الضوابط العامة
في التحكيم التجاري الدولي

القسم الرابع
" القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع "

الدكتور ابو زيد رضوان
استاذ القانون التجاري والقانون الجوي
بجامعتي عين شمس والكويت

تمهيـــــــــد :

١ ــ من المعلوم ان اصل شرعة التحكيم التجاري الدولي ــ كما سبق البيان ــ هو اعتاق التجارة الدولية ، بشأن ما يثار فيها من منازعات ، من الخضوع لقواعد تنازع القوانين كما تعرفها التشريعات الوطنية ، في ذات الوقت الذي تحسم فيه هذه المنازعات على ضوء قانون او قواعد موضوعية تكون الانسب موضوعيا لطبيعة المنازعة ولاطرافها على حد سواء . ويكون دور المحكم في هذا الصدد مثل دور القاضي في المنازعات الداخلية ويكون المحكم هو في الواقع بمثابة « قاضي » المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية ، مع فارق جوهري هو عدم ارتباط المحكم بدولة ما ، او بقانون اختصاص Lex fori وبذلك لا يكون دائما حبيسا لاغلال القوانين الوطنية .

واذا كان التحكيم التجاري الدولي قد اعتبر ـــ منذ سنوات عدة ـــ في موقف المستجدي ـــ ان جاز التشبيه ، بالنسبة لمسألة تنازع القوانين فيما يتعلق بتبيان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، الا انه غدا اليوم وكأنه يتمرد على من كان يقدم له المأوى بالامس . واصبح الان في وضع يمكن معه القول مع البعض (١) بأن له قانونه الذي يكاد يكون مستقلا ، بل وربما سينتزع ، ان لم يكن بالفعل ، من القانون الدولي الخاص أرضه ليقيم عليها « قانونا خاصا دوليا Droit Prive international يكون بمثابة « قانون مشترك للامم (٢) Droit Commun de Nations وذلك من خلال تطبيقه لعادات وأعراف التجارة الدولية ، بل ومن خلال صياغته لقواعد للتنازع بين القوانين خاصة به . وربما كان السبب في ذلك ، وباعتراف احد ائمة فقه القانون الدولي الخاص (٣) ، أن المنهج التقليدي في هذا القانون الاخير ، وهو تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق اعمال قواعد تنازع القوانين ، لم يعد مؤهلا الان لحل المشاكل التي يطرحها واقع العلاقات القانونية الخاصة على المستوى العالمي ولا سيما في التجارة الدولية .

ومع اعتقادنا بصحة ما تقدم ، بل ونستطيع الذهاب الى القول بأنه بمقدور المحكمين الدوليين ، في كثير من الحالات ، الاتجاه الى ميدان أكثر رحابة « وسعة افق » من مفاهيم القوانين الوطنية لحل منازعات التجارة

---

(١) راجع في ذلك .

R. Bruns, H. Motulsky: Tendences et perpectives de l'arbitrage international. المجلة الدولية للقانون المقارن ١٩٥٧ ص ٧١٧ ـ ٧٢٧ . راجع خصوصا فقرة ١٥ ص ٧٢٧.

(٢) راجع في هذا المعنى . B. Goldman: Arbitrage et droit Commun de Nations. مجلة التحكيم ١٩٥٧ ص ١١١ ومابعدها.

(٣) راجع في ذلك :

K. Batiffol: Le pluralisme des méthodes en droit international privé. مجلة أكاديمية لاهاي ١٩٧٣ جـ٢ ـ ص ٧٥ ـ ٤٥ راجع خصوصا ص ١٠٧. وقرب هذا المعنى .

L. Kopelmanas: Quelques problems récents l'arbitrage commercial international. المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٧ ـ جـ٢ ـ ص ٨٧٩ ـ ٩١١ راجع خصوصا ٨٨١. حيث يرى المؤلف فانه مادام التحكيم التجاري يحمل في ذاته جذور توحيد القانون التجاري الدولي، فان ذلك يعني اختفاء القانون الدولي الخاص.

الدولية ، وعلى نحو تبدو فيه قراراتهم وكأنها طليقة من الخضوع لاي من هذه القوانين ، ولهم في عادات واعراف التجارة الدولية خير معين . ذلك لانه كلما زادت وتطورت هذه العادات والاعراف ونقحها التطبيق ، كلما انكمش تطبيق القانون الوطني (٤) ، رغم ذلك فاننا نعتقد بأنه يعتبر مغالاة في القول باستقلالية التحكيم التجاري الدولي بشكل قطعي ، عن القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بتبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، وابتعاده تماما عن الحاجة الى تدخل القانون الوطني (٥) . ذلك لانه ، من ناحية ، ما زال لارادة اطراف الخصومة ، في منازعات التجارة الدولية ، دور في تحديد القانون الذي يحكم النزاع لا سيما في تحكيم الحالات الخاصة AD Hoc. ومن ناحية ، فانه من الصعب القول ، كما اشار بحق تقرير لجنة القانون التجاري الدولي بالامم المتحدة (٦) ، بتخلص التحكيم التجاري الدولي تماما من تدخل القانون الوطني ، لا سيما بالنسبة لقانون الدولة التي ابرم فيها اتفاق التحكيم او قانون دولة مكان التحكيم ، كأحد القوانين الذي يعتبر وفقا لنظرية المؤشرات ، واجبا للتطبيق في حالة عدم الاختيار الصريح للاطراف لقانون اخر واختيارهم فقط لمكان التحكيم ، فضلا عن قانون الدولة التي ينفذ فيها قرار التحكيم ، الذي قد يصبح تدخله احيانا امرا مفيدا كنوع من الرقابة ، وان ضئلت ، عند تنفيذ قرارات التحكيم . وبل يتعين احترامه عندما يتعلق الامر بفكرة النظام العام . ومن ناحية ثالثة ، فانه يجب القول بأن الاستعانة بالقانون الوطني في التحكيم التجاري الدولي ليس دائما وبالضرورة امرا سيئا ، بحسبان انه من غير الصحيح الزعم بأن قواعد القوانين الداخلية

---

(٤) راجع في هذا المعنى:

A. Goldstagin: Internationals Conventions and standard contracts as means of exaping from the application of Municipal Law.

تقرير في مؤتمر لندن ٢٤-٢٧ سبتمبر ١٩٦٢ تحت عنوان «مصادر القانون التجارى الدولي «والذى عقد تحت رعاية الجمعية الدولية للعلوم القانونية.

راجع ص ١٠٣-١١٧. خصوصا ص ١١.

(٥) راجع في هذا المعنى: جولدمان. تنازع القوانين في التحكيم الدولي في القانون الخاص. المقال السابق الاشارة. مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٦٣ جـ٢ .ص ٣٥١ ٤٨٠ راجع ص ٤٥٢-٤٥٣.

(٦) راجع تقرير لجنة القانون التجاري الدولي .التابعة للامم المتحدة .المؤتمر الثالث ١٩٧٠ المشار اليه في حوليات اللجنة المذكورة ١٩٦٨-١٩٧٠ .جـ١ .الفصل الثالث ص ٢٧٨-٣٠٤ راجع ص ٣٠٠-٣٠١.

هي كلها اما قواعد « بيضاء او سوداء » لا تصلح للتجارة الدولية (٧) . ذلك لان عادات واعراف التجارة الدولية هي — في حقيقة مخبرها ، ان لم يكن في مظهرها ، ترديد لما يفترض من قواعد عامة لاقامة العدل بين طرفي النزاع، اي نزاع ، والتي تتشابه بدرجة او بأخرى في القوانين الوطنية . وبمعنى اخر فان غالبية التشريعات الوطنية يتمثل فيها ماعون لا ينضب من قواعد العدالة التي تحكم ما ينشب من منازعات ، وتصلح بذاتها لان تكون كذلك في علاقات التجارة الدولية . ولا تكون المشكلة اذن في اللجوء الى قواعد القوانين الوطنية ، بقدر ما تكون في عمل المحكم نفسه الذي يستطيع باعتباره « قاضيا » للتجارة الدولية أن يطوع النصوص على هدى ما تقتضيه الطبيعة المنازعة ، دون أن يتضمن ذلك بالضرورة انحرافا بهذه النصوص او خروجا عليها او تحويرا لها ، وان يضع في اعتباره دائما فكرة النظام العام بمفهومه الدولي .

٢ — وعلى ضوء ما تقدم فان مسالة تحديد القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع ، يعتبر من المسائل الحيوية التي تواجه المحكم عندما يتصدى لقول « الحق » او حكم القانون بين طرفي الخصومة موضوع التحكيم . وتعتبر هذه المسألة من اهم المسائل التي تستحوذ على فكر المحكمين بحسبان ان مصير قراره يرتبط الى حد بعيد بصحة ما انتهى اليه هذا القرار على ضوء اعتبارات متداخلة .

والواقع ان ما يواجهه المحكم وهو اذ يضطلع بهذا الدور ، يتلخص اساسا ، من ناحية ، في « فن » Technique البحث عن القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع ، وذلك من خلال البحث عن ارادة خصوم المنازعة في هذا الشان ، الارادة الصريحة او الضمنية . او من خلال تطبيقه لقواعد القانون الدولي الخاص ، اي من خلال تطبيقه لقواعد تنازع القوانين في حالة غياب قانون ارادة الاطراف ، واي قاعدة للتنازع يمكنه الاعتماد عليها لتحديد هذا القانون ، هل هي قواعد التنازع في قانون

---

(٧) راجع في ذلك A. Goldstâgin
ص ١١٢ وفيها يقول :

"Arbitration will seek a settlement which: will satisfy both parties, and instead of applying the rigid rules of a black and white jurisprudence endeavaurs to maintain good business relations between the parties ..."

دولة مكان التحكيم كما تذهب أحيانا بعض قرارات التحكيم (٨) أم قواعد تنازع القوانين التي يراها المحكمون مناسبة ، كما ترى بعض قرارات التحكيم الاخرى (٩) ، أم قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لاحد أطراف المنازعة (١٠) . ومن ناحية اخرى فان المحكم يواجه ، بخصوص القانون الواجب التطبيق بتساؤل حول مدى ارتباط هذا القانون بنية أو بارادة الطرفين ومدى علاقته المباشرة أو غير المباشرة بالعقد مثار المنازعة (١١) ، أو باعتباره قانونا محايدا بين طرفي الخصومة ، كذلك كثيرا ما يواجه المحكم بعض الحالات التي يتعين فيها الحكم على موضوع النزاع وفقا لقواعد وأعراف التجارة الدولية والمبادىء القانونية العامة أو المشتركة المعمول بها في المجتمع الدولي (١٢) ، باعتبارها قانونا طليقا Sans loi من الارتباط بأي من القوانين ذات الصلة المفترضة بموضوع المنازعة .

