

القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري  
والأثر المترتب علي عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم  
(دراسة في ضوء مشروع القانون الإتحادي لسنة ٢٠٠٦  
في شأن التحكيم في المنازعات التجارية)

أ.د. عكاشة محمد عبدالعال

نائب رئيس جامعة الإسكندرية

جمهورية مصر العربية

هذه الدراسة تبحث في أمرين :

الأول: تطبيق المحكم أو الهيئة التحكيمية للقانون الذي اختاره أطراف التحكيم  
ليحكم أساس (موضوع) النزاع (القسم الأول).  
الثاني: الأثر المترتب علي عدم التزام هيئة التحكيم بهذا الاختيار.

القسم الأول

التزام المحكم بتطبيق القواعد التي اختارها  
أطراف التحكيم لتحكم أساس النزاع

النص القانوني:

تنص المادة ٤٣ من مشروع القانون الإتحادي لسنة ٢٠٠٦ في شأن التحكيم في  
المنازعات التجارية علي أنه:

"١- تطبق هيئة التحكيم علي موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان.  
وإذا اتفقا علي تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد

الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق علي غير ذلك.

٢- وإذا اتفق الطرفان علي القواعد الموضوعية واجبة التطبيق علي موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي توي أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.

٣- علي هيئة التحكيم -عند الفصل في موضوع النزاع- أن تراعي شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.

٤- يجوز لهيئة التحكيم -إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة علي تفويضها بالصلح- أن تفصل في موضوع النزاع علي مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون."

هذا النص يقابله في القانون المقارن نص المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ونص المادة ٨١٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي تنص علي أنه "يفصل الحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية". كما يقابل كذلك الإجراءات نص المادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، ونص المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١. هذا والنص الذي اعتمده المشروع الإتحادي لدولة الإمارات مأخوذ من القانون النموذجي الذي وضعه الأنسيترال سنة ١٩٨٥.

ويظهر من النص السابق أن المشروع الإتحادي يكرس مبدأ حرية الفرقاء في اختيار القواعد الواجبة التطبيق علي موضوع النزاع باعتبار ما لهما من سلطان في تحديد حقوقهما والتزاماتهما والتصرف فيها. فإذا تخلف هذا الاختيار فإنه

يكون هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تراه أكثر اتصالاً بالتزاع، ما لم يكن الأمر متعلقاً بما يسمى التحكيم بالصلح (التحكيم المطلق) حيث يكون هيئة التحكيم أن تفصل في التزاع علي مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون. للإيضاح نعرض مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد التي تحكم موضوع التزاع (مطلب أول) ثم نبين الحد الذي تقف عنده حرية الاختيار هذا (مطلب ثان).

### المطلب الأول

حرية طرفي التحكيم في اختيار "القواعد"

التي تحكم موضوع التزاع

المبدأ: هو إعطاء الأولوية لقانون الإرادة في هذا الشأن. وتفسير ذلك بسيط : إن نظام التحكيم في مجمله يستمد وجوده من إتفاق الأطراف علي اللجوء إليه.

ومن قراءة نص المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري يتضح أن :

هيئة التحكيم "تطبق". إن في ذلك إلزاماً لها وإلتزاماً عليها.

• وأن أطراف التحكيم يختارونه "القواعد Les regles التي تطبق علي موضوع التزاع.

• القانون الفرنسي واللبناني يقولان بأن المحكم "يفصل" في التزاع طبقاً للقواعد

القانونية "Tranche conformement aux regles juridiques.

والواقع أنه لا فارق بين القوانين سواء من حيث إلتزام المحكم، أو من حيث

المحل أو الموضوع الذي ينصب عليه الاختيار، أو من حيث نطاق حرية الاختيار التي يتمتع بها الأطراف.

معالجة هذه المسألة تقتضي أن نعرض لموضوع الاختيار (أولاً) وللإشكاليات التي

يشيرها هذا الإختيار (ثانياً).

أولاً : موضوع الاختيار:

#### Objet du choix

إن إصطلاح "القواعد" الذي قال به المشرع المصري يسمح باختيار واسع أمام الفرقاء: فقد يختارون دولة معينة *un droit etatique*، كما قد يختارون قاعدة من القواعد المسماة القواعد "عبر الدولية" *transnationales des regles*، أو ما يجري العمل علي تسميته بقواعد التجارة الدولية *La lex mercatoria*.

(أ) اختيار قواعد منتمية لقانون دولة معينة :

قبل تحديد مدى حرية الأفراد في اختيار قاعدة عائدة لقانون دولة معينة ثمة

إيضاحان لازمان :

#### الإيضاح الأول :

حينما نقول إن للفرقاء أن يختاروا قانون دولة معينة وليكن القانون اللبناني مثلاً، فإن ذلك يعني تقييد المحكم بهذا القانون بكل قواعده وفقاً لمصادره وبالترتيب أو التسلسل المقرر فيه. للكشف عن ذلك يكون علي المحكم أن يرجع في هذا التحديد إلي نص المادتين الثانية والرابعة من قانون أصول المحاكمات اللبناني. المادة الثانية تقول: "علي المحاكم أن تقييد بمبدأ تسلسل القواعد، وعند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع أحكام القانون العادي، تتقدم في مجال التطبيق الأولى علي الثانية". أما المادة الرابعة فإنها تُلزم القاضي بأن يطبق النصوص التشريعية، وعند إنتفاء النص يعتمد المبادئ العامة والعرف والإنصاف.

#### الإيضاح الثاني :

عندما يختار الأطراف للانطباق قانون دولة تتعدد فيه الشرائع كما هو الحال في سويسرا والولايات المتحدة مثلاً، فإن تحديد المقصود بالقانون المختار قد يحتاج إلي تفسير يتعين علي المحكم أن يجريه. وفي ذلك تميز بين فروض ثلاثة:

١- لا مشكلة في الفرض حيث يختار الأطراف قانون دولة فيدرالية متعدد فيها الشرائع تعدداً إقليمياً ويكون قانون هذه الدولة واحداً بالنسبة لجميع الولايات كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني في سويسرا. فيكفي عندئذ أن يختار الفرقاء تطبيق "القانون المدني السويسري علي موضوع نزاعهم". ولا يختلف حتى ولو قالوا بتطبيق قانون إحدى المقاطعات طالما أن القانون الذي يطبق علي جميع الأقاليم واحد.

٢- لا مشكلة كذلك في الفرض الذي يختار فيه الفرقاء قانون إحدى الولايات تحديداً للانطباق، كأن يختاروا مثلاً تطبيق قانون ولاية نيفادا في الولايات المتحدة الأمريكية علي عقدهم الدولي.

٣- المشكلة تبدو في الفرض الثالث والأخير والذي فيه تختلف القوانين المعمول بها من ولاية إلي أخرى، إن من حيث المضمون أو من حيث مصادر القاعدة، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، ويكون الفرقاء قد اختاروا للمحكم تطبيق القانون الأمريكي". فماذا يكون المقصود بهذا القانون ؟

إن تحديد المقصود بالقانون الأمريكي في هذه الحالة يحتاج إلي تفسير لإرادة الأطراف، تفسير يجريه المحكم. إن عليه أن يطرح المسألة للنقاش بين أطراف العلاقة احتراماً لمبدأ الواجهية بينهم باعتباره من المبادئ الأساسية التي تحكم سير الخصومة أمام المحكم والقاضي علي السواء.

بعد هذين الإيضاحين نقول أن حرية الأطراف في اختيار القواعد العائدة لقانون دولة معينة هي حرية واسعة قد تنصب :

أ- علي قانون داخلي لدولة معينة، أي القواعد المادية أو الموضوعية فيه. مثال ذلك أن يتفق الأطراف علي تطبيق قواعد القانون المدني المصري الخاصة بعقد الضمان (التأمين) أو بعقد البيع.

ب- قد تكون القواعد المختارة هي عبارة عن قاعدة تنازع القوانين الخاصة بمسألة معينة في قانون إحدى الدول. ففي منازعة متعلقة بعقد قرض دولي مثلاً ليس هناك ما يمنع الفرقاء من أن يتفقوا علي إخضاع أهلية التعاقد لقانون جنسية الشخص أو لقانون المواطن بحسب الأحوال، وإخضاع مرور الزمن (التقدم) لقانون موطن المدين.

