نطاق تطبيق مبادئ الينيدروا لعام ٢٠٠٤ على عقود التجارة الدولية(*)

الدكتور/ أمين دواس
عميد كلية الحقوق
الجامعة العربية الأمريكية
جنين - فلسطين

ملخص:

يعالج هذا البحث الحالات التي يتم فيها تطبيق مبادئ الينيدروا، وفقاً لما ورد عليه النص في ديباجة نسخة عام ٢٠٠٤ من هذه المبادئ. ولذلك تم، من ناحية، معالجة إمكانية اختيار أطراف العقد لمبادئ الينيدروا لتكون هي القانون الواجب التطبيق على العقد، سواء كان ذلك الاختيار صريحا أم ضمنياً، وسواء كان ذلك في نزاع ينظره القاضي أو المحكم.

ومن ناحية أخرى، تناول البحث الحالات التي يتم فيها تطبيق مبادئ الينيدروا تطبيقاً موضوعياً، وهي: ١- عند عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، ٢- عند تفسير الفجوات أو سدها في القانون الموحد، ٣- عند تفسير الفجوات أو سدها في القانون الوطني.

المقدمة:

لقد صدرت مبادئ الينيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية، بصيغتها المعدلة، عام ٢٠٠٤ عن معهد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص. وكان هذا المعهد قد أصدر في عام ١٩٩٤ النسخة الأولى من هذه المبادئ بعد أن عمل على صياغتها منذ عام ١٩٨٠ مجموعة من الأساتذة والخبراء يمثلون الأنظمة القانونية الأساسية في العالم. وقد جاءت النسخة الأولى من هذه المبادئ في

(*) أجيز البحث بتاريخ ٢٢/١١/٢٠٠٦م.

ديباجة وسبعة فصول موزعة على (١١٩) مادة، تنظم جوانب مختلفة للعقد، كالإبرام والصحة والتفسير والتنفيذ والآثار التي تترتب على عدم التنفيذ. وأما النسخة المعدلة فقد تضمنت تعديلاً لديباجة النسخة الأولى ولبعض نصوصها، مع إضافة قسم جديد للفصل الثاني ينظم الوكالة (المواد ٢-٢-١ إلى ٢-٢-١٠) وقسم آخر للفصل الخامس ينظم حقوق الغير (المواد ٥-٢-١ إلى ٥-٢-٦) وثلاثة فصول جديدة تنظم المقاصة (الفصل الثامن، المواد ٨-١ إلى ٨-٥)، وحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن العقود (الفصل التاسع، المواد ٩-١-١ إلى ٩-١-١٥، والمواد ٩-٢-١ إلى ٩-٢-٨، والمواد ٩-٣-١ إلى ٩-٣-٧)، والتقادم (الفصل العاشر، المواد ١٠-١ إلى ١٠-١١).

وتعتبر نصوص مبادئ الينيدروا، من ناحية، توحيداً للمبادئ المتفق عليها بين أهم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومن ناحية أخرى جاءت بحلول عادلة وأكثر ملاءمة لعقود التجارة الدولية. وعلى الرغم من أن واضعي مبادئ الينيدروا تأثروا كثيراً باتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، لدرجة أن بعض نصوص مبادئ الينيدروا نقلت حرفياً عن الاتفاقية، فإن مبادئ الينيدروا تختلف عن الاتفاقية في مجال العمل والطبيعة القانونية. ففي حين تنظم اتفاقية فيينا عقد البيع الدولي للبضائع فقط، قام معهد روما بوضع مبادئ لسائر عقود التجارة الدولية. ومن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن وصف هذه العقود بالتجارية لا يقصد به تمييزها عن العقود المدنية – وفقاً للتقسيم المعروف في النظام اللاتيني – وإنما استبعاد عقود المستهلكين فقط[١]. كما أن تعبير "دولية" يجب تفسيره بالمعنى الواسع، بحيث يشمل كل العقود التي يتوافر فيها عنصر أجنبي[٢].

---

(١) انظر:
Unidroit (i.e. International Institute for the Unification of Private Law), Principles of International Commercial Contracts, Preamble, Comment 2 (hereinafter: Unidroit Principles). Petz, M. T., Die UNIDROIT-Prinzipien fuer internationale Handelsvertraege, Einfuehrung - Anwendungsbeispiele - Text, Verlag Oestereich, Wien 2001, p. 66.

(٢) انظر:
Unidroit Principles, Preamble, Comment 1. Petz, ibid, p. 65. Bonell, M. J., An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2nd enl. ed., Transnational Publishers, Inc., =

وبالفعل فلم يشأ معهد روما أن يجعل من المبادئ اتفاقية تصادق عليها الحكومات وتلتزمها أو قانوناً نموذجياً تسير على هداه الدول المختلفة[٣]، وذلك اعترافاً منه بأن كلاً من هاتين الوسيلتين لا تحقق التوحيد المنشود للقواعد المعمول بها في مجال التجارة الدولية. فأما الاتفاقيات الدولية فإن بعض الدول لا تصادق عليها إلا بعد التحفظ على تطبيق بعض نصوصها، وأما القوانين النموذجية فهي بطبيعتها تسمح للدول بإجراء بعض التعديلات عليها حتى تكون منسجمة مع احتياجاتها ومصالحها[٤]. وعليه، فقد أراد معهد روما للمبادئ أن تطبق على عقود التجارة الدولية بطريقة أخرى تستند إلى قوة هذه المبادئ الإقناعية[٥]، ولتقبلها اختيارياً من قبل الأشخاص الضالعين في التجارة

Irvington-on-Hudson, New York 1997, p. 53.

وانظر أيضاً قرار المحكمة العليا في فنزويلا الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٩، حيث تم الاكتفاء – للقول بوجود عنصر أجنبي – بأن إحدى الشركتين الفنزويلتين الطرفين في النزاع تابعة لشركة أمريكية. (يمكن إيجاد هذا القرار، وكذلك القرارات الأخرى المستخدمة في هذا البحث، على الإنترنت على موقع:)

(٣) انظر:

Berger, K. P., the Lex Mercatoria Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 947. Perillo, J.M, Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review, Fordham L. Rev., Vol. 63 (1994), p. 283. Garro, A. M., The Gap - Filling Role of the Unidroit Principles in International Sale Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG, Tulane L. Rev., Vol. 69 (1995),p. 1163.

(٤) انظر:

Parra-Aranguren, Conflict of Laws Aspects of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1239.

(٥) انظر:

Unidroit Principles, p. ix, "persuasive authority". Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 169, "persuasive value". Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1243, "their eventual authority was implicit in the wisdom and convenience of the solutions sanctioned". Zeigel, J. S., The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law, published on the Internet at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/piblio/zeigel2.html, p. 10, "the =

الدولية[٦]، وعلى اعتبار أنها صورة جديدة لقانون الشعوب (jus commune)[٧]. وعليه، فقد جاء في ديباجة مبادئ الينيدروا لعام ٢٠٠٤ تحت عنوان "غرض هذه المبادئ":

"تضع هذه المبادئ قواعد عامة للعقود التجارية الدولية.

يجب تطبيق هذه المبادئ عندما يتفق الأطراف على أنها القانون الواجب التطبيق على عقدهم.

يجوز تطبيق هذه المبادئ عندما يتفق الأطراف على أن عقدهم يخضع للمبادئ العامة للقانون أو لقانون التجار أو ما شابه ذلك.

يجوز تطبيق هذه المبادئ عندما لا يتفق الأطراف على تطبيق قانون معين على عقدهم.

---

restatement is not a code and, like the UNIDROIT Principles, it is only as persausive as its merits and the extent to which it resonates with courts, practioners and law professors". Wichard, von Johannes Christian, Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien fuer internationale Handelsvertraege durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, RabelsZ 60 (1996), p. 271. Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 949. Baron, G., Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, published on the Internet at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/piblio/baron.html, p. 8. Petz, M. T., Die UNIDROIT-Prinzipien fuer internationale Handelsvertraege, Einfuehrung - Anwendungsbeispiele - Text, Verlag Oestereich, Wien 2001, p. 91.

قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٠٠٢٢/ ٢٠٠٠.

(٦) انظر: Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1240.

(٧) انظر:

Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 290, "eine Art modernes jus commune". Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 8, "{the Unidroit Principles} intend to be a modern (j)us commune". Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 948, "{t}he Principles are therefore also considered by their drafters to be a type of (j)us commune or a modern expression of the same which is generally called lex mercatoria''. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 184, ''... the UNIDROIT Principles ... could be considered a sort of modern ''(j)us commune''''.

يجوز أن تستخدم هذه المبادئ لتفسير أو لإكمال القانون الموحد[٨].

يجوز أن تستخدم هذه المبادئ لتفسير أو لإكمال القانون الوطني.

يجوز أن تتخذ هذه المبادئ أنموذجاً من قبل المشرع الدولي والداخلي"[٩].

وأول ما يلاحظ على نص هذه الديباجة أنها أضافت حالتين للتطبيق لم تكن النسخة الأولى من مبادئ الينيدروا لعام ١٩٩٤ تشملهما، وهما ما ورد عليهما النص في الفقرتين (٤، ٦) من الديباجة أعلاه. وسيتم خلال هذا البحث تفصيل مسوغات ذلك.

وباستثناء ما جاء في الفقرة الاخيرة من الديباجة، فإن القاضي والمحكم هما المعنيان أكثر من غيرهما بتطبيق مبادئ الينيدروا. إن ما جاء في الفقرة السابقة من الديباجة لا يتعلق مباشرة بتطبيق مبادئ الينيدروا، بل بالدعوة إلى الاسترشاد بها عند وضع القانون أو تعديله، على المستوى الدولي أو الوطني. ولذلك، فإن المشرع وإن استفاد فعلاً من هذا النص[١٠]، فإن هذا البحث

---

(٨) يقصد بالقانون الموحد في هذا المجال الاتفاقيات الدولية التي تعمل على توحيد القواعد القانونية الناظمة لبعض مسائل القانون الخاص.

(٩) والتي جاء فيها:

"These Principles set forth general rules for international commercial contracts.
They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.
They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like.
They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract.
They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.
They may be used to interpret or supplement domestic law.
They may serve as a model for national and international legislators."

لقد قام الباحث بترجمة هذا النص بنفسه، وكذلك نصوص مبادئ الينيدروا الأخرى المستخدمة في هذا البحث.

(١٠) كان لمبادئ الينيدروا تأثير واضح على قانون الالتزامات الإستوني، وعلى القانون المدني الليتواني، وعلى القانون المدني الروسي، وعلى قانون العقود الصيني لسنة =

سيقتصر على معالجة الحالات التي قصد منها أن تكون تطبيقاً حقيقياً لمبادئ اليونيدروا أمام القاضي أو المحكم، بعد التمهيد لأهمية هذه المبادئ. وعليه، سيتم دراسة هذه الحالات وفق الخطة التالية:

تمهيد: مدى أهمية مبادئ اليونيدروا.

المبحث الأول: تطبيق مبادئ اليونيدروا بالاستناد إلى إرادة الأطراف.

المبحث الثاني: التطبيق الموضوعي لمبادئ اليونيدروا.

١٩٩٩، (للمزيد من المعلومات عن مدى تأثر قانون العقود الروسي بمبادئ اليونيدروا، انظر: Yuqing, Z. / Danhan, H, The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison, Uniform Law Review, 2000-3, pp. 429-440, also available on the Internet at: http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-3.htm. Heutger, V., Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, European Review of Private Law, 1-2005, p84)، وكذلك على التعديلات التي أدخلت على التقنين المدني الهولندي، والتقنين المدني لولاية كويبيك، والقانون التجاري المكسيكي، والتقنين التجاري الأرجنتيني، والتقنين التجاري التونسي، والتقنين التجاري الأمريكي الموحد UCC، (Petz, ibid, p. 76 - 82. Gopalan, Journal of Law and Commerce, Vol. 23 (2004), p. 160. Zeigel, The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law, ibid, p. 10. Perales Viscacillas, p. 416. Bonell, M. J., the Unidroit Principles in Practice - the Experience of the First Two Years, published on the Internet at: (http://www.agora.stm.it/unidroit/english/principles/pr-exper.html, p.2.)).

وقد وجدت أيضاً بعض الأصوات التي تنادي بتعديل اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن عقود بيع البضائع الدولية على ضوء مبادئ اليونيدروا، (انظر مثلاً: Petz, ibid, p. 83، والمراجع التي أشار إليها)، ولعل الأهم في هذا المجال أن مبادئ اليونيدروا كانت أنموذجاً اتبعته المنظمة التي أنشئت عام ١٩٩٣ لتحقيق التجانس بين قوانين الأعمال في إفريقيا وذلك عند وضعها القانون التجاري العام، الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ ١٩٩٨/١/١ في ست عشرة دولة إفريقية فرانكفونية، (Petz, ibid, p. 84. Bonell, the Unidroit Principles in Practice - the Experience of the First Two Years, ibid, p. 2.)

تمهيد
مدى أهمية مبادئ الينيدروا

مهما كان التشريع الوطني متطوراً فإنه بالنتيجة يهدف في الدرجة الأولى إلى تنظيم المصالح الوطنية. وعلى عكس ذلك جاءت مبادئ الينيدروا، حيث لم يهتم واضعوها بتنظيم التجارة أو حماية مصالح التجار في دولة معينة، وإنما اهتموا بتنظيم العقود التي تستخدم على الصعيد الدولي.

وعليه، فإن اختيار الأطراف مبادئ الينيدروا صراحة لتكون القانون الواجب التطبيق على عقدهم التجاري الدولي يمكنهم من الاستفادة من وثيقة تعد – حقيقة – الأكثر ملاءمة لعقدهم من أي قانون وطني(١١)، باعتبارها تحقق التوازن بين الأطراف بما يحول دون استغلال أحدهم للآخر(١٢). ومع أن قواعد التطبيق المباشر الوطنية تظل واجبة التطبيق على هذا العقد، فإن ذلك لا

(١١) انظر: سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٤٢٩. Schilf, S., Algemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut, in: Studien Zum auslaendischen und internationalen Privatrecht, 138, edited by: Max-Planck-Institut fuer auslaendrsches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tuebingen 2005,, p. 333. Nguyen, M. H., Unidroit Principles: Jurisprudence and Application for Vietnam, IBLJ, no. 5 (2005), pp. 619, 621, 623.

(١٢) انظر:

Gopalan, S., New Trends in the Making of International Commercial Law, Journal of Law and Commerce, Vol. 23 (2004), (also available on the internet:), p. 156. Petz, ibid, p. 126. Van Houtte, The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, ibid, p. 120. Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 289, "Anders als nationalen Rechtsordnungen, deren Normen fuer den Binnenverkehr konzipiert sind und die daher haeufig auf internationale Sachverhaelte nicht recht passen, orinentieren sich die PIH ausschliesslich an den Beduerfnissen des internationalen Handelsverkehrs".

قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة تجارة ستوكهولم رقم ١٩٩٩/١١٧ الصادر عام ٢٠٠١.

يقلل من مزايا مبادئ الينيدروا؛ لأن هذه القواعد الوطنية فورية التطبيق يكون دائماً واجباً إعمالها بغض النظر عن القانون المنطبق(١٣)، سواء أكان مبادئ الينيدروا أو القانون الوطني لأي دولة. وكذلك الحال بالنسبة لقواعد النظام العام في الدولة التي تنظر النزاع، مما يمكن التذرع بها لاستبعاد تطبيق القانون المعين سواء أكان مبادئ الينيدروا أم القانون الوطني لأي دولة.

وفي العقود التي تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفاً فيها، ويكون قانون هذه الدولة هو المنطبق عليها، فإنه يتهددها خطر أن يتم تعديل هذا القانون المنطبق من قبل الجهات التشريعية في تلك الدولة؛ مما يلحق الضرر بمصالح الطرف الآخر(١٤). ولكن باختيار مبادئ الينيدروا لتحكم هذا العقد يتم تجنب كل هذه المخاطر.

كما أن الأطراف كثيراً ما يهتمون باختيار قانون محايد ليحكم العقد بينهم. ومبادئ الينيدروا – إضافة إلى كونها أكثر ملاءمة لعقدهم من أي قانون وطني – تحقق لهم كذلك هذه المزية(١٥). وفوق ذلك فإن اختيار مبادئ الينيدروا يفضل اختيار أي قانون وطني محايد؛ لأن التجربة أثبتت أن وصول الهيئة التي

---

(١٣) انظر:

Unidroit Principles, Preamble, Comment 4.a, & Article 4, Comment 3. Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1250. Baptista, the Unidroit Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Private Law, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1221, Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 274.

(١٤) قارن: قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٧١١٠/١٩٩٥.

(١٥) انظر:

Lando, Assessing the Role of the Unidroit Principles in the Harmonization of Arbitration Law, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 140, "those involved in international proceedings - be it parties, counsel or arbitrators - plead and argue on an equal footing, none has the advantage of having the the case pleaded or decided by his own law and nobody has the hardship of seeing it governed by a foreign law". Perillo, Fordham L. Rev., Vol. 63 (1994), p. 283. Nguyen, Ibid, p. 621.

تنظر النزاع إلى مضمون هذا القانون المحايد يتطلب جهداً كبيراً ونفقات باهظة بالمقارنة مع الوصول إلى مبادئ الينيدروا عندما تكون هي القانون المختار(١٦).

لقد قيل إن قواعد قانون التجار مائعة وغير محددة وغير كاملة(١٧)، إلا أن ذلك لم يعد مقبولاً مع وجود مبادئ الينيدروا التي هي وثيقة مكتوبة شاملة لعدة نصوص تمت صياغتها كما القوانين الوطنية(١٨). كما أن مبادئ الينيدروا (لعام ١٩٩٤) توجد اليوم بثماني عشرة لغة(١٩) – على الأقل – وتوجد مبادئ

(١٦) انظر: Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 185.

(١٧) مشار لذلك لدى:

Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 5. Komarov, Remarks on the Applications of the Unidroit Principles, ibid, p. 160.

Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 977: "A standard argument against the viability of the lex mercatoria doctrine has always been that no one has ever been able to define its contents and that international arbitrators are not able to invest the time and financial resources needed for the complex comparative research necessary to discern the precise contents of individual rules or principles of the lex mercatoria". Martiny, EGBGB Art. 27 Freie Rechtswahl, Rn 36, in: Muenchener Kommentar Zum Buergerlichen Gesetzbuch, 4th ed., edited by: Rebmann, K. and others, Verlag C. H. Beck, Munich 2006.

(١٨) انظر:

Petz, ibid, pp. 134, 135. Bonell, the Unidroit Principles and Transnational Law, ibid, p. 4. Van Houtte, The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, ibid, p. 117. Drobing, V., The Use of Unidroit Principles by National and Supranational Courts, in: The Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/ 1995, p. 227. Nguyen, Ibid, p. 624. Bortolotti, F., Reference to the Unidroit Principles in Contract Practice and Model Contracts, in: Unidroit Principles: New Developments and Applications, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement, p. 57. Jolivet, E., The Unidroit Principles in ICC Arbitration, in: Unidroit Principles: New Developments and Applications, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement, p. 69.

(١٩) انظر Petz, ibid, p. 85. نسخاً من مبادئ الينيدروا بعشر لغات مختلفة، بما فيها العربية، ألحقت بكتاب:

Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, pp. 271 - 511.

الينيدروا (لعام ٢٠٠٤) بست لغات حتى الآن[٢٠]؛ مما يجعل التعامل بها سهلاً بالنسبة لكل المشتغلين بالتجارة الدولية خصوصاً أنها صارت ركيزة أساسية للدراسات القانونية المقارنة في شتى أنحاء العالم[٢١]. وقد أظهرت الدراسات فعلاً أن أطراف العقد كثيراً ما يستخدمون مبادئ الينيدروا للتغلب على الصعوبات اللغوية التي تواجههم[٢٢].

وكذلك، فإن كون قانون التجار غير كامل لا يقلل من قيمته[٢٣]؛ لأن القانون الوطني في كل دولة يعتريه أيضاً بعض النقص. فكما يجوز للقاضي الذي يطبق القانون الوطني أن يفسره ويسد فجواته، يجوز أيضاً للمحكم الذي يطبق قانون التجار أن يفسره ويكمل ما فيه من نقص[٢٤].

وقد تم الاحتجاج أيضاً على قواعد قانون التجار بالقول: إنها تكرس الأعراف التجارية المعمول بها في الدول المتمدينة[٢٥]، مما يؤدي الأخذ بها إلى الإضرار بمصالح الأطراف في الدول النامية. ولذلك يجب على المحاكم عدم الاعتراف باختيار الأطراف لقانون التجار على أنه القانون المختص، حتى يظل المجال مفتوحاً لتطبيق القواعد الآمرة في الدولة التي يكون قانونها مختصاً وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية.

---

(٢٠) www.unilex.info

(٢١) انظر: Heutger, Ibid, p. 83.

(٢٢) انظر: Gopalan, Journal of Law and Commerce, Vol. 23 (2004), p. 164.

(٢٣) Van Houtte, The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, ibid, p.118.

(٢٤) انظر:
Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 7.

(٢٥) قارن ذلك لدى:
Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 5

غير ان هذا القول لا يمكن التسليم به في ظل مبادئ الينيدروا التي تم إعدادها من قبل لجنة خبراء محايدة تمثل أجزاء العالم المختلفة[٢٦]، وشملت أيضاً مراقبين من الأنسيترال[٢٧] (لجنة الأمم المتحدة الخاصة بتوحيد قانون التجارة الدولية)، وقد سعت إلى تقنين المبادئ القانونية العامة[٢٨] وأفضل الحلول لعقود التجارة الدولية. ومن ناحية أخرى، فإن مبادئ الينيدروا نفسها تتضمن نصوصاً آمرة لا يمكن الاتفاق على خلافها[٢٩].

كذلك، فإنه لا يمكن التسليم بالقول بأن قانون التجار ليس قانوناً بالمعنى الدقيق بحجة أنه لم يصدر عن جهة تشريعية ذات سيادة[٣٠]؛ وذلك لأن هذا القانون إنما يستمد صفته الإلزامية من تقبل سلطات الدولة[٣١] والمجتمع التجاري الدولي له على أنه قانون ذاتي مستقل[٣٢].

---

(٢٦) قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة تجارة زيوريخ الصادر بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٥.
قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٥/٧١١٠.
وانظر أيضاً قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٨/٩١١٧ حيث جاء في ملخصه: "the UNIDROIT Principles ... are said to reflect a world-wide consensus in most of the basic matters of contract law".

(٢٧) انظر: Heutger, Ibid, p. 85.

(٢٨) انظر: Heutger, Ibid, p. 83.

(٢٩) ومن ذلك ما جاء في المادة (١-٧) بخصوص حسن النية، والمادة (٥-٧/٢) بخصوص إنقاص السعر غير المعقول، والمادة (٧-٤/١٣) بخصوص التعويض الاتفاقي.

(٣٠) مشار لذلك لدى:
Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 5

(٣١) انظر:
Petz, ibid, p. 70, "Staatliche Ligitimation bedeutet ..., dass nur Normen angewendet werden koenneen, die das staatlich gesetzte Recht zur Anwendung beruft".

(٣٢) هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٠٣.
Lando, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 134-135. Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 283.

المبحث الأول
تطبيق مبادئ الينيدروا بالاستناد إلى إرادة الأطراف

فكما أن للإرادة سلطانها في مجال القانون الخاص، كذلك فإن لها سلطاناً في مجال القانون الدولي الخاص، ودائماً بما لا يتعارض مع القواعد القانونية الآمرة. ففي القانون الخاص يجوز للأطراف – استناداً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين – اختيار العقد الذي يريدون إبرامه وتضمينه ما شاؤوا من البنود والشروط. ويجوز للأطراف كذلك – في القانون الدولي الخاص – اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم المتعلقة بالتجارة الدولية. وسيتم في المطلبين التاليين بيان إمكانية استفادة أطراف العقد التجاري الدولي من مبادئ الينيدروا، سواء بالاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو من خلال اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

المطلب الأول
تطبيق مبادئ الينيدروا استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين

وفقاً للقانون المدني المصري (المادة ١/١٩)[٣٣]، والتشريعات العربية الأخرى التي تأثرت به[٣٤]، تخضع العقود التجارية الدولية لقانون الإرادة، وإلا لقانون الموطن المشترك، وإلا لقانون محل الإبرام. ولكن لا شيء يمنع الأطراف، عند إبرام هذه العقود، أن يضعوا من بين شروطها نص أي مادة من المواد الواردة

(٣٣) حيث نصت على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

(٣٤) انظر مثلاً: المادة (١/٢٠) من القانون المدني الأردني، والمادة (١/٢٠) من القانون المدني السوري، والمادة (١/٥٩) من القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

في مبادئ اليونيدروا أو حتى نصوص كل المواد الواردة في هذه المبادئ[٣٥]. وأكثر من ذلك، حتى العقود التي تكون وطنية في كل عناصرها، أو تكون عقوداً غير تجارية[٣٦]، يجوز لأطرافها أن يضمنوها نصوص مبادئ اليونيدروا[٣٧].

ويلاحظ أن حرية أطراف العقد التجاري الدولي في تضمينه نصوص مبادئ اليونيدروا لا يحد منها سوى التزام مراعاة النصوص الآمرة في القانون الذي يحكم العقد[٣٨]. غير أن المطلع على نصوص مبادئ اليونيدروا يصعب عليه

(٣٥) انظر:
Spellenberg, Vorbemerkung zu Art. 11 Allgemeine Rechtsgeschaftslehre, Rn 26, in: Muenchener Kommentar Zum Buergerlichen Gesetzbuch, 4th ed., edited by: Rebmann, K. and others, Verlag C. H. Beck, Munich 2006.

(٣٦) انظر:
Garro, A. M., The Contribution of the Unidroit Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration, Tulane J. of Int'l & comp Law, Vol. 3 (1994), p. 98. Perales Viscacillas, p. 392. Petz, ibid, p. 66.

(٣٧) انظر:
Unidroit Principles, Preamble, Comment 3. Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1245. Ferrari, Defining the Sphere of Application of the 1994 "Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1236. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 54.

(٣٨) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠١، ص ٢٦٠. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التحارة الدولية (رسالة دكتوراه)، القاهرة ١٩٩٨، ص٤٧١.
Unidroit Principles, Preamble, Comment 4.a, & Article 1.4, Comment 2. Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1245. Ferrari, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1230, 1237. Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 275. Bonell, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG -- Alternative and Complementary Instruments?, published on the Internet at:, p. 7. Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 961. Hartkamp, A., The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, in: The Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/1995, p. 256. Arbitral Award of the Tribunale Padova - Sez. Este / Italy, dated 11.01.2005. Martiny, EGBGB Art. 27, Rn 33.

القول بإمكانية التصادم بينها وبين النصوص الآمرة في قانون العقد[٣٩]. كما أن المادة (١-٤) من مبادئ الينيدروا نفسها تنص صراحة على أنه: "لا شيء في هذه المبادئ يحد من تطبيق القواعد الآمرة الواجبة التطبيق بموجب قواعد القانون الدولي الخاص ذات العلاقة، سواء أكانت هذه القواعد الآمرة وطنية أم دولية أم فوق وطنية". وعليه، فإن النصوص التي تمنع – مثلاً – الاستيراد أو التصدير أو تقيده يمكن أن تطبق على العقد التجاري الدولي الذي يتضمن نصوص مبادئ الينيدروا بوصفها جزءاً من شروطه، سواء كانت هذه النصوص في قانون دولة القاضي أم في قانون دولة أخرى.

وبالنظر إلى نص المادة (١-٥) من مبادئ الينيدروا[٤٠] فإنه يجوز للأطراف تضمين العقد كل هذه المبادئ أو بعضاً من نصوصها فقط. ولعل ما يشجع الأطراف على تضمين عقودهم نصوصاً من مبادئ الينيدروا ما تتضمنه هذه النصوص من مصطلحات قانونية محايدة لا ترتبط بقانون وطني معين[٤١]، الأمر الذي يؤدي أيضاً إلى التوفير في جهود التفاوض على العقد ونفقاته[٤٢]. وحيث إن أطراف العقد التجاري الدولي عادة ما تكون أماكن عملهم في دول مختلفة، فإن استخدام المصطلحات الواردة في مبادئ الينيدروا في عقودهم يؤدي إلى حماية كل منهم من أي تفسير مفاجئ لشروط العقد على وفق قانون الطرف الآخر[٤٣].

---

(٣٩) انظر:
Bonell, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG -- Alternative and Complementary Instruments?, ibid, p. 7.

(٤٠) والتي جاء فيها: "ما لم يرد في المبادئ نص على خلاف ذلك، يجوز للأطراف استبعاد تطبيق هذه المبادئ أو مخالفة نص من نصوصها أو تعديل الأثر المترتب عليه".

(٤١) انظر:
Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1243. Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 9. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 177.

(٤٢) انظر: Petz, ibid, p. 89.

(٤٣) انظر:
Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1247, 1248. Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 10.

ومن ناحية أخرى، فإن مبادئ الينيدروا قد توجه انتباه الأطراف إلى ضرورة تنظيم مسألة معينة في عقدهم بطريقة أو بأخرى(٤٤). فالاطلاع مثلاً من قبل الأطراف على نصوص المواد (٦-٢-١-٦-٢-٣) من مبادئ الينيدروا الخاصة بالظروف الطارئة قد تذكرهم بضرورة الإشارة في عقودهم إلى الحوادث غير المتوقعة التي - إن حصلت - تؤثر على التزاماتهم. كما أن نصوص مبادئ الينيدروا قد توجه انتباه الأطراف إلى التأكد من أن العقد بينهم قد انعقد صحيحاً أم لا(٤٥).

وعلى الصعيد العملي فقد تبين من النزاع الذي ثار بين مواطن أمريكي وحكومة أوكرانيا أن الطرفين - بعد عرض النزاع على المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار (ICISD) - استمرا في مفاوضات أدت إلى الاتفاق على تسوية النزاع. وقد تضمن هذا الاتفاق بنوداً تعد، إلى حد كبير جداً، نقلاً حرفياً عن بعض نصوص مبادئ الينيدروا التي تعالج تفسير العقد وصحته وتنفيذه وعدم تنفيذه، وتحديداً عن نصوص المواد ١-٧، ٣-٣/١، ٤-١-٤-٥، ٥-٣، ٥-٤/١، ٦-٢-١-٦-٢-٣، ٧-١-١، ٧-١-٤، ٧-١-٥(١-٣)(٤٦).

---

(٤٤) انظر:
Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1247. Petz, ibid, p. 86. Bonell, the Unidroit Principles in Practice - the Experience of the First Two Years, ibid, p. 3. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, pp. 177-178. Van Houtte, H., The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, in: the Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/1995, p. 120.

(٤٥) انظر: Petz, ibid, p. 87. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 179.

(٤٦) قرار المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار رقم ARB (AF)/98/1 الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٢٠.

المطلب الثاني
تطبيق مبادئ الينيدروا باعتبارها القانون المختار

تبين أن حرية الأطراف في تضمين العقد نصوصاً من مبادئ الينيدروا يحد منها ضرورة التقيد بالنصوص الآمرة في قانون العقد. والسؤال الآن هو: هل يجوز للأطراف التحلل من هذا القيد عن طريق اختيار مبادئ الينيدروا لتكون هي القانون الذي يحكم العقد، سواء كان هذا الاختيار صريحاً أم ضمنياً؟

الفرع الأول
اختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا صراحة

تختلف هيئات التحكيم عن المحاكم الوطنية في الاعتراف للأطراف في هذا الاختيار. وهذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

البند الأول: مدى اعتراف هيئات التحكيم باختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا على أنها القانون المنطبق:

خلافا للمحاكم الوطنية لا تلتزم هيئات التحكيم – وفقاً للرأي الغالب – تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم(٤٧)، بل يتم تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف. وقد تبين أن ٩٠٪ من العقود التجارية الدولية يتفق فيها الأطراف على فض أي نزاع يثور بينهم حول العقد من خلال التحكيم(٤٨). وعادة ما يقوم الأطراف بتحديد القانون الوطني الذي على المحكم تطبيقه للفصل في النزاع(٤٩)، أو أنهم يخولونه الفصل بالنزاع صلحاً دون التقيد

(٤٧) انظر: سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٦٠٨، ٦٠٩.
Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 276. Petz, ibid, pp. 118, 131. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 218. Hartkamp, A., The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, ibid, p. 255.

(٤٨) انظر: Petz, ibid, p. 129.

(٤٩) وقد تبين أن نحو ٧٥٪ من العقود التجارية الدولية تتضمن بنداً على القانون المختار، انظر: Petz, ibid, p. 130

بتطبيق قواعد قانونية معينة[٥٠]. وعليه، فإن اختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا لتكون هي القانون الواجب التطبيق يأتي في منزلة وسطى بين الأمرين[٥١]، ويكون مقبولاً من باب أولى[٥٢]، خصوصاً أنه لا يشترط لتنفيذ قرار التحكيم لاحقاً أن يكون صادراً بالاستناد إلى قانون دولة ما[٥٣]. كما أن الرأي السائد لدى الفقه يجيز للأطراف اختيار قانون التجار للتطبيق على العقد[٥٤]. وعلى أي

(٥٠) سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٤٣٠. Spickhoff, EGBGB Art. 27, Rn 10 in: Beck'scher Oaline- Kommentar BGB, edited by: Bamberger, H. G / Roth, H. Verlag C.H. Beck, Munich 2006.

(٥١) انظر: Wichard, RabelsZ 60 (1996), pp. 277-278.

(٥٢) انظر:

Petz, ibid, p. 132. Van Houtte, The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, ibid, p. 118. Van Houtte, The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, ibid, p. 183. Wagner, J. D. & Moens, G. A., The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, in: International Trade and Business: Law, Policy and Ethics, (Editors: Moens, G. & Gillies, P.), Cavendish Publishing Pty Limited, Sydney. London, 1998, p. 83-84. Hartkamp, The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, ibid, p. 255. Spellenberg, Vorbemerkung zu Art. 11, Rn 28. Martiny, EGBGB Art. 27, Rn 33, 38, 39.

(٥٣) انظر: Spellenberg, Vorbemerkung zu Art. 11, Rn 28

(٥٤) انظر: Petz, ibid, p. 134، والمراجع المشار إليها لديه.

Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, pp. 5-7. Van Houtte, The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, ibid, p. 118. Van Houtte, The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, ibid, p. 183. Komarov, A. S., Remarks on the Applications of the Unidroit Principles for International Commercial Contracts and International Arbitration, in: the Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/ 1995, p. 161. Hartkamp, The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, ibid, p. 255. Bortolloti, Ibid, p. 61. Schilf, Ibid, pp. 301, 306.

ويخالف ذلك الأستاذ سلامة عرب (المرجع السابق، ص ٣٧٥، ٣٧٦)؛ حيث يرى أن هذه القواعد القانونية المختارة تعتبر جزءاً من العقد، وتكون في مرتبة أدنى من الشروط التعاقدية الواردة فيه. وفي هذا الاتجاه كذلك (Arbitral Award of the Tribunale Padova - Sez. Este / Italy, dated 11.01.2005) حيث جاء فيه: =

حال فليس ضرورياً أن يتم هذا الاختيار عند إبرام العقد، وإنما قد يقع في أثناء السير في إجراءات التحكيم(٥٥) شرط عدم الإضرار بحقوق الغير(٥٦).

