنسية مع الشركة الكندية Berltroclincs اتفاق تحكيم أنشئ لمقتضيات النزاع بحيث يرتبط به الأطراف والمحكمون مع ممثلى الشركة الفرنسية، وقد أعد المدلسون منذ إبرام إتفاق التحكيم حتى النطق بالحكم تحكيماً صورياً، أى يأخذ مظهراً مصطنعاً مخالفاً للحقيقة. بمقتضاه يحكم على الشركة الكندية بمبالغ معينة لها أهميتها. وقد وقّع المحكمون ومركز التحكيم سلفاً إتفاقاً مؤداه أنه يجب تقسيم المبالغ المقضى بها على الشركة الكندية وهذا الإتفاق اكتشف على أثر شكوى قدمت من الشركة الكندية، وقد تم اعتبار مجموع الإجراءات باطل، ومؤاخذة المدلسين.

---

(1) M. de Boisseson. M. L'arbitrage ..op. cit. P.4.

(2) Cité par Bosseson ...op. cit. P. 5.

وهناك مثال آخر، انقسام شركة Ganz إلى سبع شركات، التى كانت قد افتتحت ثلاث أسواق لتسليم مادة الحديد إلى الشركة الوطنية لسكك حديد تونس، وقد تم إعتبار هذا الوضع بمعرفة محكمة التحكيم ومحكمة استئناف باريس مخالفاً لمبدأ حسن النية الذى يجب أن يسود علاقات التجارة الدولية. كما بيّن Laurance Idot ، أن أحد نقاط مقطع النزاع. كانت هى سلطات المحكمين لتطبيق قواعد النظام العام: وأيضاً مايترتب عليها من جزاء. وسلطة الجزاء تمتد أيضاً إلى مبادئ النظام العام، وبوجه خاص، تلك الخاصة بحسن النية التى تكشف دون شك عن نظام عام دولى (١).

والغش فى محل التحكيم يثير المركز التقليدى الذى يمارس المحكم من خلاله وظيفته القضائية. ويؤدى فى سبيل الفصل فى النزاع إلى تقدير الأفعال أو السلوك القابل لتكييفه بوصفه غشاً أو فساداً.

وهذا المظهر الأخير للعلاقات بين الغش والتحكيم يندرج فى مسألة القابلية للتحكيم (٢).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ٢٥ مايو سنة ١٩٩٢ أنه ينتج من المبادئ العامة للقانون فى مسألة الغش، أنه على الرغم من استبعاد الطعن بالمراجعة طبقاً للمادة ١٥٠٧ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد، فإن سحب الحكم الصادر فى فرنسا فى مسألة التحكيم الدولى تقبل إستثناء فى مسألة الغش متى كانت محكمة التحكيم مشكلة بعد النطق بالحكم. أو يمكن أن تجتمع من جديد (٣).

(1) Cité par Bosseson ..op. cit. P. 6-7

(٢) رقم ١٩٧ ومابعده.

(3) Cass. 25. Mai 1992. Rev. crit 1992. P. 609. Note Oppetit. B.

وتبدو فائدة الحكم المشار إليه أنه يعدنا بمثال للغش فى إجراءات التحكيم فى أنه رد المرافعة بين الأطراف إلى المسألة الجوهرية للغش وإلى المبادئ العامة للقانون التى تنبوأ قمة التنظيم القانونى.

وإذا لم تجتمع هيئة التحكيم، فما هو القضاء المختص؟

لم تجب محكمة النقض الفرنسية على هذا التساؤل، مما أفسح المجال لإجابات محتملة.

إما أن يختص بذلك القضاء الذى يمكن أن يكون مختصاً ، فيما لو لم يكن هناك تحكيم، أو محكمة تحكيم جديدة تنشأ تطبيقاً لإتفاق التحكيم.

ويلاحظ أن الإلتزام بتنفيذ العقد فى حالة الغش المنسوب إلى ناقص الأهلية فى إبرامه، يخضع للقانون الشخصى، أو لقانون محل ارتكاب الغش، حسبما يتّجه إليه الرأى من اعتباره رفضاً للبطلان، أو طريقاً للتعويض (١).

اليمين الحاسمة :-

١٢٦- يجوز لأى من الخصمين توجيه اليمين الحاسمة إلى الآخر؛ لأن اليمين صلح ، وليس للمحكّم أن يعترض على الصلح.

الاثبات بشهادة الشهود (٢) :

هناك الاثبات الخطّى، إذ يقدم الشاهد شهادته قبل المدة المحددة ويتم إبلاغها للطرف الآخر إذا لم يكن حاضراً أو تضمنت بيانات جوهرية.

والغالب هو الاثبات الشفوى، إذ يدلى الشاهد بهذه الشهادة بناء

---

(1) Batiffol et Lagarde. dr. int. priv. t (2) 1976. P. 283, 284 et note (41).

(٢) الدكتور عبد الحميد الأحدب مجلة الدراسات القانونية جامعة بيروت سنة ١٩٩٩ ع (٢) ص ١٠٥،١٠٦ .

على طلب هيئة التحكيم سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف والشاهد فى التحكيم لايحلف إليمين الا اذا استلزمت ذلك بعض القوانين مثل القانون الإماراتى.

الفصل الرابع
القانون الواجب التطبيق على الموضوع

تمهيد وتقسيم :

١٢٦م - نعرض فى هذا الصدد للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فى إطار منهج تنازع القوانين، ثم فى إطار قانون التجارة الدولية، وهو نظام قانونى يختلف تماماً عن نظم العقود الداخلية، مع مراعاة أن المحكّم الدّولى لايستمدّ سلطته من أية دولة معينة.

ومما يرتبط بموضوع النّزاع الذى يطرح على التحكيم مسألة مدى قابلية النّزاع للتحكيم التجاريّ الدّولّى. وكذلك القانون الذي يحكم التفسير، والتكييف، وعمله الوفاء أمام قضاء التحكيم.

واستناداً إلى ماتقدم، ينبغى تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو الآتى:

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فى إطار منهج تنازع القوانين.

المبحث الثانى : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فى إطار قانون التجارة الدولية.

المبحث الثالث : مدى قابلية النزاع للتحكيم التجارى الدولى.

المبحث الرابع : القانون الذى يحكم التفسير، والتكييف، وعملة الوفاء فى عقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم.

المبحث الأول
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في إطار منهج تنازع القوانين

تمهيد وتقسيم :

١٢٧- عرض القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص. وطبقاً للمادة ٣٢ من هذا القانون تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف. وأن إختيار الأطراف لقانون دولة ما. أو لنظامها القانوني. ويؤخذ على أنه إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين (١). مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وتعترف إتفاقية نيويورك بهذا المبدأ في قواعد الاسناد التي أقرتها، وكذلك لائحة غرفة التجارة الدولية. ويجب أن نؤكد في هذا الصدد، إن المحكم لايملك «قانون قاضي» يستمد منه قواعد تنازع القوانين (٢).

وفي إطار التحكيم، يمكن أن تتحدث عن مجرد إدماج القانون مباشرة في العقد، أكثر من الإستناد إلى قاعدة التنازع الدولية المتعلقة بإختيار القانون الواجب التطبيق على العقود.

ومع ذلك، يجب أن نعرض في هذا الصدد للنظريات المختلفة في

---

(١) فقد يختار الأطراف قواعد تنازع محددة في دولة معينة.

(2) L'affaire No. 1512 en 1971, Clunet 1974, P. 884.

القانون الدولى الخاص، بشأن طريقة تحديد القانون المختص. التى تنطبق على عقود التجارة الدولية وعلى غيرها، سواء فى إطار قضاء التحكيم أم فى قضاء الدولة فتتصدى بادئ الأمر للنظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج. ثم نعرض لنظرية التركيز الموضوعية، ونظرية إزدواج نظام العقد، ونظرية الأداء المميز، ومبدأ قانون الإرادة فى القانون المصرى، وأخيراً لنظرية إرادة إنطباق القانون الأجنبى فى الفقه المفرد الجانب.

١٢٨- وفى جميع الأحوال، يجب عند تطبيق القانون المختص على قضاء التحكيم مراعاة أحكام العقد، وعادات وأعراف التجارة الدولية. إذ يقضى القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى، بأنه يجب فى جميع الأحوال على المحكم الاعتداد بإشتراطات العقد، أى مراعاة أحكام العقد، وعادات التجارة الدولية.

كما تنص الإتفاقية الأوربية (جنيف) سنة ١٩٦١ على حرية الطرفين في تحديد القانون الذى يلتزم المحكّم بتطبيقه. وفى حالة عدم وجود بيان من الطرفين، وجب على المحكم تطبيق قواعد الإسناد الملائمة. وفى كلتا الحالتين ينبغى على المحكم مراعاة إشتراطات العقد، وعادات التجارة الدولية (مادة ١/٧).

وقد تضمنت المادة ٥/١٣ من نظام غرفة التجارة الدولية نصاً مماثلاً.

وهذا هو ماأخذ به المشّرع المصرىّ فى المادة ٣/٣٩ من قانون التحكيم الجديد.

ويبين من هذه النصوص، أنه يعتد بعادات التجارة الدولية

بوصفها عنصراً من عناصر القانون الذى يتم الفصل فى النزاع على أساسه. مع مراعاة «أن المحكم بالقانون لايخلق العادة ولكنه يراعيها» (١).

ولكن تطبيق هذه العادات إنمّا يأتى بصورة تبعية أو تكميلية، أو إحتياطية (٢) ، لأن الأولوية- كما سبق بيانه- للقانون (٣) الذى اتفق الأطراف على تطبيقه، ولمنهج التنازع.

وغنى عن البيان أن عادات وأعراف التجارة التجارية الدولية لاتطبق إلا بما لايتعارض مع القانون الواجب التطبيق (٤). إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها.

ومن هنا يتضح مدى قيام التعايش بين منهج قواعد التنازع. وعادات وأعراف التجارة الدولية، وأن الأمر هنا لايتعلق بالتنازع بين المنهجين بقد ما يتعلق بالتكامل بينهما، ولهذا يجب فى جميع الأحوال عن تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد، وعادات التجارة الدولية.

---

(1) "L'arbitre de droit" ne crée pas l'usage mais le contstate" Loquin, l'amiable composition ... P 335.

(٢) ماسبق رقم ٤٠ ومابعده.

(٣) وقد إستبعدت المادة (٦) من نظام تحكيم المؤسسة العربية لضمان الإستثمار تطبيق أى قانون وطنى معين على نزاع الإستثمار، وأوجبت على محكمة التحكيم تطبيق نصوص إتفاقية مؤسسة ضمان الإستثمار والمصادر المنصوص عليها فى المادة (٦) من الإتفاقية . وفى حالة عدم وجود هذه المصادر، يجب تطبيق المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة. تلك المعترف بها فى القانون الدولى.

(٤) ولايمكن الرجوع إلى هذه الأعراف والعادات التجارية الدولية أمام القضاء الوطنى إلا إذا إختارها الأطراف، وتكون بمثابة الشروط التعاقدية التى لاتقوى على مخالفة النظام العام فى دولة القاضى وكذلك القواعد فورية التطبيق التى تتصل بالعلاقة ولو كانت تنتمى إلى قانون أجنبى (الدكتور هشام صادق) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ١٩٩٥ ص ٥٧٢ وهامش رقم ١١٦-ماسبق رقم ٤٥ .

١٢٩- وفى ضوء ماتقدم. يمكن تقسيم هذا المبحث إلى ستة مطالب :

المطلب الأول : النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الادماج.

المطلب الثانى : نظرية التركيز الموضوعى.

المطلب الثالث : نظرية ازدواج نظام العقد.

المطلب الرابع : نظرية الأداء المميّز.

المطلب الخامس : مبدأ قانون الإرادة.

المطلب السادس : إرادة انطباق القانون الأجنبى فى الفقه المفرد الجانب.

المطلب الأول
النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج

١٣٠- وتجد أساسها فى مبدأ سلطان الإرادة فى إختيار القانون، وليس مبدأ قانون الإرادة.

ويتم إدماج القانون إما عن طريق ترديد نصوصه فى صلب العقد، أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون.

ولهذا ذهب جانب من الفقه المصرى (١)، إلى التفرقة بين مبدأ سلطان الإرادة مباشرة فى اختيار القانون، ومايترتب على ذلك من إعتبار القانون فى حكم الشروط التعاقدية، وبين مبدأ قانون الإرادة(٢) الذى يستند إلى قاعدة إسناد وضعية.

ولايشترط فى هذا الإختيار أن يكون على صلة بين القانون المختار والعلاقة المتنازع عليها. إذ قد يرى الأطراف إن القانون المدمج أكثر ملاءمة في نصوصه مع طبيعة التصرف المبرم بينهم.

وأثناء تدوين اتفاقية لاهاى، تم إستبعاد الإتجاه الذى كانت قد نادت به وفود عديدة، وعلى الأخص الوفد الإيطالى المعارض لحرية الأطراف المطلقة فى الإختيار، إستناداً إلى أن تقييد هذه الحرية، أو الحد منها، يؤدىّ إلى عرقلة التجارة الدولية.

وطبقاً للنظرية الشخصية، يستطيع أطراف النزاع استبعاد بعض

---

(١) الدكتور هشام صادق فى تنازع القوانين الطبعة الثالثة ١٩٧٤ ، ص٦٥٢ ، وهامش ص ٦٥١ وكذلك هامش ص ٦٥٦ .
(٢) مايلى ١٤٨ ومابعده.

النصوص من القانون المختار، ولهم تجزئة العقد، وإختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة. وفى هذه الحالة يعتبر العقد رابطة متعددة الجوانب.

وهذه النظرية ترى أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية فى عقود التجارة الدولية ويأخذ حكمها، بحيث يفقد طابع القانون بمعناه الدقيق، أى باعتباره قراراً صادراً من المشّرع، عندئذ لايتأثر القانون المدمج بما يطرأ عليه من تعديل أو الغاء، بمعنى أنه لايسرى إلا القانون المدمج فيه- استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة- بحالته التى كان عليها وقت إبرامه، مع إستبعاد جميع مايطرأ عليه من تعديلات تشريعية، حتى ولو كانت هذه التعديلات التشريعة تمثل قوانين آمرة (١). بل إن هذه القوانين الآمرة تفقد طابعها فى النطاق الدولى (٢). وهو مايطلق عليه «شرط الثبات التشريعى» Clause de stabilité législative أو «تجميد القانون فى الزمان» Petrification de la loi dans le temps

ولايستطيع المحكم أن يحل إختياره محل إختيار الأطراف فى إختيار هذا القانون N'a pas le pouvoir de substituer son propre choix a celui des parties مما يسمح له بإستبعاد كافة النظريات الفقهية التى تجير للقاضى هذه السلطة (٣)، لأن البحث عن القانون المختص بالنسبة للمحكم الدولى لايأخذ نفس المفهوم بالنسبة للقاضى الوطنى "Ce qui lui permet d'ècater tout examen de théories doctrinales accordant ce pouvoir au juge"

---

(١) مالم يتعارض هذا الشرط التعاقدى مع النظام العام بمفهومه الدولى.