المشروع الإتحادي في دولة الإمارات صرح بهذا المعنى في المادة ١/٤١ عندما قرر أمرين:

الأول: أنه إذا اتفق أطراف التحكيم علي تطبيق قانون دولة معينة فإنه يتعين علي المحكم تطبيق القواعد الموضوعية (المادية) في هذا القانون.

الثاني: يطبق المحكم قواعد التنازع في هذا القانون المختار إذا اتفق أطراف التحكيم علي ذلك.

ج- وقد تكون هذه القواعد عبارة عن المبادئ العامة للقانون المعمول بها في دولة معينة. يستوي في ذلك أن تكون هذه المبادئ متعلقة بصحة الاتفاقات أو بتفسيرها، أو بتنفيذها.

مثال ذلك أن يتفق الأطراف في خصوص تحكيم دولي يجري في دولة الإمارات العربية علي تطبيق المبادئ العامة الواردة في القانون اللبناني، وهي مجموعة من المبادئ الكلية المستقاة من القواعد العامة في القانون الفرنسي دون نص عليها.

د- كما يمكن للفرقاء الاتفاق علي أن يفصل المحكم في النزاع طبقاً لعدة قواعد مستمدة من أكثر من قانون وطني، أو من قانون وطني وقواعد قانونية أخرى. وعندئذ يختار الأطراف أكثر من قانون لحكم مختلف جوانب العلاقة. وفي هذه الحالة يقال بأن ثمة تجزئة أو تفريقاً لجوانب العلاقة depeçage يخضع كل جانب

منها لقانون معين.

ففي إمكان الفرقاء مثلاً أن يخضعوا الجوانب المتعلقة بإنشاء الرابطة العقدية الدولية لقانون معين وتلك المتعلقة بالآثار لقانون آخر. إن في هذا الحل، ورغم ما قد يؤدي إليه من صعوبات عملية، لا غبار عليه من الوجهة القانونية فيسما لو اختاره الفرقاء وألزموا به المحكم. إنه حل لا معقب عليه لا من المحكم ولا من القضاء بعده. إذا لم يتقيد به المحكم فإنه يكون قد خرج عن القانون الذي اتفق علي تطبيقه علي موضوع النزاع مع ما يترتب علي ذلك من آثار.

إن مبدأ اختيار أكثر من قاعدة قانونية من أكثر من قانون لحكم مختلف جوانب النزاع هو حل يختلف عن فرضين، الاختيار أيضاً فيهما صحيح لا غبار عليه، وهما :  
(١) الفرض الذي يجري فيه الفرقاء تبعيضاً لهذا الاختيار، بمعنى أنهم يختارون ضمن القانون الواحد بعض قواعده دون البعض الآخر.

مثال ذلك أن يختار الأطراف من القانون المصري الأحكام التي ترعى عقد البيع الدولي مستبعدين منها القواعد التي تنظم الشرط الجزائي أو تلك المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة إعادة النظر في العقد.

(٢) الفرض الذي يتفق فيه الفرقاء علي تطبيق المبادئ المشتركة بين عدة قوانين، في هذا الفرض يتعين علي المحكمين أن يجرؤوا تحليلاً مقارناً بين القوانين المراد تطبيق المبادئ المشتركة بينهما، وبين هذه القوانين وحدها لاستنباط هذه المبادئ.

والسؤال: هل يشترط في القانون المختار أن يكون علي اتصال بالعلاقة؟

أثارت هذه المسألة جدلاً في الفقه والقضاء التقليدي بالنسبة لمسألة تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية، أما في مجال التحكيم فإن الرأي منعقد علي أنه لا يشترط أن يكون القانون الذي اختاره الفرقاء علي اتصال بالمنازعة. فيمكن لهم أن يختاروا

قانوناً محايداً لا صلة له بالعقد ذاته أو بأطرافه. والحال كذلك، فإنه لا معقب علي هذا الاختيار المحايد لا من هيئة التحكيم أو من القضاء من بعدها. فليس هيئة التحكيم أن تستبعد القانون المختار بحجة عدم ارتباطه بالعلاقة.

ولهذا السبب نلاحظ في مجال التحكيم الدولي أن الفرقاء كثيراً ما يختارون القانون السويسري أو السويدي لحكم العقود المبرمة بين الدول العربية والصين الشعبية أو روسيا بصفة خاصة. ويرجع اختيار قانون محايد عادة إلى اعتبارات قانونية وسياسية. في ضوء ذلك نرى أنه من المناسب بالنسبة للتحكيم التي يكون أحد أطرافها عربياً - سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً - فقد يكون من الأنسب اختيار القانون الإماراتي أو المصري. الأول باعتباره من القوانين ذات التأثير الواضح بالشرعية الإسلامية، والثاني باعتباره نموذجاً حاكته كثير من التشريعات العربية.

ب- اختيار قواعد لا تنتمي لدولة معينة، قواعد مستوحاة من التعامل التجاري أو

#### ما يُسمى قواعد *Lex Mercatoria*.

فيمكن للفرقاء أن يختاروا قواعد لا تنتمي لقانون دولة معينة فيخضعون نزاعهم لقواعد عبر دولية *transnationales*، وهو ما يُسمى بقواعد التجارة الدولية *transnationalLa lex mereatoria*.

ولا شك أن هذا الحل يفرضه نص المادة ٤١ من المشروع الإتحادي بما كرسه من حرية واسعة للفرقاء في اختيار القانون الواجب التطبيق بقوله "تطبق هيئة التحكيم القواعد التي يتفق عليها الطرفان". الحرية ذاتها قائمة في القانونين الفرنسي والبناني باستخدامهما تعبير "القواعد القانونية".

فكلمة "القواعد" من العمومية والإطلاق بحيث تستوعب اتفاق الفرقاء علي تطبيق قواعد العقود النموذجية المنظمة للتعامل في نوع السلعة أو الخدمة محل



التعاقد، داخلية كانت أو دولية، أو اتفاهم علي تطبيق القواعد والأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية.  
هذا الحل يجمع عليه الفقه ويجد قبولاً لدي المحكمين. لكن ما المقصود بهذه القواعد؟

يقولون :

- إنها القواعد" المعمول بها في أوساط التجارة الدولية وكذا مجموعة الأعراف والعادات التي يتواتر سلوك التجار علي اتباعها في ميدان العلاقات الدولية".  
- إنها قواعد ضابطة للمعاملات الدولية، ولا تنتمي إلي نظام أو آخر بعينه من النظم القانونية الوطنية، وإنما تقوم إلي جانبها واستقلالها عنها.  
- أنها قواعد لا تستند قوتها الملزمة وكفالة احترامها لسلطان الدولة، أي دولة، وإنما تستند لسلطان كيان آخر يمثل مجتمع الدول، تستند لحاجات المعاملات الدولية وإرادة أطرافها أنفسهم وسلطان هيئة التحكيم التي تقيمها هذه الإرادة ذاتها للفصل في المنازعات الناشئة عنها.

ويستخدم أطراف التحكيم في التجارة الدولية اصطلاحات عديدة للتعبير عن قانون التجارة الدولية، الذي يرغبون في إخضاع عقدهم الدولي لأحكامه ومن ذلك القواعد عبر الدولية، المبادئ المشتركة بين عدة نظم قانونية، المبادئ العامة في القانون الدولية أو القانون الأسمى، أو القانون المشترك للأمم.

ومن جانبنا لا ننكر وجود هذه القواعد التجارية الدولية، ونرى أنها فقط تحتاج إلي ضبط لتحديدها حتى لا يخضع التحديد "للمزاج القانوني للمحكم" وحتى لا تتحول المسألة إلي "فرض قانون القوي علي الضعيف".

وعليه إذا كان ثمة شرط اختاره الفرقاء يقضي بتطبيق قواعد التجارة الدولية

علي النزاع المطروح، فإنه يتعين، كما يقول البعض، علي المحكمين الفرقاء ومستشاريهم أن يبادروا بمجرد قيام نزاع بتحديد مضمون القواعد الواجبة التطبيق علي النزاع.

ومن كل ما تقدم يظهر أن الحرية المتاحة للفرقاء في اختيار القانون الذي يحكم أساس النزاع، حرية واسعة، متنوعة، يمكن المزج بين مفرداتها. وهذه الحرية علي أية حال لا ترعج لعدة الأسباب :

- فمسار التحكيم في جملته مخلوق إرادي، صنعته إرادة الفرقاء وأوجدته وضبطت حدوده. وما حرية الفرقاء في اختيار القانون الذي يحكم النزاع سوى حلقة في هذه المنظومة.