والجدير بالذكر أن بعض الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم لا تشترط أن يكون القانون المختار قانون دولة معينة، بل يمكن أن يكون قواعد قانونية غير وطنية(٥٧)، مثل مبادئ الينيدروا(٥٨). ومن ذلك ما جاء في المادة (١/٤٢) من اتفاقية البنك الدولي للعام ١٩٦٥ بخصوص تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى(٥٩)، وما جاء في المادة (١/١٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٩٨(٦٠)، وما جاء في

A reference by the parties to non-State rules of supranational or transnational character such as the lex mercatoria, the UNIDROIT Principles or CISG in cases where the Convention as such is not applicable cannot be considered a veritable choice of law by the parties but amounts to an incorporation of such rules into the contract with the consequence that they will bind the parties only to the extent that they do not conflict with the mandatory rules of the applicable domestic law".

(٥٥) انظر: Nguyen, Ibid, p. 621. Bortolloti, Ibid, p. 58

وقد تبين من التطبيقات العملية أن الأطراف اتفقوا فعلاً خلال إجراءات التحكيم على اختيار المبادئ لتحكم العقد، انظر مثلاً: قرار غرفة التحكيم التجاري الدولي في ميلانو رقم أ-٥١/١٧٩٥، قرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي رقم ١٩٩٧/١١٦، قرار هيئة التحكيم الخاصة في باريس الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٤/٢١.

(٥٦) انظر: Petz, ibid, p. 131.

(٥٧) وهذا ما يعبر عنه بقواعد التجارة الدولية أو قواعد قانون التجار ((lex mercatoria، التي تشمل الأعراف والعادات الدولية، والاتفاقيات الدولية، ومجموعات القواعد الموحدة الصادرة عن المنظمات الدولية المتخصصة، والقوانين النموذجية، والعقود النموذجية، انظر: هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٩٥ وما يليها. Lando, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 133. Martiny, EGBGB Art. 27, Rn 35.

(٥٨) انظر: Jolivet, Ibid, p. 70

(٥٩) حيث جاء فيها: " يجب على هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف...".

"The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties.... ".

(٦٠) حيث جاء فيها: "يكون للأطراف حرية اختيار القواعد القانونية التي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع...".

=

المادة (١/٢٨) من قانون التحكيم النموذجي لعام ١٩٨٥[٦١]، وما جاء في المادة (١٤٩٦) من تقنين المرافعات الفرنسي (الجديد) عام ١٩٨١[٦٢]، وما جاء في المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤[٦٣]. والشيء نفسه يفهم من قراءة المادة (٥/٤٣) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠[٦٤].

وأكثر من ذلك، فإن بعض القوانين الوطنية نصت صراحة على إمكانية تطبيق المحكم لمبادئ الينيدروا. ومن ذلك ما جاء في المادة (٢٧) من قانون التحكيم البنمي لسنة ١٩٩٩ من أنه:

"عند تطبيق القانون المختص بحكم العلاقات التعاقدية تلتزم هيئة التحكيم باحترام الشروط الواردة في العقد، كما يجب عليها أن تأخذ بالاعتبار الأعراف والعادات التجارية ومبادئ الينيدروا حول عقود التجارة الدولية[٦٥]".

"The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute.... ".

(٦١) حيث جاء فيها: "يجب على هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف لتطبق على موضوع النزاع...".
"The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute....".

(٦٢) حيث جاء فيها: "يحسم المحكم النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف..."، نقلا عن: سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٣٧٣.

(٦٣) حيث جاء فيها: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان...".

(٦٤) حيث جاء فيها: "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على... إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع...". وكان الأولى بالمشرع أن ينص على ذلك في المادة (١/١٩) من القانون ذاته التي تمنح الأطراف صلاحية اختيار القانون الواجب التطبيق.

(٦٥) والتي جاء فيها:
the arbitral tribunal shall rely on the terms of the contract in applying the law governing contractual relations and shall take account of trade usages and practices and of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", cited in: Bonell, The Unidroit Principles and Transnational Law, ibid, p. 8

وعلى الصعيد العملي، فإن المحاكم الوطنية في العديد من الدول عادة ما تعترف بقرارات التحكيم وتمنحها الصيغة التنفيذية، حتى وإن لم تكن قد صدرت بالاستناد إلى قانون دولة معينة(٦٦). وتكتفي المحاكم في هذا المجال عادة بأن يكون الأطراف قد خولوا المحكم الفصل في النزاع وفقاً لقواعد قانونية غير وطنية(٦٧)، وفي أحيان أخرى تعترف بقرارات التحكيم الصادرة بموجب قانون التجار حتى وإن لم يكن الأطراف قد اتفقوا على تطبيقه(٦٨).

ولكل ما تقدم، فقد قامت هيئات التحكيم بالاعتراف فعلاً في اختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا لتكون القانون الواجب التطبيق على عقودهم(٦٩). غير

---

(٦٦) انظر:
Ferrari, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1231, fn 40. Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 981 Bonell, the Unidroit Principles and Transnational Law, ibid, p. 4. Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 13. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, pp. 201, 207. Komarov, Remarks on the Applications of the Unidroit Principles, ibid, p. 158.

هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢١٢-٢١٣، ٧٥٤. قرار محكمة البداية في ولاية كاليفورنيا الأمريكية رقم ٩٨-١١٦٥- ب الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٧.

(٦٧) انظر: سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٣٦٨.
Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 281. The Resolution on Transnational Rules adopted by the International Law Assossiation at its 65th Conference in 1992: "The fact that an international arbitrator has based an award on transnational rules (general principles of law, principles common to several jurisdictions, international law, usages of trade, etc.) rather than on one law of a particular State should not in itself affect the validity or enforceability of the award;
(1) where the parties have agreed that the arbitrator may apply transnational rules;...", cited in: Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 980. Bonell, the Unidroit Principles and Transnational Law, ibid, p. 3. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, pp. 201 - 202.

(٦٨) انظر: Lando, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 136.

(٦٩) انظر مثلا: قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٦/٨٣٣١، قرار غرفة التحكيم التجاري الدولي في ميلانو رقم أ-٥١/١٧٩٥، قرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي رقم ١٩٩٧/١١٦، قرار هيئة التحكيم الخاصة في باريس الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٤/٢١، قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة والصناعة في لوزان الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/١/٣١.

أن اختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا كي تكون القانون الواجب التطبيق لا يعفي المحكم من التزام مراعاة قواعد التطبيق المباشر(٧٠)، التي تكون واجبة التطبيق سواء كان القانون المعين قانوناً وطنياً أم قانون التجار. كما يلتزم المحكم مراعاة قواعد النظام العام في الدول التي يمكن أن ينفذ فيها قراره(٧١)، التي هي عادة الدول التي يكون لها صلة معقولة بالنزاع(٧٢).

والجدير بالذكر أن اختيار الأفراد لمبادئ الينيدروا، إلى جانب قانون وطني معين، لحكم العقد التجاري الدولي يجعل من المبادئ مجرد شروط في العقد، بحيث لا يجوز تطبيق نصوصها التي تتعارض مع القانون الوطني المعين(٧٣).

البند الثاني: مدى اعتراف المحاكم الوطنية باختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا على أنها القانون المنطبق:

تلتزم المحاكم في كل دولة تطبيق قواعد الإسناد في قوانينها الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ذي العنصر الأجنبي المنظور أمامها. ولا يكاد القانون الوطني في أي دولة يخلو من النص على تطبيق القانون المختار على عقود التجارة الدولية. ولكن التساؤل الذي يثور هو: ما إمكانية اختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا لتكون هي القانون الواجب التطبيق على العقد؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تعتمد على قاعدة الإسناد الوطنية، أهي تلزم الأطراف اختيار قانون دولة معينة أم أنها تسمح لهم، بشكل أو بآخر، اختيار قواعد قانونية غير وطنية؟ فالمحاكم في الدول الأوروبية التي التزمت اتفاقية

---

(٧٠) انظر:
Lando, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 131, 141. Bonell, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG -- Alternative and Complementary Instruments?, ibid, p. 7. Perales Viscacillas,, p. 425.

(٧١) انظر: Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 219.

(٧٢) انظر: Wichard, RabelsZ 60 (1996), pp. 278-279. Petz, ibid, p. 133.

(٧٣) انظر: Bortolloti, Ibid, pp. 58-59

روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لا تلتزم – وفقاً للرأي الغالب[٧٤] – تطبيق القانون المختار إلا إذا كان قانون دولة معينة[٧٥]. ولذلك، إذا كانت مبادئ الينيدروا هي القانون المختار من قبل الأطراف فلا تعترف المحاكم بها على أنها القانون الواجب التطبيق وإنما تقوم بتطبيقها على أنها جزء من بنود العقد[٧٦]؛ الأمر الذي يظل معه هذا العقد بحاجة إلى قانون يحكمه يتم تحديده بموجب قاعدة الإسناد المعنية[٧٧]. والسبب

(٧٤) انظر أنصار هذا الرأي لدى: Petz, ibid, pp. 123-125. Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 275.

انظر أيضاً: سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٤٦٨. Spellenberg, Vorbemerkung zu Art. 11, Rn 27, 28. Martiny, EGBGB Art, 27, Rn 27. Spickhoff, EGBGB Art. 27, Rn 6.

Bonell, the Unidroit Principles and Transnational Law, ibid, p. 2. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 188. Arbitral Award of the Tribunale Padova - Sez. Este / Italy, dated 11.01.2005.

(٧٥) فالمادة (٤/١) منها تنص صراحة على أنه: "إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقاً للمادة الثالثة، فإنه يسري على العقد قانون الدولة التي يكون للعقد أقوى صلة به...".

"To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected....".

(٧٦) انظر: Bortolloti, Ibid, p. 60

(٧٧) انظر:

Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 111. Lando, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 131, 141. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 188. Van Houtte, H., The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and International Commercial Arbitration: Their Reciprocal Relevance, in: the Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/1995, p. 183. Drobing, V., The Use of Unidroit Principles by National and Supranational Courts, in: The Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/1995, p. 225. Wagner & Moens, The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, ibid, p. 83. Martiny, EGBGB Art. 27, Rn 33.

في ذلك أن مبادئ الينيدروا تعد جزءاً من قانون التجار (lex mercatoria)[٧٨] الذي يتضمن القواعد المعمول بها في التجارة الدولية، ولم تكن اتفاقية تصادق عليها الدول ويمكن اعتبارها – بالنتيجة – جزءاً من قانونها الوطني.

غير أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تقتضي السماح لهم باختيار مبادئ الينيدروا. وحتى في الدول الأوروبية التي أخذت باتفاقية روما، فإن المادة (٣/١) من الاتفاقية تسمح بذلك؛ لأنها تتحدث صراحة عن "القانون الذي يختاره الأطراف"[٧٩] دون أن تربطه بدولة معينة – كما فعلت المادة (٤/١) من الاتفاقية ذاتها المذكورة أعلاه[٨٠].

أضف إلى ذلك أن العديد من الدول الأخرى – ومنها الدول العربية عموماً – لم تشترط قواعد الإسناد فيها أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي قانون دولة معينة، وإنما جاءت الصياغة عامة تسمح للأطراف باختيار القواعد القانونية التي يرغبون فيها[٨١].

---

(٧٨) انظر:
Lando, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 133. Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 960. Wagner & Moens, The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, ibid, p. 82.
قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٦/٨٢٦١، وقرارها رقم ٢٠٠٠/١٠٠٢٢، وقرارها رقم ٢٠٠٠/٩٧٩٧، والذي جاء في ملخصه: "تعتبر مبادئ الينيدروا حول عقود التجارة الدولية مصدراً معتمداً لقانون التجارة الدولية"، "the Unidroit Principles of International Commercial Contracts are a reliable source of international commercial law".

(٧٩) حيث جاء فيها: "A contract shall be governed by the law chosen by the parties...".

(٨٠) Petz, ibid, pp. 125-128، والمراجع المشار إليها لديه.
Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 282. Hartkamp, The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, ibid, p. 256.

(٨١) انظر: Petz, ibid, p. 121, 122، والمراجع المشار إليها لديه بصدد المادة (٣٥) من القانون الدولي الخاص النمساوي. أمين دواس، تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة، دار الشروق، عمان – الأردن، سنة ٢٠٠١، ص ١٤٢.

ولعل الحجج التي قيلت قديماً لتسويغ رفض المحاكم الاعتراف باختيار الأطراف لقانون التجار ليكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد لم تعد اليوم قائمة في ظل مبادئ الينيدروا على النحو الذي بيناه سابقاً(في التمهيد). وبالنتيجة، فإن مؤدى حرية أطراف العقد التجاري الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق أن تعترف المحاكم الوطنية باختيارهم مبادئ الينيدروا لتكون هي القانون المختص. ومن باب أولى، يجب أن يكون ذلك مقبولاً في الدول التي لا تنص تشريعاتها على ضرورة أن يكون القانون المختار قانون دولة معينة، بل جاءت بنصوص عامة تسمح للأطراف باختيار قواعد قانونية غير وطنية – كما هو الحال في التشريعات العربية. كما أن اعتراف المحاكم الوطنية وتنفيذها لقرارات التحكيم التي تصدر بالاستناد إلى قانون التجار يشجع هذه المحاكم على تطبيق قانون التجار من تلقاء نفسها عندما يكون الأطراف قد عينوه للتطبيق على العقد، خصوصاً أن هذه المحاكم تستطيع، ولو استثناءً، أن تفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة(٨٢). وبالفعل فقد صدرت بعض التطبيقات القضائية التي تؤكد، بصراحة، إمكانية اختيار مبادئ الينيدروا لتكون القانون الواجب التطبيق على النزاع المنظور أمام المحاكم الوطنية(٨٣). وفي قرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١/٢٥ بينت محكمة استئناف غرينوبل أنه ليس ضرورياً تحديد القانون الواجب التطبيق، وإنما قامت بتطبيق مبادئ الينيدروا على النزاع مباشرة باعتبارها قانوناً موحداً للتجارة الدولية(٨٤).

(٨٢) انظر: Schilf, Ibid, p. 335

(٨٣) انظر قرار المحكمة الاتحادية في سويسرا الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٠، وقرار المحكمة التجارية في سانت غالين في سويسرا الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١١/١٢. والواضح مما جاء في القرارين أنهما قد تأثرا بالرأي السائد في سويسرا بهذا الصدد.

(٨٤) مشار إلى ذلك لدى: Nguyen, Ibid, p. 624

الفرع الثاني
اختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا ضمنا

لقد تبين أن مبادئ الينيدروا ليست اتفاقية تصادق عليها الدول، وإنما هي جزء من قانون التجار. بل إن مبادئ الينيدروا تفضل القواعد التي كان قانون التجار يشملها قديماً، باعتبار أن هذه الأخيرة عرفية غير مكتوبة وغير محددة، في حين أن نصوص مبادئ الينيدروا مكتوبة وفي متناول يد كل المشتغلين بالتجارة الدولية(٨٥). وقد جاء في قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٥١٩٩/٧١١٠ ما يؤكد اعتبار مبادئ الينيدروا جزءاً أساسياً من قانون التجار يفضل أجزاءه الأخرى غير المدونة أو المحددة، وقد ورد فيه:

"تتمثل الأسباب، التي لأجلها تعتبر هذه الهيئة مبادئ الينيدروا جزءاً أساسياً من المبادئ والقواعد العامة الخاصة بالالتزامات التعاقدية الدولية والمتمتعة بإجماع دولي واسع، والتي تشكل القانون الملائم لحكم العقد، فيما يلي:

١ – تعتبر مبادئ الينيدروا إعادة صياغة للمبادئ القانونية الدولية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، تم وضعها من قبل مجموعة متميزة من الخبراء الدوليين الممثلين للأنظمة القانونية الأساسية في العالم، ومن دون أي تدخل من قبل الدول أو الحكومات، الأمر الذي أدى إلى الجودة العالية للمبادئ وحيادها وإلى كونها تعكس الإجماع الدولي الحالي على المبادئ والقواعد القانونية الناظمة للالتزامات التجارية الدولية في العالم، وذلك بالاستناد إلى عدالتها وملاءمتها للمعاملات التجارية الدولية التي تقع ضمن نطاقها.

---

(٨٥) انظر:

Unidroit Principles, Preamble, Comment 4.b. Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1246. Ferrari, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1230, 1231. Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 285. Gopalan, Journal of Law and Commerce, Vol. 23 (2004), p. 160. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 211.

٢ – وفي الوقت ذاته، فقد تأثرت مبادئ الينيدروا – إلى حد كبير– باتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ حول عقود البيع الدولي للبضائع التي تم تصديقها من قبل نحو أربعين دولة، والتي بدورها تمثل قانوناً موحداً يتمتع باعتراف دولي واسع ويعكس – بوجه عام – الأعراف والعادات التجارية الدولية في مجال البيوع الدولية.

٣ – تنظم مبادئ الينيدروا كلاً من عقود البيوع الدولية للبضائع والعقود الدولية لتزويد الخدمات، وهي من ثم تلائم العقود التي يجري التحكيم بخصوصها.

٤ – وضعت مبادئ الينيدروا (كما تقول ديباجتها) لتطبق على العقود الدولية في الحالة التي يتبين فيها – كما هو الحال في هذه القضية– أن الأطراف اتفقوا على سريان القواعد والمبادئ القانونية العامة على معاملتهم.

٥ – لم تتضمن مبادئ الينيدروا مبادئ غامضة وتوجيهات عامة، وإنما تضمنت في الغالب قواعد محددة تم وضعها بشكل منظم ومتجانس.

ورد فيه كذلك:

"وعليه فلا شيء يمنع الهيئة من الرجوع إلى مبادئ الينيدروا كجزء من القانون الواجب التطبيق على العقد حتى عند غياب اتفاق الأطراف الصريح أو الضمني، وذلك على الأقل استناداً للسببين التاليين:

أ – ... لقد تبين أن العقود يسري عليها المبادئ والقواعد القانونية الناظمة للالتزامات التعاقدية الدولية والمتمتعة بإجماع دولي واسع، الأمر الذي يعني عدم خضوعها لأي قانون دولي أو محلي. وبناء عليه، فلا يتصور في هذه القضية وجود أي تصادم بين قانون محلي ومبادئ الينيدروا.