(2) PILLET : Traité pratique de droit int. privé, (2) paris - Frenoble, PP. 282,283.

(3) Observations sous sentence rendue dans l'affaire No. 1512 en 1971, Clonet 1974, PP. 905 et s., Spec. P. 612.

(٤) دكتور منير عبد المجيد فى العقود الخاصة الدولية المحاماه السنة ٧١ ص ٤٤ .

وهذا الاتجاه يمثل عوداً إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق الذى نادى به الفيلسوف Kant.

والمفروض أن مدى فعالية هذا الشرط يخضع للقانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ فى العديد من أحكامها، منها الحكم الصادر فى ١٥ يناير ١٩٣٥ (١). وكان النزاع يتعلق فى هذه الدعوى بعقد بيع مبرم سنة ١٩١٤ بين طرفين يتوطن أحدهما فى باريس والآخر فى استراسبورج. وبعد فترة طالب البائع بفوائد عن دينه السارى خلال الحرب. وخلصت محكمة النقض إلى تأييد حكم محكمة الاستئناف فيما انتهى إليه من أن الفوائد المتعلقة بهذا الدين الناتج عن توريد بعض المهمات الخاضعة للقانون الأجنبى الخاص بزمان ومكان تحرير العقد (سنة ١٩١٤)، بمنأى من السقوط المنصوص عليها فى مرسوم ٢٥ مارس ١٩١٩ ، على أساس أن هذا المرسوم لايخضع له إلا الفوائد القانونية Intérêts légaux التى ينص عليها مرسوم سنة ١٩١٤ . أما الفوائد موضوع المطالبة ، والخاضعة لقانون أجنبى ، فإنها لاتحمل هذا الطابع، بل لها طابع إتفاقى أو تعاقدى.

ويجوز أن يتم إدماج المعاهدة فى عقد معين، ومن تطبيقات هذا المبدأ أنه يجوز أن يتضمن سند الشحن إتفاقاً صريحاً من الأطراف على تطبيق معاهدة سندات الشحن فى المجالات التى لاتخضع لأحكامها Clause Paramount ويتم تطبيق أحكام المعاهدة فى هذا الفرض بوصفها شروطاً تعاقدية، أسوة بسائر بنود سند الشحن،

---

(١) Rev. Crit. 1936, P. 463.

ويكون لهذه الأحكام المدمجة طابع الثبات التشريعي، فلا تتأثر بتعديل المعاهدة أو إلغائها.

وبهذا حكمت هيئة التحكيم في ١٥ مارس ١٩٦٣ (١) في شأن النزاع بين إيران واحدى شركات البترول بالنسبة لمخاطر الإستثمار، أنها تتطلب الأمان التشريعي، ويجب حمايتها ضد أي تعديلات تشريعية من جانب الدولة، حتى يمكن تجنب المساس بضرورة ثبات العلاقة التعاقدية.

وقد حكمت محكمة Aix-En- provence في ٧ مايو سنة ١٩٩٧ بعدم انطباق القانون الفرنسي، ولا الاتفاقيات الدولية السارية في فرنسا بقوة القانون ذلك أن المادة (١٦) من القانون الفرنسي الصادر في ١٨ يونية سنة ١٩٦٩ ، لاتنطبق على النزاع ، طالما أن ميناء القيام Kandia en inde وميناء الوصول في Frectown en Sierra Leone في الخارج - ومن ناحية أخرى ، فإن قواعد هامبورج (اتفاقية الأمم المتحدة في ٣١ مارس ١٩٧٨) ليست سارية في فرنسا . كما أن دولةإصدار سند الشحن وميناء الوصول Inde ليسا أطرافاً في معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ التي هي قواعد لاهاي.

بالإضافة إلى ذلك، فإن شرط Paramount لسند الشحن لايشير إلى قواعد "La Haye Nisby" إلا إذا طبقت بقوة القانون، وليس هذا هو الحال في النزاع الراهن طالما أنها ليست سارية في الهند بلد ميناء القيام ومكان إصدار سند الشحن.

وقد اعتد الحكم بقواعد هامبورج السارية في Sierra Leone بوصفها شرطاً اتفاقياً Paramount يخضع النقل محل النزاع لقواعد

(1) International Law Reports, 1967, P. 192.

لاهاى وتشريع دولة الوصول المطابق (D.M.F. JANVIER 1998. P.29 ets Note Piérre- Yves, Nicolas)

وهذا هو ما أجازه قانون التحكيم الجديد فى المادة السادسة منه التى تنص على أنه إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لاحكام عقد نموذجى أو اتفاقية دولية وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

١٣١- وهذا القانون المختار، يمكن أن يكون محل تعديل أو إختيار مغاير من جانب الإطراف أنفسهم فى أية مرحلة من مراحل التحكيم، أسوة بسائر بنود العقد.

وقد أبدت محاكم الدول الإشتراكية مثل يوغوسلافيا ، ورومانيا، هذا الاتجاه، وعلى سبيل المثال، فقد إعتدت هيئة التحكيم الخاصة بمسائل الملاحة البحرية والنهرية Gdynia فى ١٨ يوليو ١٩٦٢ ، بإقرار الخصم بالجلسة، واعتبرته بمثابة تعديل للإختيار السابق حصوله (١).

إن صحة شرط الثبات التشريعى الذى بمقتضاه يجمد الأطراف Les parties ont figé نصوص القانون الواجب التطبيق أصبح معترفاً به ، ويكاد يكون مستقراً فى إطار التحكيم (٢)، ما جعل قضاء التحكيم يميل غالباً إلى الاعتداد بالنظرية الشخصية التى تستند إلى فكرة الثبات التشريعى.

---

(1) Deby- Gérad : Le rôle ..., op. cit., P. 235 No. 317, Note 82.

(2) La sentence 24 Mars 1982. Clunet 1982, P. 869, Note Kahn

30 Nov. 1979, Rev. crit. 1982, P. 92, Note Batiffol Sentence 31 Mars 1986, Le Conseil Adminstratif du C.I.R.D.I., Clunet 1988, P. et s.., spéc. 177 et 178

وهذا الشرط له أهميته في عقود الإمتياز طويلة المدى. وأنه إذا لم يكن هذا الشرط صحيحاً، فإنه قد يمكن الدولة من التنصل من إلتزاماتها بإصدار تشريع معين. ومثل هذا التشريع لايمكن تبريره إلابهدف المصلحة العامة فى حالة التأميم الذى يؤدى إلى التعويض الملائم.

ومن المؤكد أن هذه النظرية تؤدى إلى تلاشى كل فكرة تتعلق بقواعد تنازع القوانين (١) استناداً إلى ما للإرادة من شبه قوة مطلقة دون الاستناد إلى قانون يبرر وجودها.

وغنى عن البيان، أنه متى كان القانون المدمج في العقد، فى حكم الشرط التعاقدى، فإنه لايقوى على إبطال هذا العقد، كما أن خطأ محكمة الموضوع في تفسيره ينأي عن رقابة محكمة النقض، مالم يؤد التفسير إلى إمتداد رقابة المسخ.

وفكرة الإدماج تتعارض مع فكرة الإحالة. أى أن هذه الفكرة الأخيرة لاتجد محلاً فى نطاق الإدماج.

١٣٢- ولفكرة الثبات التشريعى وجه أخر. ذلك أن العقد قد يتضمن بداءة شرطاً مؤداه أن القانون الذى يسرى عليه عند النزاع، هو القانون القائم وقت إبرامه، مع استبعاد أى تعديل تشريعى يطرأ عليه. ومن هذا القبيل ماتنص عليه المادة (١٥) من الإتفاق المبرم بين الكاميرون، وإحدى شركات التنقيب عن البترول وإستغلاله. فقد ورد به «أنه لايمكن أن تطبق على الشركة دون موافقتها سلفاً أى تعديل لاحق على النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الإتفاق».

وهذا هو الحال بالنسبة الإتفاق المبرم سنة ١٩٧٨ بين تونس واحدى شركات البترول الامريكية (٢).

١٣٣- وقد رأى جانب من الفقه (٣) أن التعاون المتطلب فى إطار

---

(1) Déby- Gérard, LE rôle ... op. cit., P. 232.

(٢) راجع ذلك معروضاً فى بحث الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة فى عقود الإستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد ٤٣ سنة ١٩٨٧ ص ٦٩.

(3) FOUCRHARD : L' adaptation des contrats a la conjoncture économique. Rev. Arb. 1979, P. 1979,et s.

التجارة الدولية، يتنافى مع شرط الثبات التشريعي. وهو ما كان دافعاً إلى نشوء نماذج جديدة من العقود «متحركة المضمون»، إستناداً إلى شرط «إعادة النظر» أو «المراجعة» أو شرط «الملاءمة» مع الظروف الإقتصادية Conjoncture économique بهدف بعث الثقة والإستقرار في المعاملات الدولية، على أساس أن هناك متغيرات لايمكن التكهن بها مقدماً.

١٣٤- ومع ذلك اتّجه جانب من الفقه (١) ، أن إختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد، سواء كانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف أو مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو على مقتضيات التجارة الدولية، وأن دور الإرادة ينحصر في تركيز العقد، وبيان مركز الثقل في العلاقة. وهذه نظرية التركيز الموضوعية.

(1) BATIFFOL : Les conflits dde lois en matére de contrats, 1938, No. 57.

المطلب الثانى
نظرية التركيز الموضوعية

تمهيد :

نتصدى فى هذا الخصوص لمضمون نظرية التركيز وتطبيقاتها فى عقود التجارة الدولية. ثم فى إطار تركيز العلاقة فى أطار قوانين البوليس.

مضمون النظرية وتطبيقاتها فى عقود التجارة الدولية :-

١٣٥- وليس ثمة مايمنع من أن يطبق المحكم نظرية التركيز على علاقة التجارة الدولية، وفى إطار هذه النظرية، تنتفى إرادة الأطراف فى إختيار القانون الواجب التطبيق. وذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، أي تحديد مقره وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به إرتباطاً وثيقاً والمحيطة بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الإقتصادية والإجتماعية فى هذا المكان.

ولا شك أن إنكار دور الإرادة- طبقاً لهذه النظرية- فى إختيار القانون يؤدى بالتالى إلى استبعاد فكرة الإدماج المؤسسة على سلطان الإرادة.

وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون. وهى الطريقة المثالية لوحدة القانون المطبق على العلاقة، وبهذا تتفادى تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين، وهى التجزئة التى يمكن أن تؤدى إلى نتائج غير مترابطة.

ومتى تم تركيز العقد فى مكان معين، فإن الأطراف يكونون قد إرتضوا سلفاً الخضوع لنظام تشريعى بكل يصيبه من تعديلات تشريعية (١).

ويتعين اللجوء إلى قواعد التشريع الأجنبى الإنتقالى لتحديد نطاق سريان ماتضمنه من نصوص جديدة من حيث الزمان (٢).

١٣٦- وكثيراً ما يحمل التركيز طابعاً إقليمياً عندما تتم عملية التركيز عن طريق توافر عناصر مادية تسمح بإسناد العلاقة فى مكان معين (٣). وفى هذا يشير (موتلسكى) (٤) أن عملية التركيز هنا تقوم على إسناد العلاقة إلى حيز مكانى ولكن ذلك لايعنى أن إعمال نظرية التركيز يؤدى حتماً إلى فكرة الإقليمية فعندما يتم الإعتماد فى إجراء التركيز على عناصر خارجة عن نطاق العقد أكثر من عناصره الداخلية، فإن التركيز عندئذ يبتعد عن الطابع الإقليمى ليصبح تركيزاً ذهنياً (٥) بحيث يعبر عن الرابطة التى تقوم بين العقد ونظام قانونى معين.

١٣٧- ويتم التركيز فى الإفتراضات التى لم يتوقع فيها الخصوم المشكلة، أو فى الفروض التى يكون فيها الخصوم على دراية بالمسألة ولكنهم لو يتوصلوا إلى إتفاق بشأنها، عندئذ يعتبر أنهم قد عهدوا بها

---

(١) دكتور منير عبد المجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف فى العقود الخاصة الدولية، المحاماة ١٩٩١، العدد ٨٢٧، ص ٤٢ ومابعدها، وعلى الأخص ص ٥٠و ٥١.

(2) Gavalada ies conflit dans le temps en dr. international Privé. Paris 1955-P. 315 le-rebours - Pigeonniére droit intern. priv. 6. éd 1954. P304 et s. M28

(3) BATIFFOL et LAGARDE : Traité ..., 5 éd, P. 264.

(4) Note sous Cass. 24 Avr. 1952, Rev. Crit. 1952, P. 502.

(5) BATIFFOL : Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé, (Mé-. langes Maury, T. (1), P. 40 et s.

إلى شخص من الغير، هو المشرع أو القاضي أو المحكم.

وقد قضت المحكمة الفيدرإلية الألمانية (١) في دعوى طبقت فيها المحكمة القانون الألماني على عقد منحت فيه شركة إنجليزية إلى شركة طباعة ألمانية حق استغلال ترجمة مؤلف إنجليزي في ألمانيا، إعتبرت أن تنفيذ العقد في ألمانيا يشكل الالتزام المميز للعقد في شأن تركيزه، وهو القانون الأكثر إرتباطاً بالنزاع.

١٣٨- واعتدت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في القضية رقم ١٥٦٢ لسنة ١٩٦٨ (٢) بقانون الدولة مانحة عقد الامتياز، إستناداً إلى أن هذا القانون الخاص بمكان التنفيذ يمثل إرادة الأطراف في تركيز عقدهم في هذا المكان.

كما رأت هيئة التحكيم لدى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة في حكمها الصادر بتاريخ ٧ يوليو ١٩٨٥ - في النزاع بين شركة فلوح سرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري، تركيز العلاقة موضوع النزاع في الإقليم المصري استناداً إلى أن العقد بن الطرفين أبرم في مصر، وأن مصر هي قانون مكان التنفيذ وهي في ذات الوقت قانون الدولة التي وقع فيها حادث تحطيم الطائرة (٣).

وخلصت الهيئة من عناصر الدعوى المشار إليها إلى أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في شأن مسئولية وزارة الزراعة عن تعويض الضرر الذي لحق الطائرة لما نسب إليها من خطأ أدى إلى

(1) COHN : The objective practice on the proper law of the contracts in international and comparative law, Quarterly, 1957, P. 37 et s.

(2) Clunet : 1976. P. 915 et s . spéc. P20.