٣ ــ وخلاصة ما تقدم أن العمل الذي يواجه المحكم في منازعات التجارة الدولية بشأن اختيار القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع يتلخص في البحث عن هذا القانون من خلال ارادة الخصوم ، الصريحة أو الضمنية ، وفي غياب مثل هذه الارادة أو الاختيار ، يكون البحث عن قانون وطني من

---

(٨) راجع : قرار التحكيم الذي اصدره الاستاذ بيير شافان «بين شركتي Sapphire international وشركة البترول الوطنية الايرانية. السابق الاشارة اليه. الحوليات السو يسر ية ١٩٦٢ ص ٢٧٣ ـ ٣٠٢.

(٩) راجع على سبيل المثال: قرار تحكيم أرامكو / السعودية. بتار يخ ٢٣ أغسطس ١٩٥٨.

(١٠) راجع على سبيل المثال : حكم المادة / ١/٤٢ من اتفاقية واشنطون ١٩٦٥ الخاصة بالمنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمارات العر بية و بين مواطن الدول العر بية الاخرى، وتذهب هاتان الا تفاقيتان الى تطبيق المبادىء الخاصة بقانون الدولة المضيفة الطرف في الا تفاقية. ومما يجدر نكره ان المادة ١٠ من قانون البترول الليبي، المعدل في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٥، تقضي بسر يان الاحكام والمبادىء العامة في القانون الليبي.

(١١) راجع في هذا : قرار التحكيم رقم ١٧٥٩ ، ٢٠٩٦ لسنة ١٩٧٢ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. مجلة التحكيم ١٩٧٢، ص ٩٩ ومابعدها.

(١٢) ومما يجدر نكره ان المادة ٢٦ من بروتوكول الهيئة القضائية لمنظمة الاقطار العر بية المصدرة للبترول «اوابيك» تشير من بين المصادر التي تستمد منها الاحكام التي تصدر في بالمنازعات من : «ب» ـ الأعراف الملزمة دوليا. جـ المبادىء العامة المشتركة في قوانين الدول الاعضاء.

خلال اعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين(١٣) . واخيرا من خلال بحثه عن حل للنزاع وفقا لما تقتضيه قواعد عادات واعراف التجارة الدولية . وتلك مسائل سندرسها تباعا .

الفـــــرع الاول

تطبيق المحكم لقانون وطني من اختيار الخصوم

(قانون الارادة الصريحة او قانون الارادة المفترضة)

٤ ـ من المسلم به الان ، ودون كثير من التردد ، ان لاطراف العقـــود المتعلقة بالتجارة الدولية ، الحق في تعيين او تحديد القانون الذي يحكـــم العقد مثار المنازعة . ما دام ان ذلك لا يصطدم بالقواعد الآمرة في النظـــم القانونية ذات الشأن . وبالتالي سيكون هذا القانون نفسه هو الذي يحكـــم موضوع المنازعة التي تعرض على التحكيم وتثار بمناسبة هذا العقد .

وقد يكون اختيار هذا القانون ، اختيارا خالصا من اي اذعان ، يتم عن طريق احد بنود العقد مثار المنازعة . او بمقتضى اتفاق او مشارطة مستقلة للتحكيم . ولعل اختيار الخصوم لقانون وطنـــي لحـــكم منازعاتهم المطروحة على التحكيم التجاري الدولي ، هو تطبيق للمبادىء التي تقـــرها الغالبية الكبرى من التشريعات المقارنة عند معرض تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقـــدية ذات العنصر الاجنبي . اذ تقـــر هـــذه التشريعات الاولوية لارادة المتعاقدين ، الصريحة او الضمنية ، لاختيـــار القانون الذي يحكم موضوع منازعاتهم ، طالما ان ذلك لا يتضمن افتئاتـــا على القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدولة ذات الشأن . او ان

---

(١٣) ومما يجدر ذكره في هذا المقام، ان المحكم الدولي، على خلاف القاضي الوطني ، لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص Lex fori ، يستطيع على ضوئه تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الاسناد. راجع في ذلك قرار التحكيم رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١ الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية .
جريدة القانون الدولي ـ ١٩٧٤ ـ ع ٤ ـ ص ٩٠٤ ـ ٩١٢.
راجع خصوصا ص ٩٠٧.
وراجع كذلك.
P. Lalive: les regles de conflit de lois appliquees au fond du litige par l'arbitre international.
مجلة التحكيم ١٩٧٦ ع ٣ ص ١٥٥ ـ ١٨٣ .

يكون هذا الاختيار للقانون الاجنبي مشوبا بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض أن يحكم النزاع .

٥ ـ وتقر هذه الطريقة في اختيار الخصوم للقانون الوطني الذي يحكم موضوع منازعتهم التي تطرح على التحكيم ، بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ، مثل اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية ، وان يكن ذلك بطريقة غير مباشرة (١٤) ، ومثل اتفاقية جنيف ١٩٦١ ، بشأن التحكيم التجاري الدولي التي تنص الفقرة الاولى من المادة السابعة منها على « الاطراف هم احرار في تحديد القانون الذي يجب ان يطبقه المحكمون على موضوع المنازعة »(١٥). وفي حالة غياب اشارة الاطراف الى القانون الواجب التطبيق ، فيجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة » . كذلك تقر هذه الطريقة اتفاقية واشنطن الموقعة في ١٨ مارس ١٩٦٥ ، الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الاخرى والمعروفة بأسم اتفاقية ال B.I.R.D اذ تقضي المادة ١/٤٢ منها على ان « المحكمة (محكمة التحكيم) تتصدى للفصل في المنازعة وفقا للقواعد القانونية التي يحددها الاطراف ، والا فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما فيه من قواعد تنازع القوانين ومبادىء القانون الدولي » . وكذلك الامر بالنسبة لاتفاقية « انتر ـ امريكان » الموقعة في بنما ١٩٧٥ (١٦) ، والمعروفة باسم O.A.S. Convention وكذلك تقر حرية اختيار الخصوم لقانون وطني يحكم موضوع النزاع ، لائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ، اذ تنص المادة ٣/١٣ من هذه اللائحة على ان « للاطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع . فاذا لم يحدداه ، طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص »(١٧) .

---

(١٤) راجع نص المادة ٥/ فقرة أ

(١٥) و يقول النص بالفرنسية .

Les Parties sont libres de determiner
le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litigne ... etc"

(١٦) راجع المادة ٣ من الاتفاقية المذكورة .

(١٧) ومما يجدر ذكره أن هذا النص هو نص اللائحة الجديده الصادرة ١٩٧٥ والسارية اعتبارا من أول يونيه ١٩٧٥، وقد كان هذا أيضا هو موقف اللائحة القديمة حسبما يبين من نص المادة ١٦ منها.

وكذلك الامر بالنسبة للائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الاوربية التابعة للامم المتحدة (يناير ١٩٦٦) ، اذ تنص المادة ٣٨ منها (١٨) ، على انه « مع عدم الاخلال بحكم المادة ٣٩ (وهي الخاصة بالتحكيم الودي اذا كان ذلك هو رغبة الاطراف) فانه يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي يحدده الأطراف لحكم موضوع النزاع، وفي حالة عدم الاستدلال على هذا الاختيار فانه يكون للمحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة». و يقترب من هذا الحكم ماتقضي به المادة ٧/٤/أ من لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الاقتصادية للامم المتحدة لدول أسيا والشرق الاقصى والمعروفة باسم لائحة ال C.E.A.E.O. التي تنص على أن « يؤسس قرار التحكيم على القانون الذي يختاره الاطراف لحكم موضوع المنازعة . واذا لم يعين الاطراف القانون الواجب التطبيق ، فان المحكم او المحكمين يطبقون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في هذا الخصوص » .

كذلك تقر هذه الطريقة في الاولوية بين القوانين المحتملة لحكم موضوع النزاع الذي يطرح على التحكيم التجاري الدولي ، نص المادة ٣٣ من لائحة « قواعد التحكيم الخاصة ، الصادرة عن الامم المتحدة (١٦ ديسمبر ١٩٧٦) والتي تقرر بأن « تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يحدده الاطراف لحكم موضوع النزاع . وفي حال غياب مثل هذا الاختيار فان المحكمة تطبق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي تراها ملائمة في هذا الخصوص (١٩).

---

(١٨) و يقول النص بالفرنسية :

"sous reserve des dispositions de l'art 39 du reglement, les arbitres doivent appliquer au fond du litigue le droit determiné par les parties. A defaut d'indication par les parties du droit applicable les arbitres appliqueront la loi designee par la regle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espece".

(١٩) و يقول النص بالانجليزية.

"The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispite. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable".

٦ ــ واذا كان الاتجاه الغالب في احكام القضاء المقارن(٢٠) ، وقرارات التحكيم التجاري الدولي(٢١) ومعها الفقه(٢٢) يقررون بحق اطراف التجارة الدولية اعمالا لمبدأ سلطان الارادة ، في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع منازعاتهم بغض النظر عن اية صلة بينه وبين العقد مثار المنازعة ما دام أن ذلك الاختيار كان يحدوه حسن النية . بل يستطيع أطراف التجارة الدولية وفق هذا الاتجاه الغالب ، استبعاد بعض نصوص القانون الذي قد يختارونه لحكم النزاع . وبمعنى آخر ، يستطيعون اختيار بعض نصوص هذا القانون واستبعاد البعض الآخر ، ذلك لان نصوص مثل هذا القانون « المختار » لا تعدو كونها ــ حسبما تذهب محكمة النقض الفرنسية (٢٣) ، مجرد نصوص « اتفاقية » أو « تعاقدية » أكثر منها نصوصا قانونية أو ملزمة .