ب – لا يستند تطبيق مبادئ الينيدروا إلى معاييرها الخاصة للتطبيق، وإنما إلى الصلاحيات التي تتمتع بها هذه الهيئة وفقاً للمادة (٣/١٣) من إجراءات تحكيم غرفة التجارة الدولية التي تخولها أن تحدد مباشرة القانون الذي تراه مناسباً أكثر من غيره لحكم النزاع. وفي هذه القضية، فإن المبادئ والقواعد القانونية الناظمة للالتزامات التعاقدية والمتمتعة بإجماع دولي واسع تتضمن

مبادئ الينيدروا باعتبارها تعيد صياغة مثل هذه المبادئ والقواعد القانونية العامة "[٨٦].

(٨٦) والذي جاء فيه:

The reasons why this tribunal considers the Unidroit Principles to be the central component of the general rules and principles regarding international contractual obligations and enjoying wide international consensus, which constitute the proper law of the Contracts, are manifold:

(1) the Unidroit Principles are a restatement of international legal principles applicable to international commercial contracts made by a distinguished group of international experts coming from all prevailing legal systems of the world, without the intervention of states or governments, both circumstances redounding to the high quality and neutrality of the product and its ability to reflect the present stage of consensus on international legal rules and principles governing international contractual obligations in the world, primary on the basis of their fairness and appropriateness for international commercial transactions falling within their purview;

(2) at the same rime, the Unidroit Principles are largely inspired (by) an international uniform law text already enjoying wide international recognition and generally considered as reflecting international trade usages and practices in the field of the international sales of goods, which has already been ratified by almost 40 countries, namely, the 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods;

(3) the Unidroit Principles are specially adapted to the Contracts being the subject of this arbitration, since they cover both the international sale of goods and supply of services;

(4) the Unidroit Principles (see their preamble) have been specifically conceived to apply to international contracts in instances in which, as it is the case in these proceedings, it has been found that the parties have agreed that their transactions shall be governed by general legal rules and principles; and

(5) rather than vague principles or general guidelines, the Unidroit Principles are mostly constituted by clearly enunciated and specific rules coherently organized in a systematic way".

It also says:

"on the basis of at least two grounds, this tribunal would not have been thereby prevented from referring to the Unidroit Principles as part of the law applicable to the Contracts in absence of an express or implicit choice of law stipulation:

(i)... The Contracts are governed, as a result of a preliminary finding, by general rules and principles regarding international contractual obligations enjoying wide international consensus, i.e. they are not governed by any discrete domestic or national law. In consequence, in the present case, no clash between any discrete =

وعليه، فإن اختيار الأطراف قانون التجار أو المبادئ العامة للقانون أو ما شابه ذلك[٨٧] ليحكم العقد يعني ضمناً اختيارهم لمبادئ الينيدروا[٨٨]، خصوصاً أن مثل هذا الاختيار يؤكد استعدادهم المبدئي لتطبيق قواعد قانونية غير وطنية[٨٩]. وقد سبق بيان المدى الذي تعترف فيه هيئات التحكيم والمحاكم

municipal law and the Unidroit Principle is possible; and
(ii) the application of the Unidroit Principles does not depend on their self-given criteria of application, but on the powers vested with this tribunal under art. 13(3) of ICC Arbitration Rules, which are not limited to the "voie indirecte" and authorize it to directly determine the applicable law it deems more appropriate to govern the merits, i.e., in this case the general legal rules and principles regarding international contractual obligations enjoying wide international consensus, including, without limitation, the Unidroit Principles as an adequate restatement and expression of such general legal rules and principles".

(٨٧) تنص الفقرة الثالثة من ديباجة المبادئ على ما يلي: "يجوز تطبيق هذه المبادئ عندما يتفق الأطراف على أن عقدهم يخضع للمبادئ العامة للقانون أو لقانون التجار أو ما شابه ذلك".

(٨٨) انظر:
Bridge, M. G., Uniformity and Diversity in the Law of International Sale, Pace International Law Review, (Spring 2003), p. 83. Komarov, Remarks on the Applications of the Unidroit Principles, ibid, p. 162. Perillo, Fordham L. Rev., Vol. 63 (1994), p. 283. Perales Viscasillas, M. del Pilar, Unidroit Principle of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 396 - 399.

قرار هيئة التحكيم الخاصة في بروكسل الصادر بتاريخ ١٩/٨/٢٠٠٥، قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة والصناعة في لوزان الصادر بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠١، قرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي رقم ١١/ ٢٠٠٢، قرار الهيئة (الهيئة رقم (F1 التابعة للجنة تعويضات الأمم المتحدة رقم (S/AC.26) الصادر بتاريخ ٢٣/٩/١٩٩٧، قرار هيئة تحكيم خاصة في نيويورك، قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٨٢٦٤/١٩٩٧، قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم FMS7365/1997، قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٩٤٧٤/١٩٩٩، قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٠١١٤/٢٠٠٠، قرار محكمة التحكيم في لندن الصادر سنة ١٩٩٥، قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة تجارة ستوكهولم رقم ١١٧/١٩٩٩ الصادر عام ٢٠٠١.

(٨٩) انظر: Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 104.

الوطنية بهذا الاختيار. ولا نقاش في أن قبول هيئات التحكيم والمحاكم الوطنية بذلك يجعل مهمتها في الفصل في النزاعات التجارية الدولية سهلة جداً من خلال تطبيق مبادئ الينيدروا.

وقد تقرر صراحة أن تطبيق هيئة التحكيم لمبادئ الينيدروا على الرغم من عدم اختيار الأطراف لها صراحة لا يعني تجاوز هيئة التحكيم للصلاحيات الممنوحة لها بموجب اتفاق التحكيم. ففي النزاع الذي ثار بين شركة أمريكية وسلاح الطيران الإيراني حول عقود تزويد معدات حربية ثقيلة كان الطرفان قد اتفقا أساساً في العقد على تطبيق القانون الإيراني، لكنهما اتفقا بعد النزاع على تكملة هذا القانون "بالمبادئ العامة للقانون الدولي والأعراف التجارية general principles of international law and trade usages". ولأن محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية التي نظرت النزاع استندت في قرارها رقم (٧٣٦٥) إلى بعض نصوص مبادئ الينيدروا؛ فقد طعنت الشركة الأمريكية أمام المحكمة الابتدائية في ولاية كاليفورنيا بأن هيئة التحكيم تجاوزت التفويض الممنوح لها من الأطراف مما يجعل قرارها مخالفاً لما جاء في المادة (٥/١-ج) من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها. غير أن المحكمة رفضت هذا الطعن معترفة ضمناً بأن مبادئ الينيدروا تشكل جزءاً من المبادئ العامة للقانون الدولي والأعراف التجارية التي اتفق الأطراف على تطبيقها. ومما جاء في هذا القرار:

"إن الرجوع إلى مبادئ الينيدروا لا يتجاوز حدود التفويض الممنوح للهيئة. إن من بين المسائل المعروضة على الهيئة تحديد ما إذا كانت المبادئ العامة للقانون الدولي تنطبق على هذا النزاع. فحقيقة أن كيوبك لا تتفق ورد الهيئة على المسألة التي أثارها الاطراف لا تعد مبرراً للقول بأن الهيئة تجاوزت حدود التفويض الممنوح لها.... إن رجوع الهيئة وتطبيقها لمبادئ الينيدروا ولمبدأ حسن النية والتعامل العادل لا يخل بأحكام المادة (٥/١-ج). لقد طبقت الهيئة

هذه المبادئ على نزاعات يشملها سند الإحالة إلى التحكيم، ومن ثم لا يخالف القرار أحكام المادة (٥/١-ج)"[٩٠].

غير أن نصوص مبادئ الينيدروا لم تكن كلها تكريساً للأعراف الموحدة، وإنما تم وضع بعضها فقط لأنها عادلة وأكثر ملاءمة لعقود التجارة الدولية. وعليه، فليست مبادئ الينيدروا انعكاساً كاملاً لقواعد قانون التجار أو للمبادئ العامة للقانون[٩١]، الأمر الذي جعل واضعو مبادئ الينيدروا أن ينصوا في الفقرة الثالثة من ديباجتها على إمكانية تطبيقها وليس على وجوب تطبيقها. ولذلك إذا ما اتفق الأطراف على تطبيق قانون التجار أو المبادئ العامة للقانون أو ما شابه ذلك فإنه يتوجب على هيئة التحكيم التأكد من مدى اعتبار النص

(٩٠) والذي جاء فيه:

"The reference to the UNIDROIT Principles does not exceed the scope of the Terms of Reference. One of the issues presented to the Tribunal was whether general principles of international law apply to this dispute. That Cubic disagrees with the Tribunal's response to the question posed by the Parties is not a reason to find that the Tribunal addressed issues beyond the scope of the Terms of Reference....

The Tribunal's reference to and application of the UNIDROIT Principles and principles such as good faith and fair dealing do not violate Article V(1)(c). The Tribunal applied these principles to differences contemplated by and falling within the terms of the submission to arbitration and therefore the Award does not violate Article V(1)(c)"

قرار محكمة البداية في ولاية كاليفورنيا الأمريكية رقم ٩٨-١١٦٥-ب الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٧.

(٩١) انظر:

Petz, ibid, p. 135. Bonell, the Unidroit Principles and Transnational Law, ibid, p. 5. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, pp. 211-212..

قرارات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٢٠٠١/١٠٤٢٢، ورقم ١٩٩٩/٩٤٧٩، ورقم ١٩٩٦/٧٣٧٥، ورقم ١٩٩٨/٩٠٢٩ الذي جاء فيه: "إن الرجوع إلى مبادئ (الينيدروا) ليس هو ببساطة الرجوع نفسه إلى العرف التجاري الدولي السائد"،

recourse to the {Unidroit} Principles is not purely and simply the same as recourse to an actually existing international commercial usage".

ذي العلاقة من نصوص مبادئ الينيدروا جزءاً من قانون التجار[٩٢]، وذلك حتى لا يكون قرارها معيباً بعيب تجاوز السلطة التي منحها لها الأطراف[٩٣]. ولذلك فإن قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٧/٧٣٦٥ – بعد أن وجد أن قانون التجار هو القانون الواجب التطبيق – أخذ بنص المادتين (٦–٢–٣، ٧–٣–٦) من مبادئ الينيدروا باعتبار أن الظروف الطارئة تنص عليها أيضاً قواعد قانون التجار، وأهمل الأخذ بنص المادة (٧–٤–٩) من مبادئ الينيدروا لعدم توافقها مع قواعد قانون التجار. كما أن قرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي رقم ٢٠٠٣/١٧٤، الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١١/١٢، لم يسلم بأن نصوص مبادئ الينيدروا الخاصة بالربح الفائت تعد عرفاً تجارياً دولياً.

غير أنه من المسلم به أن الحلول التي تتضمنها نصوص مبادئ الينيدروا توجب اعتبار هذه المبادئ جزءاً من قانون التجار، ما دام المجتمع التجاري الدولي قبل بها[٩٤]. وعلى الرغم من أن الاعتراف باختيار الأطراف لمبادئ الينيدروا ضمناً

---

(٩٢) قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٦/٧٣٧٥. ومما جاء فيه: "إن هذه المبادئ والقواعد القانونية العامة الناظمة للالتزامات التعاقدية الدولية، التي تعتبر بمثابة قواعد قانونية تتمتع بإجماع واعتراف واسعين من قبل المجتمع التجاري الدولي، تشمل بعض المبادئ التي تشكل جزءاً من قانون التجار، وتأخذ بالحسبان كل الأعراف التجارية ذات العلاقة، وكذلك مبادئ الينيدروا إلى الحد الذي تعكس معه القواعد والمبادئ المقبولة عموماً".

"those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a lex mercatoria, also taking into account any relevant trade usages as well as the UNIDROIT Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules"

(٩٣) انظر: Petz, ibid, p. 136.

(٩٤) انظر:

Petz, ibid, p. 135. Van Houtte, The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, ibid, p. 118. Van Houtte, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and International Commercial Arbitration, ibid, p. 184.

لتحكم العقد يتزايد يوماً بعد يوم[٩٥]، إلى حد صار البعض يعتبرها تمثل قانون التجار فعلاً[٩٦]، فالأولى أن يتفق الأطراف على اختيار هذه المبادئ صراحة في العقد، لأن هذا يقطع الشك باليقين في تطبيق نصوص مبادئ الينيدروا في مواجهة أية أعراف تجارية دولية مغايرة أو في مواجهة أية وثيقة أخرى يمكن أن تتضمن قواعد قانونية غير وطنية. ومن الجدير بالذكر أن العقد النموذجي لبيع البضائع التجاري الدولي، الذي أعده عام ١٩٩٩ المركز التجاري الدولي التابع لمنظمة التجارة العالمية، تضمن بنداً صريحاً على اعتبار مبادئ الينيدروا القانون الذي يحكم العقد، وقد ورد فيه: "إذا كانت أي مسألة غير محكومة بالنصوص السابقة، فإنه يسري على العقد ما يلي على الترتيب: اتفاقية الأمم المتحدة حول عقود البيع الدولي للبضائع، مبادئ الينيدروا،..."[٩٧]. وكذلك ورد نص مشابه في العقود النموذجية التي أعدتها غرفة التجارة الدولية[٩٨]، كما أن التطبيقات العملية أثبتت أيضاً أن العقود التجارية الدولية باتت تتضمن بنداً صريحاً على اختيار مبادئ الينيدروا[٩٩].

وتجدر الإشارة إلى أن الاختيار الضمني لمبادئ الينيدروا قد يتحقق عن طريق آخر لم تشر إليه الديباجة، وذلك باختيارهم التحكيم المؤسسي. فإذا ما اختار الأطراف مثلاً أن يتم الفصل بالنزاع عن طريق التحكيم وفقاً لقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٩٨، فإن ذلك يعني إمكانية تطبيق مبادئ

---

(٩٥) انظر:
Gopalan, Journal of Law and Commerce, Vol. 23 (2004), p. 162. Nguyen, Ibid, p. 628. Jolivet, Ibid, p. 72.

(٩٦) انظر: Schilf, Ibid, p. 332

(٩٧) والذي جاء فيه:
"In so far as any matters are not covered by the foregoing provisions, this contract is governed by the following, in descending order of precedence: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the UNIDROIT Principles...", cited in: Gopalan, Journal of Law and Commerce, Vol. 23 (2004), p. 161. Bortolloti, Ibid, p. 63.

(٩٨) انظر: Bortolloti, Ibid, pp. 61-63

(٩٩) انظر قرار هيئة التحكيم التجاري الدولي التابعة لغرفة التجارة الأوكرانية، الصادر بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠٠٤، والقرار الذي أصدرته هيئة وساطة صينية (Xiamen Intermediate People's Court) في العام ٢٠٠٦.

الينيدروا[١٠٠]. والسبب في ذلك أن المادة (١/١٧) من هذه القواعد تنص صراحة على ما يلي: "يكون للأطراف حرية اختيار القواعد القانونية التي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع. وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار يجب على هيئة التحكيم تطبيق القواعد القانونية التي تراها ملائمة"[١٠١].

ولذلك ظهرت تطبيقات عملية تؤكد إمكانية أن يقوم المحكم بتطبيق مبادئ الينيدروا من تلقاء نفسه، باعتبارها القانون المناسب للفصل بالنزاع، فجاء في قرار معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم، الصادر بتاريخ ٢٩/٣/ ٢٠٠٥، أن سعر الفائدة يجب أن يتحدد على أساس دولي، وليس على أساس من القانون الوطني، ولذلك قام بتطبيق المادة (٧-٤-٩) من مبادئ الينيدروا.

ويؤكد ذلك أن تعداد حالات تطبيق مبادئ الينيدروا الوارد في الديباجة لم يكن على سبيل الحصر[١٠٢]، وإنما على سبيل المثال؛ بحيث يسمح بتطبيقها في حالات أخرى لم يتم النص عليها نهائياً أو أنه لم يتم النص عليها صراحة، كما هو الحال بالنسبة لتطبيق مبادئ الينيدروا مثلاً على العقود الوطنية بكل عناصرها، أو تطبيقها في هذه الحالة محل الاهتمام بهذا الصدد.

---

(١٠٠) انظر: Petz, ibid, p. 146, 147.

(١٠١) انظر:

The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate".

ويقابلها نص المادة (١/٢٤) من قواعد تحكيم معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم.

(١٠٢) انظر:

Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1247. Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 960. Baron, Do the Unidroit Principles of International Commercial contracts form a new lex mercatoria, ibid, p. 8. Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 98, 114. Petz, ibid, p. 68. Bonell, the Unidroit Principles in Practice - the Experience of the First Two Years, ibid, p. 2. Drobnig, The Use of Unidroit Principles by National and Supranational Courts, ibid, p. 225.

المبحث الثاني
التطبيق الموضوعي لمبادئ الينيدروا

إضافة إلى إمكانية تطبيق مبادئ الينيدروا على عقود التجارة الدولية بالاستناد إلى إرادة الأطراف، فقد أشارت الديباجة إلى التطبيق الموضوعي للمبادئ عند عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، وعند تفسير الفجوات أو سدها في القانون الموحد، أو في القانون الوطني. وفيما يلي بيان إمكانية ذلك فعلاً.

المطلب الأول
تطبيق مبادئ الينيدروا عند عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق

لقد ورد النص على هذه الحالة من حالات تطبيق مبادئ الينيدروا في الفقرة الرابعة من ديباجة النسخة الجديدة من المبادئ (لعام ٢٠٠٤)، في حين أن الفقرة الرابعة من ديباجة النسخة الأولى من مبادئ الينيدروا (لعام ١٩٩٤) كانت تشير إلى إمكانية تطبيق مبادئ الينيدروا عند تعذر الوصول إلى مضمون القانون الواجب التطبيق.