(٣) هذا ويلاحظ أن أساس تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية، هو الاعتداد بتركيز الوقائع التي نشأ عنها الفعل الضار أو النافع في المكان الذي تحققت فيه.

وقوع الحادث.

من هذا القبيل أيضاً، إرادة الأطراف تركيز عقدهم فى دولة المنشأة التى تنتج البضاعة موضوع العقد أو إختيار الأطراف لتشريع مهنى معين (١).

ومع ذلك، إذا تعدّدت أماكن التنفيذ، يتعين البحث عن مكان التنفيذ الرئيسى والإعتداد بقانون هذا المكان دون أماكن التنفيذ الثانوية (Lieu d' exécution principal) . وهذا المكان الرئيسى يمثل مركزالثقل فى العلاقة centre de gravité(٢) أما قانون مكان الإبرام، فإن طابعة العارض يفقده قيمته التركيزية (٣).

وقد تعتبر اللغة عنصراً للاعتداد بالجنسية فى تركيز علاقة قانونية معينة. كما يمكن أن يعتبر إختيار المحكم بمثابة رابطة بنظام هذا المحكم يبرر تطبيق قانونه (٤).

والاعتداد بالقرائن والدلائل التى تكشف عن إرادة المتعاقدين فى تركيز الرابطة التعاقدية يكون أقرب إلى التركيز الشخصي منه إلى الموضوعى (٥) وهو ما قد يؤدى إلى تنوع الاسناد من عقد لآخر رغم إتحادها فى الطبيعة.

---

(1) GOLDMAN : Les conflits de lois dans l'arbitrage international, Rec. de Cours, 1963, PP. 447 et s.

(2) Sentence rendue dans l'affaire No. 4132 en 1983. C.I.I. Clunet 1983, P. 891 et se Obs. Y.D. Sentence rendue dans l'affire 5004 en 1989, Clunet 1989, P. 1107 et s.

(3) Sentence rendue dans l'affaire 4434 en 1983. C.I.I., Clunet 1983, P. et Obd. Y. D. spéc. P. 896.

(4) WENGLER : La siuation des droits, Rev. Crit, 1957, PP. 192-192.

(5) Localisation subjective effectuée par l'arbitre. راجع مايلى رقم ١٥٢ (فى الاختيار الضمنى)

١٣٩- ولما كانت براءات الاختراع (١) والعلامات التجارية، يمكن أن تكون محلاً لبيع أو شراء تبادل دولى، فإن الحقوق المتعلقة بها، تعتبر كائنة فى إقليم الدولة أو التى يسرى فيها الحظر المتعلق بمنع الغير من صناعة وبيع الشئ المخترع، أو إستعمال العلامة فى حدود دولة معينة (٢).

وفى هذا المعنى قضت محكمة الإستئناف الفيدرإلية فى حكميها الصادرين بتاريخ ١٠ مايون و ٧ يونية ١٩٥٧ (٣) بأن حق صاحب الاختراع كائن فى إقليم الدولة التى منح فيها هذا الحق.

١٤٠- ويرى (بارتان) المسألة من وجهة نظر أخرى، إذ يشير إلى التركيز المجازى للعلاقة Loncalisation Fictive يكون فى مكان التركيز الحقيقى للصناعة التى يستعملها. ويهدف من هذا إلى تركيز الحق المذكور فى مقر المنشأة الرئيسية (٤) au lieu principal établissement.

١٤١- وقد يكون القانون الواجب التطبيق مسألة تفرضها طبيعة العلاقة محلّ النّزاع، والظروف التى نشأت فيها، ومجموع الوقائع التى تندرج تحت قانون معين يحكمها. ومن هذا القبيل.

* بيع المنقولات الذى ينطبق عليه معاهدة لاهاى. فهى توجب إسناد العلاقة الخاضعة لها إلى قانون دولة البائع التى يقيم فيها بصفة دائمة.

---

(1) A.Francon L'Arbitrage en matière de Brevet et la Jurisprudence. Rev. arb. 1977 P. 143. spec. P. 153.

(2) WENGL;ER, OP .CIT., P. 193 Note (3).

(٣) وقد أبرمت معاهدة التعاون المتعلقة ببراءات الإختراع فى واشنطون لحماية الملكية الصناعة.

(4) Cité par Wengler, op. cit., PP. 192-193.

* عندما يدخل النزاع في إطار إنطباق الشروط العامة لعقود التوريد، وتجميع مواد البناء والتشييد، فإنها تخضع طبقاً للمادة ٢٨ منه لقانون دولة المنشأ أو المقاول.

* إذا كانت المسألة مما تندرج في إتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدولة الأخرى، فهي تقضي بخضوع النزاع للقانون الذي يختاره الإطراف، وعند تخلف الإختيار لقانون الإستثمار في الدول المضيفة.

١٤٢- وفي إطار هذه النظرية، يجب على القاضي أن يراقب اختيار الخصوم، وأن يصحح هذا الاختيار متى كان لايعبر عن مركز الثقل في العلاقة، وأن يرد العلاقة إلى مقرها الصحيح حتى يتجنب الخصوم الأختيار غير المنطقي لقانون العقد.

وبهذا حكمت المحكمة الفيدرإلية السويسرية (١) أن المحكمة ليست ملزمة باتّفاق الخصوم، وخلصت إلى بحث الادّاء المميز (٢) في العقد لاستخصلاص القانون الواجب التطبيق.

ولانرى مانعاً في أن يقوم المحكوم، أسوة بالقاضي، بتركيز عمليات البنوك المختلفة التي تسهم في تنمية التجارة الدولية مثل الأيداع في الحساب الجاري الدولي، وخطابات الضمان الدولية، والإعتمادات المستندية، تركيزاً موضوعياً في إطار - قانون الوسط الأقتصادي في الدولة الكائن بها المصرف. وهو مايتحدد به القانون الواجب التطبيق. وعادة يتطابق قانون المصرف مع مكان تنفيذ الأداء المميز في العملية (٣).

---

(1) COHN : The objective practice, op.cit., P. 372 s et s.

(٢) مايلي رقم ١٤٧ .

(٣) الدكتور عكاشة عبد العال في قانون العمليات المصرفية الدولية لسنة ١٩٩٣ ص ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨ .

ويلاحظ أن معاهدة روما لسنة ١٩٨٠، التى أصبحت جزءاً لايتجزأ من القانون الفرنسى اعتباراً من سنة ١٩٩١ قد أطلقت حرية الأطراف فى اختيار قانون العقد. دون اشتراط الصلة بين القانون المختار والنزاع. وهو ما لايتفق مع نظرية التركيز التى توجب رد إختيار الخصوم إلى مقر العلاقة الصحيح والأختيار المشار إليها فى المعاهدة، هو إختيار مادى، يتفق مع نظرية أزدواج نظام العقد (١).

ويرى أنصار نظرية التركيز الموضوعية، أنه إذا انعدمت الرابطة بين العلاقة والقانون الواجب التطبيق، أعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون.

على أن استبعاد القاضى للقانون المنبت الصلة بالعلاقة يغنى عن إعمال نظرية الغش نحو القانون والتى يصعب معها إثبات العنصر المعنوى.

تركيز العلاقة فى إطار قوانين البوليس :-

١٤٢- أتجه جانب من الفقه (٢) إلى صياغة قاعدة إسناد ذات طابع كاف ومجرد، مؤداها تطبق فى المسائل الدولية قوانين البوليس التى تتأثر مصالحها الأجتماعية والأقتصادية بالعملية التعاقدية، طالما أن العلاقة التعاقدية، أو آثارها تتركز فى نطاق التطبيق الذى تحدده هذه القوانين لذاتها.

وهذا الاتجاه يؤدى إلى الاعتراف لقوانين البوليس بنطاق تطبيق أوسع من النطاق الإقليمى الضيّق.

---

(١) مايلى رقم ١٤٤ .

(2).Toubiana. Le domaine de la loi du contrat en dr. int priv. Thése paris 1973,P. 233.

ويـــرى Neumayer (١) تطبيق القواعد الآمرة فى النطاق الدولى كلما تحققت العناصر الواقعية المقصودة فى نص معين. سواء بصفة كلية أو فى شقها الجوهرى. وذلك فى النطاق الاجتماعى الخاص بالمشّرع الذى أصدر النّص.

وهنا يمكن تطبيق قانون البوليس الذي ينتمى إلى نظام قانونى معين، بواسطة قاعدة التنازع التى تستعمل طريقة التركيز الموضوعى (٢) "La Méthode de Localisation objective" وهـــذا الاسناد تتحقق به رابطة جدية بين النزاع والأقليم، ويعتبر أفضل من أي وسط إجتماعى آخر.

١٤٢م – وقد يؤخذ على نظرية التركيز أنها تمنح القاضى، أو المحكم سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق. على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد ينتفى معه قيام رابطة بينه وبين العقد، ومن ثم فإنها تؤدّى إلى الإخلال بتوقعات الخصوم، وأنه لاينبغى أن تماثل بين أختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق ونظرية التركيز، لأن الاعتداد بنظرية التركيز فى هذا الخصوص يلغى دور الارادة فى القانون الدولى الخاص ويهدرها، وأنه يجب عند أختيار القانون تطبيقه بحالته، وإن نظرية التركيز لاتستعيد كيانها إلا عند الإنتفاء الصريح للقانون المختص (٣) مما ينبغي معه بيان نظرية إزدواج نظام العقد ومدى إمكان إعمالها فى إطار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم.

(1) Autonomié de la volonté et dispostions impératives en dr. int. priv. Rev. crit. 1957, P 73.

(2) Struken. Note sous cass. des pays Bas. 13 Mai 1966, Rev. crit., 1976, P, 524.

(3) André Ponsard L'ovre de droit international privé du doyen pierre louis lucas, clunet, 1984 P. 227 . 228.

المطلب الثالث

نظرية إزدواج نظام العقد

١٤٤- إتجّه جانب من الفقه (١) إلي أن مجرد الاختيار الإرادي والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لايعتبر عملية تركيز، وأن التركيز لايكون إلا فى حالة إنتفاء الإختيار الصريح لهذا القانون. وهم يستبعدون فكرة الإختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الإختيار يتسم بالطابع الوهمي أو الخيالى، لأن الإرادة إما أن توجد أو لاتوجد.

وبهذا قضت محكمة تحكيم صوفيا (٢) بأنه من العسير استخلاص إرادة ضمنية أو مفترضة للأطراف، وأن الفقه الإشتراكي ينفر منها ويعارضها بشدة.

١٤٥- وإختيار القانون يعد - طبقاً لهذه النظرية- قاعدة قانون دولى خاص مادى متعلق بالعلاقات الدولية أى قاعدة موضوعية تنطبق على النزاع مباشرة وليس ثمة قيد على هذا الإختيار(٣).

بمعنى أنه لايلزم وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية حتى يتمشى مع علاقات التجارة الدولية.

ويضيف هذا الاتجاه أن تخلف قانون القاضي بالنسبة للمحكم يستوجب أن نرى فى وظيفة الارادة قاعدة مادية. حتي ولو اصطبغت

---

(1) Déby-Gérard : Le Rôle ..., op. cit., P. 24 I, No. 302.
(2) Clunet 1967., PP. 171 et s.
(3) Rabel Conflict of laws. t (2) P 427.

فى شكل تنازعى (١).

واستناداً إلي هذا الاتجاه، قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى القضية رقم ٣٤٧٢ لسنة ١٩٨٢، بأن الخصوم، بإتفاقهم المشترك، لهم سلطة تحديد القانون المادى الذى يطبقه المحكم (٢). فإذا لم يكن هناك اتّفاق من هذا القبيل، يطبق المحكم القانون المحدد بمقتضى قاعدة التنازع.

وهناك بعض المعاهدات تنطوى على قواعد قانون دولى مادى، تضع حلولاً موضوعية موحدة تنطبق مباشرة على بعض المراكز القانونية التى تنطوي علي عنصر أجنبى، مثل تلك الخاصة بالنقل البرى أو البحرى.

وفى شأن عملية التركيز عند إنتفاء الإرادة الصريحة، نجد أن المادة السادسة من إتفاقية جنيف فى ٢١ أبريل ١٩٦١ الخاصة بالتحكيم التجاري الدولى، تقضى بأنه على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة عدم إشارة الخصوم إلى القانون المشار إليه، يطبق المحكمون القانون الذى تحدده قاعدة التنازع الملائمة.

والمقصود من نص المعاهدة المشار إليها هو إختيار القواعد الموضوعية التى تحكم العلاقة، وهى تتطلب الإختيار الصريح، ومن ثم، فإنها تستبعد الإختيار الضمنى أو المفترض.

---

(1) Jean-Christophe Pommier. principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international prive conventiannal. P. 257.

(2) Obser. Y.D. sous sentence rendue dans l'affaire No. 4434 en 1983, Clunet 1983, PP, 894 et s. apéc. P. 895.

وعقد الإختيار متميز عن العقد الأصلى تماماً (١) ، حتى ولو أدرج فيه، وقد يتم عقد الإختيار فى الفترة اللاحقة على إبرام العقد الأصلي حتى ولو كان ذلك بطريق المراسلات.

وتقدر صحة الإتفاق الذى يتم بموجبه إختيار القانون الواجب التطبيق على ضوء القانون المختار الذى يحدد الشروط اللازمة لقيام رضاء صريح (٢).

ويضيف أنصار إزدواج نظام العقد، أنه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم بإستبعاد النصوص الآمرة للقانون الذي يطبق على العقد فى حالة «الأختيار الصريح» فإنهم يرون إستبعاد إعمال نظرية الغش نحو القانون التى تفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج فى تحفظ النظام العام(٣).

وهذه النظرية تغفل الأرادة الضمنية التى حرص المشرع المصري على النص عليها فى صلب أحكامه (٤).

---

(1) Les arrets cités par Déby-Gérad : Le rôle de. la règle ..., op. cit., P. 235 No. 317 Note 82.

(2) Déby-Gérard, Le rôle de la régle ..., op. cit., P257.

(3) Déby-Gérard. op. cit., P.P. 252.

ولايمكن الإحتجاج بالنظام العام عادة إلا على التطبيق الفعلى للقانون الأجنبى المختار أو المحدد، وليس على مجرد إختيار القانون.

(٤) المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى.

المطلب الرابع
نظرية الأداء المميّز

مضمون النظرية :

١٤٦- أدخل القضاء السويسرى على فكرة الرابطة الوثيقة نوعاً من المرونة عن طريق تركيز البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية، أى الأداء المميز (١) Le notion de la prestation caractéristique والذى يعتبر بمثابة ركيزة الإسناد، وهذا يستتبع خضوع العقد إلى قانون المكان الذى يكون الإداء المميَّز متحققاً فيه، مثل مركز المشروع، أو الفرع، أو مكان ممارسة المهنة، وذلك دون بحث إرادة الخصوم، ودون البحث عن أي عنصر خارج العلاقة. وبهذا يتحقق أساس قوي ومرن لتعيين القانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق تحديد العنصر الحاسم بطريقة مادية ملموسة، بعيداً عن الإستناد إلى ضوابط ليس لها علاقة بروح الإلتزام.