---

(٢٠) راجع في القضاء الفرنسي : نقض فرنسي ١٥ مايو ١٩٣٥، سيري ١٩٣٥ ـ ١ ٢٤٤ نقض ٤ نوفمبر ١٩٥٨ مجلة التحكيم ١٩٥٩ ص ١١٧ ، نقض ١٢ يناير ١٩٦٠ المجلة ١٩٦٠ ص ٥٧٣، استئناف باريس يناير ١٩٥٧ مجلة الاسبوع القانوني ( ) ١٩٥٧ ـ ٢ . رقم ١٠١٦٥، نقض ١٤ يونية ١٩٦٠ المجلة السابقة ١٩٦١ ـ ٢ رقم ١٢٢٧٣ تعليق مونوليسكي، نقض ٧ مايو ١٩٦٣ مجلة التحكيم ١٩٦٣ ص ٦٠ نقض ٤ يولية ١٩٧٢، المجلة الفصلية القانون التجاري ١٩٧٣ ص ٤٩٩ تعليق هوان.
وفي القضاء الايطالي : نقض ٢٧ مارس ١٩٥٤ قضية Delfino . المجلة الانتقادية ١٩٥٦ ص ٥١١ تعليق موتوليسكى. وفي القضاء السويسري محكمة مقاطعة جينيف ٢ يولية ١٩٥٩ مجلة التحكيم ١٩٥٩ ص ٩٠ ـ ٩٤.

(٢١) راجع : قرار التحكيم الصادر في الدعوى رقم ١٦٤١ لسنة ١٩٦٩ عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، ورقم ١٧١٧ لسنة ١٩٧٢ . جريدة القانون الدولي ـ كلينى ١٩٧٤ ـ ع ٤ ـ ص ٨٨ ـ ٨٩٢.

(٢٢) راجع : فوشار . رسالة الدكتوراه المشار اليها ـ فقرة ٥٣٧ ص ٣٥٥ ـ ٣٥٦ ، جان روبير: المرجع السابق فقرة ٣٥٣ ص ٤٢٦ ـ ٤٢٩ ـ وراجع كذلك :

F.E. **Klein:** Autonomie de la Volonte et arbitrage in. Rev. critique dr. int. Prive. 1958 P. 225-284. P. 479 - 494. spec. P. 276.

وايضا : R.H. Graveson: Conflict of Laws.

لندن الطبعة السابعة ١٩٧٤ ـ الفصل ١٢ ص ٤٠٤ ومابعدها. وراجع كذلك تقرير الاستاذ Cl. H. Schmitthoff، أمام مؤتمر لندن لمصادر القانون التجارى الدولى، المشار اليه، منشور في المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ١٩٦٣ ص ٢٦٧ ـ ٢٧٣. و يشير بهذا الصدد الى أن هذا الاتجاه هو السائد في معظم الدول مثل : المانيا، انجلتره، فرنسا، الولايات المتحدة الامريكية، والاتحاد السوفيتي.

(٢٣) راجع نقض فرنسى ١٥ مايو ١٩٣٥ المشار اليه.

اذا كان هذا هو الاتجاه الغالب ، فانه ثمة اتجاه أخر يتبناه بعض ائمة فقه القانون الدولي الخاص مثل الفقيه P. Arminjon (٢٤)، وهنري باتيفول (٢٥)، ويرى أن جوهر ارادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد وما يثار بشأنه من منازعات هي في حقيقتها عبارة عن « توطين العقد » Localisation تبعا لارادتهم . ومن ثم يجب أن يكون في هذا الاختيار سمة أو اشارة الى رابطة التوطين هذه . مثل اختيار الاطراف لقانون دولة المنشأة التي تصنع السلع محل التعاقد ، أو قانون دولة تنفيذ العقد أو أن يكون اختيار الاطراف لقانون مهني (٢٦) . بحيث اذا انعدمت مثل هذه الرابطة اعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الاجنبي (٢٧) ، ويجب على المحكم الدولي ، في راي البعض(٢٨)، ان يسلك في هذا الشأن مسلك القاضي الوطني، ويقطع الطريق على هذا الغش حتى ولو كان اختيار اطراف المنازعة ينصب على هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي للفصل في منازعتهم .

٧ ــ وقد يكون « اختيار » الاطراف لقانون وطني لحكم موضوع منازعتهم المطروحة على التحكيم اختيارا « واقعيا » تفرضه ظروف وطبيعة العقد مثار المنازعة . وبمعنى آخر قد يكون تطبيق المحكم لقانون وطني من « اختيار » الخصوم ليس الا اعمالا لارادة الطرف الاقوى في العلاقة التعاقدية، واذعانا من الطرف الاخر . كما هو الحال ، في كثير من الاحيان ، في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي . وغالبا ما يكون هذا القانون هو القانون

---

(٢٤) راجع مؤلفه : Precis de Droit international prive commercial باريس ١٩٤٨ راجع خصوصا ـ فقرة ٧٣ ص ١٣٨ ، وفقرة ٧٦ ص ١٤٧ ، فقرة ٧٨ مكرره ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٢٥) راجع : مؤلفة في القانون الدول الخاص مع بول لاجارد . طبعة خامسة ١٩٧١ ـ جـ٢ ـ فقرة ٥٦٥ ص ٢٠٧ ومابعده.

(٢٦) راجع : جولدمان : تنازع القوانين في التحكيم الدولي في القانون الخاص. المقال السابق الاشارة اليه، مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٦٣ ص ٣٥١ ٤٨٠ راجع خصوصا ص ٤٤٦ ـ ٤٤٧.

(٢٧) راجع : هنرى باتيفول. المرجع السابق جـ٢ ـ فقرة ٥٧٥ ص ٢٢١ ومابعدها وراجع في تطبيق هذا الاتجاه: حكم التحكيم لدى غرفة التجارة في براج (تشيكوسلفاكيا) اول مارس ١٩٥٤. جريدة القانون الدولى ١٩٥٦ ص ٤٦٨. وفيه رفضت المحكمة تطبيق القانون الانجليزى الذى اختاره الاطراف في منازعة مصدرها عقد نموذجى بين احد المشاريع الباكستانية وقرينة التشيكوسلوفاكى بدعوى عدم وجود اية علاقة بين هذا القانون والنزاع المطروح.

(٢٨) راجع : جولدمان ، ص ٤٤٦.

الوطني للطرف الاقوى في العلاقة (٢٩) . أو ان يكون اختيار الاطراف لهيئة تحكيم وطنية تفرض لائحتها قانونها الوطني لحكم النزاع الذي تتصدى للتحكيم فيه .

كذلك قد يكون تطبيق المحكم لقانون وطني امرا تفرضه واقع العلاقة بين طرفي النزاع ، ويكون هذا القانون هو ذاته الذي يحكم العقد مثار المنازعة التي يجب — في حال نشوبها — ان تطرح على التحكيم . ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٣ من الشروط العامة المتعلقة بعقود توريد مواد الانشاءات بين دول أوروبا الغربية والتي تقضي باخضاع العقد وما يثار عنه من منازعات للتحكيم وفقا لقانون دولة البائع ، ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك . وكذلك الامر بالنسبة للشروط العامة لتوريد وتسليم البضائع بين رعايا الدول الاعضاء في مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) ، التي تنص المادة ٧٤ منها على اخضاع علاقات الاطراف وما قد ينشأ عنها من منازعات لقانون دولة البائع ، ومثل الامر في الشروط العامة لعقود التوريد والتجميع لمواد البناء والتشييد (مارس ١٩٥٧) والتي تخضع فيها المنازعات ، اعمالا لحكم المادة ٢/٢٨ منها ، للتحكيم وفقا لقانون دولة المنشىء او المقاول Constructeur ، وذلك في الحدود التي يسمح بها قانون الدولة التي ينفذ فيها العمل . وكذلك الامر بالنسبة لاتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع للمنقولات والموقعة في ١٥ يونية ١٩٥٥ والتي تقضي المادة ٣ منها باعمال قانون دولة البائع التي يقيم فيها بصفة دائمة .

قانون الارادة المفترضة أو الضمنية : —

٨ — وفي غياب اختيار الخصوم صراحة لقانون وطني معين لحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم ، فان ثمة مشكلة على درجة من الاهمية ، بل والصعوبة ، تثور أمام المحكم الدولي ، وهي التصدي لتبيان ما اذا كان أطراف الخصومة قد استظهروا نيتهم في اخضاع موضوع المنازعة لقانون معين . واذا كان من المستقر عليه في « قضاء » التحكيم التجاري

---

(٢٩) راجع في ذلك : فيليب كان . البيع التجاري الدولي. رسالة الدكتوراة المشار اليها الملحق ص ٣٧٩ وذلك بالنسبة للعقد الذى يعرف باسم M.I.A.G. وفيه يسرى القانون الالمانى، وص ٣٨٤ بالنسبة للعقد الذى يعرف باسم Drogo Export وفيه يسرى القانون التشيكى، وكذلك العقود التى ترد على الحبوب وفيها يسرى القانون الانجليزى .

الدولي ، ان المحكم يتمتع في هذا الصدد بقدر من « السلطة التقديرية (٣٠)، الا انها على كل حال، سلطة تقف عند ضرورة استظهار المحكم لمؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الارادة المفترضة Hypothétique او الارادة الضمنية Tacite في كل حالة على حدها ووفقا لظروف الحال(٣١) . وفي الحقيقة فان جوهر عمل المحكم الدولي في التصدي لتبيان القانون الذي يحكم موضوع المنازعة ، في حالة غياب الاختيار الصريح لمثل هذا القانون ، هو البحث خلال « مؤشرات توطين العقد » Indices de localisation وهي عديدة ، وتلك مسألة تختلف فيها النظم القانونية ، لا سيما حول « القيمة المرجحة » لهذا المؤشر او لذلك ، عند استظهار الارادة الضمنية او المفترضة لاطراف الخصومة بشأن البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع(٣٢) . ويترتب على ذلك بالضرورة — في اعتقادنا — اختلاف مواقف المحكمين الدوليين تبعا للتأثيرات الملموسة لهذه النظم على « عقلية » او « تكوين » المحكم نفسه ، وذلك بالنظر الى ان المحكم الدولي ، على خلاف القاضي الوطني ، لا يتقيد بقانون اختصاص Lex fori ومن ثم فان « مساحة هذه التأثيرات ستكون بالضرورة اوسع من تلك التي يتعرض لها القاضي الوطني . وربما ادى ذلك الى القول بان تبني المحكم الدولي لاي من مؤشرات الارادة الضمنية ، سيكون بمثابة اجتهاد شخصي لهذا المحكم او لذلك . وقد لا يكون هذا الاجتهاد سيئا في حد ذاته ، الا بقدر ما يكون فيه من « تجاهل » لواقع المنازعة المطروحة على التحكيم . ولتفادي ذلك فانه يتعين على المحكم الدولي وهو اذ يتصدى لهذه المسألة من خلال واقع العلاقة ، البحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها على ان ارادة الاطراف قد اتجهت الى هذا القانون او لذلك بحيث تصبح ارادة الاطراف هي ، في

---

(٣٠) راجع على سبيل المثال : قرارات التحكيم الصادرة عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ببار يس في الدعاوى رقم ١٤٢٢ لسنة ١٩٦٦، ورقم ١٧١٧ لسنة ١٩٧٢ منشورة في جر يدة القانون الدول .كلينى .١٩٧٤ ص ٨٨٤ ص .٨٩٠ .٨٩٢.