الفرع الأول
تطبيق مبادئ الينيدروا عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم

لا شيء يمنع الأطراف من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي. غير أن هذا العقد قد يخلو أحياناً من أي بند بخصوص القانون الواجب التطبيق. وقد يكون السبب في عدم اختيار الأطراف لهذا القانون أنه لم يخطر لهم ببال، أو أنهم تفاوضوا على هذا القانون ولم يصلوا إلى اتفاق حوله، أو أنهم فضلوا إرجاء الاتفاق عليه لحين وقوع نزاع بينهم في أثناء تنفيذ العقد. وفيما يلي نبين موقف كل من المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم من هذه المسألة.

البند الأول: مدى تطبيق المحاكم الوطنية لمبادئ الينيدروا عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد:

تجب الإشارة بهذا الصدد إلى أن جانباً من الفقه رغب بتطبيق مبادئ الينيدروا على عقود التجارة الدولية عندما لا يتفق أطرافها على القانون الواجب التطبيق عليها(١٠٣)، وذلك قبل أن تصدر النسخة المعدلة لمبادئ الينيدروا في عام ٢٠٠٤. وعلى الرغم من أن الفقرة الرابعة من مبادئ الينيدروا تنص صراحة على هذه الحالة من حالات تطبيقها، فإنه يصعب التسليم بالكامل بإمكانية تطبيق مبادئ الينيدروا في هذه الحالة. والسبب في ذلك أن المشرع الوطني ينص صراحة في العادة على أنه – عند غياب القانون المختار – يجب تطبيق قواعد إسناد احتياطية أخرى(١٠٤). ففي العالم العربي مثلاً يلتزم القاضي في هذه الحالة عادة تطبيق قانون الموطن المشترك، وإلا قانون محل إبرام العقد(١٠٥)، ومن ثم لا مجال لتطبيق مبادئ الينيدروا.

---

(١٠٣) انظر مثلاً:
Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 119-120. Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 986.

(١٠٤) وقد أشارت الأعمال التحضيرية للنسخة الأولى من مبادئ الينيدروا إلى أنه تم رفض إمكانية تطبيق المبادئ عند عدم وجود قانون مختار بحجة أن هذه المبادئ، التي تعتمد في إلزاميتها على إرادة الأطراف، لا يمكنها أن تحل محل القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد، انظر: Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 120-121.

(١٠٥) انظر نص المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١/٢٠) من القانون المدني الأردني، والمادة (١/٢٠) من القانون المدني السوري، والمادة (١/٥٩) من القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. ولمزيد من التفصيل في هذا الموضوع، انظر: فؤاد عبد المنعم رياض / سامية راشد، تنازع القوانين في القانون المصري وفي التشريعات الحديثة، طبعة منقحة، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص٣٢٤ – ص٣٢٨. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن) الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ١٩٩٨، ص١٦٤ – ص١٧٣. حسن الهداوي، =

وأما في الدول الأوروبية فنجد أن اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية توجب على القاضي، في الدول التي التزمت الاتفاقية، أن يطبق قانون الدولة التي يكون للعقد رابطة قوية معها (المادة ٤)، وذلك عند غياب قانون الإرادة (المادة ٣). إن المادة (٤) من الاتفاقية ذاتها تقيم قرينة قانونية على أن الدولة التي يكون للعقد رابطة قوية معها هي تلك التي فيها للطرف (الطبيعي) الذي سينفذ الالتزام الأساسي محل إقامة معتادة، أو فيها مركز الإدارة الرئيس بالنسبة للشخص المعنوي.

ويتضح أن المقصود في هذه الرابطة القوية بين العقد والدولة هو الرابطة الإقليمية الجغرافية. وعليه، فإنه يظل محل نظر إذا ما كان القاضي في هذه الدول الأوروبية يمكنه أن يطبق مبادئ الينيدروا[١٠٦] سنداً لرابطتها الموضوعية القوية بالعقد، باعتبار أن نصوصها أكثر ملاءمة للعقود التجارية الدولية من نصوص أي قانون وطني.

غير أن المشرع قد يسمح أحياناً، ولو ضمنا، بتطبيق مبادئ الينيدروا عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم. فالاتفاقية الموقعة بين الدول الأمريكية عام ١٩٩٤ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية توجب – عند غياب القانون المختار – تطبيق قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد، وفي سبيل تحديد هذا القانون يلزم الأخذ بالاعتبار المبادئ العامة للقانون التجاري الدولي المعترف بها من قبل المنظمات الدولية "principles of international commercial law recognized by international

القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ١٩٩٧، ص١٥٠ – ص١٥٤.

(١٠٦) يرفض ذلك الأستاذ سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٤٦٩–٤٧١.
ويقبل ذلك، ولو نظرياً، هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٥٤–٧٥٥.

organisations" والتي تشمل بالضرورة – وفقاً للأعمال التحضيرية للاتفاقية – مبادئ الينيدروا[١٠٧].

البند الثاني: مدى تطبيق هيئات التحكيم لمبادئ الينيدروا عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على العقد:

لا يلتزم المحكم تطبيق قواعد إسناد الدولة التي يتم فيها التحكيم، بل له اليد الطولى في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يراه أكثر صلة ومناسبة للفصل بالنزاع. وعليه، وحيث لا يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فإنه يجوز للمحكم تطبيق مبادئ الينيدروا[١٠٨]، باعتبارها أكثر ملاءمة من أي تشريع وطني للعقود التجارية الدولية[١٠٩]، خصوصاً إذا ما كان المحكم مخولاً بالفصل بالنزاع صلحاً[١١٠]. وقد أظهرت التطبيقات العملية أن المحكم طبق فعلاً مبادئ الينيدروا

---

(١٠٧) انظر:

Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1250, 1251. Bridge, Pace International Law Review, (Spring 2003), pp. 84, 85. Bonell, the Unidroit Principles and Transnational Law, p. 2. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, pp. 189 - 192.

(١٠٨) هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٦٢، ٧٥٣.

Baptista, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1220, 1223. Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 118. Perales Viscasillas, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 420. Wagner & Moens, The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, ibid, p. 81.

قارن أيضا: سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٦٤٠–٦٤٢، ٦٧٩.

(١٠٩) غير أن المحكم، إذا ما كان ملزماً تعيين القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد التي يراها مناسبة سندا لنص في اتفاقية دولية، فليس له أن يطبق مبادئ الينيدروا عوضاً عن القانون الوطني الذي تحدده قاعدة الإسناد التي يراها مناسبة، انظر: قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٩٤١٩/١٩٩٨.

(١١٠) انظر:

Baptista, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1223. Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 115. Bridge, Pace International Law Review, (Spring 2003), p. 82. Komarov, Remarks on the Applications of the Unidroit Principles, ibid, p. 163.

في حالات كان مخولاً فيها بالفصل في النزاع صلحاً[١١١]. ولعل الأهم أن مثل هذه القرارات يتم تنفيذها من قبل المحاكم الوطنية دون أي مشكلة[١١٢].

ولعل السبب في ذلك أن اتفاق الأطراف على التحكيم دون تحديد القانون الواجب التطبيق يعد قبولاً ضمنياً منهم لأن يكون هذا القانون قانونا محايدا لا صلة له بأية دولة[١١٣]. وإذا قام المحكم، في مثل هذه الحالة، بتطبيق مبادئ الينيدرواى عد ذلك توسعة لمبدأ سلطان الإرادة إلى حد اعتبار المحكم وكيلاً عن الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق[١١٤]. وبالفعل فقد صدرت بعض قرارات التحكيم التي طبقت مبادئ الينيدروا على موضوع النزاع على الرغم من عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، حيث قررت هيئة التحكيم أن إغفال الأطراف للقانون المختص يعني ضرورة تطبيق المبادئ العامة للقانون كما تضمنها قانون التجار، مما يعني تطبيق مبادئ الينيدروا[١١٥].

---

(١١١) قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٦/٨٨٧٤، وقرار هيئة تحكيم خاصة في بوينيس أيريس صدر بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٠، قرار محكمة التحكيم في مدينة بنما الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٢/٢٤.

(١١٢) انظر:
Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 199. The Resolution on Transnational Rules adopted by the international Law Assossiation at its 65th Conference in 1992: "The fact that an international arbitrator has based an award on transnational rules (general principles of law, principles common to several jurisdictions, international law, usages of trade, etc.) rather than on one law of a particular State should not in itself affect the validity or enforceability of the award;
...
(2) where the parties have remained silent concerning the applicable law", cited in: Berger, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), p. 980. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, pp. 201 - 202.

(١١٣) قرارا محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٨/٧١١٠، ورقم ١٩٩٩/٩٤٧٩.
Petz, ibid, p. 141. Komarov, Remarks on the Applications of the Unidroit Principles, ibid, p. 163.

(١١٤) انظر: Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 120.

(١١٥) انظر قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٦/٧٣٧٥، حيث جاء فيه: "تطبق الهيئة المبادئ والقواعد القانونية العامة الناظمة للالتزامات التعاقدية =

غير أن المحكم لن يستطيع تطبيق نصوص مبادئ الينيدروا التي يكون الأطراف قد استبعدوها ضمناً عن طريق الاتفاق في العقد على ما يخالفها[١١٦].

أضف إلى ذلك أن بعض التشريعات الوطنية تنص صراحة على صلاحية المحكم لتطبيق القواعد القانونية التي يراها مناسبة، وذلك عندما لا يكون الأطراف قد اختاروا القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق. فالمادة (١٤٩٦) من تقنين المرافعات الفرنسي (الجديد) مثلاً تنص على ما يلي: "يحسم المحكم النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وفي حالة غياب اختيار الأطراف، طبقاً للقواعد القانونية التي تبدو له ملائمة"[١١٧]. وكذلك تنص المادة (١/١٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٩٨ على ما يلي: "يكون للأطراف حرية اختيار القواعد القانونية التي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع. وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار يجب على هيئة التحكيم تطبيق القواعد القانونية التي تراها ملائمة"، وتنص المادة (٣) من قواعد تحكيم غرفة التحكيم المحلي والدولي في ميلانو على أنه: "٢- يجب على هيئة التحكيم أن تقرر وفقاً للقواعد التي حددها

الدولية، والتي تعتبر بمثابة قواعد قانونية تتمتع بإجماع واعتراف واسعين من قبل المجتمع التجاري الدولي، والمتضمنة لبعض المبادئ التي تشكل جزءاً من قانون التجار"،

The Tribunal will apply those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a lex mercatoria".

وانظر أيضاً قرارات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٦/٨٢٦١، ورقم ١٩٩٧/٨٨١٧، ورقم ١٩٩٩/٩٤٧٩، وقراري محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي رقم ١٩٩٨/١٥٢ الصادر بتاريخ ١٦/ ١٩٩٩/٤، ورقم ١٩٩٧/٣٠٢ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٧/٢٧.

(١١٦) انظر:

Unidroit Principles, Art. 1-5, Comment 2. Perales Viscasillas, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 427.

(١١٧) نقلاً عن: سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٣٧٣ – ٣٧٤.

الأطراف في اتفاق التحكيم أو في أي وقت لاحق قبل تشكيل هيئة التحكيم. ٣- وفي حال غياب الاتفاق المذكور في الفقرة الثانية، يجب على هيئة التحكيم أن تختار القواعد التي يكون لموضوع النزاع أقوى صلة بها"[١١٨]. وأما المادة (١١/٥-٢) من قواعد إجراءات تحكيم مركز التحكيم الفلسطيني (مركز حل الخلافات التجارية) فجاء فيها ما يلي: " إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين، ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، تطبق هيئة التحكيم القواعد القانونية الأكثر ملائمة لموضوع النزاع ...". وفي هذا الاتجاه جاء أيضاً قانون التحكيم البرتغالي المعدل عام ١٩٨٦، والقانون التجاري المكسيكي، وقواعد تحكيم جمعية التحكيم الأمريكية[١١٩]. ولا نقاش في أن تعبير "القواعد القانونية" الوارد في هذه النصوص من السعة بمكان؛ بحيث يشمل القواعد القانونية في أي قانون وطني أو القواعد القانونية التي يحتويها قانون التجار[١٢٠]، بما في ذلك مبادئ الينيدروا.

الفرع الثاني
تطبيق مبادئ الينيدروا عند تعذر الوصول إلى مضمون القانون الواجب التطبيق

في العقود التجارية الدولية، يلتزم القاضي الوطني تطبيق القانون الذي تعينه له قاعدة الإسناد الوطنية. ولكن قد يدق الأمر عليه عندما يكون هذا

---

(١١٨) التي جاء فيها: "2. The Arbitral Tribunal shall decide in accordance with the rules chosen by the parties in the arbitration agreement or subsequently until the Arbitral Tribunal is constituted.
3. In the absence of an agreement pursuant to paragraph 2, the Arbitral Tribunal shall choose the rules with which the subject matter of the dispute has its closest connection."

(١١٩) انظر: Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 118-119.

(١٢٠) سلامة عرب، المرجع السابق، ص ٣٧٤.
Komarov, Remarks on the Applications of the Unidroit Principles for International Commercial Contracts and International Arbitration, ibid, p. 158.

القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً ويتعذر عليه الوصول إلى مضمونه، إما لأن ذلك مستحيلاً وإما لأن البحث عن مضمون هذا القانون يكلف كثيراً ويستغرق وقتاً طويلاً يتجاوز حدود الفصل في النزاع(١٢١). ولأن القاضي لا يمكنه أن ينفض يده من الفصل في النزاع في هذه الحالة حتى لا يكون منكراً للعدالة(١٢٢)، ولا يمكنه – على الأقل في النظام اللاتيني والنظام الجرماني(١٢٣) – أن يلزم الخصوم إثبات مضمون القانون الأجنبي المعين، فلا مجال أمامه سوى أن يطبق قانوناً آخر غير القانون المعين الذي تعذر عليه الوصول إلى مضمونه.

وقد اختلف الفقه حول القانون البديل الذي يطبقه القاضي في هذه الحالة. ولعل الرأي الغالب في هذا المجال هو الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي(١٢٤). وقد أخذت به أيضاً بعض التشريعات الوطنية صراحة(١٢٥).

---

(١٢١) انظر:
Unidroit Principles, Preamble, Comment 5. Parra-Aranguren, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), p. 1246. Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 114. Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 294. Perales Viscasillas, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 403.

(١٢٢) حسن الهداوي، المرجع السابق، ص٢١٥.

(١٢٣) وذلك خلافاً للنظام الأنجلوسكسوني حيث لا يلتزم القاضي إلا تطبيق مضمون القانون الأجنبي الذي يثبته الأطراف أمامه، انظر: فؤاد رياض/سامية راشد، المرجع السابق، ص٤٦ – ص٤٩. حسن الهداوي، المرجع السابق، ص٢٠٩ – ص٢١٢. ممدوح العرموش، المرجع السابق، ص٢١٨ – ص ٢٢١.

(١٢٤) للمزيد حول هذا الموضوع، انظر: أمين دواس، المرجع السابق، ص ٢١٨–٢٢٦. حسن الهداوي، المرجع السابق، ص٢١٤-ص٢١٥. ممدوح العرموش، المرجع السابق، ص٢٢٩.

(١٢٥) انظر المادة (١٤٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد التي تنص على ما يلي: "... إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقاً للقانون اللبناني". وتسير في هذا الاتجاه كذلك المادة (٣٢/٤) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، والمادة (٤/٢) من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٨، والمادة (١٦/٢) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧.

غير أن هذا الرأي الغالب يظل محل نظر، وبخاصة في الحالات التي يكون فيها الارتباط بين دولة القاضي وبين النزاع المنظور ضعيفاً. ولذلك فإن مبادئ الينيدروا تقدم في هذا المجال حلاً مناسباً، وبخاصة عندما لا يوجد نص يلزم القاضي تطبيق قانونه. فبدلاً من أن يقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني على النزاع عند تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي المعين، خاصة عندما يكون الارتباط بين دولة القاضي والنزاع ضعيفاً، يقوم القاضي بتطبيق مبادئ الينيدروا التي تعد حقيقة أفضل من القانون الوطني في أي دولة باعتبارها تتضمن نصوصا موحدة وأكثر ملاءمة لعقود التجارة الدولية(١٢٦). وكذلك فإن المحكم يلتزم، من باب أولى، تطبيق مبادئ الينيدروا عندما يتعذر عليه الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق(١٢٧).

ولا يقلل من صحة هذا الرأي أن ديباجة مبادئ الينيدروا، بصيغتها المعدلة، لم تعد تنص صراحة على هذه الحالة من حالات تطبيق مبادئ الينيدروا(١٢٨). إن نص الفقرة الرابعة الحالية من مبادئ الينيدروا من العموم بمكان، بحيث يشمل هذه الحالة؛ لأنه عندما يتعذر الوصول إلى القاعدة ذات العلاقة في القانون المعين، سواء كان قانوناً اختاره الأطراف أم كان واجب

(١٢٦) انظر أيضاً:

Wichard, RabelsZ 60 (1996), p. 296. Hartkamp, The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, ibid, p. 258. Wagner & Moens, The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, ibid, p. 83.

ويشكك في ذلك: Perales Viscasillas, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 403

(١٢٧) انظر:

Perillo, Fordham L. Rev., Vol. 63 (1994), p. 283. Perales Viscasillas, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 403. Wagner & Moens, The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, ibid, p. 81.

(١٢٨) في حين أن الفقرة الرابعة من ديباجة النسخة الأولى للمبادئ للعام ١٩٩٤ كانت تنص صراحة على ما يلي: "يجوز أن تضع هذه المبادئ حلاً لمسألة ما عندما يثبت عدم إمكان إيجاد القاعدة الموضوعية ذات العلاقة في القانون الواجب التطبيق".

التطبيق سنداً لقاعدة إسناد أخرى احتياطية، فكأن الأطراف حقيقة لم يحددوا القانون الواجب على القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع أن يطبقه. أضف لذلك أن حالات تطبيق مبادئ الينيدروا الواردة في الديباجة تم ذكرها على سبيل المثال فقط، مما يسمح بتطبيقها في حالات أخرى لم تشر إليها الديباجة.