ويوضح القضاء السويسري أن هذه الفكرة تتمشى مع وظيفة العلاقة القانونية، وهى تسمح منذ البداية بمعرفة القانون المختص. وبهذه المثابة، فإنها تصون توقعات الخصوم.

وهذه النظرية الموضوعية التى تقوم على التركيز الموضوعى «البحث» تؤدى إلى وحدة القانون الواجب التطبيق، وتفادى تشتيت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة.

---

(1) Adolf F. Schnitzer : Les contrats en droit international privé Suisse, Recueil des Cours, 1968. T. (1), PP. 541 et s.

تطبيقات النظرية:

١٤٧- ويعتبر العنصر الهام والمميز فى عقد بيع البضاعة، قيام البائع بتسليم البضاعة. وقانون هذا المكان هو الذى يحكم العلاقة. كذلك فإن أداء المقرض فى عقد القرض هو العنصر المميز، مما يتعين معه تطبيق قانون موطن المقرض، وهو الطرف الذى يلتزم بالأداء المميز.

ويخضع عقد المحامى مع موكله إلى قانون الدولة التى يباشر فيها نشاطه المهنى (١).

وبالنسبة للحساب الجارى، يطبق قانون البنك الذى تم فيه فتح الحساب الجارى بإعتبار أن أداء البنك فى عملية الحساب الجاري يعد بمثابة الأداء المميز، وإن المصارف ترتبط بالوسط الأقتصادى الذى تمارس فيه أنشطتها، والذى يسود فيه قوانين بوليس وأمن ذات تطبيق فورى بحيث يحكم العديد من جوانب الحساب الجارى دون ثمة إعتبار لموطن العميل أو جنسيته (٢).

وقد ساق القانون السويسرى بعض تطبيقات لفكرة الأداء المميز. منها أداء المودع لديه فى عقد الوديعة. والكفيل فى عقد الكفالة (٣).

---

(١) الدكتور هشام صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية لسنة ١٩٩٥ص ٤٥٤ .

(٢) راجع الدكتور عكاشة محمد عبد العال فى قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة فى القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية سنة ١٩٩٣ ص ٢٧٩ ومابعدها، ويضيف «وذلك مالم يتفق الأطراف صراحة على إختيار قانون يكون على إتصال بالعملية المصرفية طبقاً لمبدأ قانون الإرادة. ويأخذ حكم الإرادة الصريحة الإرادة الضمنية» ص ١١٩ .

(٣) الدكتور عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق ص ١٣٠ ومابعدها والتطبيقات المشار إليها فى القوانين المختلفة ص ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧ وهو يشير إلى أن الأداء المميز فى عقد النقل هو قانون الناقل وفى عقد التأمين هو قانون الشركة المؤمن لديها

وتخضع عمليات البنوك ، وعلى الأخص الاعتماد المستندى، لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذى يقوم بتنفيذ العملية. وهو فى نفس الوقت يعتبر العنصر الجوهرى والمميز لها فى العملية (١)، فيحكم العقد برمته.

ولهذا يمكن اسناد الإعتماد المستندى إلى قانون مكان التنفيذ سواء كان ذلك تطبيقاً نظرية التركيز أو تطبيقاً نظرية الأداء المميز (٢) التى نشأت فى رحاب القضاء السويسرى، وإنتصر لها الفقه. وهى تكفل ربط العلاقة بالنظام القانونى الأكثر إتصالاً بها والموافق لطبيعتها (٣)،(٤).

وقد تأيدت فكرة إسناد الاعتماد المستندى إلى قانون مكان التنفيذ الذى يحكم العقد، من محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٧ فبراير ١٩٨٤ (٥).

وتطبيق قانون البنك الضامن بمعرفة المحكمين يعد بمثابة قاعدة التنازع التى تسود المسألة، وهذا الإتجاه على عكس المبدأ الذى يفترض أن الضمان الشخصى يكون محكوماً بالقانون الذى يخضع له

---

(١) الدكتور على جمال الدين عوض الإعتمادات المستندية ١٩٨١ ص ٣٧ .

(2) SCHNITZER; A : Les contrats en droit international privé Suisse, Recueil des Cours La-Haye, 1968, T. (1) PP. 541 et s.

(3) La notion. de le la prestation caractéristique se trouve égalment chez Gamilschg, Rev. Rabel 23. 1958, P. 354.

(٤) ولايعتبر التنفيذ المادى للوفاء فى الأعتماد المستندى هو الأداء المميز فى شأن تحديد القانون الواجب التطبيق، بل يتمثل فى قيام موظف البنك الملزم بالوفاء بقبول النظام، وذلك باستلام المستندات وفحصها أو برفضها عند الأقتضاء على ضوء القانون الفرنسى المطبق على النزاع، متى ظهر له غش فيها نتيجة عدم صحتها أو قصور فى صدق مضمونها.

(Cour d'appel de Versaille. 24. Mai 1991, clunet 1993. P.632. note Stoufflet)

(٥) نقض مدنى فى ٢٧ فبراير ١٩٨٤، مجموعة المكتب الفنى، الدائرة المدنية، ص ٣٥ ص ٥٥١ ومابعدها ، رقم ١٠٥ .

الإلتزام أو الدين المضمون، مالم يثبت العكس.

ويبدو أن إختصاص قانون الضامن هو المستقر فى أعمال البنوك(١).

وهذا هو ماتقضى به المادة العاشرة من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للضمانات التعاقدية التى تنص على أنه «إذا كان الضمان لايشير إلى القانون الذى يحكمه، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون مكان المؤسسة الضامنة، فإذا كان الضامن له أكثر من مؤسسة، فإن القانون المطبق هو قانون الفرع الذى التزم بالضمان»(٢).

وهذا الحل اعتنقه المحكّمون فى الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٣١٦ لسنة ١٩٧٩ من محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية باريس باللغة الإنجليزية، وهو يتطابق مع العادات الأكثر شيوعاً، ويوضح الطبيعة الحقيقة للضمان، Le veritable Nature de La garanité – على خلاف الكفالة – أنه ليس عقداً تابعاً accessoire بل هو عقد «مستقل»(٣) أو «مجرد» abstraite, يتميز بأداء الضامن "la Prestation du garant" . وهذا فضلا عن أن البنك الذي يقع على عاتقه الضمان. يكون ملزماً بأن يعمل وفقاً لقانونه الوطنى. وهذا هو الوضع السائد فى بلاد الشرق الأوسط.

ويعد الأداء المميز الذى يؤدى إلى تحديد قانون الحيز المكانى الأكثر ارتباطاً وصلة بالعلاقة تطبيقاً لفكرة الفعالية التى تسيطر على

---

(1) Obs. sous Senrence rendue dans Jaffaire n. 3316 en 1979, leynet. 1980. P. 974 et s.
(2) Obs. op. cit. P. 974.

مسائل القانون الدولى الخاص (١).

وتخضع جميع العقود التي يبرمها التجار والمهنيون لقانون محل إقامتهم. أما الالتزام الواقع على عاتق عملائهم بأداء الثمن. فهو غير مميز. ولايعد الالتزام الرئيسى أو الجوهرى فى عقود التجارة الدولية(٢).

وتخضع عقود نقل التكنولوچيا لقانون الدولة المصدرة لها. بوصفها الدولة صاحبة الأداء المميز.

وقد أورد المشرع فى القانون التجارى المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تنظيماً موضوعياً مباشراً لعقد نقل التكنولوچيا. فنص فى المادة ٧٢ منه على أن «تسرى أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوچيا لأستخدامها فى جمهورية مصر العربية سواء أكان النقل دولياً يقع عبر الحدود الأقليمية لمصر أم داخلياً، ولاعبرة فى الحالتين بجنسية أطراف الأتفاق أو بمحال إقامتهم، كما تسري أحكام هذا الفصل على كل أتفاق لنقل التكنولوچيا يبرم بعقد مستقل أم ضمن عقد أخر».

وهذا التنظيم الموضوعى المباشر تضمنته المواد من ٧٤ إلى ٨٦ من القانون التجارى، ينطبق على موضوع النزاع دون ثمة حاجة للألتجاء إلى قواعد الاسناد، وتخضع أيضا المسائل التى لم تتناولها المواد ٧٢ ومابعدها للتنظيم المباشر فيما لوكان العقد دولياً إلى القواعد العامة

---

(١) الدكتور عكاشة عبد العال. قانون العمليات المصرفية الدولية. المرجع السابق ص ١٤١.

(2) Lagarde, le nouveau. dr. int. priv. des contrats aprés l'entreé en vigeur de la convention de rome du 19/6/1980 Rev. crit. 1990 P. 309.

فى القانون المصرى أياً كان مصدرها ويمتنع على الأطراف تطبيق قانون أجنبى فى شأنها.

(دكتور هشام صادق. والدكتورة حفيظة. فى القانون الدولى الخاص طبعة ١٩٩٩-٢٠٠٠ ص ٤٠١،٤٠٢،٤٠٣،٤٠٤)

وفى إطار العلاقات بين المحيل والمحال إليه، فإن قانون الإرادة هو الذى يحكمها، وعند انتفاء الأختيار، فإن معاهدة روما تحدد الإسناد بقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد. وهو مايفترض معه « أنه قانون الموطن المعتاد للطرف الذى يصدر منه الأداء المميز، ويقصد به المحيل.

(Anne Sinay CYTERMANN. LES CONFLIS de lois concernant l''apposilibite des transfert de creance Rev. crit 1992. P. 35 et s.)

١٤٨- وإذا تعذر تحديد الأداء المميز فى العلاقة. كما هو الحال فى بعض العقود مثل المقايضة، التى تكون فيها أداء كل مقابل بمثابة أداء مميز، عندئذ، يتعين على القاضى أن يطبق القانون المرتبط بالعلاقة إرتباطاً وثيقاً على ضوء الظروف والملابسات فى كل حالة على حدة(١).

وهذا الاتجاه يلتقى مع نظرية التركيز الموضوعى عندما يستخلص منها القانون المختص بحكم العلاقة. من ظروف التعاقد وملابساتها.

وهذا هو الحال أيضاً، إذا كان الواضح بجلاء من الظروف أن العلاقة ترتبط بدولة أخرى إرتباطاً وثيقاً خلاف دولة الأداء المميز (٢).

---

(١) الدكتور هشام صادق. القانون الواجب على عقود التجارة الدولية سنة ١٩٩٥ ص ٤٥٤ الدكتور عكاشة عبد العال قانون العمليات المصرفية الدولية ص ١٢٩ رقم ٤٠٥.

(٢) الدكتور هشام صادق. المرجع السابق ص ٤٦٢ ومابعده.

سند النظرية فى القانون المصرى :

١٤٨مكرر- يمكن أن تجد هذه النظرية سندها فى القانون المصرى فى نص المادة ٢٤ من القانون المدني التى تتيح للقضاء الرجوع إلى المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص لحل مشاكل التنازع فى المسائل التى لم يرد بشأنها نص صريح. حتى يجد مخرجاً من جمود ضوابط الاسناد الاحتياطية المنصوص عليها فى المادة ١٩ مدنى (١).

(١) الدكتور هشام صادق. الموجز فى القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين لسنة ١٩٩٣ ص ٣١٢ .

المطلب الخامس
مبدأ قانون الإرادة

تمهيد :

١٤٩ - إن خضوع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة، يعتبر قاعدة مسلم بها فقها وقضاء فى القانون المقارن لدى مختلف الدول، وتتمثل فى حرية الأطراف فى إختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هذا المبدأ، مثل اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨، وإتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ ونصت عليه المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (١)

وتقضى المادة ٣ من اتفاقية روما بأن قاضى الدولة يستطيع أن يطبق القانون المختار بمعرفة الأطراف على العقد أو الذى يستخلص بطريقة مؤكدة من نصوص العقد، أو ظروف الدعوى.

وقد يرد على هذا المبدأ قيود من النظام العام فى دولة التنفيذ، ويجب فى الوقت ذاته مراعاة، قوانين البوليس والأمن التى تفرض فى مجال العقد التزامات قانونية تنأى عن مبدأ قانون الإرادة. فهذه القوانين يجب إحترامها إستناداً إلى أولوية المصالح العامة على

---

(١) تقضى المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحرية وجوب تقيد المحكمين عند الفصل فى منازعة التحكيم البحرى بأحكام القانون البحري ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح.
ويبطل أي أتفاق مبرم قبل نشأة النزاع علي تفويض المحكمة بالفصل في المنازعة طبقاً لقانون آخر خلاف القانون البحري، وهذا النص الذي تضمنته المادة ٢٤٧ نص خاص ومن ثم يُقيد النص العام الذي تضمنته المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم الجديد ومن ثم فلا يمكن في اطار التحكيم البحري إلا تطبيق قانون التجارة البحري دون سواه.

المصالح الخاصة للأطراف.

وفى هذا الخصوص نعرض لمبدأ تطبيق قانون الإرادة على نزاع التحكيم، سواء كان هذا التطبيق عن طريق الإختيار الضمنى وفكرة الأختيار المفترض والقانون المختار وتوقعات الأطراف وفكرة الأختيار الإرادى المؤدية إلى بطلان العقد، والوضع بالنسبة لعقود الدولة فى إطار التحكيم، ومدى ملاءمة تطبيق القانون الدولى العام على عقود التجارة الدولية، لكوْن الدولة طرفاً فى النزاع، ومدى التزام المحكم بتطبيق القانون الذى يحكم النزاع تلقائياً.

كما يتعين بيان فكرة التطبيق الإجمالى للقانون المختص، ونعرض للوضع فى القانون الواجب التطبيق عن تخلف الإرادة الصريحة وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية. ونتصدى لمدى تحقق فكرة الغش نحو القانون فى حالة الإختيار الإرادى، وأخيراً نشير إلى التجزئة الإرادية، والتجزئة اللإرادية.

مدى تطبيق قانون الإرادة على نزاع التحكيم:

١٥٠- نعرض فى هذا الصدد، لمبدأ قانون الإرادة بوصفه قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية، فنبين الإختيار الصريح ثم الإختيار الضمنى.

الإختيار الصريح:

١٥١- إن حرية الإختيار التى يقوم عليها هذا المبدأ تمثل قاعدة تنازع وليست قاعدة قانون دولى مادى، كما ذهب أنصار زدواج نظام العقد (١).