- ثم إن التشريعات الوضعية تذهب إلي أبعد من ذلك حين تعطي لأطراف التحكيم إمكانية تعيين محكم مطلق أو محكم بالعدل والإنصاف (محكم بالصلح)، بما تتيحه تلك الحرية من إمكانية العدول عن تطبيق قواعد القانون.

- إلي ذلك فإن هذه الحرية مقيدة بمراعاة قيود: مراعاة النظام العام الدولي وما يسمى قوانين البوليس *Loi de police* ، سواء أكانت جزءاً من القانون الذي اختاره الفرقاء أو جزءاً من قانون دولة التنفيذ كما سنرى.

- هذه الحرية يوجب المشرعون الالتزام بها من قبل المحكم، ويرتبون علي الخروج عليها آثاراً شديدة الوطأة تقدم منظومة التحكيم من أساسها : بطلان القرار التحكيمي.

ثانياً : الإشكاليات التي يثيرها هذا الاختيار

ثمة بعض مسائل تحتاج إلي إيضاح يطرحها اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم أساس النزاع:

(١) المسألة الأولى: هل يسري نص المادة ١/٤١ من المشروع الإتحادي علي التحكيم الدولي والداخلي أم أن إعماله قاصر علي التحكيم الدولي ؟  
سبب طرح هذا السؤال: هو أن مشروع قانون التحكيم الاتحادي لسنة ٢٠٠٢ يسري علي نوعي التحكيم الدولي والداخلي. فهو لم يضع قواعد خاصة بالتحكيم الداخلي وأخري للتحكيم الدولي كما فعلت كثير من التشريعات كالفرنسي واللبناني.

ومن البديهي أنه إذا كانت العلاقة محل النزاع وطنية في كافة عناصرها، فلا يكون هيئة التحكيم أن تطبق قانوناً أجنبياً عليها وإنما يتعين عليها بالضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني.

واستطراداً لهذا المعنى، لا يكون هيئة التحكيم أن تطبق علي العلاقة الوطنية الخالصة القواعد المعمول بها في مجال التجارة الدولية، كعرف سائد في هذا الميدان، أو مبدأ عام معتمد فيها، أو كعقد نموذجي معمول به في مجالها، إذا كانت هذه القواعد تخالف أحكام القانون الوطني. فطالما أن علي هيئة التحكيم أن تعتمد القانون الوطني وحده بالنسبة للعلاقات الداخلية، فإنه يكون عليها إتباع المصادر المعترف بها في هذا القانون والإلتزام بالترتيب المقرر لها.

لكن ماذا عن اختيار الفرقاء لقانون أجنبي أو قاعدة قانونية أجنبية لحكم علاقتهما الوطنية ؟ هل ينطبق نص المادة ١/٤١ في مادة التحكيم الداخلي فيما لو رأى هذا المشروع النور كقانون نافذ في الدولة ؟

في تقديرنا أن هذا النص يواجه وحسب التحكيم الدولي، أما التحكيم الداخلي -وكما رأينا- فيتقيد فيه المحكم حتماً بتطبيق قواعد القانون الوطني للعلاقة. ويبقى من بعد ذلك أن من حق الفرقاء اختيار قانون أو عرف أجنبي معين لحكم علاقتهما

الداخلية. ويبقى لهذا الاختيار وصف الشروط أو البنود التعاقدية التي يكون إعمالها مشروطاً بعدم مخالفتها للقواعد الآمرة في القانون الداخلي، أي للقواعد المتعلقة بالنظام العام فيه، وإلا كانت باطلة. إن هذا وحده هو الذي يؤكد سلطان القانون الوطني ويحفظ له احترامه. فإعطاء الفرقاء في معاملة داخلية الحق في اختيار القواعد الموضوعية في قانون أجنبي، لا يخرج عن حدود الحق الذي يخوله لهم القانون الوطني ذاته في أعمال تنظيم آخر غير التنظيم الذي تقدمه القواعد المكملة فيه.

المسألة الثانية: خاصة بكيفية اختيار أطراف التحكيم للقواعد القانونية التي تطبقها هيئة التحكيم :

تنص المادة ١/٤١ من المشروع الاتحادي علي أن هيئة التحكيم تطبق القواعد التي "يتفق عليها الطرفان" فكيف يتم هذا الاتفاق؟ هل يتعين أن يكون صريحاً أم يمكن أن يكون ضمناً كذلك؟

يذهب رأي في الفقه المصري إلي أن "المقصود باتفاق الطرفين علي القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق هو الاتفاق الصريح ، أو في القليل المستفاد من نصوص العقد ذاتها. فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح ومباشر علي اختيار قانون معين، ولم تكن هناك دلالة عليه من نصوص العقد ذاتها، فلا محل لتلمس إرادة ضمنية لهما في الاختيار من خلال بعض المؤشرات أو القرائن العرضية، كما كان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ولغته ومصطلحاته. فالأمر ليس مجرد إسناد إلي قانون ما وإنما هو أمر تن مباشرة لقواعده الموضوعية، علي نحو يتطلب أن تكون هذه القواعد محل تفكير من الطرفين يترجمه الاختيار الواضح للقانون الذي يتضمنها". ويضيف صاحب هذا الرأي أنه "ليس هناك من مبرر للإلتجاء إلي الإرادة الضمنية أو المفترضة في ظل تحويل هيئة التحكيم ذاتها سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق علي أساس

موضوعي".

أن يكون اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع صريحاً، قال به أيضاً جانب من الفقه في القانونين الفرنسي واللبناني. وحثهم في ذلك أن إرغام المحكمين علي البحث والتنقصي عن الاختيار الضمني للفرقاء يؤدي إلي نتائج غير منطقية من شأنه أن يعطل سلطة الاختيار الشخصي التي أولاها القانون للمحكمين. إلي ذلك فإن هذا الاختيار الضمني قد لا يكون دقيقاً معبراً عن الإرادة الحقيقية للفرقاء.

ونعتقد أن الاختيار أو الاتفاق الذي يتكلم عنه المشرع هنا قد يكون صريحاً، كما قد يكون ضمناً للأسباب الآتية :

أ- فإما أن هناك اختياراً، أو أنه لا يوجد ثمة اختيار بالمرّة. في حالة الاختيار أو الاتفاق قد يتم التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً. فليس ثمة ما يحول من أن يستقرئ المحكمون من السلوك المتبادل أو الموقف المشترك للفرقاء وجود اتفاق ضمني علي تطبيق قانون أجنبي معين، كأن يتناضل الفريقان في الدعوى ويتحاجان علي أساس قانون معين ومن غير أن يكون ثمة اتفاق صريح سابق علي تطبيقه.

ب- لو أراد المشرع قصر الأمر علي الاتفاق الصريح ما أعياه السبيل ولنص علي ذلك صراحة، كما فعل في مسألة التحكيم المطلق بقوله "يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة علي تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع علي مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

ج- لا يصح القول بما قيل به من أنه ليس هناك من مبرر للإلتجاء إلي الإرادة الضمنية أو المفترضة في ظل تحويل هيئة التحكيم ذاتها سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق علي أساس موضوعي" لا يصح ذلك لسبب بسيط وهو أن عدم تطبيق المحكم للقانون الذي اختاره الفرقاء صراحة أو ضمناً يفتح باب الطعن علي

- حكم التحكيم وفقاً لنص المادة ١/٥٧ من المشروع الاتحادي كما سنري.
- د- ثم إنه ليس صحيحاً ما قيل به من أن تكليف المحكم بالبحث عن الاختيار الضمني يعطل: سلطة الاختيار الشخصي المباشر التي ولاها القانون للمحكمين". فهذا القول داحض. فسلطة الاختيار المخولة للمحكم لا تتعطل، إنها قائمة ومفروضة وإنما تبدأ حيث ينعدم الاختيار صريحاً كان أو ضمناً.
- هـ - وأخيراً فإنه لا يصح القول بأن إلزام المحكم بالتقصي عن وجود الاختيار الضمني من أطراف التحكيم يؤدي إلي "تحديد غير دقيق" لهذا الاختيار. فهذا القول بدوره غير دقيق.
- فالاختيار الضمني هو اختيار من الفرقاء له شواهد ودلائل. يكشف عنه المحكم أو القاضي في ضوء هذه الشواهد. إن ثمة إلزاماً علي عاتق المحكم عندما يقدر أن قانوناً معيناً قد اختير بصورة ضمنية: عليه أن يضع ذلك موضع مناقشة بين الفرقاء حتى يمكنهم تحديد الاختيار بصورة جلية واضحة لا لبس فيها. بل إن مناقشة هذا القانون واجبة حتى ولو كان الاختيار صريحاً.
- طرح مسألة الاختيار الضمني للمناقشة أمر ضروري، وإلا انفتح باب الطعن علي قرار المحكم بالبطلان لسبب آخر هو عدم احترام مبدأ الوجيهة أو عدم احترام حقوق الدفاع أو وجود بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.
- طرح المسألة للمناقشة مسألة ضرورية للأسباب الآتية:
- إنها وسيلة للكشف عن الاختيار الصحيح الذي أراده الفرقاء. وفي ذلك احترام لإرادتهم التي هي في جوهرها مصدر اختصاص الحكم.
  - تستتبع تجنب الفرقاء تطبيق حل لم يتوقعوه، ولم يريدوه. فيجب البحث عن حل يحمي توقعات الأطراف.