المطلب الثاني
مدى تطبيق مبادئ الينيدروا
عند تفسير الفجوات أو سدها في القانون الموحد

بدأ الاهتمام بتوحيد القانون الخاص على المستوى الدولي منذ حوالي قرن. وقد تم بالفعل وضع العديد من وثائق القانون الموحد التي تنظم جوانب مختلفة من القانون الخاص، مثل اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن عقود بيع البضائع الدولية، واتفاقية أتوا لعام ١٩٨٨ بشأن عقد الإيجار التمويلي الدولي. غير أن التوحيد الحقيقي لن يتحقق بمجرد وضع نصوص هذا القانون الموحد، بل يجب لذلك أن يتم أيضاً تفسيرها بشكل موحد(١٢٩). وعليه، يجب دائماً عند تطبيق النصوص الموحدة مراعاة صفتها الدولية، وأن يتم تفسيرها تفسيراً ذاتياً وفقاً لمعناها في الاتفاقية وليس وفقاً لمعنى النصوص المقابلة لها في القانون الوطني(١٣٠).

ومن ناحية أخرى، ولأن الاتفاق بين الأنظمة القانونية المختلفة في العالم على نصوص موحدة ليس دائماً أمراً سهلاً، فلم يتم حتى الآن إلا توحيد بعض

(١٢٩) انظر:
Gebauer, M., Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation, Uniform Law Review (2000-4), also available on the internet:, p. 691. Amin Dawwas, Uniform Interpretation Under Article 7/1 of CISG, Dirasat (Shar'ia and Law Sciences), Vol. 25, No. 1, 1998, pp. 206 - 225, at 206.

(١٣٠) انظر:
Gebauer, Uniform Law Review (2000-4), ibid pp. 686, 687. Garro, Tulane L. Rev., Vol. 69 (1995), p. 1154.

جوانب القانون الخاص. فهذه اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ مثلاً لم تنظم من عقد البيع الدولي للبضائع إلا إبرامه وتنفيذه، وحتى انعقاد العقد لم تنظم منه سوى بعض جوانب ركن الرضا. ولذلك يثار السؤال الآتي: ما حكم الجوانب الأخرى التي لم يتم وضع حلول لها في الاتفاقية؟

وللإجابة عن هذا السؤال يتم عادة التمييز بين فجوات خارجية في الاتفاقية (externe Lacuna) وأخرى داخلية (interne Lacuna)؛ فأما الفجوات الخارجية فتشمل كل المسائل التي استبعدتها الاتفاقية من نطاق تطبيقها ولم تقم بتنظيمها نهائياً، ومثال ذلك فيما يتعلق باتفاقية فيينا مسألة صحة العقد والمقاصة، وهذه يتم الفصل فيها وفقاً للقانون الوطني الواجب التطبيق بموجب قواعد القانون الدولي الخاص.

وأما الفجوات الداخلية، وهي المسائل التي تم تنظيمها في الاتفاقية دون أن يتم التعرض لها بحكم مباشر وصريح(١٣١)، فيتم الفصل فيها أولاً على أساس من المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية. وإذا ما تعذر ذلك فقط فإنه يتم اللجوء إلى القانون الوطني الواجب التطبيق بموجب قواعد القانون الدولي الخاص.

وعليه، وسواء فيما يتعلق بالتفسير أو سد الفجوات، فقد تبنت الاتفاقية مبدأ التفسير التلقائي القائم على مراعاة الصفة الدولية لنصوص الاتفاقية وعدم جواز العودة للقانون الوطني، فيما يتعلق بسد الفجوات الداخلية، إلا عند الضرورة. وقد نصت على ذلك اتفاقية فيينا صراحة، حيث جاء في المادة (٧) منها: "١- يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية. ٢- المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم

(١٣١) ومثال ذلك سعر الفائدة، حيث نصت المادة (٧٩) من الاتفاقية على جواز المطالبة بفائدة دون أن تحدد سعرها، ولذلك ينبغي أن يتم الفصل في هذه المسألة وفقاً للمبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية، انظر:
Bridge, Pace International Law Review, (Spring 2003), pp. 81, 85. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 79.

تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص"[١٣٢].

ولأن التفسير الموحد وسد الفجوات الداخلية يتطلب من المحاكم وهيئات التحكيم جهداً كبيراً ودراسات قانونية مقارنة طويلة[١٣٣]، فقد جاءت مبادئ الينيدروا بنصوص جاهزة يمكن – جدلاً – أن تفيد في هذا المجال[١٣٤]. وبالفعل فقد نصت الديباجة صراحة على أن من مجالات تطبيق مبادئ الينيدروا ما يلي: "يجوز أن تستخدم هذه المبادئ لتفسير أو لإكمال القانون الموحد". وقد اختلف الفقه حول إمكانية تطبيق هذا النص بين قائل بجواز ذلك مطلقاً وقائل بضرورة ربط ذلك بشروط معينة. وقد وجدت بعض التطبيقات العملية التي تدعم الرأي الذي توسع بإمكانية تفسير القانون الموحد وسد فجواته الداخلية من خلال مبادئ الينيدروا[١٣٥]. ففي القضية رقم (٢٠٠٠) ٣٥٠NZCA قررت محكمة استئناف نيوزيلاندا بتاريخ

(١٣٢) وفي هذا الاتجاه جاء أيضاً نص المادة (٧) من اتفاقية التقادم لعام ١٩٧٤، والمادة (٦) من اتفاقية الوكالة في عقود التجارة الدولية لعام ١٩٨٣، والمادة (٦) من اتفاقية أتوا لعام ١٩٨٨ بشأن عقد الإيجار التمويلي الدولي، والمادة (٤) من اتفاقية أتوا لعام ١٩٨٨ بشأن عقد الاعتماد التجاري الدولي.

(١٣٣) انظر: Unidroit Principles, Preamble, Comment 6. Petz, ibid, p. 105.

(١٣٤) انظر:

Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, pp. 76, 77. Perales Viscasillas, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 400, 404, 411. Perillo, Fordham L. Rev., Vol. 63 (1994), p. 283. Wagner & Moens, The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, ibid, p. 81, 83. Hartkamp, The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, ibid, p. 258.

(١٣٥) انظر:

Petz, ibid, pp. 94, 95, 96. Garro, Tulane L. Rev., Vol. 69 (1995), p. 1156 ff. Zeigel, The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law, ibid, pp. 6, 8. Bonell, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG -- Alternative and Complementary Instruments?, ibid, pp. 5, 6. Borisova, B. Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement Article 75 of the CISG, 2004, available on the internet:

٢٠٠٠/١١/٢٧ تفسير نص المادة (٨) من اتفاقية فيينا على ضوء ما جاء في المواد ٤-١-٤-٣ من مبادئ الينيدروا بحجة أن هذه الأخيرة توسع المبادئ التي تتضمنها اتفاقية فيينا[١٣٦]. وقد قررت محكمة RB Zwolle في هولندا تفسير عبارة "أو كان من واجبه اكتشافه (أي العيب)" الواردة في المادة (١/٣٩) من اتفاقية فيينا سنداً للمفهوم الواسع لمبدأ حسن النية الذي تضمنته مبادئ الينيدروا[١٣٧]. وقررت محكمة Hof 'S-Hertogenbosch في هولندا بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/١٦ - بعد أن وجدت أن الاتفاقية لا تتضمن نصاً خاصاً يبين إذا ما كانت شروط البائع النموذجية قد صارت جزءاً من العقد أم لا - تفسير اتفاقية فيينا على ضوء نص المادة (٢-٢٠) من مبادئ الينيدروا، بحجة أن هذه المبادئ تنسجم ونص المادة (١/٧) من الاتفاقية القاضي بمراعاة الصفة الدولية للاتفاقية عند تفسيرها[١٣٨].

وفيما يتعلق بسد الفجوات فقد صدرت بعض القرارات التي بموجبها تم استخدام مبادئ الينيدروا في سد الفجوات الداخلية لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية، ومن ذلك قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٥/٨١٢٨، وقرارها رقم ١٩٩٦/٨٧٦٩ اللذان حددا سعر الفائدة وفقاً لمبادئ الينيدروا بحجة أن الاتفاقية لم تتضمن نصاً مباشراً بهذا الصدد، وقرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي رقم ١٩٩٦/٢٢٩ الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٦/٥، الذي أرجع التعويض الاتفاقي للحد المعقول سنداً للمادة (٧-٤-١٣(٢)) من مبادئ الينيدروا بعد أن وجد نقصاً في الاتفاقية بهذا الخصوص. وأما قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٨٨١٧/ ١٩٩٧ فقد أشار صراحة إلى أنه: "إن نصوص الاتفاقية ومبادئها العامة، التي

---

(١٣٦) والجدير بالذكر أن المحكمة لم تأخذ بالنهاية بهذا التفسير الموسع بسبب أن السوابق القضائية الإنجليزية توجب الأخذ بالتفسير الحرفي لبنود العقد.

(١٣٧) قرار رقم HA ZA 95-640 الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٣/٥.

(١٣٨) وانظر أيضاً قرار محكمة العدل الأوروبية رقم C-334/00 الصادر بتاريخ ٩/١٧/ ٢٠٠٢ الذي طبق المادة (٢-١٥/٢) من مبادئ الينيدروا لتفسير نص المادة (٣/٥) من اتفاقية بروكسل (بشأن الاختصاص القضائي) على أن تكون المسؤولية خلال مرحلة التفاوض على العقد مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية.

تتضمنها الآن مبادئ الينيدروا حول عقود التجارة الدولية، تناسب تماماً للفصل في النزاع" "the provisions of the Convention and its general principles, now contained in the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, are perfectly suited to resolving the dispute"، وبالمثل فقد أشار قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٨٨١٧/١٩٩٧ صراحة إلى أنه: "على الرغم من أن هذه الهيئة لم تقرر تطبيق مبادئ الينيدروا مباشرة، فإنه من المفيد أن تستند الهيئة إلى هذه المبادئ باعتبارها تعكس إجماعاً دولياً واسعاً بشأن معظم الموضوعات الأساسية لقانون العقد" "Although this Tribunal did not determine that the Unidroit Principles shall directly be applied, it is nevertheless informative to refer to them because they are said to reflect a world-wide consensus in most of the basic matters of contract law"(١٣٩).

وكذلك فقد نادى جانب من الفقه باستخدام مبادئ الينيدروا لتفسير القانون الموحد وسد فجواته الداخلية فقط عندما تكون نصوص مبادئ الينيدروا تعبيراً عن المبادئ التي يقوم عليها القانون الموحد محل الاهتمام(١٤٠). وقد وجدت

(١٣٩) والجدير بالذكر أيضاً أن قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٨٥٤٧/١٩٩٩ سمح للمتعاقد بالتوقف عن التنفيذ إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ التزامه سنداً للمادة (٧-١-٣) من مبادئ الينيدروا بحجة أن اتفاقيتي لاهاي لسنة ١٩٦٤، اللتين اختارهما الطرفان للتطبيق على العقد، ليس فيهما نص مباشر لحل هذه المسألة. ومما جاء في ملخص هذا القرار أنه: "... قررت هيئة التحكيم الرجوع إلى مبادئ الينيدروا التي اعتبرتها مصدراً مكملاً يمكن من خلاله سد الفجوات، ويتضمن حلولاً مناسبة"،
"the Arbitral Tribunal ... decided to turn to the UNIDROIT Principles which it considered to "provide useful complement to fill the lacuna and allow to find proper solutions".

(١٤٠) انظر:
Bonell, The Unidroit Principles and Transnational Law, ibid, p. 9. Bonell, An International Restatement of Contract Law, ibid, p. 78, "(t)he only condition which needs to be satisfied is to show that the relevant provisions of the UNIDROIT Principles are the expression of a general principle underlying CISG". =

بعض التطبيقات العملية التي تؤيد هذا الرأي. ومن ذلك قرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الاتحادية في فيينا رقم SCH-4318 الصادر بتاريخ ١٥/٦/١٩٩٤، الذي جاء فيه:

"بينما تنص المادة (٧٨) من اتفاقية فيينا على الفائدة، إلا أنها لم تحدد سعرها ... يوجد في الاتفاقية فجوة حقيقية وفقاً لنص المادة (٢/٧) منها، ومن ثم يمكن تحديد سعر الفائدة وفقاً للمبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية ... وهذا ... الرأي يجب الأخذ به لأنه يحول – على الأقل – دون الرجوع إلى قانون محلي معين الذي يؤدي الى نتائج لا تتفق والمبدأ المنصوص عليه في المادة (٧٨) من اتفاقية فيينا، وخاصة عندما يحرم هذا القانون الفائدة. يعتبر مبدأ "التعويض الكامل" للخسارة اللاحقة واحداً من المبادئ التي تقوم عليها اتفاقية فيينا (المادة (٧٤) من الاتفاقية). ومن ثم إذا أخفق المدين في الوفاء بالتزام نقدي فإن الدائن، الذي هو عادة تاجر يتوقع منه في هذه الحالة الاقتراض من البنك، يحق له المطالبة بفائدة بالسعر المتداول في دولته بخصوص العملة الواجب الدفع فيها، والتي هي عملة بلد الدائن أو أي عملة أجنبية أخرى متفق عليها بين الطرفين (المادة ٧–٤–٩ من مبادئ الينيدروا حول عقود التجارة الدولية التي أعدها معهد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص) ... وبحسب المعلومات التي تم الحصول عليها من البنك الاتحادي الألماني فإن متوسط سعر الإقراض بالنسبة للدولار الأمريكي في ألمانيا خلال الفترة محل الاهتمام هو ٦,٢٥٪. ويجب حساب الفائدة المطلوب من المدين دفعها وفقاً لهذا السعر"(١٤١).

وانظر أيضاً (Gebauer, Uniform Law Review (2000-4), ibid pp. 695, 701) الذي يشترط لاستخدام مبادئ الينيدروا في تفسير وسد فجوات القانون الموحد عدم معارضتها للمبادئ الداخلية للقانون الموحد. وكذلك (Bridge, Pace International Law Review, (Spring 2003), p. 81) الذي يشترط لاستخدام مبادئ الينيدروا في تفسير وسد فجوات اتفاقية فيينا عدم معارضتها لنصوص الاتفاقية.

(١٤١) والذي جاء فيه:

Article 78 of the CISG, while granting the right to interest, is silent on the question of the applicable rate. ... there is a true gap in the Convention within =

وكذلك فإن قرار محكمة التحكيم ذاتها رقم SCH-4366 الصادر في التاريخ نفسه قد أكد تطبيق المادة (٧-٤-٩) من مبادئ الينيدروا لسد الفجوة القائمة في نص المادة (٧٨) من اتفاقية فيينا بخصوص سعر الفائدة بحجة أن نص المادة (٧-٤-٩) يعد انعكاساً لمبدأ التعويض الكامل الذي هو مبدأ عام تقوم عليه اتفاقية فيينا، وبخاصة المادة (٧٤) منها. ومما جاء في ملخص هذا القرار:

"قررت هيئة التحكيم أن الفائدة تعد مسألة نظمتها اتفاقية فيينا دون أن تضع لها حلاً صريحاً. وعليه يجب حل مسألة الفائدة وفقاً للمبادئ العامة التي تقوم عليها اتفاقية فيينا (المادة ٢/٧ من الاتفاقية). وبالإشارة إلى المادتين (٧٤، ٧٨) من اتفاقية فيينا وجد المحكم أن التعويض الكامل يعد واحداً من المبادئ التي تقوم عليها اتفاقية فيينا. وفيما يتعلق بعلاقات التجار بعضهم ببعض فإنه من المتوقع أن يقوم الدائن، عند التأخير في الدفع، بالاقتراض من البنك بالسعر المتداول في دولته بالنسبة للعملة الواجب الدفع فيها. وهذه العملة

---

the meaning of Article 7(2) so that the applicable interest rate should possibly be determined autonomously in conformity with the general principles underlying the Convention .... This ... view is to be preferred, not least because the immediate recourse to a particular domestic law may lead to results which are incompatible with the principle embodied in Art. 78 of the CISG, at least in the cases where the law in question expressly prohibits the payment of interest. One of the general principles underlying the CSG is that of 'full compensation' of the loss caused (cf. Art. 74 of the CISG). It follows that, in the event of failure by the debtor to pay a monetary debt, the creditor, who as a business person must be expected to resort to bank credit as result of the delay in payment, should therefore be entitled to interest at the rate commonly practiced in its country with respect to the currency of payment, i.e. the currency of the creditor's country or any other foreign currency agreed upon by the parties (cf. Art. 7.4.9 of the Principles of International Commercial contracts prepared by the International Institute of the Unification of Private Law (UNIDROIT), ... The information received from the Deutsche Bundesbank is that the average 'prime borrowing rate' for US dollars in Germany in the period in question was 6.25 %. The interest due from the respondent should be calculated at that rate"

إما أن تكون عملة دولة البائع أو أي عملة أجنبية أخرى متفق عليها بين الطرفين. لاحظت هيئة التحكيم أن هذا الحل منصوص عليه في المادة (٧-٤-٩) من مبادئ الينيدروا حول عقود التجارة الدولية. ولذلك كان سعر الفائدة الذي تم الحكم به هو معدل الفائدة الدارج في دولة البائع (النمسا) بخصوص العملات الواجب الدفع فيها (الدولار الأمريكي والمارك الألماني)"[١٤٢].

ولا نقاش في أن العودة لمبادئ الينيدروا عند تفسير أو سد الفجوات الداخلية في الاتفاقيات الدولية أفضل بكثير من اللجوء للقانون الوطني[١٤٣]. فمبادئ الينيدروا، على أي حال، هي أيضاً وثيقة دولية تم عند وضعها مراعاة مصالح التجارة الدولية، وذلك خلافاً لكل القوانين الوطنية التي يراعي المشرع عند وضعها المصالح الداخلية بالدرجة الأساسية[١٤٤]. ولأن مبادئ الينيدروا تتضمن أيضاً نصوصاً تفصيلية أكثر مما تتضمنه الاتفاقيات الدولية، فإنه يمكن نظرياً استخدامها بصدد تفسير هذه الاتفاقيات وسد فجواتها الداخلية[١٤٥].