---

(١) ماسبق، رقم ١٤٤، ١٤٥

ويتم إختيار القانون إستناداً إلى قاعدة الإسناد المذكورة بوصفه قانوناً بالمعنى الدقيق، وليس بوصفه شرطاً تعاقدياً، كما ذهب أنصار المذهب الشخصى (١) المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة الإدماج، لأن قاعدة الإسناد المشار إليها، أساسها إخضاع العقد للقانون، وليس إدماج القانون فى العقد، ولهذا كانت القاعدة إنه لايمكن تعديل الإختيار أو إستبعاده الذى يتم عند إبرام العقد.

ومع ذلك لم ير الفقه الحديث. مانعاً من اتفاق المتعاقدين على تعديل إختيار القانون، ولو كان هذا الاتفاق يضمن تعديلاً يرتد بأثر رجعى إلى وقت إبرام العقد بشرط رعاية حقوق الغير التى تظل خاضعة للقانون الذى يحكم العقد منذ البداية (٢).

كما لايجوز أن يؤدى تغيير قانون العقد فى مرحلة لاحقة على إبرامه إلى إبطاله(٣).

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى ١٦ يولية سنة ١٩٩٠ بأن «متى كان الثابت انعقاد جلسة التحكيم بغرفة المداولة الخاصة بالمحكم الوحيد بلندن نفاذاً لاتفاق الطرفين. وتذييله بتوقيعه ووجود خاتم غرفة التجارة الدولية بباريس وتصديق القنصلية المصرية عليه، لاينفى انعقاد التحكيم فى لندن، وإعمال أحكام القانون الانجليزى عليه (٤).

---

(١) ماسبق، رقم ١٣٠ ومابعده.

(٢) الدكتور هشام صادق: الموجز فى القانون الدولى الخاص- تنازع القوانين ، ١٩٩٣، ص٢٠٦-٢٠٧، وكذلك القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية سنة ١٩٩٥ ص ٣٦٢،٣٦٤ (م٣/١١٦ من القانون الدولى الخاص السويسرى والمادة ٢/٣ من إتفاقية روما « حماية الغير تنهض على فكرة الحقوق المكتسبة الواجب للأوضاع الظاهرة ».

(٣) الدكتور هشام صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المرجع السابق ص ٣٦٤ .

(٤) مجموعة أحكام النقض - الدائرة المدنية ص ٤١ س٤٣٤ رقم ٢٤٥ .

واتّجه المشروع المقدم من مجموعة الدول الإشتراكية إلى ضرورة أن تكون هناك رابطة بين قانون الإرادة المختار، وعقود نقل التكنولوجيا، ومراعاة القيود التى تفرضها التشريعات الوطنية الآمرة ذات التطبيق الضرورى (١)، وهو ما اشترطه الفقه كذلك(٢).

وقد اعتدّ المشرع، فى إطار قانون الإرادة، بالاتجاه الذى يتطلب الصلة أو الرابطة المنطقية بين القانون المختار والعقد. وأخذاً بالنظرية الموضوعية. ذلك أن حق الأطراف فى إختيار القانون لا: «يجوز أن يجاوز أهداف المشّرع بمقتضى قاعدة تنازع القوانين الوطنية التى خولت الأطراف الحق فى تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التى تتزاحم حكم الرابطة العقدية، أى القوانين التى تتصل بهذه الرابطة على نحو أو آخر (٣)». ومثال ذلك أن يكون القانون المختار، هو قانون الدولة التى سوف يتم تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها.

وتتحقق هذه الرابطة عند إختيار معاهدة دولية، مثل معاهدة لاهاى لسنة ١٩٦٤ التى توجب إسناد الاختصاص التشريعى إلى قانون الدولة التى يقيم فيها البائع بصفة دائمة.

ويكفي فى هذا الصدد أن توجد صلة فنية بين العقد والقانون الذى يحكمه. وهذه الصلة الفنية تتحقق فى مجال التجارة الدولية ، كأن يجرى العقد فى صورة نموذجية، متعارف عليها، لتجارة معينة فى قانون محدد. ومن هذا القبيل، العقود التى وضعها اتحاد تجارة المطاط

---

(١) الدكتورة نصيرة أبوحمد سعدى، عقود نقل التكنولوچيا، ١٩٧٨ ، ص ٣٥٢.
(٢) الدكتور يوسف الإكيابى: النظام القانونى لعقود نقل التكنولوچيا فى مجال القانون الدولى الخاص، ١٩٨٩، ص٥٦٢ .
(٣) الدكتور هشام صادق: الموجز ...، المرجع السابق، ٣٠٦ .

والقطن. فقد ورد النص فى هذه العقود على إخضاعها للقانون الإنجليزى (١). وكذلك الحال بالنسبة لوثيقة تأمين اللويذر بوصفها من العقود النموذجية التى تخضع للقانون الإنجليزى.

وإذا إستبعد الأطراف صراحة نصوصاً معينة من القانون المختار، فلا يجوز لهيئة التحكيم تطبيقها، حتى ولو بأسم النظام العام.

الإختيار الضمنى :

١٥٢- وفى حالة انتفاء الإرادة الصريحة، تتجه هيئات التحكيم إلى فكرة الإرادة الضمنية التى تستخلصها من ظروف النزاع وواقع الحال بصورة مؤكدة أو قاطعة، مثل قانون مكان الإبرام، أو قانون مكان التنفيذ، «الذى يتحدد عادة بمكان تسليم البضاعة وإنتقال ملكيتها إلى المشترى».

وقد استخلصت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية فى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٧١٧ لسنة ١٩٧٢ (٢) أن القانون الإيرانى هو الواجب التطبيق على عقد البيع المبرم بين إيرانى ويوغسلافى، استناداً إلى أن إيران هى مكان تسليم البضاعة، ومن ثم، فإن قانون هذا المكان هو قانون الإرادة الضمنية.

ومن القرائن التى قد تكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، اللغة المستعملة فى العقد أو فى التحكيم أو مكان الذى اتّفق على إجراء التحكيم فيه.

كما أن استخدام «إصلاحات مقررة فى قانون معين يدل على اتّجاه

---

(1) Batiffol: Aspects philisophiqes du droit int. privé, 1956, PP. et s., No.37.
(2) Clunet, 1974, PP. 890 et s.

إرادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعة» (١).

وقد تستخلص الهيئة - بحق - الإرادة الضمنية من العلاقات التجارية المتبادلة بين الطرفين(٢).

ومع ذلك، فإن مكان إجراء التحكيم قد لايشكل أهمية عندما تكون مراكز أوهيئات التحكيم الدائمة هي المختصة. أما في حالة التحكيم الحر، فقد يكون إختيار الأطراف لمكان التحكيم واقعة يستخلص منها إتجاه إرادة الأطراف الضمنية إلى تطبيق قانون هذا المكان.

ويمكن أن تستخلص الإرادة الضمنية من التجاء الأطراف إلى مركز تحكيم يعتنق لائحة معينة.

ومن القرائن التي يمكن أن يستخلص منها القانون الواجب التطبيق، ارتباط العقد بعقود أخري، فقد حكمت محكمة باريس في ٢١ مايو ١٩٥٧ (٣) بأن الكفالة التي تمت من بنك فرنسي بناء علي طلب بنك آخر دانمركي عن صفقة توريد في يوغوسلافيا، تخضع للقانون الواجب التطبيق علي الالتزام المضمون (الوكالة) ، أي القانون الذي يحكم الإلتزام الأصلي.

وقد جري قضاء التحكيم علي إختيار القانون الذي يصحح العقد (٤) « Choix de la loi validant le contrat ». فإذا كان أحد القوانين المتنازعة يبطل العقد في حين أن القانون الثاني يقر صحته، فإنه

---

(١) الدكتور هشام صادق: الموجز في القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين، ١٩٩٣ .

(2) Pommier .. op. cti. P. 281.

(3) Paris 21 Mai 1957, Rev. Crit. 1958, P. 128 Note Francescakis.

(4) Sentence rendue dans l'affaire No. 4154 en 1984 counet 1985, P. 985.

يجب افتراض أن هذا القانون الأخير هو الذي تم اختياره بين الأطراف (١).

١٥٣- ومتي كان قانون الإرادة هو المطبق علي العلاقة، فإنه هو الذي يحدد السبب من حيث وجوده ومدي مشروعيته، وهو الذي يحدد الجزاء المترتب علي تخلّف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته. وهو الذي يحدد أيضاً مديإمكان تجزئة العقد، وهو الذي يبين متي يعتبر العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وحكم الإجازة وتقادم الدعوي. أما الآثار المترتبة علي بطلان العقد، مثل التعويض، فإنها تخضع للقانون الذي يحكم المسئولية التقصيرية.

١٥٤- ويجب علي المحكّم أن يحدد بدقّة النّصّ الذي ينطبق علي النزاع من بين نصوص قانون الإرادة الواجب التطبيق، وعليه الا يمسخ هذا القانون أو يفسره تفسيراً خاطئاً بما لايتفق مع عباراته ومدلوله، ومع ذلك، فإن الخطأ في تطبيق القانون الذي يشوب حكم المحكم، لايعتبر سبباً من أسباب الحكم بالبطلان. وإذا كان القانون الواجب التطبيق غير ملائم لأنه يتضمن نقصاً أو قصوراً، بحيث لايواجه النزاع. يتّجه المحكّم نحو تطبيق المبادئ العامة المشتركة.

---

(١) ومؤدي نظرية الارادة الضمنية المؤسسة على تفسير نظرية Dicey المتعلقة بالقانون الخاص بالعقد "la proper law" أنه إذا أهمل الأطراف القانون الواجب التطبيق. صراحة. فإه القانون الأكثر ملاءمة لحكم العقد هو ذلك الذى لامفر من اعتباره منظماً للعلاقات التعاقدية إذا ماتم وضع المشكلة خلال إبرام العقد. وهناك بعض قرائن ساقتها المحاكم تشير إلى قصد الأطراف خلال تحرير العقد.

Travaux de jean Dabin. Stabilité et evolution de contrat économique international par julian D. M. lew. P. 156.

وهذا هو ماذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٥٩ من ان تخلف الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق يوجب على المحكمة استخلاصة من ظروف التعاقد وملابساته (Rev. crit 1959. P.708)

ويمكن أن يؤخذ بقانون المكان الذي تم فيه اتفاق التحكم، وعلي الأخص عندما يكون قانون هذا المكان هو قانون جنسيه أو موطن أو المركز الرئيسي المشترك للأطراف، والذي يعتبر مألوفاً لهم، مما يستخلص منه أن قانون هذا المكان هو الواجب التطبيق (١).

وقد قضت محكمة السين المدنية في ٧ يونيه سنة ١٩٥٩ (٢) - وهي تنظر الطعن في قرار تحكيم - بتطبيق القانون الفرنسي استناداً علي عدة قرائن. وهي أن العقد قد تم توقيعه بين فرنسي وأجنبي متوطنين في باريس وكان الوفاء قد تم العملة الفرنسية ومن الخزانة العامة الفرنسية، وكان شرط التحكيم ينص علي التحكيم في باريس.

ويجب استبعاد فكرة الإحالة عند إسناد العقد لقانون الإرادة. احتراماً لتوقعات الأطراف في اختيار قانون معين يعلمون مضمونه سلفاً بهدف تحقيق مصالحهم. ومصالح التجارة الدولية يستوي أن يكون الاختيار صريحاً أو ضمنياً (٣).

رفض الإرادة المفترضة :

Le rejet de volonte hypothetique.

١٥٤ مكرر - في هذا الصدد. يكشف القاضي أو المحكم أساسا عن إرادته الخاصة - في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق، ليقوم بعد ذلك بنسبتها إلى الأطراف بهدف حل النزاع. استناداً إلى مجرد قرائن، لاتعكس في الحقيقة القصد المشترك للأطراف، ومن ثم، فهي

---

(1) Fouchard. I. C. L- de dr. international Fasc. 586- 1P. 13 n 47.

(2) Tribu. Civ. de la Seine. 7Juin 1956 cité Par Henri Motulsky. Ecrits. etudes et notes sur L'Arbitrage. Dalloz 1974. P. 231 et s.

(٣) ولهذه الاعتبارات، اعتنقت معاهدة روما هذا المبدأ في المادة (١٥) منها، فاستبعدت الاحالة صراحة في شأن القانون الواجب التطبيق على العقود.

إرادة وهمية أو غير موجودة.

والأخذ في الاعتبار بالطبيعة العقدية للتحكيم، أو التحكيم المؤسسي، حيث لايكون المحكمون معينين بمعرفة أطراف النزاع يؤدي إلى إستبعاد الإرادة المفترضة للتمسك بالإرادة الضمنية الحقيقة (١).

وإذا كان المشرع المصري قد أورد في المادة (١٩) مدني ضابطين يتحدد بهما القانون الواجب التطبيق، افتراضا منه أنهما يمثلان مركز الثقل في العلاقة عند سكوت الارادة عن الاختيار الصريح. وعدم امكان استخلاص إرادة ضمنيه هما قانون الموطن المشترك وقانون مكان الابرام علي سبيل التدرج. فإن الفقه قد وصف هذا الإسناد بأنه « عام وجامد » يسري بالنسبة لكافة العقود دون تمييز بينها وهو يسري علي إطلاقه في شأن تحديد مركز الثقل في جميع العلاقات بلا أستثناء . وهو افتراض لايصدق في كثير من العقود (٢) ولايعبر عن حقيقه قصد الأطراف فيها. ومن ثم، فإنه يتجاهل تنوع وأختلاف طبيعة العقود، والموضوعات المختلفة التي تعالجها وعلي الأخص فيما يتعلق بمكان الإبرام الذي يعتبر عارضاً في الأغلب الأعم. وهو مايصم هذه الضوابط بالقصور.

القانون المختار، وتوقعات الأطراف :

١٥٥- وفي الواقع، فإن القانون المختار بمعرفة الأطراف { Lex causa } يتطابق مع توقعاتهم المشروعة بما في ذلك قوانين البوليس في هذا التشريع المختار مع استبعاد أي قانون آخر يتحدد لحكم العقد، ولايمكن

(1) Jean. Christophe pommier, Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnelle. P. 278. n° 270, 271.

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال مذكرات الإحالة في القانون الدولي الخاص ص ٥٦ .

أن يتنازع القانون المختار مع قانون بوليس لاينتمي إلى نفس النظام القانوني de la lex contracatus استنادا إلى أن الأطراف لاتتحقق توقعاتهم المشروعة في تطبيق قانون آخر خلاف القانون المختار (١) لأن هذا التشريع يعلمه الأطراف وبالتإلى لايخل بتوقعاتهم المشروعه.

ومع ذلك ، فإن الفقه والقضاء ينازعان بحق - في هذا الاستخلاص الأخير، علي أساس أن قانون العقد يمكن أن يتنازع مع قانون بوليسي آخر،

خلاف ذلك الذي يخص النظام القانوني المختار (٢).