(٣١) راجع في ذلك : Khan Freund: la notion anglaise de la "proper law of the contract" devant les juges et devant les arbitres.
المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ١٩٧٣ ص ٦١٤ ومابعدها.

(٣٢) راجع في هذا المعنى ايضا
P. la live: les regles de conflit des lois appliquees au fond du litigue par l'arbitre international; مجلة التحكيم ١٩٧٦ .ع ٣ .ص ١٥٥ .١٨٣ راجع خصوصا ص ١٥٨.

الواقع ارادة مفروضة(٣٣) presume من واقع ظروف الحال ، وليست ارادة « مقنعة » للمحكم نفسه .

ومؤشرات الارادة الضمنية أو المفترضة التي يتصدى المحكم للبحث من خلالها على القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم هي — في واقع الامر — مؤشرات عديدة . منها ما يمكن ان يطلق عليه بالمؤشرات العامة ، مثل قانون محل ابرام العقد ، وقانون محل التنفيذ . واخرى يمكن اعتبارها مؤشرات خاصة مثل محل اقامة المتعاقدين وموضوع العقد ومكان التحكيم . ومؤدى هذه المؤشرات ، على اختلاف درجاتها في قوة الاستدلال ، اقامة قرينة على اتجاه ارادة الخصوم على اختيار القانون الانسب لحكم موضوع منازعتهم فيما لو كان قد قدر لهم اختيار مثل هذا القانون صراحة (٣٤)

٩ — ويبين من قضاء التحكيم التجاري الدولي ، ان القرارات الصادرة في المنازعات التي تطرح على هذا التحكيم ، تميل في غالبيتها الى المؤشرات العامة للاستدلال على الارادة الضمنية أو المفترضة لخصوم المنازعة . اذ انها كثيرا ما ترجح اعمال قانون محل ابرام العقد lex Loci contractus، أو قانون محل التنفيذ باعتبارهما القوانين الانسب — موضوعيا، لظروف الحال . ففي احدى المنازعات التي طرحت على محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس (٣٥)، وتتلخص وقائعها في نزاع نشب

---

(٣٣) وفي هذا الشان يذهب احد قرارات التحكيم التجارى الدولى الصادر في الدعوى رقم ١٧١٧ لسنة ١٩٧٢ عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية الى القول:

lorsqu'il n'y a pas d'intention exprimee, celle-ci doit être presumee par l'arbitre a partir des termes du contrat et des circonstances qui l'entourent. Pour aboutir a'sa conclusion l'arbitre doit se laisser guider par des regles qui indiquent que certaines conditions ou faits particuliers permettent de deduire prima facie et dans certains cas de facon presque definitive ce qu'etait l'entention des parties."

راجع الحكم المنشور في جريدة القانون الدولى .كلينى .١٩٧٤ .٤٤ .ص ٨٩٠ .٨٩١.

(٣٤) راجع في هذا المعنى :

J.D.M. Lew, loi applicable aux contrats internationaux devant la jurisprudence des tribunaux arbitreaux, in le contrat économique international.

دراسات جان دابان .بروكسل / باريس ١٩٧٥ ص ١٥١ .١٦٧ راجع خصوصا ص ١٥٦ وراجع كذلك : Dicey and Horris, the conflict of laws.

لندن .طبعة ١٩٦٧ .ص ٦٩٢ .٦٩٣.

(٣٥) راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٤٢٢ لسنة ١٩٦٦ منشور في جريدة القانون الدولى ١٩٧٤ . ع٤ .ص ٨٨٤ .٨٨٨.

بشأن تنفيذ عقد (وكالة عامة في البيع) بين شركة ايطالية واخرى سويسرية تقوم بمقتضاه هذه الاخيرة بتوزيع منتجات الشركة الاولى في الولايات المتحدة الامريكية والمكسيك. ولم يوضح في العقد القانون الذي يحكم النزاع الذي عرض على التحكيم وفقا للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية. ولقد طالبت الشركة الايطالية بتطبيق القانون الايطالي، بينما طالبت الشركة السويسرية تطبيق «القواعد العامة للأمم المتحضرة» دون الاشارة الى قانون وطني معين. غير ان المحكم بعد ان أكد في قراره على السلطة التقديرية بشأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حالة عدم اختيار الخصوم صراحة للقانون الذي يحكم النزاع، قرر اعمال القانون الايطالي، باعتباره القانون الاكثر ملائمة La plus appropriee استنادا الى ان العقد وقد وقع في ايطاليا (تورينو)، وان المكان الرئيسي للتنفيذ كان في ايطاليا (جنوه) حيث سلمت البضاعة وانتقلت ملكيتها الى المشتري (٣٦)

وفي نزاع اخر عرض على محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية(٣٧) بخصوص عقد بيع دولي في طهران (ايران) بين مشتري ايراني وممثل لبائع يوجسلافي يقيم في ايران ، وكان يتعين تسليم البضاعة ، موضوع العقد ، ايضا في ايران . ولم يحدد الطرفان أي قانون يحكم موضوع ما قد ينشب من منازعات بينهما . وقد قرر المحكم تطبيق القانون الايراني ، بعد ان استبعد قانون دولة البائع (القانون اليوجسلافي) ، باعتبار ان القانون الايراني هو الذي اتجهت اليه ضمنا ارادة الاطراف .

ومع ذلك فان بعض الفقه يشكك في تغليب قانون محل ابرام العقد كقانون الارادة المفترضة في عقود التجارة الدولية ، على خلاف قوة دلالته في عقود التجارة الداخلية . وذلك لان محل ابرام العقد قد لا يكون — في نظرهم — مؤشرا هاما لتوطين العقد بحسبان ان اطراف التجارة الدولية

---

(٣٦) ولقد رفض المحكم الاستدلال على الارادة الضمنية للمتعاقدين في القانون الذى يحكم النزاع، من خلال العملة الواجب الدفع بها، وهى الدولار، بحسبان ان ذلك لايعد وكونه مؤشرا ثانويا بالنسبة لتوطين العلاقة بين اطراف الخصومة وراجع كذلك في هذا الاتجاه: حكم محكمة باريس ١٠ ابريل ١٩٥٧ مجلة الاسبوع القانونى ١٩٥٧ ـ ٢ ـ رقم ١٠٠٧٨ تعليق موتوليسكى، وفي هذا التحكيم في القضية المعروفة باسم ste Myrtoon steam ship ، الذي اجرى في لندن بشأن انقاذ سفينة تابعة لوزارة البحرية التجارية الفرنسية، طبق المحكم القانون الانجليزى لان لندن كانت محل ابرام العقد وفيها كانت ترسوا السفينة وكانت عملة الدفع في الجنسية الاسترليني.

(٣٧) راجع الحكم في الدعوى رقم ١٧١٧ لسنة جريدة القانون الدول ـ ١٩٧٤ ـ ص ٨٩٠ ـ ٨٩٢.

غالبا ما لا توجد لهم مصالح دائمة محل ابرام العقد (٣٨) ،فضلا عن المشكلة التي تتعلق بالتعاقد بين الغائبين أو بالمراسلة ، وهي كثيرا ما تحدث في عقود التجارة الدولية ، والتي يصعب معها القول بتغليب قانون محل ابرام العقد (٣٩) .وكذلك الامر بالنسبة لقانون محل التنفيذ . وان بدا وكأنه اقرب الروابط موضوعية لانه يعطي العقد توطينا حقيقيا يمكن على ضوئه افتراض ارادة الطرفين ، الا انه قد لا يكون هكذا دائما بالنسبة للتجارة الدولية ، حين تتعدد احيانا اماكن التنفيذ ، لا سيما بالنسبة لعقود التوريدات الدولية والتي تعتبر ــ بحق ــ احدى المحاور الرئيسية في هذه التجارة .

١٠ ــ وفضلا عن هذه المؤشرات العامة ، توجد أمام المحكم الدولي ، كما سبقت الاشارة ، امكانية البحث عن الارادة الضمنية أو المفترضة لارادة الخصوم في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع وذلك من خلال ما يسميه الفقه بالمؤشرات الخاصة ، مثل اللغة المستخدمة في العقد مثار المنازعة ومحل اقامة المتعاقدين والعملة الواجب الدفع بها والمكان الذي اختاره اطراف المنازعة لاجراء التحكيم ، بالاضافة الى المؤشرات الخاصة في الحالات التي تكون فيها الدولة ، او احد اشخاصها العامة طرفا في عقود التجارة الدولية مع احد الاشخاص الخاصة من رعايا الدول الاخرى .

غير انه يبين من قرارات التحكيم التجاري الدولي ، انها تقيم نوعا من التدرج لاولوية واهمية هذه المؤشرات الخاصة ، اذ بينما يتضح انه ليس للغة المستخدمة في العقد وحدها اي صدى تقريبا في قرارات هذا التحكيم الا بمقدار ما تكون هي مؤشرا ثانويا يمكن ان تكون مع مؤشرات اخرى دليلا مفترضا على اتجاه نية المتعاقدين على إختيار قانون وطني معين لحكم موضوع النزاع ، نجد على العكس بالنسبة للمؤشرات الخاصة الاخرى ، لا سيما اختيار مكان التحكيم وكون الدولة او احد اشخاصها العامة طرفا في عقد من عقود التجارة الدولية مع احد الاشخاص الخاصة من رعايا الدول الاخرى .

---

(٣٨) راجع هنرى باتيفول ـ لاجارد ـ المرجع السابق ـ ج ٢ ـ فقرة ٥٧٥ ص ٢٢١ ومابعدها .

(٣٩) راجع في ذلك :

J. de Visscher: Du moment et du lieu de formation : des contrats par Correspondance en droit international prive.

مجلة التشريع والقانون المقارن (الفرنسية) ١٩٣٨ ص ٨٨ ومابعدها .

١١ ــ فاختيار المكان الذي يجري فيه التحكيم يفترض ، في حالة عدم اختيار الخصوم صراحة لقانون معين يحكم النزاع ، اتجاه نية أطراف المنازعة الى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم اعمالا للمبدأ القديم qui eligit judicem, éligit Jus ومع ذلك فان قيمة هذه القرينة تظل نسبية . ذلك لانه فضلاً عن التساؤل الذي يمكن أن يثار حول معنى « مكان التحكيم » ، أهو المكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لاول مرة أم المكان الذي يصدر فيه القرار . وقد يختلف المكان في الحالتين (٤٠) . بالاضافة الى ما قد يكون في هذا الاختيار نوع من « الصدفية » (٤١) occasionnel قد تعود احيانا الى نوع من « المزاج السياحي » للمحكمين (٤٢) .