غير أن المتمعن في نصوص اتفاقية فيينا، والاتفاقيات الدولية الأخرى التي سارت على نهجها، يصعب عليه التسليم بذلك. فالمادة (٧) من اتفاقية فيينا

---

(١٤٢) والذي جاء فيه:

The Arbitral Tribunal held that the interest rate is a matter governed but not expressly settled by CISG. Therefore, it must be settled in conformity with the general principles on which the CISG is based (Art. 7(2) CISG). Referring to Arts. 78 and 74 CISG, the arbitrator found that full compensation is one of the general principles underlying the CISG. In relations between merchants, it is expected that the seller, due to the delayed payment, resort to bank credit at the interest rate commonly practiced in its own country with respect to the currency of payment. Such currency may be either the currency of the seller's country, or any other foreign currency agreed upon by the parties. The Arbitral Tribunal observed that this solution is stated also in Art. 7.4.9 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The interest rate awarded was therefore the average prime rate in the seller's country (Austria), with respect to the currencies of payment (US dollars and German marks)".

(١٤٣) انظر: Gebauer, Uniform Law Review (2000-4), ibid p. 694.

(١٤٤) انظر: Garro, Tulane L. Rev., Vol. 69 (1995),p. 1153, 1159

(١٤٥) ويؤيد ذلك: Nguyen, Ibid, pp. 626, 627

للعلم ١٩٨٠ نصت على حل يجب اتباعه عند تفسير نصوص هذه الاتفاقية أو سد فجواتها. ولم يشر هذا النص إلى مبادئ الينيدروا نهائياً، وحتى لم تكن هذه المبادئ (التي بدأ العمل على إعدادها عام ١٩٨٠ وصدرت عام ١٩٩٤، ثم صدرت نسخة منقحة ومزيدة منها عام ٢٠٠٤) على بال واضعي الاتفاقية[١٤٦]. ولذلك كان نص المادة (٧)، والنصوص المقابلة له في الاتفاقيات الدولية الأخرى، صريحاً في ضرورة اللجوء إلى المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية نفسها (أي المبادئ الداخلية[١٤٧] internal principles) عند سد الفجوات الداخلية (وليس إلى مبادئ الينيدروا أو أي مبادئ خارجية[١٤٨] external principles)، وإذا تعذر ذلك يتم اللجوء للقانون الوطني الواجب التطبيق كملاذ أخير ultima ratio[١٤٩]. وفيما يتعلق بالفجوات الخارجية في الاتفاقية فلا يجوز، من باب أولى، استخدام مبادئ الينيدروا لسدها – كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه[١٥٠] – بل يتم اللجوء بخصوصها مباشرة إلى القانون الوطني الواجب التطبيق[١٥١].

---

(١٤٦) قارن: Bridge, Pace International Law Review, (Spring 2003), p. 82

(١٤٧) انظر: Gebauer, Uniform Law Review (2000-4), ibid p. 694.

(١٤٨) انظر:

Gebauer, Uniform Law Review (2000-4), ibid p. 694. Drobnig, The Use of Unidroit Principles by National and Supranational Courts, ibid, p. 228.

(١٤٩) Id.

(١٥٠) انظر:

Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 105. Wagner & Moens, The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, ibid, p. 88. Garro, Tulane L. Rev., Vol. 69 (1995), p. 1158-1159, 1176. Bonell, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG -- Alternative and Complementary Instruments?, ibid, p. 7. Perales Viscasillas, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 417 - 419.

(١٥١) وقد وجدت محكمة Hof 'S-Hertogenbosch الهولندية في قرارها الصادر بتاريخ ١٦/١٠/٢٠٠٢ أن الاتفاقية لم تنظم المقاصة، ولذلك قامت بالفصل فيها على أساس من المادة (١٢٩١) من القانون المدني الفرنسي الواجب التطبيق.

وكذلك فيما يتعلق بتفسير النصوص الموحدة، فإنه يجب أن يتم ذلك ذاتياً: فأي نص في اتفاقية فيينا يجب تفسيره وفقاً للأعمال التحضيرية وباعتباره جزءاً لا يتجزأ من الاتفاقية ككل(١٥٢). فكما لا يجوز تفسير نصوص الاتفاقية وفقاً للقانون الوطني، فكذلك لا يجوز تفسيره وفقاً لمبادئ الينيدروا. فمبادئ الينيدروا، وإن كانت وثيقة دولية، فإنها ليست اتفاقية دولية. والفرق بين نصوص مبادئ الينيدروا ونصوص الاتفاقية الدولية شاسع: ففي حين لم تكن نصوص مبادئ الينيدروا كلها موحدة بل إن بعضها تم الأخذ به فقط باعتباره حلاً جيداً، نجد أن نصوص الاتفاقية الدولية هي نصوص تصالحية تم إقرارها بعد مناقشات مستفيضة بين ممثلي الأنظمة القانونية المختلفة في العالم(١٥٣). ولذلك كله يصعب التسليم باستخدام مبادئ الينيدروا عند تفسير أو سد الفجوات في القانون الموحد، ولا يكون مقبولاً التزام المحكمة أو المحكم تطبيق ما جاء في ديباجة مبادئ الينيدروا عند تطبيقه لاتفاقية دولية(١٥٤).

ومع ذلك فإنه لا يوجد ما يحول دون اللجوء لنصوص مبادئ الينيدروا لتأكيد حل من الحلول التي تتبناها اتفاقية فيينا، أو لتأكيد المبادئ العامة التي يتم استنباطها من الاتفاقية فعلاً. ففي قرارها رقم ٩١١٧ لسنة ١٩٩٨ وجدت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أن ما جاء في المادتين (٢-١٧، ٢-١٨) من مبادئ الينيدروا يؤكد القاعدة المنصوص عليها في المادة (٢/٢٩) من الاتفاقية التي تحول دون الاستناد إلى أي شرط شفوي أو حتى شرط

(١٥٢) للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، انظر:
Amin Dawwas, Uniform Interpretation Under Article 7/1 of CISG, Dirasat (Shar'ia and Law Sciences), Vol. 25, No. 1, 1998, pp. 206 - 225.

(١٥٣) انظر:
Petz, ibid, p. 92. Zeigel, The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law, ibid, pp.1, 6. Bonell, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG -- Alternative and Complementary Instruments?, ibid, p. 2. Garro, Tulane L. Rev., Vol. 69 (1995), p. 1160.

(١٥٤) انظر:
Amin Dawwas, Die Gueltigkeit des Vertrages und das UN-Kaufrecht, Shaker Verlag, Aachen 1998, pp. 34-35.

مكتوب لا يشمله السند الذي بموجبه تم تعديل العقد أو إكماله. وفي قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٦/١٠/٢٣ وجدت محكمة استئناف غرينوبل في فرنسا أن المادة (١/٥٧-أ) من اتفاقية فيينا التي تنص على ضرورة دفع الثمن في مكان عمل البائع توحي أيضاً بضرورة رد ما دفع زائداً عن الثمن في مكان عمل المشتري، ومن ثم استخلصت مبدأً عاماً من هذا النص يقضي بأن الوفاء بالالتزام النقدي يتم في مكان عمل الدائن، كما أشارت المحكمة إلى المادة (٦-١-٦) من مبادئ الينيدروا لتأكيد هذا المبدأ. وكذلك قررت محكمة (Tribunale Sez.Este – Padova)، بتاريخ ٢٠٠٦/١/١٠، أن المادة (٦-١-٦/١) من مبادئ الينيدروا تؤكد ما جاء في المادة (٣١/أ) من اتفاقية فيينا من أن مكان التسليم، في العقد الذي يتضمن نقل البضائع، هو المكان الذي قام فيه البائع بتسليم البضاعة للناقل الأول ليقوم بنقلها إلى المشتري.

وخلاصة القول إن تفسير القانون الموحد وسد فجواته يجب أن يكون ذاتياً. ولا يجوز اللجوء إلى مبادئ الينيدروا إلا لتأكيد معنى نص من نصوص القانون الموحد أو وجود مبدأ داخلي محدد في هذا القانون. وأما استخدام نص من نصوص مبادئ الينيدروا (التفصيلية) لتحديد مضمون مبدأ عام من المبادئ التي يقوم عليها القانون الموحد عند سد فجواته الداخلية فهو أمر غير جائز، ولو تم بحجة أن مثل ذلك النص يشكل تعبيراً عن هذا المبدأ. والسبب في ذلك أن مثل هذه الخطوة تؤدي – من ناحية – إلى توسعة المبادئ التي يقوم عليها القانون الموحد دونما مبرر. ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن الجزم بأن ما جاء في نص من نصوص مبادئ الينيدروا (التفصيلية) يعد بالضرورة داخلاً ضمن نطاق المبدأ الذي يقوم عليه القانون الموحد. فالتعويض الكامل مثلاً – وإن كان من المبادئ العامة لاتفاقية فيينا – لا يعني بالضرورة دفع فائدة تأخيرية تقدر بمتوسط سعر الإقراض البنكي قصير المدى بالنسبة لعملة الدفع في بلد الدفع – كما نصت على ذلك المادة (٧-٤-٩) من مبادئ الينيدروا، وكما ذهب إلى ذلك قرارا محكمة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الاتحادية في فيينا، المذكوران سابقاً.

المطلب الثالث
مدى تطبيق مبادئ اليونيدروا
عند تفسير القانون الوطني أو سد الفجوات فيه

بادئ ذي بدء، تجدر الملاحظة أن جانباً من الفقه رغب في تطبيق مبادئ اليونيدروا على عقود التجارة الدولية عندما يتبين للقاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع وجود نقص[١٥٥] أو غموض في القانون الواجب التطبيق[١٥٦]، وذلك قبل أن تصدر النسخة المعدلة لمبادئ اليونيدروا في عام ٢٠٠٤[١٥٧]. وكذلك فقد صدرت عدة تطبيقات تم فيها استخدام بعض نصوص مبادئ اليونيدروا لتأكيد الحلول الموجودة في القانون الوطني المعين.

الفرع الأول
اجتهادات المحاكم

لقد أشارت قرارات عدة للمحاكم الأسترالية إلى المادة (١-٧) من مبادئ اليونيدروا لتأكيد ضرورة مراعاة حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد[١٥٨]، كما أخذت المحكمة العليا في هولندا بموقف المدعي العام الذي

---

(١٥٥) انظر: Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 122-123.

(١٥٦) انظر:
Wichard, RabelsZ 60 (1996), pp. 299-301. Bonell, The Unidroit Principles and Transnational Law, ibid, p. 10, and references cited. Hartkamp, The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, ibid, p. 258-259.

(١٥٧) وقد نصت الفقرة السادسة من ديباجة هذه المبادئ صراحة على ذلك حيث جاء فيها أنه: "يجوز أن تستخدم هذه المبادئ لتفسير أو لإكمال القانون الوطني".

(١٥٨) انظر: قرار المحكمة العليا الأسترالية رقم ٥٥٨ الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٦/٣٠، وقرار المحكمة العليا في ويلز الجنوبية الجديدة رقم NSWSC 483 الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٦، وقرارها رقم ٩٩٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١٠/١.

استند فيه إلى المادة (٢-١٣) من مبادئ الينيدروا لتأكيد أن الأطراف أرادوا التزام الشروط المكتوبة فقط[١٥٩].

وأكثر من ذلك، فقد استعانت المحكمة الاتحادية الأسترالية بنصوص المواد (١-٧، ٢-١٨، ٦-٤) من مبادئ الينيدروا لتأكيد الحلول الموجودة في القانون الأسترالي بالنسبة إلى نزاع ليس فيه أي عنصر أجنبي[١٦٠].

الفرع الثاني
قرارات التحكيم

كذلك فقد صدرت عدة قرارات تحكيم تم فيها استخدام بعض نصوص مبادئ الينيدروا لتأكيد الحلول الموجودة في القانون الوطني المعين، ومن ذلك مثلاً ما جاء في قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٨٤٨٦/ ١٩٩٦ حيث تمت الإشارة فيه إلى المادة (٦-٢-١) من مبادئ الينيدروا لتأكيد التفسير الضيق لنص المادة (٦: ٢٥٨) من القانون المدني الهولندي الواجب التطبيق والذي بموجبه لا يعتد بالظروف الطارئة التي تؤدي فقط إلى جعل تنفيذ الالتزام صعباً، وما جاء في قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٨٢٤٠/١٩٩٥ حيث تمت الإشارة فيه إلى المادة (٦-١-٩ (٣)) من مبادئ الينيدروا لتأكيد موقف القانون السويسري الواجب التطبيق من عدم الاعتداد بتغير سعر العملة، وما جاء في قرار آخر لمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية حيث تمت الإشارة فيه إلى المادة (٥-٧) من مبادئ الينيدروا لتأكيد حكم القانون البرازيلي الواجب التطبيق القاضي بصحة عقد البيع الذي يكون السعر فيه قابلاً للتحديد[١٦١]. والجدير بالذكر أن قرار محكمة تحكيم

---

(١٥٩) قرار رقم R99/120HR الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٢/٢.

(١٦٠) قرار رقم NG733/1997 الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٢/١٢. ويؤيد هذا النظر: Heutger, Ibid, p. 86

(١٦١) قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٧٨١٩/١٩٩٩.

كما أن قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٨٥٤٠/١٩٩٦ أشار =

برلين رقم ٩٠/١٢٦ SG قد أشار إلى المادة (٦-٢-١) من مبادئ الينيدروا قبل الانتهاء من إعدادها وإصدارها في عام ١٩٩٤.

وأكثر من ذلك فقد أشار قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ١٩٩٦/٥٨٣٥ إلى نصوص من مبادئ الينيدروا لتأكيد الحلول الموجودة

إلى المواد (١-١، ١-٣، ١-٧، ٢-١٥) من مبادئ الينيدروا لتأكيد ضرورة مراعاة حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد وفقاً لقانون مدينة نيويورك الواجب التطبيق على النزاع. وفي قرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي رقم ٢٠٠١/٢١٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١١/٦ تم استخدام مبادئ الينيدروا لتأكيد ما جاء في المادة (٤٣١) من القانون المدني للاتحاد الروسي. وفي قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٥٨٣٥ الصادر سنة ١٩٩٦ تم استخدام مبادئ الينيدروا لتأكيد موقف القانون البولوني الذي اختاره الطرفان ليكون واجب التطبيق على العقد، وفي قرارها رقم ٨٢٢٣ الصادر سنة ١٩٩٨ تم استخدام مبادئ الينيدروا لتأكيد موقف القانون الفرنسي الواجب التطبيق على العقد، وفي قرارها رقم ٩٥٩٤ الصادر سنة ١٩٩٩ تم استخدام مبادئ الينيدروا لتأكيد موقف القانون الإنجليزي الذي اختاره الطرفان ليكون واجب التطبيق على العقد، وفي قرارها رقم ٩٧٥٣ الصادر سنة ١٩٩٩ تم استخدام مبادئ الينيدروا لتأكيد ما جاء في نصوص القانون التشيكي الواجب التطبيق على العقد، وفي قرارها رقم ١٠٣٣٥ الصادر سنة ٢٠٠٠ تم استخدام مبادئ الينيدروا لتأكيد ما جاء في نصوص القانون اليوناني الذي اختاره الطرفان ليكون واجب التطبيق على العقد، وفي قرارها رقم ١٠٣٤٦ الصادر سنة ٢٠٠٠ تم استخدام مبادئ الينيدروا لتأكيد ما جاء في نصوص القانون الكولومبي الذي اختاره الطرفان ليكون واجب التطبيق على العقد. وفي قرارها رقم (III CZP 61/03)، الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/١١/٦، أشارت المحكمة العليا في بولندا إلى المادة (٧-٤-١٣) من مبادئ الينيدروا لتأكيد موقف القانون البولوني من التزام المدين بالتعويض الاتفاقي حتى ولو لم يلحق الدائن أي ضرر. وفي قرارها رقم (2004 Folio 272)، الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٤، بينت محكمة العدل العليا في بريطانيا أن المفاوضات التعاقدية بين الطرفين أظهرت أن حكومة لتوانيا تنازلت عن حصانتها ووافقت على حل النزاع من خلال التحكيم، واستندت في ذلك إلى المواد (٦-١٩٣-٦-١٩٥) من القانون المدني البولوني، التي تعكس نصوص المواد (٤-١-٤-٦) من مبادئ الينيدروا.

في القانون الواجب التطبيق، وأكد هذا القرار أنه لو كان القانون الكويتي الواجب التطبيق يتضمن حلولاً أخرى لتم الأخذ بنصوص مبادئ الينيدروا باعتبارها تمثل قانون العقود التجارية الدولية(١٦٢)، حيث جاء فيه صراحة: "إن الغلط الجوهري في القانون الكويتي لا يختلف عن هذا التعريف المقبول عموماً.... ولو كان القانون الكويتي ينص على معنى أضيق للغلط الجوهري لكانت الهيئة قد طبقت المبادئ المتبعة عموماً في التجارة الدولية" (القرار المؤقت الأول)(١٦٣). وجاء فيه أيضاً: "إن المفهوم الذي يتضمنه القانون الكويتي يتفق والمبادئ المقبولة على المستوى الدولي التي، بخلاف ذلك، كانت الهيئة ستطبقها وفقاً لقرارها المؤقت الأول."

وكذلك فقد قامت هيئة التحكيم الخاصة بقرارها الصادر سنة ١٩٩٥ بإكمال النقص في القانون النيوزيلندي الواجب التطبيق من خلال نصوص مبادئ الينيدروا(١٦٤)، وقامت هيئة التحكيم الخاصة التي نظرت نزاعاً بين شركة بترول أمريكية وحكومة إحدى الدول التي كانت تتبع الاتحاد السوفييتي السابق بإكمال النقص في قانون هذه الدولة الواجب التطبيق من خلال اللجوء إلى مبادئ الينيدروا(١٦٥).