ويحاول M. Derains أن يضع تفرقة بين الإرادة وتوقعات الأطراف المشروعة فجعل لحظة تقدير التوقع المشروع لابرام عقد في بداية خصومة التحكيم (٣) أي لحظة النزاع وعلي الرغم من ذلك. فإذا اختار الأطراف قانونا لحكم عقدهم. فإن توقعاتهم المشروعة لايمكن أن تنصب إلا علي هذا القانون الذي يظل وحده من الناحية الموضوعية بحيث يستطيع أن يتوقعه تاجر عاقل.

ومتي كانت المبادئ العامة للقانون، تعتبر من القواعد المعترف بها دولياً، وكذلك عادات وأعراف التجارة الدولية ومن ثم فإنها تكون من المبادئ التي تندرج في توقعات الأطراف المشروعه.

---

(١) ومن المقرر أن قوانين البوليس لاتقف جميعها على قدم المساواة فيبدو أن قانون البوليس "de la lex contractactus" يجب من حيث المبدأ أن يكون له الصدارة على سائر قوانين البوليس الأخرى.

(2) Derains l'attente légitime des parties et le droit au fond en matiere d'arbitrage commercial international. T.C.F 1984. 1985, P. 89.

(3) "Lorsque commence la procedure arbitrale".

وإذا كان للأطراف حرية التصرف في حقوقهم باختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم واستبعاد نصوص قوانين أخري، فإن ذلك مشروط بوجوب احترام القوانين الآمرة الدولية « قوانين البوليس » باسم الدفاع، وأولويه المصالح العامة علي المصالح الخاصة للمتعاقدين (١).

وينتج اختصاص قوانين البوليس من الحاجة المشروعة إلى تطبيقها. لأن السياسة التي تنهض عليها تقتضي ذلك من الناحية الموضوعية.

ولهذا، يجب أن تكون الحلول المأخوذ بها في التحكيم، نتيجة تطبيق قوانين البوليس بمعرفة المحكم – أسوة بقانون العقد – تستجيب إلى توقعات الأطراف المشروعة (٢).

ويعتبر قانون البوليس المطبق في هذا الصدد، بمثابة القانون الذي يحكم الموضوع [La lex causa](٣)

وعلي ذلك فإن المحكم قد يستبعد – أسوة بالقاضي – قوانين البوليس « الإمبرياليه » أو المفروضة بطريقه توسعية.

« lois de police expansionistes ou imperialistes » متي كانت هذه التشريعات تتعلق بمكان تنفيذ حكم التحكيم، إذ تنتفي مشروعية الحاجة إلى تطبيقها (٤).

وأخيراً، فإن قوانين البوليس de la lex contractus للدولة

(1) Pommier.. op. cit P. 328,329.
(2) Derains. L'attente légitime. op. cit. P. 90.
(3) Pommier .. op . cit., P. 339.
(4) Pommier .. op . cit., P. 337.

المتعاقدة، يمكن استبعادها بمعرفة المحكم باسم الدفع بالنظام العام (١). وهذا الاستبعاد إنما يتم بسبب مضمونها الذي يصطدم بالنظام العام الدولي الحقيقي (٢).

واستناداً إلى ذلك قضت محكمة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٨٤ (٣) باستبعاد تطبيق القانون السوري الخاص بمقاطعة إسرائيل وهو قانون بوليس أو نص نظام عام de la contractus – بمعرفة المحكّم باسم مبادئ النظام العام الحقيقي الدولي، الذي يتضمن مبادئ حرية التجارة، وعدم التمييز.

ولما كانت معاهدة نيويورك تطبق – عند تخلف قانون الإرادة علي مسألة وجود وصحة اتّفاق التحكيم قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم. وكان هذا القانون الأخير غير معلوم سلفاً للأطراف عند إبرامهم اتفاق التحكيم، ومن ثم، فإنه يتضمن إخلالاً بتوقّعات الأطراف (٤).

وفي شأن إرادة انطباق قوانين البوليس التي لاتشكل جزءا من القانون الواجب التطبيق علي العلاقة. فلم يعمل المحكمون بشأنها قاعدة موحده، فتارة يطبقونها متي كان ذلك يتفق مع توقعات الأطراف وعدم الاخلال باليقين القانوني. فالتاجر الذي يبيع منتجاته في دولة أخري عليه أن يلتزم بقوانين البوليس الساريه فيها. وتارة أخري يمتنع المحكم عن تطبيق قوانين البوليس، التي لها إرادة

---

(1) Pommier .. op. cit., P. mate (4)

(2) Pommier .. op. cit., P. 237 n 346.

(3) Sent. n° 3881. 1984. clunet. 1986, P. 1096. note Derains.

(٤) الدكتور هشام صادق. مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين اسماء المحكمين سنة ١٩٧٨ ص ١٤١، ١٤٢، رقم ١٠٢ .

الانطباق، متي كانت تخل بتوقعات الأطراف المشروعة (١).

الإختيار الإرادي وبطلان العقد :

١٥٥ مكرر إذا كانت مسألة بطلان العقد الدولي تعتبر واضحة في هذا الخصوص، عندما يكون القانون الواجب التطبيق محدداً بمعرفة المشرِّع أو القاضي. فإن المسألة ثار فيها كثير من الجدل عندما يتعلق الأمر بقانون يختاره الأطراف، ذلك أنه إذا كان إحتمال بطلان العقد يعد أثرا منطقياً للقانون الذي إختاره الأطراف في مجموع نصوصه، فإن إقرار العقد لم يكن - كما ذهب بعض الفقه (٢) - مخالفاً للعقل والمنطق. فقد رأي هذا الفقه، أنه « من الخطأ القول بأن الأطراف قد ارتضوا سلفاً بطلان مضمون إرادتهم » . أو « تقويض الهدف المراد الوصول إليه ». ذلك أن مبدأ إختيار قانون دولة معينة لإخضاع العقد له، لايمكن أن يثير أي اعتراض منطقي في إتجاه إرادة المتعاقدين إلى الإرتباط الصحيح فإذا إرتبط الزوجان برابطة غير صحيحة بحسن نية، فهل يفهم من ذلك أنهما لم يرغبا في الزواج ؟

ويشير Géraud Delaparadele (٣) تأييداً لهذا الاتجاه « انه بالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد أنها استقرت علي أن القانون الواجب التطبيق علي العقود، سواء فيما يتعلق بانعقادها، وشروطها، وآثارها، هو القانون الذي اختاره الأطراف. ولهذا فإنه لايقبل بسهولة القول بأن القانون له سلطة بطلان الاتفاق.

---

(١) الدكتور هشام صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. ص ٧٧ ومابعدها.

(2) P. Louis Lucas : La liberté contractuelle et le droit international privé français. Mélanges Dabin, T. (2), P. 764.

(3) Géraud Delaparadelle : Les conflits de lois en matière de nullités, Paris. 1976. PP 155-156, No. 233-234.

وفي الواقع ، أنه لما كان من المقرر أنه يجب الخضوع للقانون المختار برمته، بما فيه من نصوصه الآمرة، ولهذا كان طبيعياً أن تؤدي هذه النصوص الآمرة حتماً وبالضرورة إلى بطلان العقد المخالف لها، سواء كان القانون المطبّق تمّ عن طريق الإختيار الإرادي أو التحديد الموضوعي. وهذا هو ماإتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٨ يونيه ١٩٦٦ (١) إذ قضت – بحق – بأن القانون المختار يكون له إمكانية بطلان العقد الدولي.

كما يتعين إبطال سعر الفائدة فيما يجاوز الحد الأقصي المقّرر في القانون الآمر الذي ينتمي إلى العقد (٢).

١٥٦- ورغم أن محكمة النقض الفرنسية لم تتردد في بطلان العقد في هذه الحالة، فإن القانون الأمريكي Restatement أوجب علي القاضي في هذه الحالة تعيين القانون الواجب التطبيق، علي أساس أن اختيار الإطراف قد تم خطأ.

ويضيف بعض الفقه (٣)، إنه لايعقل من الناحية المنطقية، أن يختار الأطراف قانوناً يبطل عقدهم، وهو مايجري عليه الحال بالنسبة لعقود استغلال الملكية الصناعية.

١٥٧- وقد اتجّه قضاء التحكيم في فرنسا حديثاً إلى اعتناق الاتجاه الذي يؤدي إلي إمكان بطلان العقد في هذه الأحوال، والذي سبق أن

---

(1) Revue Crit, 1967, P. 334, Note Betiffol.

(2) Deranis. Les normes d'application immediate dans la jurispudence arbitrale int, Etude Goldman 1952. P. 36.

(3) Diener M.. La loi applicable au contrats d'exploitation des droits de propriété industrielle. Thése Bordeaux, 1983, PP. 205.206 et 207.

قضت به محكمة النقض الفرنسية (١). فقضت محكمة إستئناف باريس (٢) - المختصة بنظر الطعون المرفوعة عن أحكام التحكيم - بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٩١ - بأن المحكّم يتمتّع بسلطة تطبيق قواعد النظام العام، طالما أن عدم قابلية الأنزعة للتحكيم لاتترتب إلا بسبب واحد هو النصوص الآمرة في الدعوي، ويكون له السلطة الإحتمالية لبطلان العقد أو بعض شروطه التي تخالف قواعد النظام العام، أو أيضاً منح تعويضات للطرف المضرور (٣).

فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص

١٥٨- ويجب الاعتداد بجميع القوانين القابلة للتطبيق في ذات النظام القانوني، سواء كانت متعلّقة بالقانون العام أو قوانين البوليس، أو قواعد القانون الخاص. ذلك أن قواعد الاسناد التقليدية لم توضع لتحديد قواعد القانون الخاص فحسب، بل تنصرف إلى القانون الأجنبي في جميع قواعده أيا كانت طبيعتها دون تخصيص(٤). بعبارة أخري، فهي تحدد النظام القانوني برمته (٥) علي نحو لايقبل تجزئة أو إنقساماً (٦)، وذلك استناداً إلى ماتتمتع به قاعدة الإسناد من خاصية التجريد. فعندما تستند العلاقة إلى قانون معين، فهي لاتعتد سلفاً بتطبيق القانون الذي يحكمها.

---

(١) ماسبق رقم ١٥٥ .

(2) Cour d'Appel de Paris, 29 Mars 1991, Rev. Arb., 478 et s.

(3) Note Lorence I. Dot sous Cour d'Apple précitée, Rev. Arb., P. 422 Ancel P.: Arbitrage-conventions d'arbitrage, J. Cl. Procédure Civ., Fasc. 1024 ets., No. 12.

(4) TOUBIANA Le domaine de la loi du contrat, PP. 231, 232 Déby-Gérard, Le rôle de la dégle de conflits, op. cit., PP. 53 et s., 76 et s. Delaparadelle: Note sous Cass. Civ. 17 Mars 1970 1970, Clunet 1972, PP. 924 et s., spéc. P. 932.

(5) Mayer : Les lois de police étrangéres, Clunet, 1981, PP. 277 et s.

(6) Gamillscheg : Les principes du droit du travail international, Rev.. Crit. 1961, P. 279.

وتشير Déby - Gérard (١) أنه لايوجد ثمة مانع من الناحية الدولية من الرجوع إلى طريقة تنازع القوانين العادية التقليدية التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي منا يسمح للقاضي بالتطبيق المحتمل لقانون البوليس الذي يحتويه هذا القانون الأجنبي.

ويقول De-La-Paradelle (٢) أن استبعاد القوانين فورية التطبيق، وقواعد للقانون العام الواجب التطبيق بمقتضي قاعدة التنازع يؤدي إلى تشويه التشريع الأجنبي عند تطبيقه.

وهذا الاتجاه قد اعتنقه مجمع القانون الدولي في دورة فيسبادن سنة ١٩٧٥ (٣) حين قرر في توصياته أن اسباغ طابع القانون العام علي نص معين من القانون الأجنبي المحدد بمقتضي قاعدة تنازع القوانين لاتقف عقبة في سبيل تطبيقه مع التحفظ الأساسي المتعلق بالنظام العام.

والقول باستبعاد القانون العام الأجنبي من نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص يعوق حركة كثير من أجهزة الدولة ومؤسساتها التي تمارس نشاطاً هاماً في إطار التجارة الدولية (٤).

وفي بعض الأحوال. فإن تطبيق قاعدة الإسناد يحمل في حد ذاته تطبيق القانون العام الأجنبي، كما لو كان ضابط الاسناد مبناه قانون الجنسية.

(1) Déby Gérard, Le rôle .., op. cit., P. 43, No. 57.

(2) DE LA PARADELLED. Note sous Cass. Civil, 17 Mars 1972; P. 924 spéc P. 932.

(3) Lagarde "PIERRE" : l'Application de droit public étrnager, Rapports Préliminaire et difinitif présentés à l'institut de Droit Internationa, Session de Wasbanded 1975, PP. 159 et P. 219.

(٤) الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن. الوسيط فى قانون المعاملات الدولية الخاصة سنة ١٩٩١ ص ٣٦ .

مدي التزام المحكم بتطبيق القانون الذي يحكم النزاع تلقائياً :

١٥٩- تميل بعض أحكام التحكيم إلى إلقاء عبء إثبات القانون الوطني الذي ينطبق علي النزاع علي عاتق الخصم الذي يتمسك به، كما لو كان بمثابة عنصر من عناصر الواقع، في حين أن أحكاماً أخري تتجه نحو التطبيق التلقائي لهذا القانون (١). إستناداً إلى أن علم المحكم بالقانون يفرض عليه تطبيقه من تلقاء نفسه ويبدو أن الأحكام الأولي يمكن أن تجد مايبررها، في أنها إعتنقت نظرية الإدماج التي تعتبر القانون في حكم الشروط التعاقدية، ومن ثم كان طبيعياً أن يعامل هذا القانون معاملة الوقائع من حيث الإثبات، بحيث يجب إقامة الدليل عليها.

مدي تحقق فكرة الغش نحو القانون في حالة الإختيار الإرادي :

١٦٠- ولايجوز التحدي في هذا الخصوص بفكرة الغش نحو القانون، إلا إذا كانت العلاقة داخلية محضة، بحيث تتركز كافة عناصرها في إقليم معين ولا تتعدي هذا النطاق ومع ذلك يقوم الأطراف بإسنادها إلى قانون أجنبي (٢)، فإختيار مثل هذا القانون الأجنبي لايكفي لإعتبار العقد دولياً، متي كان هذا الإختيار قد صاحبه غش نحو القانون، ذلك أن تطبيق قانون الإرادة مشروط بتحقق عنصر أجنبي في العلاقة. ومن ثم، فإنه يتعين إعمال نظرية الغش نحو القانون إذا لجأ الأطراف إلى اصطناع هذا العنصر بقصد التهرب من الأحكام الآمرة في قانون مقر التحكيم متي كان هذا القانون يتطلب وجوب مراعاة القوانين الآمرة في الدولة التي يجري علي

---

(1) GOLDMAN : Les conflits de lois dans l'arbitrage int. de droit privé, Rec. Cours. 1963, T (2), PP. 449-450.