- هي وسيلة لضبط الاختيار المقصود من الفرقاء، ومن ثم عدم فتح الباب للطنع بالبطلان علي القرار التحكيمي لهذا السبب.

المسألة الثالثة : وهي خاصة بالوقت الذي يتعين أن يتم فيه الاختيار :  
في هذا الخصوص يُرْزُ إيضاحان :

الأول : أن اتفاق الفرقاء علي تطبيق قانون معين قد يتحدد وقت الاتفاق علي شرط التحكيم، أو في أي وقت آخر أو بعد نشوء النزاع *La naissance du litige*. فقد يحدده الفرقاء وقت إبرام العقد التحكيمي (المشاركة) أو وقت وضع وثيقة المهمة *L' acte de mission*.

الثاني : إذا اختار الفرقاء قانون دولة معينة، فإنه يقصد بذلك القانون النافذ فيها وقت وقوع الاختيار. فإذا أصاب قواعده تعديل أو تغيير لاحق، فلا وجه للأخذ بهذا التعديل أو التغيير لأن إرادتهما لم تنصرف إليه، مما يجعل الأخذ به مخالفاً لتوقعاتهما. ويتقرر هذا الحل في المنازعات الدولية أمام المحكم دون حاجة لإجراء ما يسمى "شرط تثبيت الاختصاص التشريعي *Clause de gel de la loi applicable*". هذا ومن البديهي أنه يمكن للفرقاء أن يتفقوا علي خلاف ذلك بأن يعتدوا بالقانون المختار بالحالة التي يكون عليها بتاريخ النزاع.

المسألة الرابعة: خاصة بالفرض الذي يحوي فيه القانون الواجب التطبيق حكماً متعلقاً بالنظام العام يخالف شروط العقد :

يستنتج من نص المادة ١/٤١ من المشروع الإتحادي ما يأتي :

- المحكم ملزم باحترام اختيار أطراف التحكيم في هذا الشأن. فالصيغة التي جاء عليها نص المادة ١/٤١ هي صيغة أمرة *Une formule imperative* "تطبق هيئة التحكيم القواعد التي يتفق عليها الطرفان".

- ليس للمحكم أن يقدر *n'a pas a apprecier* صحة هذا الاختيار وسلامته *son bien-fonde* . فليس عليه إلا احترامه والإلتزام به.

والسؤال الذي يطرح نفسه :

إذا تضمن القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الفرقاء حكماً متعلقاً بالنظام العام تناقضه الإشتراطات التعاقدية التي في عقدهم، فكيف يمكن التوفيق بين إلتزام المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الفرقاء (في المادة ٤١/٢) وما تقول به الفقرة (٣) من ذات النص من أنه "علي هيئة التحكيم - عند الفصل في موضوع النزاع - أن تراعي شروط العقد محل النزاع.

هل يمكن القول بأن المحكم لا يعتد بشروط العقد إلا إذا كانت صحيحة ووفقاً للقانون الذي اختاره الفرقاء؟ هل يجب إعمال شروط العقد ولو كانت باطلة طبقاً للقانون الواجب التطبيق؟

الواقع من الأمر أن الشروط التعاقدية المتضمنة في العقد والقانون المختار من قبل الأطراف كلاهما من صنع إرادة الفرقاء. فنحن نعلم أن إرادة الفرقاء في اختيار القانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هي بلا حدود مطلقة: تختار قانوناً معيناً يعود لدولة من الدول، أو قاعدة أو مبدأ عاماً لا ينتمي إلى أي دولة، تجمع بين هذا وذاك، ما تختاره ليس مفروضاً فيه أن يكون علي اتصال بالعلاقة... إلخ.

في هذا الإطار الواسع من الحرية، يمكنهم أن يستبعدوا من القانون المختار القواعد التي تبطل شروط العقد، فهذه إرادتهم ويجب احترامها، المسألة فقط تحتاج إلى تحديد.

إن التنازع بين الشروط العقدية والنظام العام في القانون الذي اختاره الأطراف يحسمه المحكم الدولي في ضوء الشروط التعاقدية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.



وعلي ذلك :

- إذا نص العقد مثلاً في أحد شروطه علي أن " كافة المسائل التي ينظمها العقد

Pour toutes les questions non reglees dans le " يحكمها القانون اللبناني"

contrat la loi libanaise sera applicable فإن معني ذلك، أنه يجب علي المحكم

- طبقاً لهذا الشرط - أن يراعي شروط العقد ولو كانت باطلة بمقتضى النظام العام

اللبناني.

- علي النقيض من ذلك الوضع بالنسبة للشروط الواردة في العقد الذي ينص

علي أن هذا "العقد يحكمه القانون اللبناني". أن هذا الشرط يعني تطبيق القانون

اللبناني وإعماله بما فيه من قواعد تعتبر من النظام العام.

فإذا كان هناك شرط باطل بمقتضى النظام العام اللبناني، فإنه يتعين علي المحكم

استبعاده واحترام مقتضيات النظام العام في القانون الواجب التطبيق. فهنا يوجد

نوع من التدرج بين القانون اللبناني وشروط العقد.

تطبيقاً لذلك :

في القضية التحكيمية رقم ٢١١٩ عن C.C.I لسنة ١٩٧٨ رأت الهيئة التحكيمية

أن الشرط الوارد في العقد والذي بمقتضاه يتم "تنفيذ العقد وتفسيره طبقاً للقانون

الفرنسي" إنما يعني إعمال شروط العقد مباشرة في الحدود التي لا تتعارض فيها مع

القواعد الآمرة في القانون الفرنسي. في عبارة أخرى حيث يتعين تنفيذ العقد طبقاً

"لقانون دولة معينة"، فإنه لا يتصور تنفيذه وفقاً للأحكام المعتبرة مخالفة للنظام العام

فيه.

## المطلب الثاني

مدى الحرية التي يتمتع بها الفرقاء في اختيار

القانون الذي يحكم موضوع النزاع

الأمر مستقر في قضاء التحكيم علي أن حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون المذكور ليست مطلقة، وإنما هي حرية مقيدة بقواعد النظام العام الدولي بالمعني الحقيقي، أو بالنظام العام عبر الدول، وكذلك التقييد بما يسمى بقواعد البوليس والأمن المدني *Loi de police et surete civile* .

هذا إجمال يعوزه بيان :

أولاً: حرية أطراف التحكيم مقيدة في اختيارها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع بالقواعد المعبرة من النظام العام الدولي بالمعني الحقيقي *L' ordre public veritablement international* .

ثم إن من المسلم به أم ليس للمحكم قانون خاص به يلتزم بتطبيقه نزولاً علي أمر من مشروع دولة معينة، إنه قاض خاص نصبه أطراف التحكيم للقيام بمهمة معينة ومحددة يفصل فيها بقرار ملزم.

إنه في ذلك يختلف عن قاضي الدولة. فهذا الأخير له قانونه الذي حدد له قواعد النزاع التي يلتزم بتطبيقها، قواعد ثنائية الجانب في الأصل، تقود إلي ما يسمى بالقفز في الجهول أو الظلام علي حد تعبير الفقه الألماني. ولذلك إذا كان هذا القانون مخالفاً للنظام العام الدولي - وهو مختلف عن النظام الداخلي - وجب استبعاده. ويسمى النظام العام في هذه الحالة بالنظام الاستيعادي. وعندئذ يتم استبعاد القانون الواجب التطبيق علي النزاع والذي أشارت إليه قاعدة التنازع ويتم محل القانون المستبعد علي ما هو راجح في التشريعات وفي القضاء والفقه في القانون

المقارن.