وفضلا عن ذلك فانه يمكن لنا أن نلاحظ مع البعض (٤٣) إن ؟ختيار الاطراف لمكان التحكيم ربما لايلعب دوراً حاسماً في استظهار إرادتهم المفترضة لتعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع الا في حالات التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة AD. Hoc اذ يمكن القول ، في مثل هذا التحكيم ، ان اختيار مكان التحكيم في دولة محايدة يمكن ان ينهض ــ بذاته ــ كقرينة على اتجاه أطراف المنازعة لاختيار قانون هذه الدولة

---

٤٠) راجع حكم محكمة باريس ١٠ ابريل ١٩٥٧ المشار اليه. وفي قرار التحكيم الذى عرض امر تنفيذه على هذه المحكمة كان المحكم قد اختار القانون الانجليزى، لان لغة العقد كانت اللغة الانجليزية، فضلا عن ان لندن كانت محل ابرام العقد وكانت السفينة التى كان انقاذها موضوع النزاع، كانت موجودة في لندن.

٤١) راجع في هذا المعنى: المقال السابق .مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٦٧. ص ٥٦٩ ومابعدها. ومما تجدر ملاحظته ان القواعد الموحدة التى اصدرها معهد القانون الدول والمعروفة باسم قواعد «نيوشاتل» ١٩٥٩ قد حددت في المادة الثانية منها معنى قانون «محل التحكيم» واعطت لهذا المكان معان مختلفة باختلاف مكان اقامة المحكمين وانعقاد جلساتهم. راجع ماسبق هامش رقم (٤٠).

وراجع كذلك : A. Panchaud: Le siege d'arbitrage

مجلة التحكيم ١٩٦٦ ص ٣ ..ومابعدها

٤٢) راجع : كلاين . المقال السابق .المحلية الانتقادية ١٩٥٨ ص ٢٥٥ ومابعدها راجع خصوصا ص ٢٨١.

٤٣) راجع في هذا المعنى : لاليف . المقال السابق . ص ٥٩٦.

لحكم موضوع منازعتهم باعتباره قانونا محايدا Une loi Neutre . اما اختيار مكان التحكيم لدى احدى هيئات او مراكز التحكيم دائمة ، وعلى سبيل المثال غرفة التجارة الدولية بباريس ، فانه لا يعني بذاته مؤشرا على اختيار الاطراف لقانون دولة هيئة او مراكز التحكيم الدائم بقدر مـــا يعني ـــ في الحقيقة ـــ رغبة الاطراف في الاستفادة من التسهيلات التي تقـــدمها هذه المراكز الدائمة ومن قوة القرارات الصادرة فيها من حيث الاعتراف بها على المستوى لدولي (٤٤) . وإذا وجدت ثمة نية مفترضة في مثل هذه الحالة ، فان اختيار الاطراف لمراكز او هيئات التحكيم الدائمة يعني ـــ في نظر البعض(٤٥)ـ اتجاه نيتهم الى اخضاع علاقتهم لعادات واعراف التجارة الدولية اكثر من رغبتهم في اخضاعها لقانون الدولة التي يوجد بها مراكز هيئة التحكيم الدائمة . وقد ذهبت الى ذلك فعلا بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي (٤٦)

١٢ ـــ كذلك الامر تثور مشكلة بالنسبة للقانون الذي يحكم موضوع النزاع لحالات التحكيم التجاري التي تكون الدولة او احـــدى هيئـــاتها او مؤسساتها العامة طرفا في عقد من عقود التجارة الدولية مع طرف اخر من اشخاص القانون الخاص ، كالافراد او الشركات الخاصة ، من رعايا الدول الاخرى . وهي العقود التي أصطلح على تسميتها باسم State Contracts او الاتفاقات شبه الدولية(٤٧) International agreements ، مثـــل عقود الامتياز التي تبرم بين الدول والشركات الاجنبية الخاصة بشأن استغلال

---

٤٤) راجع :جوليان لو : المقال السابق -في العقد الاقتصادى الدولى -المرجع السابق ١٩٧٥ راجع خصوصا ص ١٥٦ -١٥٧.

٤٥) راجع : جوليان ليو المقال السابق -فقرة ٩ ص ١٥٧.

٤٦) راجع :

Y. Derains: Le Statut des usages de Commerce international devant les juridictions arbitrales.

مجلة التحكيم ١٩٧٣ ص ١٢٢ -١٤٩ . راجع خصوصا ص ١٤٧.

٤٧) راجع القرار الصادر في الدعوى رقم ١٥٦٩ لسنة ١٩٧٠ لدى محكمة التحكيم فى غرفة التجارة الدولية. مشار اليه في مقال ديرانس المشار اليه ص ١٣٩. وفى هذا النزاع . كان البند من مشارطة التحكيم يقضى باتباع لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية. وقد استنتج المحكم من هذا الاختيار عدم خضوع النزاع لاى من القوانين الوطنية التى كانت لها صلة بموضوع النزاع. وقد كانت القانون الالمانى والقانون الهندى.

او استخراج الثروات الطبيعية كالبترول (٤٨) والمناجم ، او عقود التوريدات الصناعية او عقود استيراد او استغلال التكنولوجيا او الاستثمارات المالية بين الدول ورعايا الدول الاخرى (٤٩) .

واذا كان صحيحا ان الكثير من هذه العقود State contracts التي تبرم بين الدولة او احدى هيئاتها او مؤسساتها العامة وبين رعايا الدول الاخرى من الاشخاص الخاصة ، تخضع المنازعات التي تثور بشأنها لنظام التحكيم (٥٠) . واذا كان صحيحا كذلك ان قانون الارادة الصريحة هو الذي يسري في هذه الحالة . واو لم يكن هو قانون الدولة طرف النزاع ما دامت هذه الدوله قد ارتضت ذلك . والدليل على ذلك ما تشير اليه المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن (مارس ١٩٦٥) والمعروفة باسم اتفاقية الـ (B.I.R.D.) والخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الاخرى ، والتي تقضي بسريان القانون الذي يختاره المتعاقدان والا سرى قانون الدولة المضيفة للاستثمارات .

اذا كان ذلك صحيحا فان تحديد القانون الذي يحكم موضوع المنازعة، في حالة عدم الاختيار الصريح لقانون معين ، يثير الكثير من الجدل بل والصعاب ذلك لان الامر يتعلق من ناحية ، بمبدأ هام وهو « الحصانة القضائية » للدولة ، الذي يعني ، في مثل هذه الحالة ، عدم خضوع الدولة طرف النزاع

---

٤٨) راجع تفصيلا في ذلك :

F. A. Mann. State contracts and international arbitration. in Brit. year Book of international law.

١٩٧١ ص ٣٧ ومابعدها

G. kojanek. legel nature of agreements concluded by private entities withe foreign state

مجلة اكاديمة لاهاى ١٩٦٨ ص ٢٩٩ ومابعدها

J. Verhoven. contrats entre Etats et ressortissants d'autres. Etats

مقال في «العقد الاقتصادى الدولى -دراسات جان -بان -المرجع السابق ١٩٧٥ ص ١١٥ -١٥٠

وايضا راجع :

F.J. Dreehange. L'orbitrage entre les Etats et les societes etrangeres. in Melanges Gidel.

بار يس ١٩٦١ ص ٣٦٧ -٣٨٢

٤٩) راجع على سبيل المثال :

G. Farman forma. the oil agreement between Iran and the international oil consortium. in Texas law Review

عدد ٣٤ -ص ٢٥٩ ومابعدها .

٥٠) راجع G. R. Delaume. la convention pour le reglement des diffenends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

جر يدة القانون الدولى ١٩٦٦ ص ٢٦ -٦١ .

لقانون اجنبي ولو كان قانونا محايدا . ومن ناحية اخرى فانه احيـــانا ما تتضمن تشريعات الدول نصوصا وطنية تحدد القانون أو القواعد التي تحكم النزاع في مثل هذه الحالة (٥١) ، فضلا عما قد تحتويه أحيانا بعض هذه العقود من امارات أو اشارات ذات طابع سياسي تتعلق بضرورة احتـــرام مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الذي لا بد وان تنعكس اثـــارة ، بصورة أو بأخرى ، على الحلول القانونية للمنازعات التي تثور بشأنها (٥٢) ، وتتخذ هذه المسألة ابعادا خاصة ، في الواقع ، في علاقات التجارة الدولية بين الدول الصناعية المتقدمة وبين الدول الاخذة في النمو ، فيما يعرف اليـــوم باسم النظام الاقتصادي الدولي الجديد (٥٣) .

١٣ — ويبدو واضحا ان أحكام القضاء الداخلي وقرارات التحكيـــم التجاري الدولي تتضارب ، عند معرض تبيانها للقانون الذي يحكم موضوع المنازعات في مثل هذه العقود وذلك في حالة غياب الاختيار الصريح لقـــانون وطني معين . اذ بينما تقرر محكمة النقض الفرنسية ، في بادىء الامر ، ان غياب الاختيار الصريح لقانون وطني ليحكم موضوع منازعات الدولة المتعاقدة مع رعايا الدول الاخرى يعني بالضرورة وجود قرينة على ان قانون هذه الدولة ، يكون هو قانون الارادة المفترضة الذي يجب ان يحـــكم موضـــوع

---

٥١) ومع ذلك فان البعض مازال يرى انه في مثل هذه العلاقة التعاقدية بين الدولة ورعايا الدول الاخرى يجب التفرقة بين ما اذا كانت العلاقة التعاقدية تتعلق بسيادة الدولة ومرافقها العامة، وفي هذه الحالة يتعين ابعاد النزاع فيها عن مجال التحكيم التجارى. وعلى العكس اذا تعلق نشاط الدولة، في مثل هذه العلاقة، بنشاطات ذات طابع تجارى تنزل فيه الدولة منزلة الافراد، فانه يكون من الطبيعي خضوع المنازعات التى تتعلق بهذا النوع من النشاط لنظام التحكيم التجارى. راجع في ذلك تقر ير الاستاذ الارجنتينى Mario Feldmen لدى الجمعية الدولية للقانون الدول ـ لاهاى ١٩٧٠ مشار اليه في تقر ير مؤتمر موسكو للتحكيم التجارى الدول ١٩٧٢ مجلة التحكيم ١٩٧٢ ص ١٦٣ ـ ٤٥٨ راجع خصوصا ص ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

٥٢) راجع على سبيل المثال : نص المادة ١٠ من قانون البترول الليبى الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٥ والتى تحدد مبادىء القانون لقانون الدول والمبادىء العامة في القانون الليبى .وراجع في تطبيق هذا النص حكم التحكيم الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٧ بين شركتى Texaco calasiatic وبين الحكومة الليبية. جر يدة القانون الدول ١٩٧٧ ـ ع٢ ـ ص ٣٥٠ ومابعدها.