(2) KLEIN : Considération sur l'arbitrage international priv., 1955, P. 277.

إقليمها التحكيم، مثل العملة التي يجب أن يتم الوفاء بها (١)، أو القواعد التي يجب إحتساب قيمة الدين عند الوفاء به (٢) وهنا يتعين إستبعاد العنصر الأجنبي المصطنع (٣).

على أن هذه القواعد التي قصد الأطراف التهرب منها، غالباً ماتتعلّق بالنّظام العام، فلا محل لأعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأن هذا الدفع إحتياطي، لايجوز الإلتجاء إليه، إلا إذا إنعدمت وسائل العلاج الأخري (٤).

مبدأ قانون الإرادة وعقود الدولة :

١٦١- قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٢٩ بأنه لايمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضي أن تسند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص. وأضاف الحكم أن الدولة تستطيع إختيار قانون أخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الإختيار (٥).

ومؤدّي هذا، انه إذا لم يكن هناك إختيار لقانون معين في عقود الدولة، كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق. ومع ذلك، يجب ألا يغيب عن البال. أن قضاء التحكيم، لايعتبر جزءا من قضاء الدولة المتعاقدة، لأن المحكم لايصدر قضاءه باسم هذه الدولة، أو باسم أية دولة أخري.

---

(1) "Monaie de paiement"

(2) "Monaie de compte"

(3) BATIFFOL: Les conflits de lois en matière de contrats, 1983, No. 61.

(٤) الدكتور كمال فهمي في أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ص ٥٨٩، والهامش.

(5) Rev Cril.: 1929, P. 437

وقد أخذ « نيوابيه » (١) بهذا الاتجاه، الذي يؤيد خضوع العقد لقوانين الدولة عند التعاقد معها.

ورأي بعض الفقه (٢)، كي تخضع عقود الدولة لقوانين الدولة الطرف في النزاع، يجب أن يكون العقد قد أبرم بقصد تحقيق وظيفة من وظائف الدولة. إذ لايستساغ أن تخضع الدولة، وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخري، مالم تكن قد ارتضت ذلك صراحة. فليس هناك مايحول دون تمتع الدولة في هذه الحالة بحصانة تشريعية تضعها في مرتبة أسمي من أطراف العقد الآخرين.

وقد قضت هيئة التحكيم لدي غرفة التجارة الدولية في القضية رقم ١٥١٦ لسنة ١٩٦٨ (٣) بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة (x) عند عدم وجود قانون آخر مختار – رغم قيام هذه الدولة الأفريقية، التي تم تطبيق قانونها بالغاء عقد الإمتياز الدولي بإرادتها المنفردة (٤) قبل نهاية مدته، وهذا الامتياز كانت قد منحته إلى بلجيكي (Y) أبـــرم عقده في بروكسل لشراء المنتجات المعدنية في الإقليم الوطني.

وتطبق هيئة التحكيم لدي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة، ومواطني الدول المتعاقدة الأخري،

---

(1) Rev Crit. 1292, P. 983.

(٢) الدكتور فواد رياض : مركز المشروعات العامة فى القانون الدولى الخاص، مجلة مصر المعاصرة السنة ٥٧، يناير ١٩٦٦، العدد ٣٢٣ ص ١٨٥ .

(3) Clunet 1974, P. 915 et s. Note : Y.D.

(٤) فقد رأت محكمة العدل الدولية فى ٢٢ يوليو ١٩٥٢ أن قيام إيران بالغاء عقد الإمتياز الدولى بينها وبين شركة بريطانية، لايعدو أن يكون الغاء لعقد إمتياز عادى لايثير المسئولية الدولية (الدكتورة سامية راشدة، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، ١٩٨٤، ص ٣٠) وكان ذلك بمناسبة محاولة بريطانيا تدويل هذا العقد.

قانون الدولة الطرف في النزاع، شاملة أي (١) قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي، ما لم يتفق الأطراف صراحة علي القانون الواجب التطبيق (مادة ١/٤٢ من إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار المبرمة في ١٨ مارس ١٩٦٥، والتي إنضمت إليها مصر في نوفمبر ١٩٧١).

وقريب من هذا، يري بعض الفقه (٢) أنه تقوم قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة النامية المتلقية للتكنولوجيا - عند غياب الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، وذلك حماية لمصلحة هذه الدولة.

والحل المتعلق بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة متي انتفت الأرادة الصريحة دون اعمال ضوابط الأسناد الأحتياطية المنصوص عليها في المادة (١٩) لعدم ملاءمتها في هذا الصدد - تابع من المادة ٢٤ من القانون المدني التي تجعل من مبادئ القانون الدولي الخاص مصدرا خلاقا لقواعد التنازع .

ولاشك أن إسناد مثل هذه العقود إلى القوانين الوطنية يتمشي مع المصالح الوطنية للدول النامية والإقتصاد القومي، وعلي الأخص في شأن عقود الإمتياز في مجال التنقيب عن البترول.

١٦٢- ويتم عادة الاعتراض علي قانون الدولة الطرف في التحكيم

---

(١) وقد أعطت الإتفاقية الأولوية لقانون الدولة المتعاقدة بهدف تطبيق القواعد الفورية، أو القواعد ذات التطبيق المباشر مثل قواعد الرقابة على النقد.

(٢) الدكتور أحمد عشوش : القانون الذى يحكم الإتفاقيات الدولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٨٤، ص ٦٢٩ .

راجع ماسبق رقم ١٤٧ في خصوص الأداء المميز.

علي أساس أنّه لايوفر الأمان القانوني للعلاقة، نتيجة لحق الدولة المطلق في إجراء التعديلات التشريعية لهذا القانون حينما يكون محققاً لمصالحها.

ولما كان هذا الوضع يؤدي برجال الأعمال - وعلي الأخص المستثمرين منهم - إما إلى الإحجام عن إبرام مثل هذه العقود التي تمَس مصالحهم، وإما أن تتعهد الدولة الطرف في العلاقة بعدم القيام بتعديل تشريعها الواجب التطبيق عند قيام التزام ، وأن يظل بحالته عند إبرام العقد، حتي تكفل للعلاقة ثباتها التشريعي.

وقد نجَه رأي (١) إلى إسناد هذه العقود إلى قانون دولة ثالثة بوصفة قانوناً محايداً بقصد تفادي التعديلات التشريعية التي قد تجريها الدولة المتعاقدة في قانونها.

ومع ذلك فإن هذا القانون، بدوره، قد يلحقه التعديل، لأي سبب من الأسباب وهو مايؤدي إلى عدم الإستقرار القانوني.

وقد يشترط المستثمر الأجنبي منحه تعويضاً بسبب تعديل الدولة لتشريعاتها طبقاً لقواعد المسئولية في قانونها الداخلي.

كما قد يشترط أيضاً تثبيت المعاملة الضريبية.

ولهذا حرصت هيئات التحكيم علي مصلحة الطرف المتعاقد مع الدولة لحمايته من مثل هذه القوانين، مع العمل علي وجوب احترام الدولة لتعهداتها.

---

(١) مشار إليه في الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الإقتصادية في القانون الدولي الخاص ص ٧٩، ٨٠).

فحكمت في دعوي EIF Aquitaine / N.J.O.C. (١) حاصلها إنه بتاريخ لاحق علي إبرام العقد الذي يربط الطرفين، وبعد بداية تنفيذه، أصدر مجلس ثورة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، قانوناً في ٨ يناير ١٩٨٠ مكوّن من مادة واحدة بتشكيل مجلس خاص له سلطة إبطال جميع عقود البترول التي لاتطابق القانون الإيراني الصادرة سنة ١٩٥١ الخاص بتأميم صناعة البترول، وأن إتفاق ١٩٦٦ .

وقد قبل المحكم بإختصاصه إستناداً إلى أنه « هناك مبدأ » معترفاً به في القانون الودلي الخاص، مؤداه أن الدولة التي ترتبط بشرط تحكيم مدرج في إتفاق مبرم بمعرفتها أو بمعرفة شركة تنتمي إليها، لاتستطيع بإرادتها المنفردة، في تاريخ لاحق، إلغاء دور الطرف الآخر في نظام متعادل بين طرفين فيما يتعلق بتوسية النزاع ».

وقد قضت محكمة التحكم في دعوي Framatome / A.E.O.I (٢) ، بأنه يوجد مبدأ عام معترف به إليوم عالمياً – سواء في العلاقات بين الدول، أو في العلاقات الخاصة الدولية « وهذا المبدأ يعتبر من النظام العام بمفهومه الدولي، كما ينتمي إلى عادات التجارة الدولية، أو إلى المبادئ العامة المعترف بها في قانون الشعوب، وكذا إلى قانون التحكيم الدولي أو Lex Mercatoria، هو أنه يحظر تماماً علي دولة إيران، أن تنكر راتباطها بالتحكيم الذي تعهدت به بذاتها، أو بواسطة أحد أجهزتها العامة ».

« وأن الحكومة التي تعهدت بمقتضي شرط تحكيم لايمكنها أن تتحرر من هذا الإلتزام بإرادتها المنفردة، كما لو قامت بتغيير

---

(1) Cité par Jean-Michel-Jacquet, Chunet, 1989. op.cit., P. 663, No. 57.
(2) Cité par Jean-Michel, op.cit., PP. 663-664, No. 58.

قانونها الداخلي، أو بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة ».

وأضافت المحكمة « أن هناك دائماً محلاً لإفتراض أو الدولة قد رغبت في التصرف طبقا لمبادئ أو قواعد قانون الشعوب، وليس بالمخالفة لهذه المبادئ».

وذهبت محكمة التحكيم في قضية Aminoil- Kowcit (١) بخصوص تعديلات الدستور الليبي القابلة لاستبعاد ضمانات الثبات التشريعي، « أنه يقع علي الدولة في مواجهة الطرف المتعاقد معها، إعلام هذا الطرف بشأن إعمال التعديلات الدستورية اللاحقة علي العقد النافذ ».

وقد استخلص الفقه مما تقدم، أنه يجب إستبعاد الإعتراض المشار من جانب الدولة عندما تتمسك بسبب من أسباب البطلان الناشئ عن قانونها الداخلي (٢).

١٦٣- ويلاحظ أن هيئات التحكيم في الدعاوي المشار إليها لم تستند في هذا الحل إلى الأساس الذي كثيراً مايلجأ إليه قضاء التحكيم في المسائل المتعلقة بعقود الدولة إليوم. وهو مبدأ إحترام التعهدات التي تم الإلتزام بها، أي مبدأ « العقد شريعة المتعاقدين » Pacta sunt sevanda. ذلك أن هذا القضاء، لم يفكر أصلاً، وعلي نحو مؤكد، بأن يجعل العقد المبرم بمعرفة الدولة في ظروف التجارة الدّولية محكوماً بالمبادئ العامة التي يستمد منها هذا المبدأ. فهذا المبدأ العام المتعلّق باحترام التعهدات كان - رغم ذلك - حاضراً في ذهن هيئات التحكيم، فإنه مما لاشك فيه أن القضاء لايعبر عن هذا

(1) Cité par Jean-Michel-Jacquet Jacquet, op. 664 Note 118.
(2) Cité par Jean- Michel-Jacquet, op.cit., P. 671.

المبدأ خارج قانون العقد الذي يشار إليه هنا بحجة أنّه الشكل العادي لإحترام التعهدات الناشئة صحيحة.

إن احترام التعهدات المشار إليها، لايتصور أن يعتبر بمثابة أمر مطلق إلا من خلال التحفظ الهام الذي لايحقق إطلاقاً قاعدة نظام عام مطبقة علي المسألة المختلف عليها والتي يكون البطلان جزاء عدم إحترامها.

وحسنا فعل حكم Galakis في وضعه قاعدة قانون دولي خاص مادي « حقيقي » تعتبر من النظام العام الدولي، ثم إنها تعد القاعدة الأكثر استقراراً وملاءمة لقانون التجارة الدولية (١).

وهذه القاعدة التي وضعها الحكم، تصادر حق الدولة التي خالفت قانونها الخاص في التمسك فيما بعد بهذه المخالفة بقصد التخلص من تعهداتها.

الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية.

١٦٤- عند عدم وجود اتفاق صريح بشأن القانون الواجب التطبيق، وتعذر الكشف عند الإرادة الضمنية فإن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك نظام غرفة التجارة الدولية، واتفاقية جنيف لسنة ١٩٦٠ (التي تعتد بالإختيار الصريح. وتستبعد الإختيار الضمني)(٢) تسند حكم العلاقة إلى القانون.

---

(1) Y. Derains : le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. Arb, 1973, P. 145.

(٢) ماسبق رقم ١٤٥ .

الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، التي تراها ملائمة (١)

وكذلك الحال إذا ارتبط الأطراف بقانون يطبق علي الموضوع ، فإنهم يفكرون بداءة في قانون مادي، وعندما لايتضمن هذا القانون المختار حلاً يواجه كل مايتعلق بمشاكل النزاع، مثل الأهلية والنظام العام، فإن المحكمين يتمتعون عندئذ بالحرية التامة في رختيار قاعدة التنازع. وهذه الحرية تتمشي مع دور المحكم الذي ألقي عليه الأطراف عبء الفصل في النزاع من جميع نواحيه (٢).

ولما كان المحكم لايخضع لسيادة دولة معينة. ومن ثم، فإنه لايملك قانون قاضي، يمكن أن يستقي منه قاعدة تنازع القوانين. وكانت نصوص المعاهدة المشار إليها، والقانون النموذجي. ونظمام غرفة التجارة الدولية لم تحدد الدولة أو النظام القانوني الذي يتعين الإلتجاء إلى قواعد الإسناد فيه، وهنا تبدو مرونة النصوص، ولذلك تتمتع هيئات التحكيم بحرية واسعة في شأن تعيين قاعدة الإسناد التي تحكم موضوع النزاع، ذلك أن نظم الإسناد المختلفة لاتؤدي إلى نفس القانون.

والمفروض في المحكم أن يختار قاعدة الإسناد الملائمة من واقع الأنظمة القانونية الوطنية التي يحسن أن ترتبط عناصرها الموضوعية بالنزاع، أو تكون علي صلة به .

١٦٥- فاتجّه رأي إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يجري علي إقليمها التحكيم، أي قواعد التنازع التي يتضمنها قانون

---

(١) وذلك مالم يتفق الأطراف على قاعدة إسناد معينة، عندئذ يلتزم بها المحكم (ماسبق هامش رقم ١٢٧).