النظام العام الذي يقيد الأطراف في اختيارهم للقانون الذي يحكم أساس النزاع أمام المحكم ليس هو النظام العام الاستيعادي بطبيعة الحال. فمضمون النظام العام - بمعناه في القانون الدولي الخاص - ذو طابع وطني، كما أنه مضمون يتحدد بالنظر إلى قانون دولة القاضي وهو ما يضيف عليه الطابع النسبي. ولما كان هذا النظام العام يحمي مجموعة القواعد الأساسية في قانون القاضي، كان من الطبيعي أن تكون مهمة القاضي هي السهر على حماية هذا النظام العام بالعمل على استبعاد القانون الأجنبي الذي يخالفه.

هذا المفهوم وبهذا التحديد لا يطرح أمام المحكم : فهو ليس له قانون مفروض عليه ولا يوجد له نظام عام خاص يسهر على حماية المفاهيم الوطنية المحددة له. إن النظام العام الذي نتكلم عنه أمام المحكم هو النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي بوصفه " مجموعة القواعد الآمرة التي تقرها أكثرية الأمم المتحضرة، أي التي تشكل قاسماً مشتركاً بين أكبر عدد ممكن من الدول". أو هو " النظام العام المشترك بين الأمم المتمدينة والذي يتعين على الجميع (جميع الدول) احترامه ومن يخرج عليه يجد نفسه خارج الجماعة القانونية التي هي أساس القانون الدولي الخاص". ويعد من قبل النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي القواعد التي تحرم الفساد المتمثل في الرشوة والعمولات غير المشروعة والقوانين المتعلقة بمكافحة تبيض الأموال غير المشروعة والقوانين التي تحمي الآثار باعتبارها تراثاً عاماً للبشرية والقوانين المتعلقة بحماية البيئة باعتبارها إطاراً مشتركاً للبشرية، والقواعد التي تحظر التمييز العنصري. هذه الأصول والمبادئ التي تشكل جوهر النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي تجد مصدرها، إما في الأدوات التشريعية الدولية، كالمعاهدات والاتفاقات الدولية

من ناحية والإعلانات والتوصيات والقرارات الدولية من ناحية أخرى، وإما في مجرد الممارسات والأعراف الدولية.

الخلاصة: النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي أو العالمي يمثل قيماً علي حرة الفرقاء في اختيارهم للقانون الذي يحكم أساس النزاع طبقاً للمادة ٤١/١ من مشروع قانون التحكيم الاتحادي لسنة ٢٠٠٢ في دولة الإمارات العربية المتحدة. ثانياً: تطبيق قوانين البوليس المرتبطة بالعلاقة ولو لم تكن جزءاً من القانون الذي اختاره الفرقاء:

يقصد بقوانين البوليس ذات التطبيق الضروي أو المباشر مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدّاً يحول دون دخولها في منافسة القوانين الأجنبية، ويتعين من ثم تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص. إنها قواعد تتميز بجمية تطبيقها تطبيقاً مباشراً علي كافة العلاقات الداخلة في مجال تطبيقها، كالقوانين المتعلقة بالتسعير الجبري والقوانين الضابطة لحرية المنافسة والقواعد المتعلقة بحماية الائتمان العام والرقابة علي النقد والقوانين الجمركية.

ويسلم الفقه والقضاء وهو ما تأخذ به بعض التشريعات، في نطاق تنازع القوانين في العقود الدولية بأن القاضي الوطني يطبق قواعد البوليس في الحالات الآتية:

- إذا كانت شقاً من القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الفرقاء متى لم تكن مخالفة للنظام العام الدولي في قانون القاضي.
- إذا لم تكن شقاً من القانون الواجب التطبيق متى كانت ثمة صلة جديدة تربطها بالمنازعة المطروحة.

مثال للإيضاح :

عملية مصرفية دولية ولتكن قرضاً بين عميل مصري وفرع لبنك أجنبي مقره في باريس بينما مقره الفرعي في القاهرة. اتفق علي تطبيق القانون الفرنسي علي العملية، في هذا المثال يكون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق أمام القضاء المصري بما فيه من قواعد تعتبر من قوانين البوليس متى لم يكن فيها ما يخالف النظام العام المصري.

فإذا افترضنا أن مبلغ القرض سيتم تحويله لاستثماره في لبنان، فهل يلتزم القاضي المصري بمراعاة قوانين البوليس في القانون اللبناني مثل قواعد الرقابة علي النقد والقواعد المتعلقة بالحصول علي إذن أو ترخيص من جهة الإدارة رغم أنم هذا القانون غير مختص بمقتضى قاعدة التنازع في القانون المصري؟.

إن الإجابة علي ذلك بالإيجاب ماكان ثمة رابطة جدية أو وثيقة بين المنازعة وقوانين البوليس المقررة في القانون اللبناني رغم أنما ليست جزءاً من القانون الواجب التطبيق، فلاشك أن ثمة رابطة حجية متحققة في المثال المذكور بين الرابطة العقدية والقانون اللبناني. هذا الحل أخذت به المادة (٧) من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق علي العقد الولي، والمادة (١٦) من معاهدة لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق علي عقود الوساطة، والمادة (١٨) من القانون السويسري الجديد، والمادة (٣،٧٩) من القانون المدني في "الكيبك" الصادر في ١٨/١٢/١٩٩١.

والسؤال الذي يثور في مجال التحكيم : هل يلتزم المحكم بتطبيق قوانين البوليس ولو لم تكن جزءاً من القانون الذي اختاره الفرقاء ؟

نلاحظ في هذا الفرض أمرين :

- ليس للمحكم قانون خاص به بعكس قاضي الدولة.
- كافة قوانين البوليس التي تطرح أمام المحكم هي قوانين "أجنبية" بالنسبة له.

يبقى أن الإجابة عن السؤال المتقدم تتطلب فروض ثلاثة :

الفرض الأول : لا مشكلة إذا كانت قوانين البوليس جزءاً من النظام القانوني الذي اختاره الفرقاء بشرط ألا تخالف النظام العام الدولي الحقيقي الذي لا يملك المحكم ولا الفرقاء الخروج علي مقتضاه.

فلو كان القانون الواجب التطبيق علي العلاقة يقرر أحكاماً أساسها التمييز العنصري بسبب اختلاف اللون أو الدين أو الجنس فإن المحكم يمتنع عن تطبيق هذه القواعد رغم أنها تعد شقاً من القانون الذي اختاره الفرقاء ليحكم أساس النزاع.

الفرض الثاني : أن تكون القواعد المعتمدة من قوانين البوليس جزءاً من نظام قانوني غير النظام الذي اختاره الفرقاء.

مثال للإيضاح :

منح بنك سويسري قرضاً بالدولار الأمريكي إلي شركة برتغالية اتفق الفرقاء علي أن العقد يحكمه القانون الإنجليزي وعلي أن يتم التحكيم في القاهرة. تقاعست الشركة البرتغالية عن دفع مبلغ القرض في الميعاد المحدد بحجة أنها لم تستطع الحصول من السلطات البرتغالية المعنية بمسألة الرقابة علي الصرف علي التصريح اللازم لعملية التحويل *L'autorisation de transfert nécessaire*.

السؤال: هل يتعين علي المحكم أو هل يمكنه أن يعتد بقوانين البوليس البرتغالية التي تمسك بها المدين المقترض رغم أن العقد يخضع للقانون الإنجليزي ؟ هل يعتد المحكم بالقانون البرتغالي بوصفه عنصراً من عناصر تقدير سوء أو حسن نية المقترض إن تقاعس عن الوفاء بما عليه في الوقت المحدد ؟

في هذا المثال يظهر لنا ما يأتي :

- المدين المقترض البرتغالي الجنسية أثار مسألة رفض السلطات البرتغالية منحه

التصريح بالتحويل ليبرر تفاعسه عن الوفاء بما عليه من إلتزامات.

- إنه لم يطلب تطبيق قوانين البوليس في القانون البرتغالي، وإنما يطلب فقط أخذ هذه القوانين في الاعتبار علي الرغم من أن عقد القرض يحكمه القانون الإنجليزي، وذلك بهدف ترتيب النتائج القانونية طبقاً للقانون الإنجليزي الواجب التطبيق علي العلاقة للوقوف علي مدى حسن نيته أو سوءها.