٥٣) راجع في ذلك

G. Elian: le principe de la souvrainite sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international

مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٧٦ ـ جـ ١ ص ـ ٨٠

نزاع (٥٤) ، فانها سرعان ما تعود في حكم اخر لتتراجع عن هذا القضاء (٥٥) . اما « قضاء » التحكيم التجاري الدولي ، فانه يستخدم في هذا الشأن المؤشرات العامة لاستظهار قانون الارادة المفترضة او الضمنية . فتارة نجد بعض قرارات هذا التحكيم تغلب قانون محل التحكيم ، اي قواعد القانون الدولي الخاص للدولة التي يختار خصوم المنازعة اقليمها كمكان للتحكيم(٥٦) ، او قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع(٥٧) ، وتارة اخرى نجد ان بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي تطرح جانبا القوانين الوطنية المحتملة تطبيقها على موضوع النزاع ، كما تطبق ما اصطلح عليه بـ « المبادىء العامة والمشتركة للدول المتمدينة » . وهو مصطلح استخدم لاول مرة سنة ١٩٥١ في قرار التحكيم الذي اصدره اللورد Asquith of Bishoptone (٥٨) ، في النزاع بين شيخ أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة P.D.F. وقد استبعد هذا المحكم الانجليزي قانون أبو ظبي باعتباره قانونا متخلفا (!!) لا يمكن استخدامه لتفسير أو لحكم المعاملات التجارية الحديثة . واعمل المحكم على النزاع ما اسماه بـ « المبادىء المستخدمة والمطبقة في الدول المتحضرة » أو ما اسماه « بالقانون الطبيعي الحديث » Modern law of Nature . واعمل المحكم في النزاع القانون الانجليزي بدعوى انه يمثل — في رأيه — المبادىء العامة في الدول المتحضرة . ولقد استخدم نفس المصطلح في تحكيم شركة ارامكووالسعودية ، وهو الخلاف الذي حسم بقرار حكيم صدر في ٢٣ اغسطس ١٩٥٨ واصدره الاستاذ G. Sauser Hall ، والذي

---

٥٤) راجع في هذا الموضوع :

D. carreau: Le nouvel ordre économique international

جريدة القانون الدولي ١٩٧٧ ـ ع ٣ ـ ص ٥٩٥ـ ٦٠٥.. وراجع كذلك

G. Feuer: Les Nations unies et le nouvel ordre economique

المجلة السابقة ١٩٧٧ ـ ع٣ ـ ص ٦٠٥ ـ ٦٢٩

٥٥) راجع : نقض فرنسي : ١٢ يوليه ١٩٢٩ د اللوز ١٩٣٠ ـ ١ ـ ص ٤٩ ـ ٤٧.

٥٦) راجع: نقض فرنسي ٣١ مايو ١٩٣٢ ـ داللوز ١٩٣٣ ـ ١ ـ ص ١٦٩.

٥٧) راجع على سبيل المثال قرار التحكيم الذى اصدره الاستاذ P. Cavan في النزاع بين شركة Sapphire international للبترول وبين شركة البترول الايرانية: منشور في الحوليات السو يسر ية للقانون الدولى ١٩٦٢ ص ٢٧٣ ـ ٢٠٣.

٥٨) راجع : قرار التحكيم رقم ١٥٢٦ لسنة ١٩٦٨ الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، منشور في جر يدة القانون الدولى ١٩٧٤ ـ ع ٤ ـ ص ٩١٥ ـ ٩١٨.

رفض فيه تطبيق القانون السعودي المستمد من الشريعة الاسلامية بدعوى « عدم احتوائه لاي حل للمشكلة المطروحة » وطبق على النزاع ما اسمي بالمبادىء العامة للقانون (٥٩) . Principes generaux de Droit

وكذلك فعل قرار التحكيم الذي صدر في ١٩ فبراير ١٩٧٧ في شأن النزاع بين الحكومة الليبية وبين شركتي Texaco Galasiatic للبترول (٦٠) . وفي هذا التحكيم ، الذي لجأ فيه المحكم الى حيل واضحة ، استبعد القانون الليبي لصالح « المبادىء العامة في القانون الدولي » بدعوى « تعارض أو مناقضة هذا القانون لبعض هذه المبادىء » وذهب المحكم الى القول بان اعمال المبادىء العامة للقانون لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع ، أو لعدم توافقه أو ملاءمته مع طبيعة العلاقة (بين الدولة واحد الاشخاص الاعتبارية الاجنبية) وانما ايضا بقصد « حماية المتعاقد الاجنبي من التغيرات التي تقررها الدولة في تشريعاتها الداخلية بما يؤدي الى الاخلال بالتوازن في العقد » .

١٤ ــ ونحن نعتقد ــ من جانبنا ــ ان هذا الاتجاه الاخير في قرارات التحكيم التجاري الدولي لاستبعاد القوانين الوطنية للدول المتعاقدة اطراف العلاقة التعاقدية مع الشركات الاجنبية الخاصة وتطبيقها لما يسمى بالمبادىء العامة « في الدول المتمدينة » أو المبادىء العامة في القانون او بما يسمى أحيانا بـ « قانون الشعوب الجديد » هو موقف غير مبرىء . ذلك لان استبعاد القوانين الوطنية للدول اطراف المنازعات التي تنشب مع الشركات الاجنبية الخاصة غالبا ما يخفي وراءه موقفا غير حيادي بالنسبة لمشكلة تعتبر من أعقد المشاكل التي واجهت وتواجه الدول النامية ، لا سيما بعد الحرب العالمية الثانية . وهي السيطرة على ثرواتها الطبيعية وتوكيدا لاستقلالها الوطني .

ولقد اتخذت قرارات المحكمين من دول الغرب موقفا واضحا من هذه

---

(٥٩) راجع قرار التحكيم الذى صدر في ٢٨ اغسطس ١٩٥١ منشور في
The International and compartive law quarterly.
١٩٥٢ ص ٢٤٧ ومابعدها
وايضا منشور في . المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ١٩٥٦ ص ٣٠٢ تعليق هنرى بانيفول.

(٦٠) راجع الحكم المنشور في : المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ١٩٦٣ ص ٢٧٢ وما بعدها. راجع خصوصا ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

المشكلة بعد حركة التأميمات او المصادرة التي اجرتها الدول النامية حيث اعتبر ذلك ، في نظر الفقه القانوني الرأسمالي ، عملا غير مشروع ومخالفا لما اسموه « بالنظام العام الدولي » (٦١) . بل لقد ذهب البعض الى حد الزعم بأن التأميم أو المصادرة هو « اثراء بلا سبب مشروع من جانب الدول المؤممة (٦٢).

وانطلاقا او تأثرا بهذا الموقف غير الحيادي ، كثيرا ما استبعد المحكمون تطبيق القوانين الوطنية للدول النامية بدعوى تعارضها مع « النظام العام الدولي » المدعى به ، والذي يتطابق في سماته وقسماته مع « المبادىء العامة للدول المتحضرة (!!) ولا يعدو هذا الموقف — في راينا — وكما أشار الى ذلك الاستاذ Ender Ustor ان يكون مجرد « اعمال قانون القوي على الضعيف » (٦٣) ، ويحيل مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية ، الى سيادة شكلية وخاوية المضمون(٦٤) . رغم أن هذا المبدأ قد أصبح منذ قرار الامم المتحدة رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٥٢ من المبادىء التي ترسخت في ضمير المجتمع الدولي ، بغض النظر عن نوع الحكومات أو شكلها (٦٥) . وأصبح

---

٦١) راجع الحكم منشور في جريدة القانون الدولي ١٩٧٧ ـ ع ٢ ص ٣٥٠ ـ ٣٨٩ راجع خصوصا ص ٣٥٨. وراجع كذلك تعليق.

J.f. La live: Un grand arbitrage petrolier entre gouvernement et deux societes etrangéres

المجلة السابقة ١٩٧٧ ص ٣١٩ ـ ٣٨٩.

٦٢) راجع على سبيل المثال :

I. seidel-Hohenveldren:Confiscation et expropriation en droit internertional

جريدة القانون الدولي ١٩٥٦ ج ١٠ ـ ص ٣٨١ ـ ٤٤١ راجع خصوصا ص ٣٨٥.

٦٣) راجع

F. Munch : les effets d'une nationalisation a l'étranger

مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٥٩ جـ ٣ ـ ص ٤١١ ـ ٤٩٦ راجع خصوصا ص ٤٦٥.

٦٤) راجع :

E. Ustor: Developpement progressif de droit commercial international. in. Ann. français de Dr.international.

١٩٦٧ ـ ص ٢٨٩ ـ ٣٠٦ راجع خصوصا ص ٣٠٤

٦٥) A. Mahiou: Les implications du nouvel ordre economique et le droit international.

المجلة البلجيكية للقانون الدولي ١٩٧٦ ـ ع ٢ ص ٤٢١ ـ ٤٥٠ راجع ص ٤٣٢ .

من حق الدولة ان تقدر ضرورات تاميم ثرواتها الطبيعية بمحض اختيارها ولا رقابة على قرارها ، ولا يجوز المحاجة في ذلك سواء لاعتبارات سياسية او اقتصادية ، بل وقانونية . واصبحت المشكلة الان هي مشكلة ، التعويض . وحتى في هذا التعويض اصبح ينظر في تقديره الى عدة اعتبارات منها ، الارباح الخيالية التي حققتها الشركات الاجنبية المؤممة ومدى ما كانت تتمتع به من امتيازات (٦٦).