(2) Fouchard. l'arbitrage cpmmercial international 11 1965. P. 318.

مقر التحكيم « Siége arbitrale ». وهذا الرأي اعتنقه - M. Sauser Hall (١) في تقريره المقدم إلى معهد القانون الدولي. وهو يشير إلى أن قانون مقر التحكم يجب أن يحكم التحكيم في مجموعه، وعلي الأخص بالنسبة للإجراءات (٢) ويضيف أن التحكيم يمثل طبيعة إتفاقية وقضائية في نفس الوقت. بمعني أن التحكيم رغم أنه يتميز بمظهر تعاقدي، فإن يصطبغ أساساً بطابع قضائي « revêt un Caractére essentiellement Juridictionnel » وقد يكون لهذا القانون رابطة بعملية التحكيم، كما إذا كان يمثل قانون مكان إبرام العقد، أو بتنفيذه، أو قانون الدولة الطرف في النزاع (٣).

وأنه يجب الرجوع إلى القانون الإقليمي لتكملة القصور أو التناقض بالنسبة للقانون المختار الواجب التطبيق.

وقانون مقر التحكيم حبذه كثير من الشراح القدامي مثل Bartin ، NiBoyet (٤) واعتنقه Mann (٥) علي أساس أن التحكيم يتطلب أساس قانوني متين، أسوه بأي نظام قانون داخلي، وإن كل تحكيم يجب أن يخضع بالضرورة لقانون دوله معينه.

ويعيب هذا الإتجاه أن مقر التحكم قد يتعذر تحديده. حيث يتصور أن يعقد المحكوم جلسات الاستماع في أكثر من دولة، كما قد يجري التحكيم بالمراسلة (٦).

(1) Cité par Fouchard. l'arbitrage Commercial international 1965. P. P319.320.

(2) la loi du lieu de l'arbitrage doit regir lénsemble de l'arbitrage et particulieremet la Procédure Arbitrale.

(3) Panchand, le siège d'arbitrage. Rev. Arb. 1966.

(4) Cité, Par Fouchard. l'arbitrage.. op cit. P. 319.

(5) Mann (F.A) "lex Facit arbitrum" libre Amircorm for Martin Domke.. éd. la Haye 1967. P. 159.160.

(٦) الدكتور عز الدين عبد الله في تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص. مصر المعاصرة. السنة (٦٩) العدد (٢٧١ يناير سنة ١٩٧٨ يناير سنة ١٩٧٨ ص٣٠ .

وإذا كان هذا الاتجاه قد يبدو صحيحاً في حالات التحكيم الخاصة(١)، إلا أنه ليس كذلك في حالات التحكيم التجاري الدولي لدي مراكز التحكيم حيث إن اختيار هذا المكان يتم لاعتبارات الملاءمة الشخصية البحتة، وإنه لايشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم علي إقليمها أية أهمية، فلا تصدر أحكام التحكيم بإسم هذه الدولة، لأن المحكم لايخضع لسيادتها (٢) إذ لايمكن تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية، فالمحكّم لايسهم، علي أي نحو، في الوظيفة القضائية للدولة التي يتم علي إقليمها التحكيم، فهو لايكلف بخدمة عامة، ولا يباشر مهمته إلا استناداً إلى عقد خاص (٣). ولهذا « فإن توطين التحكيم إجرائياً لا يعني توطينه من الناحية القانونية » (٤).

١٦٦- وتتجه هيئات التحكيم في الغالب إلى إعمال قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ (٥)، لأنه وفقاً للمادة ٥ / ١ / (ب) من اتفاقية نيويورك، لايجوز الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، إذا ثبت إنه يخالف النظام العام في دولة التنفيذ.

وهذا الرأي يبدو صحيحاً فيما لو كان تنفيذ حكم التحكيم يتم في إقليم دولة واحدة، ولكنه يثير مشكلة ماهو الحل الواجب الاتباع عندما يتم التنفيذ في أكثر من دولة، وكانت أماكن التنفيذ تقف علي قدم

---

(١) إذ يرى بعض الفقه إن المشاهد من الناحية العملية إنه إذا كان التحكيم موكولا إلى منظمة دائمة، فإن المحكم يختار قاعدة التنازع في قانون الدولة الكائن بها مركز المنظمة (الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق ص١٨٩ هامش ١٠).

(2) EISMAN'F : La Lex fori de l'arbitrage commercial, Trw. Com. droit int. privé, 1973)1975, P. 189 et s.

(3) Fouchard l'arbitrage. op.cit. P. 366 no 547.

(٤) الدكتور أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٦٢ .

(5) LALIVE : Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre internationl, Rev. Arb. 1976, T (3) . P. 162.

المساواة، بحيث لايمكن ترجيح مكان علي آخر.

كما أن هذا الاتجاه يسبق عمل المحكم في تعين القانون الذي يحكم النزاع، وقد لايتم العلم سلفاً بمكان التنفيذ الحكم، وقد يتعذر في غالب الأحيان.

واتّجه جانب من الفقه إلى تطبيق قانون دولة جنسية المحكم التي يقيم فيها بإعتباره أكثر الماماً بقواعده.

وهذا الاتّجاه قد يؤدي إلى تطبيق قانون ليس له أدني صلة بالنزاع (١).

ويري البعض إعمال قواعد الإسناد في قانون الجنسية أو الموطن المشترك لأطراف العلاقة. ويعيب هذا الاتجاه أنه يفترض وحدة جنسية الخصوم أو موطنهم المشترك، وهو يخالف مايجري عليه العمل في المنازعات الخاصة الدولية (٢).

١٦٧- ولهذا يحسن - كما ذهب قضاء التحكيم (٣) وجانب من الفقه (٤) - الرجوع إلى فكرة التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع التي تهم النزاع، أو تكون علي صلة به، أو ينتمي إليها طرف أو آخر Application cumulative des systémes de conflits intéressés

---

(1) LALIVE, Op .. CIT.

(٢) الدكتور أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٥٥-١٥٦ .

(3) Rendue dans l'affaire 5118 en 1986, par la Cour d'Arbitrage de la C.C.I., Clunet, 1987, PP. 1027 et s.

وكان النزاع في الدعوى المشار اليها يتعلق بعقد بيع دولي، رأت المحكمة أن التطبيق الجامع ينحصر في معاهدة لاهاي سنة ١٩٥٥ وقواعد تنازع القانون التونسي، والقانون الإيطالي، وخلصت الى تطبيق القانون التونسي.

(4) DERAINS, "lapplication cumultative par l'arbitre des systémes de conflits de lois interessés au litige, Rev: Arb 1972, PP. 99 et s.

au litige وعن طريقها يتم استخلاص القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع، مع استبعاد أي قاعدة تنازع لنظام قانوني وطني آخر، ومن باب أولي أي نظام قانوني غير وطني (١).

مدي إمكان تطبيق القانون الدولي العام علي عقود الدولة :

١٦٨- قامت عدة حالات (٢) لسلخ العلاقات التعاقدية بين الدول والأفراد الأجانب من نظام القانون الوطني للدولة المتعاقدة تمهيداً لوضعها في إطار القانون الدولي العام، أو علي الأقل في إطار نظام قانوني خاص Sui generis يكون أقرب إلى النظام الدّولي منه إلى النّظام الوطني أو الداخلي Plus proche de l'ordre international que systémes juridiques nationaux وهذه العلاقات الدولية State Contracts تتزايد من حيث نظامها وأهميتها - وعلي الأخص في نطاق الإنتاج الدولي، وهي علاقات تنصب علي بعض نواحي مختلفة من الحياة الإقتصادية، وتتبدي في أشكال متنوعة، منها القروض emprunt والتوريدات marchés de fournitures والإستثمارات envestissement وإتفاقيات التنمية الإقتصادية accords de développement économique التي تتبوأ مركزاً ممتازاً في التجارة الدولية.

وإن إختيار الأطراف « الدولة والفرد » القانون الدولي يجعل العقد تصرفاً قانونياً في القانون الدولي (٣).

---

(1) Obs. Y.D. sous sentence rendue dans l'affaire No. 4434 en 1983. Clunet 1983, PP. 893 et s.

(2) WILL : Problémes relatifs aux contrats passés entre un. Etat et un particulier, Recuil No. 128, 1969 (III) P. P. 101 et s.

(٣) الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن. عقود التنمية الإقتصادية في القانون الدولي الخاص. دراسة إنتقادية ص٨٥ رقم ٦٧.

وقد دافع عن هذا الإتجاه Mann (١)، موضحاً أن محل الرختيار بمعرفة الأطراف في عقود الدولة، قد يكون قانون دولة معينة، وقد يكون القانون الدولي العام، وأن تبرير إدراج القانون الودلي العام، بين النظم القانونية التي يمكن إختيارها في هذا الخصوص، يستند إلى مجرد وجود الدولة كطرف في النزاع، دون أي تفسير آخر، إضافي أو تكميلي، ويضيف أن هناك قانوناً دولياً للتجارة بين الأمم ينطوي علي العديد من المبادئ وهي تكفي بذاتها لإعتبارها أساساً لاخضاع العقود إلى القانون الدولي العام، دون حاجة إلى إستخلاص مبادئ عامة مشتركة بين الأمم (٢)، ثم اللجوء إلى هذه المبادئ أو الاستعانة بها، وأن المبادئ العامة للقانون (٣)، يمكن أن تنتمي أيضا إلى قانون التجارة الدولية Lex Marcatoria مثلما تنتمي إلى القانون الدولي (٤) Les principes généraux du droit peuvent relver aussi bien de la " lex mercatoria" que du droi international. وأنه بالرجوع إلى المعاهدة المبرمة بين فرنسا وبريطانيا وايرلندا الشمالية، يتضح أن نص المادة ١٩ / ٥ منها يقضي بأنه لتنظيم المنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق المعاهدة. فإن محكمة التحكيم تطبق المعاهدة والمبادئ المتعلقة بالقانون الدولي، كما تنص المادة ٦/١٩ بأنه لتنظيم المنازعات المتعلقة بالإمتياز. تطبق نصوص المعاهدة، ونصوص الإمتياز.. ويمكن من ناحية أخري، تطبيق المبادئ المتعلقة

---

(1) Cité par: Jean- Micel- Jacquet : L'Etat opérateur du Commerce international Clunet 1989, P 629 et s.

(٢) مايلي، رقم ١٧٢ . ومابعده، ١٨٣ .

(٣) فالواقع في فقه القانون الدولي العام أن المبادئ العامة للقانون تعتبر من المبادئ الأصلية للقانون الدولي العام.

(4) Cité par : Jean- Michel- Jacquet; op.cit., P. 640.

بالقانون الدولي (١).

وقد ظهر الاتجاه واضحاً - علي ماسنري (٢) - في حكمي Aminol Texaco.

وقد رأي جانب من الفقه (٣) أن القانون الدّولي العام، يتوجه بالخطاب إلى الدول، وينصرف إلى حكم التصرفات الصادرة منها بوصفها سلطة ذات سيادة. وهو لايحكم إلا علاقات متساوية بين الدول، ولاينطوي في الوقت ذاته علي نظام خاص بحكم عقود التجارة الدولة سواء في شأن إبرامها أو تنفيذها ومن ثم، تختفي ولايته بحكم العقود الدولية محل البحث، هذا فضلاً عن أن قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات التعاقدية لاتقوي علي أن تؤدي دورها في خصوص القانون الدولي العام.

ومن ناحية أخري، فإن القانون الدولي العام لايتلاءم مع معطيات التجارة الدولية، ويتعين اللجوء إلى تشريعات القوانين الوطنية المختلفة في شأن بعض المسائل المتعلقة بالعقود مثل التشريعات الأقتصادية التي ترمي إلى تفادي اللامساواه أو اختلال التوازن في مجال العقود، وكذلك الحكم بفوائد التأخير، أو تحديد مسئولية المنتج، وهي مسائل تجد مصدرها في القوانين الداخلية وحدها، كما أن الأشخاص في عقود تحكيم الدولة لاتعتبر من أشخاص القانون الدولي بل تنزل الدولة منزله الأفراد، حتي ولو تمثلت في شكل مشروعات عامة.

---

(1) Cité par : Jean- Michel- Jacquet ..op.cit., P. 641.

(٢) مابلى رقم ١٧٥ .

(3) Fragistas, "ch" l'àrbitrage étrangére et l'àrbitrage interne en dr. privé-Rev crit. 1960. P. 15.

هذا بالإضافة إلى أن مجرد إسناد العقد إلى المبادئ العامة للقانون، لا يمكن أن يستخلص منه إطلاقاً إسناده إلى القانون الدولي العام.

وقد رأت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٣١ مايو سنه ١٩٣٢ (١) بأن الموضوع في هذا الشأن يتعلق بعقود ترتبط بالقانون الخاص، وهي تشابه عقود الأفراد سواء بسواء.

كما حكم في قضية Aramco في ٢٣ أغسطس ١٩٥٨ بأنه لاوجود لأي عقد إلا اذا كان مستنداً إلى قانون دولة ما، ولما كانت اتفاق سنه ١٩٣٣ قد أبرم بين دولة وشركة أميريكية خاصة. فانه لاينتمي إلى القانون الدولي العام.

التجزئة الارادية والتجزئه اللاارادية :

١٦٨ مكرر- قد يختار الأطراف قانونا معيناً ليتطبق علي جانب من جوانب العقد، ويترك باقي جوانب النزاع لقواعد تنازع القوانين في قانون القاضي، وهذه هي التجزئه الإرادية التي تعتبر من صنع الخصوم.

ومن ناحية أخري فقد اتّجه المشّرع المصريّ نفسه إلى تجزئه العقد، فميز بين شكل العقد ومضمونه فأسند الشكل إلى قاعدة إسناد معينه، وهي خضوعه لقانون مكان الابرام كما أفرد للاهلية إسنادا آخر هو قانون جنسية كل من المتعاقدين (٢).

وتتحقق التجزئه اللاارادية أيضا عند تطبيق قواعد البوليس

---

(1) Rev. crit. 1936.P. 272.

(2) en ce sens travaux de jean Dabin le contrat économique international stabilité et evolution op.cit.

التي لاتشكل جزءا من القانون المختص بحكم العلاقة متي كان لها إرادة التطبيق علي نزاع التحكيم.

ولما كان الجانب المفرد في قوانين التطبيق الفوري لايكون إلا جزئيا، بمعني أنه لايعمل به إلا بالنسبة لبعض قوانين القاضي التي تعتبر تنظيما حقيقياً للدولة. فإن كل مايخرج عن هذا النطاق، يكون من اختصاص قواعد التنازع وهنا تتحقق تجزئه لا إرادية في العلاقة الواحدة إذ من المعروف أن نظام الإرادة قد لايستوعب كل جوانب العلاقة التي ترتبط في نفس الوقت بقوانين البوليس.