في هذه الحالة وأمثالها يقرر الفقه أن المحكم يأخذ في الاعتبار قوانين البوليس الأجنبية بوصفها واقعة يرتب عليها آثاراً قانونية معينة في ضوء القانون الواجب التطبيق ذاته.

الفرض الثالث : وفيه يطبق المحكم قوانين البوليس بوصفها قانوناً لا واقعة مع أنها ليست جزءاً من القانون الواجب التطبيق علي العلاقة.

فلو تصورنا مثلاً أن هناك مؤسستين إحداهما إيطالية وألمانية اتفقتا علي إخضاع عقدهما للقانون السويسري وأن تكون "جنيف" هي مقر التحكيم. هذا التعاقد مخالف لقوانين المنافسة التي تفرضها اتفاقية روما والمعتبرة من قبل قوانين البوليس في كل من القانونين الألماني والإيطالي.

في هذا الفرض يذهب اتجاه نؤيده إلي أنه يعتد بقوانين البوليس متى كانت هذه القوانين جزءاً من النظام القانوني الذي سيتم فيه تنفيذ القرار التحكيمي، وكان بالإمكان تفسير نية الفرقاء علي أنهم لا يستبعدون تطبيق هذا القانون. وكذا نجد في هذا الفرض أن قوانين البوليس في دولة تنفيذ القرار تكون قابلة للتطبيق أمام المحكم ما دام القانون الذي يتضمنها علي صلة بالمنازعة، ولم يكن في تطبيقها إخلال بتوقعات أطراف العلاقة.

## القسم الثاني

## الأثر المترتب علي عدم تطبيق المحكم

## للقانون الذي اختاره الفرقاء

النص :

تنص المادة ١/٥٧ د من مشروع قانون التحكيم الاتحادي الإماراتي لسنة ٢٠٠٦ علي قبول دعوى بطلان حكم التحكيم إذا استبعد "تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف علي تطبيقه علي موضوع النزاع".

إن السؤال الذي يطرح: هل كل مخالفة لهذا الالتزام الواقع علي عاتق المحكم تؤدي إلي بطلان القرار التحكيمي؟

للإجابة ثمة إيضاحات أولية يجب إبرازها، كما أن هناك تطبيقات واضحة يترتب فيها علي مخالفة المحكم للالتزام الواقع علي عاتقه أن يكون القرار التحكيمي باطلاً.

أولاً: إيضاحات أولية يجب إبرازها :

للإجابة علي السؤال المتقدم يتعين إبراز الإيضاحات التالية :

أولاً: نعرف أن التحكيم عدالة خاصة تجد مصدرها في العقد المبرم بين أطراف التحكيم والمحكم، عدالة مؤداها العهدة لهذا الأخير بحسم نزاعاتهم. فالحكم لا يستمد ولايته من سلطان دولة معينة، ولذلك لا يفصل باسم سيادة أية دولة. فليس للمحكم الدولي نظام قانوني خاص به *Il n'a pas de for* يخضع له ويلتزم باحترام قواعده والدفاع عنها والسهر علي حمايتها.

ثانياً: إن إلتزام المحكم بتطبيق القانون الذي حدده له الأطراف ليس مصدره وظيفته، وإنما هو مستمد من المهمة التي أوكلها إياه أطراف التحكيم. فإرادة أطراف التحكيم عندئذ تكون هي مصدر إختصاصه. ولذلك فإن المحكم ملزم باحترام



التحديد الذي قرره إرادة أو مشيئة أطراف التحكيم في هذا الشأن.

ثالثاً: إن سلطات المحكم عند تطبيق وتفسير القانون الذي اختاره الفرقاء ليحكم أساس النزاع هي سلطات أضيق من تلك التي يتمتع بها قاضي الدولة. إنها محددة بالقدر الذي أراد لها فيه أن تنطبق أطراف عملية التحكيم. إنه يطبق هذا القانون بوصفه *une donnee* معطي من المعطيات، مسلمة من المسلمات، أمراً واقعاً، إنه يقوم بعملية تسجيل لمضمونه.

رابعاً: إذا ظهر هيئة التحكيم أن القانون الذي اختاره الأطراف يتضمن نصوصاً أو أحكاماً يؤدي تطبيقها إلى بطلان التصرف الأصلي المنشئ لعلاقة الطرفين، فما مدي قابلية هذه النصوص والأحكام للتطبيق علي النزاع المعروض، وما مدي إمكان الحكم ببطلان التصرف المنشئ للعلاقة؟

لقد رأينا أنه في الحالة التي يختار فيه الفرقاء القانون الواجب التطبيق، فإن هذا القانون المختار يكون بمثابة شروط تعاقدية ملحقة بالعقد. ومن غير المعقول منطقاً أن تنصرف نية الأطراف إلى هدم التصرف الذي أقامه بإرادتهما.

خامساً: إن المحكم وهو بصدد تطبيقه للقانون الذي حدده له الفرقاء لا يستطيع أن يعطي لها تفسيراً مغايراً لذلك المعتمد في الدولة التي يعود إليها هذا القانون المختار. إنه يتقيد كذلك في وصفه لهذه القواعد بالتقسيم المعتمد لها في النظام القانوني الذي تنتمي إليه. كذلك - وكما رأينا - فإن المحكم يطبق هذه القواعد بالحالة التي تكون عليها وقت اختيارها.

سادساً: إن هذه القواعد التي يختارها الفرقاء "تندمج" في الاتفاق الذي وقعه أطراف التحكيم، وعلي ذلك إذا كان الأطراف قد اختاروا قانون دولة معينة للإنتداب فإن هذا القانون يفقد خاصية جوهرية كانت له وهي كونه نظاماً له قوته

الأمرة أو المكملة التي تضيفها عليه السلطة العامة ليصير من بعد ذلك قاعدة قانونية تستمد إلزامها وقوتها من إرادة أطراف التحكيم. يترتب علي ذلك نتيجة هامة وأساسية : القانون الذي يختاره الأطراف يبقى "مجمداً" gelee كما رأينا بحيث ينطبق بحالته التي يكون عليها وقت الاختيار. والحال كذلك فإن القواعد القانونية التي يختارها الأطراف تندمج *Les regles posees par cette loi seraient incorporees* في اتفاقية التحكيم وتصبح بمثابة شروط تعاقدية وتلزم المحكم بهذه الصفة. وفي ذلك كله يختلف الوضع عن الفرض الذي يطبق فيه القاضي قانون الإرادة - بوصفه قاعدة تنازع - علي العقود الدولية. إذ يحتفظ القانون الذي تحدده قاعدة النزاع بصفته القانونية تلك مع ما يترتب علي ذلك من آثار.

نتيجة لذلك كله : أن عدم تطبيق هذا القانون المختار بالحالة التي يكون عليها وقت الاختيار فيه خروج عن حدود المهمة المكلف بها المحكم في القانون الإماراتي، وعدم تطبيق للقانون الذي اختاره الأطراف وهو الأمر الذي يستتبع بطلان القرار التحكيمي.

ثانياً : التطبيقات الواضحة التي تفتح باب الطعن بالبطلان علي القرار التحكيمي ولا تثير جدلاً :

- ١- إذا طبق المحكمون قانون دولة أخرى غير ذلك الذي اختاره الفرقاء.
- ٢- إذا طبق المحكمون قواعد تنتمي لقانون التجارة الدولية *des regles transnationales* (قواعد عبر دولية) متجاهلين بذلك القانون العائد لدولة معينة والذي اختاره الفرقاء. وفي ذلك يبدو الاختلاف واضحاً بين حكم هذه الحالة والحالة التي لا يتفق فيها الفرقاء علي تطبيق قانون معين، ويطبق المحكم قواعد التجارة الدولية، بحيث لا يمكن في هذه الحالة الأخيرة الطعن بالبطلان. هذا الحل

أكدته في وضوح وجلاء محكمة التمييز الفرنسية في حكم لها في ١٩٩١/١/٢٢. السبب في ذلك ببساطة يرجع إلي أنه عندما لا يختار الفرقاء القانون الواجب التطبيق، فإن مهمة المحكم تنحصر في ضرورة الفصل في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية الملائمة، وهو ما لا يتطلب بالضرورة أن يفصل فيها وفقاً لقانون وطني معين.