١٥ — وفي راينا انه ما لم ينص في مشارطة التحكيم ، او في العقد مثار المنازعة ، على ان النزاع في مثل هذه الحالة يكون على مقتضى مبادىء العدالة وتعطى للمحكم سلطة صريحة وواضحة في هذا الشان ، فان سكوت اطراف المنازعة التي تنشب بشأن ما يعرف بعقود State Contracts ، يجب ان يفسر على ان ارادة الاطراف تتجه — كقاعدة عامة — نحو قانون الدولة طرف النزاع . وكما يرى البعض(٦٧) — بحق — فان اختيار قانون الدولة المتعاقدة في مثل هذه الحالة لايعدو كونه قانوناً للارادة المفترضة وليس مجرد امتياز يقرر لمصلحة هذه الدولة . واذا كان ثمة ضرورة من استلهام المحكم في قراره لمبادىء القانون الدولي ، او حتى قانون الدول المتمدنة ، فان ذلك لا يعني بالضرورة ان يكون هذا الاستلهام منحازا ، بل يتعين ان يكون محايدا وذلك بالنظر الى اختلاف التركيبات الاقتصادية والاجتماعية بل والايديولوجية التي يعرفها عالم اليوم .

ولقد طبقت بعض قرارات التحكيم التجارى الدولي الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس ، هذا الاتجاه ، في نزاع نشب بين دولة افريقية واحد الاشخاص من رعايا بلجيكا . وكان موضوع العقد امتيازا منح لهذا الشخص في شراء منتجات المناجم على اقليم تلك الدولة . وقد نشب النزاع ، الذي عرض على التحكيم ، عندما قامت حكومة هذه الدولة بالغاء هذا الامتياز قبل حلول أجل انتهائه . وقد أعمل المحكم قانون هذه الدولة ، رغم ان العقد ،

---

٦٦) راجع : ج اليان. المقال السابق .مجلة اكاديمة لاهاى ١٩٧٦ .جـ١ .ص ١ .٨٠ راجع خصوصا ص ٩.

٦٧) راجع في ذلك G. Feuer المقال السابق: جريدة القانون الدولى ١٩٧٧ .ع ٣ .ص ٦٠٥ .٦٢٩ راجع خصوصا ص ٦٠٩ .٦١١.
وراجع كذلك :
J. Combacau: La crise de l'energie au regard du droit international.
دراسات ومناقشات .جامعة كان (فرنسا) ١٩٧٥ طبعة باريس ١٩٧٦ ص ٣ .٣٨.

وقد كان عقدا دوليا ، كان قد وقع في بروكسل ومع احد رعايا بلجيكا وقال المحكم في قراره « ان القانون الذي يطبق على العقد مثار النزاع هو ، في حالة غياب الاختيار الصريح للاطراف ، قانون الدولة طرف العقد ، بالرغم من ان العقد قد ابرم في بروكسل ومع احد الرعايا البلجيكيين ، وبالرغم من صفته الدولية »(٦٨) .

الفـــرع الثـــاني

ــ تطبيق المحكم لقانون وطني من خلال اعمال قواعد تنازع القوانين : القاعدة العامة : حرية المحكم الدولي

١٦ ــ أوضحنا فيما سبق ، انه اذا لم يعين أطراف المنازعة المطروحة على التحكيم القانون الذي يحكم موضوع منازعتهم ، سواء بشكل صريح أو عن طريق المؤشرات الضمنية ، فانه يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة ،اي تبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، من خلال اعماله لقواعد تنازع القوانين .

ويجدر القول ، ابتداء ، ان الامر يختلف في هذا الصدد بالنسبة للمحكم الدولي عنه بالنسبة للقاضي الوطني . ذلك لانه اذا كان هذا الاخير مقيدا باتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه Lex fori ، اي لقانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه ويتعين عليه بالتالي اتباع قواعد الاسناد التي يرسمها هذا القانون للاهتداء الى القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح عليه ، اذا كان الامر كذلك بالنسبة للقاضي ، فانه يختلف تماما بالنسبة للمحكم الدولي ، ذلك لان المحكم الدولي ، وكما سبق القول ــ ليس له قانون اختصاص ولا يصدر قراره باسم هذه الدولة أو تلك ، ومن ثم لا يخضع بالتالي لسيادة Souverainte اية دولة حتى ولو كانت هي أو احد رعاياها طرفا في المنازعة التي تطرح على التحكيم .

ولقد اكدت بل والحت على تلك الحقيقة الكثير من قرارات التحكيم

---

٦٨) راجع :

F.A. Mann: The theortical approach towards the governing : Contracts between States and Private persons.

المجلة البلجيكية للقانون الدول ١٩٧٥ ص ٥٦٢ ومابعدها راجع ص ٥٦٤ ـ ٥٦٥.

التجاري الدولي(٦٩) ، الذي يذهب احداها الى القول بان « المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون اختصاص Lex fori يستطيع على هداه تطبيق قواعد تنازع القوانين »(٧٠) . ويقول آخر « اذا كان من المعروف ان للقضاة سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال اتباعهم لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالدولة التي يقيمون العدل باسمها ، فان المحكمين الدوليين لا يستطيعون الالتجاء الى مثل هذه الطريقة وتلك القواعد ، بحسبان انهم لا يستمدون سلطاتهم في (القضاء) في المنازعات من اية دولة (٧١)

١٧ ــ وعلى ذلك يتمتع المحكم ، على خلاف القاضي الداخلي ، بقدر من الحرية أو السلطة التقديرية . عند معرض بحثه عن القانون الذي يمكن أن يحكم موضوع النزاع ، من خلال اعماله لقواعد تنازع القوانين . ولقد أكدت تلك الحرية التي يتمتع بها المحكم الدولي بهذا الخصوص ، بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي . مثل المادة السابعة / فقرة اولى من الاتفاقية الاوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف ١٩٦١) ، التي تقضي بانه في حالة غياب ــ اختيار الاطراف لقانون لحكم موضوع النزاع فانه « يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي **تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة** » وكذلك الامر بالنسبة للمادة الثالثة من اتفاقية « انتر ــ امريكان » الموقعة في بنما ١٩٧٥ والمعروفة باسم O.A.S. Convention

---

٦٩) راجع قرار التحكيم الصادر في الدعوى رقم ١٥٢٦ لسنة ١٩٦٨ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ببار يس جر يدة القانون الدولى ١٩٧٤ .ع ٤ .ص ٩١٥ .٩١٨ و يقول قرارا التحكيم المذكور».

"La loi applicable au contrat litigieux, dans l'absence d'un choix expres des parties, est celle de l'Etat (X). Bien que conclu à Bruxelles avec un belge, et malgré son Caractère international, ledit Contrat est soumis quant au fond à la loi de l'Etat (X). Il est évident en effet que telle était la volonte des parties.....".

٧٠) راجع القرار ١٧٧٦ لسنة ١٩٧٠ والقرار رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١ والقرار رقم ١٨٦٩ لسنة ١٩٧٢ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. منشورة فى مجلة التحكيم ١٩٧٢ ص ٩٩ ومابعدها.

٧١) و يقول هذا القرار رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١:

"L'arbitre international ne dispose pas de lex fori a laquelle il pourrait emprunter des regles de conflit des lois".

القرار منشور في جر يدة القانون الدولى ١٩٧٤ ص ٩٠٤ .٩٠٩.

كذلك تقر تلك الحرية للمحكمين المادة ٣/١٣ من اللائحة الجديدة لغرفة التجارة الدولية (الصادرة في يونية ١٩٧٥) ، والتي تقضي في حالة غياب قانون الارادة الصريحة أو الضمنية بان يطبق المحكم « **القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة بهذا الخصوص** » . وكذلك فعلت المادة ٣٨ من لائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الاوربية التابعة للامم المتحدة (يناير ١٩٦٦) ، والمادة السابعة / فقرة ١أ من لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الاقتصادية للامم المتحدة لدول آسيا والشرق الاقصى والمعروفة باسم C.E.A.E.O.

كذلك تقر لائحة قواعد التحكيم الخاصة الصادرة عن الامم المتحدة (١٥ ديسمبر ١٩٧٦) هذه الحرية للمحكمين ، اذ تقضي المادة ١/٣٣ بانه في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لاطراف المنازعة للقانون الذي يحكم الموضوع « فان محكمة التحكيم تطبق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي تراها ملائمة في هذا الخصوص (٧٢) .

ومن الطبيعي ان مثل هذه الحرية أو بمعنى ادق السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم الدولي في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، تضعه أمام الكثير من الخيارات النظرية بين النظم القانونية المختلفة، والتي يتعين أن يختار من بينها قواعد التنازع الاكثر ملائمة لطبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم .

ولا تعني تلك الحرية أو السلطة التقديرية للمحكم الدولي ، في مثل هذه الحالة ، اجتياز أو اختيار الطرق الاسهل بقدر ما تعني ، كما سبق القول — اختيار القانون الاكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع ، وبديهي أن تتعدد وتختلف اجتهادات المحكمين ، ومعهم الفقه ، بهذا الخصوص لتقديم الحلول التي يجد انصارها من خلالها الحلول الانسب في حالة غياب اختيار

---

٧٢) راجع القرار رقم ١٧٦٣ لسنة ١٩٧٠ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية : و يقول :

Bein qu'il soit generlement admis que les juges decident de la loi applicable en suivant les regles de conflit des lois de l'Etat au nom duquel ils rendent la justice, les arbitres ne peuvent avoir recours a des telles regles, dans la mesure ou ils ne reçoivent leur pouvoir d'aucun Etat".

وراجع كذلك في المعنى: لاليف المقال السابق -مجلة التحكيم ١٩٧٦ -ع ٣ -ص ص ١٥٥ -١٨٣ راجع خصوصا ص ١٥٩.

الخصوص الصريح أو الضمني لقانون وطني ليحكم النزاع . وبمعنى آخر فانه بالنظر الى عدم وجود قانون اختصاص ، أو قانون دولة القاضي Lex fori أمام المحكم الدولي ، فان سلطة هذا الاخير لا تعدو كونها في الواقع سوى سلطة ترجيح لاحد القوانين الوطنية على البعض الاخر .

ولقد تعددت واختلفت هذه الاجتهادات التي — ربما — تأثر البعض منها أما باعتبارات عملية أو بالمعطيات الثابتة في القانون الدولي الخاص بمنهاجه التقليدي .

١٨ — ولسنا نريد في هذا المقام التصدي تفصيلا لهذه الاجتهادات بقدر ما سيكون هدفنا في هذا الصدد القاء الضوء على الحلول الاكثر شيوعا سواء في الفقه أو في قرارات التحكيم التجاري الدولي ، بحسبان انه يمكن القول انه قد اصبح للتحكيم التجاري الدولي قانونه الدولي الخاص ، الذي ينطلق هو الاخر من اعتبارات تخص في المقام الاول معطيات التجارة الدولية .

حدود حرية المحكم الدولي : القانون الانسب والاكثر ارتباطا بموضوع النزاع .