---

(١٦٢) قارن أيضاً: Schilf, Ibid, pp. 334-335

(١٦٣) والذي جاء فيه:

Gross mistake " under Kuwaiti law is not different from this generally accepted definition. ... Had a narrower definition of " gross mistake " been established under Kuwaiti law, the Tribunal would have had to follow principles generally applicable in international commerce " (Interim Award I)".

(١٦٤) ومما جاء في ملخص هذا القرار أنه: "حيث إن القانون النيوزلندي، الذي حدده الأطراف لحكم النزاع، كان غامضاً في هذا الخصوص، فقد بحثت هيئة التحكيم.... عن تأكيدات على المستوى المقارن ولجأت قبل كل شيء إلى المواد (٤-١، ٤-٢، ٤-٣) من مبادئ الينيدروا"،

"Because the law of New Zealand, which the parties had chosen as the law governing the dispute, was found to be uncertain on this issue (in a somewhat unsettled state), the Arbitral Tribunal ... sought confirmation at a comparative level and in so doing referred above all to Arts. 4.1, 4.2 and 4.3 of the UNIDROIT Principles".

(١٦٥) وقد جاء في ملخص القرار: "لقد تضمن العقد بنداً على أن القانون الواجب التطبيق =

ومن التطبيقات التي صدرت في ظل النسخة الجديدة من مبادئ الينيدروا لعام ٢٠٠٤ ما جاء في قرار هيئة التحكيم الخاصة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٤ من استخدام المادة (١-٨) من مبادئ الينيدروا لتأكيد موقف القانون الفرنسي الواجب التطبيق من عدم جواز قيام أي من الطرفين بسلوك غير سوي عن طريق خلق انطباع ما لدى الطرف الآخر يقوم - بالاستناد إليه - بتصرف يلحق به ضرراً.

من المعروف أنه إذا ثبت وجود فجوة في القانون المعين فإنه يجب سدها بالطريقة التي حددها المشرع في الدولة الواجب تطبيق قانونها. وعادة ما يبين المشرع الوطني طريقة سد الفجوات في قانونه. فهذه المادة (١) من القانون المدني المصري مثلا تنص على وجوب سد الفجوات في هذا القانون بالرجوع إلى "العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وكذلك فقد نصت المادة (٢) من القانون المدني الأردني على وجوب الرجوع في مثل هذه الحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فإلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم توجد فإلى العرف، فإن لم يوجد فإلى قواعد العدالة.

وأمام مثل هذه النصوص الصريحة لا يبقى ثمة مجال لاستخدام مبادئ الينيدروا وسيلة لسد الفجوات في القانون الوطني المعين(١٦٦)، حتى لو كان

هو القانون الوطني للدولة محل الاهتمام. ومع ذلك، فقد وجدت هيئة التحكيم أن هذا القانون الوطني لم يتم تطويره بعد تبعا للتحول الذي حصل باتجاه الاقتصاد المفتوح، ويعتريه بعض النقص والغموض بخصوص النزاع. وتبعاً لذلك قررت هيئة التحكيم تكملة النقص في هذا القانون الوطني عن طريق الأخذ بعين الاعتبار بشكل خاص المواد (١-٤، ٦-٢-٢، ٦-٢-٣، ٧-١-٧) من مبادئ الينيدروا"،
"The contract contained a choice of law clause in favor of the domestic law of the State in question. However, the Arbitral Tribunal found that this domestic law had not yet been fully developed following the changeover to a market economy and contained a number of lacunae and ambiguities having a bearing on the dispute. Consequently, the Arbitral Tribunal found that the domestic law of the State should be supplemented by taking into consideration particularly Articles 1.4, 6.2.2-6.2.3 and 7.1.7 of the UNIDROIT Principles".

(١٦٦) يعارض ذلك: Nguyen, Ibid, pp. 625, 627, 628. Schilf, Ibid, p. 338

الهدف من ذلك – كما يرى البعض[١٦٧] – تحقيق التناغم والتجانس بين القوانين الخاصة في الدول المختلفة. وبشكل خاص إذا كان القانون واجب التطبيق بسبب اختيار الأطراف له، فإن قيام القاضي أو المحكم بسد الفجوات فيه من خلال اللجوء إلى نصوص مبادئ الينيدروا يعد خرقاً من قبله لسلطان إرادتهم[١٦٨]، اللهم إلا إذا توصل القاضي أو المحكم إلى أن نصاً من نصوص المبادئ يعتبر أيضاً من مبادئ القانون الطبيعي أو من قواعد العدالة. وكذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق لا يتضمن طريقة لسد الفجوات فإنه يمكن استخدام مبادئ الينيدروا – كملاذ أخير – لسدها[١٦٩]، ولا سيما أنها تراعي مصالح التجارة الدولية. ولذلك لا يمكن التسليم بما جاء في قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم ٥٨٣٥/١٩٩٦، المذكور سابقاً، لأنه لو كان القانون الكويتي الواجب التطبيق يتضمن فعلاً مفهوماً ضيقاً للغلط الجوهري وقامت هيئة التحكيم بتطبيق نصوص مبادئ الينيدروا بدلاً منه، لكان ذلك قد أدى إلى تحوير وتغيير في القانون الواجب التطبيق دونما مسوغ، ولعل هذا ما جعل محكمة الاستئناف في بريطانيا لا تأخذ، في قرارها رقم (2006 EWCA Civ 69)، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٧، بالرأي المخالف للقاضية آردن والمتمثل بتطبيق المادة (٤–٣) من مبادئ الينيدروا، التي تؤكد الاهتمام بنية الطرفين، والتي يمكن استنباطها من عدة أمور بما فيها المفاوضات السابقة، بحجة أن ذلك لا يتفق وما هو سائد في الكومن لو. وأما استخدام المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم نصوص مبادئ الينيدروا لتأكيد الحلول الموجودة في القانون الوطني الواجب التطبيق – كما أظهرت التطبيقات العملية – فلا ضير فيه[١٧٠] لأنه

(١٦٧) انظر: Wichard, RabelsZ 60 (1996), pp. 299.

(١٦٨) انظر:

Garro, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), p. 123. Perales Viscasillas, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), p. 420.

(١٦٩) قارن: Drobnig, The Use of Unidroit Principles by National and Supranational Courts, ibid, p. 228.

(١٧٠) انظر: Schilf, Ibid, p. 332

بالنتيجة يتم تطبيق نصوص القانون الوطني المختص، وما استخدام مبادئ الينيدروا إلا لتأكيد أن هذا القانون الوطني يتبنى مفاهيم مستقرة في قانون التجار.

وأما بخصوص استخدام مبادئ الينيدروا وسيلة لتفسير القانون الوطني المعين، فإنه يصعب أيضاً قبول ذلك. والسبب في ذلك أن كل قانون، وطنياً كان أم دولياً، يجب تفسيره تفسيراً ذاتياً. فالقاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع يلتزم تفسير القانون المعين وفقاً لقواعد التفسير المستقرة في الدولة الواجب تطبيق قانونها. فإذا كانت هذه الدولة تتبع النظام الأنجلوسكسوني التزم القاضي أو المحكم مثلاً بالتعامل مع السوابق القضائية فيها على أنها ملزمة، وأما إذا كانت دولة تتبع النظام اللاتيني فلا يلتزم القاضي أو المحكم باستخدام القرارات القضائية إلا وسيلة استرشادية للوصول إلى معنى النصوص في قانونها الواجب التطبيق.

وتطبيقاً لذلك، فقد رفضت محكمة التحكيم التابعة لجمعية التحكيم الإيطالية رفضاً صريحاً استخدام مبادئ الينيدروا لتفسير القانون الإيطالي الواجب التطبيق[١٧١]. فما دام الأطراف اختاروا تطبيق القانون الإيطالي فليس ثمة مجال لتطبيق مبادئ الينيدروا، وما دام القانون الإيطالي واضحاً في أن من يملك فسخ العقد هو الوكيل التجاري فقط، وليس الموزع المستقل أيضاً، فلا مجال لأي تفسير دولي للنص ذي العلاقة في القانون الإيطالي.

(١٧١) قرار رقم ٢٠٠١/٩١ الصادر سنة ٢٠٠٢.

الخاتمة

لقد نصت ديباجة مبادىء الينيدروا على حالات تطبيقها على عقود التجارة الدولية، وتبين أن هذه الحالات غير دقيقة وليست محل حصر، فمبادئ الينيدروا يمكن أن تكون، كلها أو بعضها، جزءاً من بنود العقد سنداً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وذلك إلى الحد الذي لا تتعارض فيه نصوص مبادئ الينيدروا مع القواعد الآمرة في قانون العقد.

وعند اختيار الأطراف مبادئ الينيدروا صراحة لتكون القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن هيئات التحكيم تعترف بهذا الاختيار وتعتبر مبادئ الينيدروا هي قانون العقد. وفيما يتعلق بالمحاكم الوطنية فالأولى أن تعترف بهذا الاختيار كذلك، خصوصا وأنها أصلاً تعترف بقرارات التحكيم التي تصدر وفقاً لقواعد قانونية غير وطنية. كما أن قواعد الإسناد في العديد من الدول جاءت بصياغة عامة تسمح للأطراف بمثل هذا الاختيار.

وأما الاختيار الضمني لمبادئ الينيدروا فقد يتم – كما نصت الديباجة – عند اتفاق الأطراف على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو قانون التجار أو ما شابه ذلك، وقد يتم أيضاً – على الرغم من عدم نص الديباجة – عند اختيار الأطراف للتحكيم المؤسسي حيث تسمح قواعد تحكيم هذه المؤسسة للمحكم بتطبيق القواعد القانونية التي يراها مناسبة.

وقد يقوم المحكم بتطبيق مبادئ الينيدروا عند عدم اتفاق الأطراف على قانون معين يحكم العقد، خصوصاً أنه توجد بعض النصوص، الوطنية والدولية التي تجيز ذلك. وأما القاضي الوطني فقد يمنعه من ذلك النصوص التي توجب تطبيق قواعد إسناد احتياطية في مثل هذه الحالة. وعلى أي حال يمكن أن تفيد مبادئ الينيدروا عند تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي المعين، سواء كان النزاع منظوراً أمام قاض أو محكم. غير أن القاضي قد يقلل من سلطته وجود نص في القانون الوطني يلزمه تطبيق قانونه الوطني في مثل هذه الحالة.

وفيما يتعلق بتفسير القانون الموحد وسد فجواته فإنه يجب أن يكون ذاتياً، بحيث لا يجوز استخدام مبادئ الينيدروا إلا لتأكيد معنى نص من نصوص هذا القانون الموحد أو وجود مبدأ داخلي محدد فيه. وأما استخدام نص من نصوص مبادئ الينيدروا (التفصيلية) لتحديد مضمون مبدأ عام من المبادئ التي يقوم عليها القانون الموحد عند سد فجواته الداخلية فهو أمر غير جائز، ولو تم بحجة أن مثل ذلك النص يشكل تعبيراً عن هذا المبدأ. وكذلك فإن تفسير القانون الوطني وسد فجواته يجب أن يكون ذاتياً أي وفقاً للقانون الوطني المعين نفسه. ولا يجوز استخدام مبادئ الينيدروا إلا لتأكيد معنى نص في القانون الوطني أو وجود مبدأ عام معين فيه.

ونظراً لتقبل المجتمع التجاري الدولي لمبادئ الينيدروا بشكل سريع، فإن المأمول أن تصير هذه المبادئ نفسها اتفاقية دولية ملزمة لكل المتعاملين بعقود التجارة الدولية. وإلى ذلك الحين، فإنه يمكن القول: إن استناد المحكمين في أحكامهم إلى هذه المبادئ بشكل متزايد، يؤكد يوما بعد يوم إمكانية صيرورتها جزءاً لا يتجزأ من قانون التجار.

قائمة المراجع

المراجع العربية:

١ – أمين دواس، تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة، دار الشروق، عمان، الأردن، سنة ٢٠٠١.

٢ – حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧.

٣ – سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التحارة الدولية (رسالة دكتوراه)، القاهرة ١٩٩٨.

٤ – فؤاد عبد المنعم رياض / سامية راشد، تنازع القوانين في القانون المصري وفي التشريعات الحديثة، طبعة منقحة، دار النهضة العربية، ١٩٩١.

٥ – ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص (الأردني والمقارن) الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٨.

٦ – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠١.

المراجع الأجنبية:

1 - Baptista, L. O., the Unidroit Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Private Law, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), pp. 1209 - 1224.

2 - Baron, G., Do the Unidroit Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria, published on the Internet at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/piblio/baron.html, visited on 10/10/2006.

3 - Berger, K. P., the Lex Mercatoria Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Law & Policy in International Business, Vol. 28 No. 4 (1997), pp. 943 - 990.

4 - Bonell, M. J., An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2nd enl. ed., Transnational Publishers, Inc., Irvington-on-Hudson, New York 1997.

5 - Bonell, M. J., the Unidroit Principles and Transnational Law, Uniform Law Review (2000-2), pp. 199-217, also available on the internet: http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm

6 - Bonell, M. J., the Unidroit Principles in Practice - the Experience of the First Two Years, published on the Internet at: http://www.agora.stm.it/unidroit/english/principles/pr-exper.html, visited on 10/10/2006.

7 - Bonell, M. J., the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG -- Alternative and Complementary Instruments?, published on the Internet at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/piblio/ulr96.html, visited on 10/10/2006.

8 - Bortolotti, F., Reference to the Unidroit Principles in Contract Practice and Model Contracts, in: Unidroit Principles: New Developments and Applications, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement, pp. 57-64.

9 - Bridge, M. G., Uniformity and Diversity in the law of International Sale, Pace International Law Review, (Spring 2003), pp. 55 - 89, also available on the internet: www.cisg.law.pace.edu./cisg/biblio/bridge.html

10- Drobing, V., The Use of Unidroit Principles by National and Supranational Courts, in: The Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/1995, pp. 223-229.

11- Ferrari, F., Defining the Sphere of Application of the 1994 "Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), pp. 1225 - 1237.

12- Garro, A. M., The Contribution of the Unidroit Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration, Tulane J. of Int'l & comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 93 -128.

13- Garro, A. M., The Gap - Filling Role of the Unidroit Principles in International Sale Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG, Tulane L. Rev., Vol. 69 (1995), pp. 1149-1190.

14- Gebauer, M., Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation, Uniform Law Review (2000-4), pp. 683-705, also available on the internet: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gebauer.html

15- Gopalan, S., New Trends in the Making of International Commercial Law, Journal of Law and Commerce, Vol. 23 (2004), pp. 117-142, also available on the internet: www.cisg.law.pace.edu./cisg/biblio/gopalan.html

16- Hartkamp, A., The Use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts, in: The Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/1995, pp.253-260.

17- Heutger, V., Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, European Review of Private Law, 1- 2005, pp. 83-90.

18- Jolivet, E., The Unidroit Principles in ICC Arbitration, in: Unidroit Principles: New Developments and Applications, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement, pp. 65-72.

19- Komarov, A. S., Remarks on the Applications of the Unidroit Principles for International Commercial Contracts and International Arbitration, in: The Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490/1/1995, pp.155-160.

20- Lando, O., Assessing the Role of the Unidroit Principles in the Harmonization of Arbitration Law, Tulane J. of Int'l & Comp Law, Vol. 3 (1994), pp. 131-143.

21- Martiny, EGBGB Art. 27 Freie Rechtswahl, in: Muenchener Kommentar Zum Buergerlichen Gesetzbuch, 4th ed., edited by: Rebmann, K. and others, Verlag C. H. Beck, Munich 2006.

22- Nguyen, M. H., Unidroit Principles: Jurisprudence and Application for Vietnam, IBLJ, no. 5 (2005), pp. 619-636.

23- Parra-Aranguren, G., Conflict of Laws Aspects of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Tulane Law Review, Vol. 69 (1995), pp. 1239 - 1252.

24- Perales Viscasillas, M. del Pilar, Unidroit Principle of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions, Arizona J. Int'l & Comp. L., Vol. 13 (1996), pp. 383-441.

25- Perillo, J.M, Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review, Fordham L. Rev., Vol. 63 (1994), pp. 281-317.

26- Petz, M. T., Die UNIDROIT-Prinzipien fuer Internationale Handelsvertraege, Einfuehrung - Anwendungsbeispiele - Text, Verlag Oestereich, Wien 2001.

27- Schilf, S., Algemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut, in: Studien Zum auslaendischen und internationalen Privatrecht, 138, edited by: Max-Planck-Institut fuer auslaendrsches und internationales Privatrecht, Mohr Siebeck, Tuebingen 2005.

28- Spellenberg, Vorbemerkung zu Art. 11 Allgemeine Rechtsgeschaftslehre, in: Muenchener Kommentar Zum Buergerlichen Gesetzbuch, 4th ed., edited by: Rebmann, K. and others, Verlag C. H. Beck, Munich 2006.

29- Spickhoff, EGBGB Art. 27, in: Beck'scher Oaline- Kommentar BGB, edited by: Bamberger, H. G / Roth, H. Verlag C.H. Beck, Munich 2006

30- Unidroit (i.e. International Institute for the Unification of Private Law), Principles of International Commercial Contracts, Rome 2004.

31- Van Houtte, H., The Unidroit Principles as a Guide to Drafting Contracts, in: the Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/ 1995, pp. 115-128.

32- Van Houtte, H., The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and International Commercial Arbitration: Their Reciprocal Relevance, in: the Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? ICC publication No. 490 /1/1995, pp.181-198.
33- Wagner, J. D. & Moens, G. A., The Unidroit Principles of the International Commercial Contracts, in: International Trade and Business: Law, Policy and Ethics, (Editors : Moens, G. & Gillies, P.), Cavendish Publishing Pty Limited, Sydney. London, 1998, pp. 79-119.
34- Wichard, von Johannes Christian, Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien fuer internationale Handelsvertraege durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, RabelsZ 60 (1996), pp.269-302.
35- www.unilex.info
36- Zeigel, J. S., The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law, published on the Internet at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/piblio/zeigel2.html, visited on 10/10/2006.