٣- أن يلزم الفرقاء المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية في قانون معين فإذا به يطبق قواعد النزاع فيه. مثال ذلك أن يتفقوا علي تطبيق القانون الفرنسي في خصوص منازعة تحكيمية متعلقة بتعويض أساسه المسؤولية التقصيرية فإذا بالمحكم يطبق قواعد النزاع في هذا القانون التي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار.

٤- تتحقق المخالفة ويكون القرار قابلاً للطعن بالبطلان إذا أعرض المحكم عن تطبيق القانون الذي حدده له الفرقاء وفصل في النزاع بوصفه محكماً مطلقاً (محكم بالصلح). أما إذا كان محكماً مطلقاً (بالصلح) وفصل في النزاع طبقاً لقانون معين فلا مشكلة في الأمر متى ظهر من حكمه أن تطبيقه لهذا القانون كان لما قدره فيه من أن قواعده تحقق العدالة والإنصاف.

٥- لكن ماذا لو اشترط الفرقاء علي المحكم أن يفصل في نزاعهم طبقاً لقواعد التجارة الدولية، أو ما يسمى بالقواعد عبر الدولية، فإذا به يفصل في النزاع طبقاً للقواعد المعمول بها في قانون في دولة معينة وحسب؟ هل يخالف المحكم بذلك حكم المادة ١/٥٧ د وبحيث يمكن الطعن بالبطلان علي هذا القرار التحكيمي؟

يري البعض في الفقه الفرنسي أن هذا الحل من جانب المحكم قد يؤدي من الناحية النظرية إلي القول بخروجه عن حدود المهمة الموكلة إليه، خرج عنها من

زاوية أنه لم يطبق القانون الذي اختاره الفرقاء، ومن ثم يكون قراره قابلاً للطعن عليه بالبطلان أو محلاً لعدم الاعتراف به أو تنفيذه. ومع ذلك فإنه قد يتعذر إعمال هذه النتيجة من الوجهة العملية.

مرد ذلك ببساطة يرجع إلي أن حرية التقدير الواسعة التي يتمتع بها المحكم في تحديد مضمون هذه القواعد يكون من نتيجتها عادة عدم المساس بحكم التحكيم الذي قد يفصل في النزاع بالاستناد لقانون معين لاستخلاص أو استنباط القواعد عبر الدولية.

يبقى أن نبرز بوضوح أمرين :

الأول : أن من المسلم به في مسائل التحكيم الدولي أن محكمة الاستئناف لا تملك مراجعة موضوع القرار المطروح أمامها. فالخطأ في تفسير القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع أو الخطأ في تقدير الوقائع لا تعد بذاتها أسباباً لإبطال القرار أو رفض تنفيذه ما لم يستتبع ذلك خرقاً لمقتضيات النظام العام الدولي في دولة القاضي المرفوعة دعوى البطلان أمام محاكمه أو المطلوب إليه الاعتراف بالقرار التحكيمي أو الأمر التنفيذي.

الثاني : إن احتمال أن يخرج المحكم علي القانون المختار هذا عياناً جهاً وبصورة واضحة مسألة لا يتصور حدوثها كثيراً إنما يأتي الخروج من خلال مناهذ أخرى مختلفة كأن يخرج المحكم عن المعنى الواضح الصريح لنصوص القانون المقدمة في الدعوى أو يخطئ في الوصف فيكونه نتيجة ذلك تطبيق قواعد غير تلك التي أرادها الفرقاء، فإلي أي مدى يفتح باب الطعن بالبطلان في هذه الحالات وأمثالها ؟ بيان ذلك يتطلب البحث في مسألة التشويه ومسألة الوصف القانوني الخاطئ من قبل المحكم وحكم الاستبعاد الجزئي للقانون الذي يختاره الفرقاء بسبب تطبيقه لقوانين

البوليس التي ليست جزءاً من القانون المختار. إن هذه المسائل الثلاث تستحق المناقشة.

(١) مسألة التشويه أو المسخ :

تفترض هذه المسألة أن الفرقاء قد قدموا القانون الواجب التطبيق المتفق عليه بينهما وأن هذا القانون قد وضع موضع المناقشة ولكن المحكم فسره تفسيراً عصف به فخرج عن المعنى الواضح الصريح لمضمونه، فهل يمكن الطعن بالبطلان علي الحكم التحكيمي لهذا السبب ؟

والسؤال: ماذا لو أن المحكم شوه اتفاق الفرقاء الذي قيده فيه بتطبيق قانون معين وأعطاه معنى غير معناه أو شوه المعنى الواضح الجلي لنصوص هذا القانون الذي قدم إليه حيث كانت النتيجة مساوية تماماً لعدم تطبيقه والإطاحة به بصورة غير مباشرة ؟

جانب في الفقه والقضاء الفرنسي يذهب إلي أن تشويه الوقائع والمستندات والأعمال القانونية الذي يقترفه المحكم في قراره لا ينطوي علي مخالفة لقاعدة متعلقة بالنظام العام ولا يستتبع من ثم إبطال القرار التحكيمي.

حجة هذا الاتجاه تكمن في أن مراقبة التشويه أو المسخ قد تجر إلي إعادة النظر في القرار التحكيمي وهو ما لا يصح بل هو ممنوع علي المحكم. محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ١٢/١٩٩٣/٢ آمنت بهذا الاتجاه لذلك رأت أن محكمة الاستئناف قد أصابت صحيح القانون حينما قضت بأن تشويه الوثائق التعاقدية من قبل المحكمين لا يمثّل مخالفة هؤلاء للالتزام الواقع علي عاتقهم بالفصل في النزاع في حدود المهمة الموكولة إليهم.

جانب آخر من الشراح يعارض هذا الحل ويرى أن تشويه المحكم للقانون الذي

اختاره الفرقاء ينطوي علي تجاوز منه لحدود المهمة المعينة له. فالتشويه يقع - كما يقول الأستاذ إريك لو كان- عندما يعصف المحكم بالشروط الواضحة الصريحة وبالمستندات والوقائع المقدمة في المنازعة التحكيمية وهو الأمر الذي يعني في الواقع أن المحكم يستبدل الالتزامات التي ارتبط بها الفرقاء بالتزام آخر مختلف، وهو ما يعني بدوره أنه \_ أي المحكم - قد تجاوز المهمة الموكولة إليه والتي توجب عليه تطبيق ما قررته إرادة الطرفين الحقيقية. صحيح أن مثل هذه المخالفة يمكن التمسك بها في طعن يرمي إلي احترام حقوق الدفاع بالمعنى الواسع، إلا أنه يمكن اعتبار التشويه - بما ينطوي عليه من تعسف من جانب المحكم واستناداً إلي الطابع التعاقدى للتحكيم- خروجاً علي حدود المهمة التي ألزمه بها الفرقاء.

حكم المسألة في ظل المشروع الإتحادي لدولة الإمارات (م ١/٥٧ د) :

ذكرنا أن المحكم ملزم بإعمال القانون أو القواعد التي ألزمه بها الفرقاء للفصل في موضوع النزاع. إنها قواعد تندمج في اتفاق التحكيم وتصير جزءاً منه وأي تشويه لها من قبل المحكم يشكل منه خروجاً علي هذا الاتفاق.

والتشويه الذي نقصده في موضوعنا هذا هو الذي يكون من نتيجته إحلال قاعدة محل أخرى مغايرة لتلك التي اختارها الفرقاء تؤدي إلي إحلال التزام مغاير لذلك الذي ارتبط به أطراف التحكيم وألزمها المحكم به.

صحيح أن التشويه في ذاته ليس من بين الأسباب الحصرية التي جاءت علي ذكرها المادة ١/٥٧ ومع ذلك نرى إمكانية الرقابة علي التشويه استناداً لنصوص هذا المشروع فيما لو أصبح قانوناً نافذاً، وذلك للأسباب التالية :

- إذا كان صحيحاً أن الخطأ في تفسير الوقائع وتأويلاتها هو مما يدخل في السلطان المطلق لتقدير المحكم، إلا أن التشويه ليس تفسيراً ولا تأويلاً وإنما هو

خروج جهر علي المعنى الواضح والصريح الوارد في المستندات.

- إن التشويه الذي يفتح باب الطعن بالبطلان ليس مقصوداً في ذاته ولا يعتد به للقول بالطعن بالبطلان إلا إذا كان ينطوي علي نتيجة هي عدم تطبيق المحكم للقانون الذي اختاره الفرقاء. عندئذ لا يبقى الطعن بالبطلان لسبب التشويه خارج الحالة المنصوص عليها في المادة ٥٧/٥١.

(٢) مسألة الوصف القانوني الخاطيء من قبل المحكم الذي يتوقف عليه عدم

تطبيق القانون الذي اختاره الفرقاء :

إذا أجرى المحكم وصفاً خاطئاً ترتب عليه تطبيق قواعد قانونية غير تلك التي قصد الفرقاء إلي تطبيقها بتحديدهم للقانون الواجب التطبيق علي النزاع فإن هذا القرار يمكن الطعن عليه بالبطلان، لا لأنه أخطأ في الوصف في حد ذاته، ولكن لأنه أتى خطأ استتبع تطبيق قواعد قانونية غير تلك التي يجب تطبيقها وفقاً لاتفاق الفرقاء. هذا الحل تبرره جملة من الأسباب :

- القول بعدم رقابة محكمة الاستئناف في هذه الحالة وهي بسبيل النظر في دعوى البطلان، من شأنه أن يؤدي إلي تحرير المحكم من أي رقابة علي تفسيره للقانون وتطبيقه له. وهو ما تظهر خطورته البالغة إذا ما راعينا أن القانون الإماراتي ذاته لا يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الثقافة القانونية الملمين بأحكام القانون. ومن الواضح أن إعفاء المحكم من الرقابة القضائية علي تفسيره للقانون وتطبيقه له علي هذا النحو من شأنه أن يؤدي إلي تحويل التحكيم بالقانون عملاً إلي محكم بالصلاح يقضى فيه المحكم بما يراه دون أن يكون هناك ما يرد قضاءه إلي حكم القانون الذي ألزمه الطرفان بتطبيق أحكامه.

- إذا كان طرفا التحكيم الصادر فيه الحكم المطعون عليه قد اتفقا علي تطبيق

القانون الإماراتي مثلاً علي موضوع النزاع، وكان هذا القانون يتضمن إلي جانب القواعد العامة الواجبة التطبيق علي كافة العقود قواعد تخص فصائل العقود المختلفة المعروفة باسم العقود المسماة. فإن الحكم المطعون فيه يكون قد استبعد القانون الذي اتفق الطرفان علي تطبيقه علي موضوع النزاع، إذا ما تبين أنه قد وضع العقد المبرم بين الطرفين في فصيلة غير الفصيلة التي ينتمي إليها في الحقيقة والواقع، وأنه قد ترتب علي هذا المسلك استبعاد تطبيق القواعد القانونية التي وضعها هذا القانون للفصيلة التي يندرج تحتها العقد. وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة ٤١ من مشروع القانون الاتحادي لسنة ٢٠٠٦ بقولها "علي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع أن تراعي شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين". فهذا النص الأخير يلزم المحكم بتطبيق الأعراف الجارية في موضوع المنازعة علي وجه التخصيص. والأعراف ما هي إلا مصدر من مصادر القواعد القانونية مثلها في ذلك مثل غيرها من مصادر القواعد القانونية. ومن ثم فالزام المحكم بتطبيق الأعراف الجارية في موضوع المنازعة علي وجه التخصيص، أي ما كان مصدر هذه القواعد.

- وفي هذا المقام، أوضح الدكتور عبدالحميد الأحمدب في مؤلفه (التحكيم في البلاد العربية - الجزء الأول - دار المعارف - ص ٧٧٦) أن المقصود بالقانون الذي يختاره الفرقاء والذي يتعين علي المحكم أن يطبقه، هو "قواعد القانون الموضوعي سواء أكان قانوناً وضعياً أو غير وضعي". ثم تساءل بعد ذلك عن حكم الحالات التي يقع فيها خطأ جسيم في تطبيق القانون المختار يعادل في جسامته استبعاد تطبيق هذا القانون فأجاب بأن هذا الخطأ الجسيم في تفسير القانون المختار يساوي استبعاده تماماً "لأن هذا يعتبر استبعاداً غير مباشر لتطبيق ذلك القانون يعادل في أثره



وخطورته استبعاده مباشرة" (وأنظر في نفس المعنى: علي الشلقاني - تعليق علي مسألتين ناشتتين عن قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - مقال باللغة الإنجليزية في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الرابع، القسم الإنجليزي، ص ١٨ وما بعدها).

- وهذا أيضاً ما فهمه القضاء المصري حق الفهم عند فصله في الطعون ذات العلاقة التي أتيح له الفصل فيها. ويكفي أن نشير في هذا المقام إلي حكم محكمة استئناف القاهرة في قضية كرومالوي الشهيرة الصادر في ١٢/٥/١٩٩٥، ففي هذه القضية كان التحكيم يتعلق بعقد تموين عسكري مبرم مع شركة كرومالوي الأمريكية وكان التحكيم يجري في مصر، كما كان موضوع النزاع خاضعاً للقانون المصري. وقد استجابت هيئة التحكيم لطلب التعويض المقدم من شركة كرومالوي، مطبقة أحكام القانون المدني المصري، علي الرغم من كون العقد عقداً إدارياً يخضع لأحكام القانون الإداري المصري. ولما طعنت الحكومة المصرية علي الحكم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة قضت المحكمة ببطلانه، وعلي الرغم من كون التحكيم تحكيمياً دولياً، مستندة في ذلك إلي المادة ٥٣/د١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التي تجيز إبطال حكم التحكيم "إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف علي تطبيقه علي موضوع النزاع". وفي ذلك قالت المحكمة "إذا اتفق في القضية علي أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري، فإن المقصود هو القانون الإداري المصري، ولذلك فإنه إذا أعمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق عليه في العقد علي أعمال أحكامه".

وهكذا فقد تولت المحكمة مراقبة التكييف الذي خلعه حكم التحكيم علي العقد

الناشئ عنه النزاع. وإذ وجدت أنه لم يلزم الوصف الصحيح الذي يؤدي إلي خضوعه للقانون الإداري المصري، قامت بإبطاله تأسيساً علي مجرد أن الوصف الصحيح للعقد هو أنه عقد إداري يخضع لأحكام القانون الإداري المصري، وأن الحكم المطعون عليه لم يطبق أحكام هذا القانون الأخير، علي الرغم من أنه قد طبق عليه قواعد القانون المدني المصري.

(٣) الاستبعاد الجزئي للقانون الذي اختاره الفرقاء بسبب تطبيق قواعد البوليس

التي ليست جزءاً من القانون المختار :

لقد أجازت المادة ٥٧/١١ من مشروع قانون التحكيم الإتحادي لسنة ٢٠٠٦ إبطال حكم المحكمين إذا استبعد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف علي تطبيقه علي موضوع النزاع.

وقد يتبادر إلي الذهن أنه لا يجوز للمحكمين أعمال قواعد البوليس التي تنتمي لقانون دولة أجنبية غير الدولة التي تم الاتفاق علي تطبيق قانونها علي أساس أن هذا التطبيق سيتضمن بالضرورة استبعاداً جزئياً لقانون العقد مما يعرض حكمهم للبطلان. فإلي أي مدى يستقيم هذا التصور؟

لاشك أن مثل هذا التصور - إن قيل به - لا يخلو من خطر بالنسبة للطرف الضعيف في التعاقد الذي تسعى قواعد الأمن المدني أو البوليس إلي حمايته، كما هو الحال في عقد العمل. كما قد تظهر هذه الخطورة في مجال عقود الدولة التي أباح مشروع القانون الجديد إسنادها لقانون الإرادة.

ولتلافي مثل هذه النتيجة نرى أنه يتعين تفسير المادة ٥٧/١١ في ضوء ما استقر عليه الراجح في القضاء التحكيمي من إطلاق سلطان هيئة التحكيم والسماح لها بتطبيق قوانين البوليس ولو لم تكن جزءاً من القانون الذي اختاره الفرقاء شريطة ألا

يترتب علي هذا التطبيق مفاجأة للمتعاقدين. ومن ثم فكلما كان هؤلاء يتوقعون أعمال قاعدة الأمن المدني، أو يفترض فيهم ذلك، كان علي هيئة التحكيم إعمالها ولو ترتب علي هذا التطبيق استبعاد القانون المختار استبعاداً جزئياً. ودون أن يكون في ذلك أدني مخالفة لنص المادة ٥٧/١د السابق ذكرها.