١٩ — وبداية يمكن رصد بعض الاتجاهات التي ظهرت بهذا الصدد والتي تتفاوت بقدر أو بآخر من حيث رجحانها في الفقه أو في قرارات التحكيم التجاري الدولي . غير ان هذا التفاوت ينطلق أساسا من ضرورة ان تكون حرية المحكم الدولي في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، هي « حرية وظيفية » ، أي ان يستخدمها المحكم في البحث عن القانون الانسب أو الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع ، ولا يبدو فيها اختيار المحكم للقانون الذي يحكم النزاع مجرد اختيار عشوائي .

٢٠ — ومن بين هذه الاتجاهات ، ذلك الاتجاه الذي يرى انه في حالة غياب اختيار الخصوم في منازعات التجارة الدولية لقانون وطني لحكم موضوع النزاع صراحة أو ضمنا ، يستطيع المحكم الدولي ان يلجأ الى حكم قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو الدولة التي يقيم فيها اقامة دائمة . بدعوى ان المحكم سيكون أكثر المامًا بمثل هذه القواعد ، كما ان اختيار الاطراف لمثل هذا المحكم ينبىء — عن نية الاطراف في الرغبة في تطبيق

قواعد تنازع القوانين لخاصة بالنظام القانوني للمحكم المختار (٧٣) .

وتكفي ادانة لمثل هذا الاتجاه ، كما يرى بحق الاستاذ P.A. Lalive(٧٤) ما ينطق به من شك حول « القدرات العقلية والكفاءة بالنسبة للمحكمين » ، فضلا عما يتمثل فيه من التفاف حول قواعد تنازع القوانين ذاتها ، وما قد يترتب عليه من تطبيق لقانون وطني ليس له أدنى صلة بموضوع النزاع ويكون بمثابة التطبيق الجزافي لقواعد قانونية ربما لم يخطر على بال أطراف الخصومة .

٢١ ــ كذلك يمكن القول ان المحكم الدولي يستطيع في حالة غياب **الاختيار الصريح أو** الضمني لقانون الارادة ، البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال اعمال قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولة الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك لاطراف النزاع .

لكن هذا الاختيار كثيرا ما يصعب تحقيقه في معاملات مثل معاملات التجارة الدولية وتحكيم مثل التحكيم التجاري الدولي . حيث ان الغالب انه لا يكون لاطراف المنازعة جنسية واحدة أو موطنا موحدا يمكن القول معه انه يكون بمقدور المحكم الدولي اعمال قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولة هذا الموطن **الواحد أو المشترك لاطرف** النزاع (٧٥)

٢٢ ــ وثمة اتجاه ثالث يرى البعض الاخذ به مثل الفقيه E.Mezger اذ يرى ان يتوحد القانون الذي يحكم موضوع المنازعة مع القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم . أي يرى ان القانون الذي يختار لحكم اجراءات سير المنازعة ، سواء صراحة أو ضمنا ، هو الذي يجب ان يحكم موضوع المنازعة

---

٧٣) ويقول النص بالانجليزية :

"Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable".

٧٤) راجع :

H. Batiffol: L'arbitrage et les conflits des lois

محاضرة في مركز القانون المقارن .باريس .مايو ١٩٥٧ مجلة التحكيم ١٩٥٧ ص ١١١ ومابعده.

٧٥) راجع مقالة السابق. مجلة التحكيم ١٩٧٦ ص ١٥٥ ومابعدها راجع خصوصا ص ١٦٠ .

والعكس بالعكس (٧٦) . وبمعنى آخر انه يتعين اعمال قواعد تنازع القوانين في القانون الذي اختير لحكم اجراءات سير المنازعة ليتحدد على ضوئها القانون الذي يحكم موضوع النزاع .

غير ان هذا الاتجاه وان كان يرتكز — في اعتقادنا — على اعتبارات عملية تحدوها الرغبة في التيسير على المحكم ، الا ان اختيار قانون لحكم اجراءات التحكيم لا يعدو كونه مؤشرا ثانويا لا يعتد به كاساس للقول بان على المحكم ان يعمل قواعد التنازع فيه ليتحدد على ضوئها القانون الذي يحكم النزاع(٧٧) ، فضلا عن ان هذا الاتجاه لا يصلح اساسا بالنسبة لتحكيم هيئات ومراكز التحكيم الدائمة التي تنظم لوائحها ، كما سبق البيان ، اجراءات سير المنازعة ، وتحدد للمحكم الكيفية التي يختار بها القانون الذي يحكم موضوع المنازعة ، وهي اساسا قانون الارادة ، والا فان المحكم يطبق قواعد تنازع القوانين التي يراها مناسبة أو التي تكون اكثر ملائمة في خصوص النزاع .

وحتى بالنسبة لتحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر AD Hoc فان اختيار قانون لحكم اجراءات سير المنازعة يتم غالبا على ضوء اعتبارات لا تتسق في الغالب مع تلك التي يجب على المحكم البحث عنها والسير على هديها بالنسبة للبحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لاطراف النزاع لمثل هذا القانون . وبمعنى آخر فانه بينما يكون توطين التحكيم بالنسبة لاجراءات سير المنازعة يغلب عليه « التوطين الجغرافي » ، فانه بالنسبة لحكم موضوع النزاع يجب ان

---

(٧٦) راجع في هذا المعنى :

B. Hanotiou et P. Jenard . Les clauses relatives aux contrats dans l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles.

مقال في «العقد الاقتصادى الدولى اعمال جان دابان ـ المرجع السابق بار يس بروكسل ١٩٧٥ ص ٤١ ـ ٦٦ راجع خصوصا فقرة ٢٧ ص ٥٣ ـ ٥٤.

(٧٧) راجع مقاله بعنوان .

La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangeres et la doctrine de l'autonomie de la volonte en matière d'arbitrage international de droit prive. in. Melanges Maury.

بار يس ١٩٦٠ ـ جـ ١ ـ ص ٢٧٣ ـ ٢٩١ راجع خصوصا ص ٢٩٠ وراجع كذلك: قرار التحكيم (الحيثيات) رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١ عن غرفة التجارة الدولية المشار اليه .

يكون هذا التوطين « قانونيا » أي البحث عن « القانون الانسب ، Poper Law لحكم موضوع المنازعة على حد تعبير الفقه الانجلو ـــ امريكي ، وهو القانون الذي يكون اكثر ارتباطا وبصفة جوهرية بالعقد مثار المنازعة (٧٨) أي القانون الذي يمثل مركز الثقل Centre de gravite بالنسبة للقوانين المحتمل تطبيقها .

٢٣ـ كذلك يرى البعض الاخر من الفقه التقنيدي مثل الفقيه الايطالي Anzilotti (٧٩) ، ان المحكم الدولي يستطيع تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال اتباعه قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة التي كان من المفروض ان تختص بالفصل في النزاع والتي استبعدت بمقتضى شرط أو اتفاق التحكيم . وبمعنى أخر يرى هذا الاتجاه ان يعمل المحكم قانون القاضي الذي « استبعد » Evincee اختصاصه بمقتضى شرط التحكيم .

وبديهي انه ليس من الصعب ، كما يرى البعض (٨٠) ، الوقوف على مدى وهن هذا الاتجاه لانه ، من ناحية ، يهدر اساسا الحكمة من قيام نظام التحكيم التجاري الدولي وهي في المقام الاول ، وكما سبقت الاشارة (٨١) اعتناق التجارة الدوليه في شان ما يثار فيها من منازعات من الخضوع لقواعد

---

٧٨) راجع فى هذا المعنى : كلاين : المقال السابق الاشارة اليه. راجع فقرة ١٣٤ ص ٢٥٥ وفيه يشير الى نقض ايطالى (٢٧ ديسمبر ١٩٤٨) يرفض مثل هذا الاتجاه وراجع ايضا: فراجستراس المقال السابق راجع خصوصا ص ٨ ـ ٩.

٧٩) راجع فى هذا المعنى : جان لو. المقال السابق في «العقد الاقتصادى الدولى» اعمال جان دابان . ص ١٥١ ـ ١٦٧ راجع خصوصا ص ١٦١ ـ ١٦٢ وراجع فى تطبيق هذه الفكرة قرار التحكيم رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١ الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ببار يس. جر يدة القانون الدولى ١٩٧٤ ص ٩٠٥ ـ ٩٠٩. وكان النزاع قد نشب بين بنك باكستانى وشركة هندية بخصوص ضمان صادرمن هذا البنك للشركة الهندية. وهو ضمان الغاه البنك المذكور نتيجة النزاع المسلح الذى نشب بين الهند و باكستان سنة ١٩٦٥.

٨٠) راجع تفصيل هذا الراى فى :
G. Sauser-Hall : L'arbitrage en droit international.
تقر ير مقدم الى معهد القانون الدولى منشور فى . منشور في حوليات القانون الدولى (بالفرنسية) ١٩٥٢ جـ٢ ص ٤٩٦ ـ ٦١٣ راجع خصوصا ص ٥٥١ وما بعدها.

٨١) راجع : لاليف : قواعد تنازع القوانين التى تطبق على موضوع النزاع في التحكيم الدولى: المقال السابق الاشارة اليه. مجلة التحكيم ١٩٧٦ ـ ع ٣ ـ ص ١٥١ ومابعدها، راجع خصوصا ص ١٦١ ، وايضا كلاين: المقال السابق : مبدأ سلطان الارادة والتحكيم المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ١٩٥٨ ص ٢٥٥ ـ ٢٨٤ ، ومن ص ٤٧٩ ـ ٤٩٤.

تنازع القوانين كما تعرفها التشريعات الوطنية وتفرضها على قضاتها في ذات الوقت الذي يحكم في هذه المنازعات على ضوء قانون او قواعد تكـــون الانسب موضوعيا لطبيعة المنازعة ولاطرافها على حد سواء ذلك لان المنهج التقليدي في القانون الدولي الخاص لم يعد مؤهلا ، الان ، وباعتراف بعض ائمة هذا القانون ، مثل هنري باتيفول (٨٢) ، لحل المشاكل التي يطرحها واقع العلاقات القانونية الخاصة في مجال مثل التجارة الدولية . ومن ناحية اخرى ، حتى بفرض لجوء المحكم الدولي الى مثل هذا الاتجـــاه فانه سيجد نفسه امام « حلقة (٨٣) مفرغة Cercle Vicieux بحسبان انه يتعين على المحكم اولا البحث عن الطريقة التي تتحدد على اساسها المحكمة التي كان من المفروض ان تتصدى لحكم النزاع في حالة عدم وجود شرط او اتفاق التحكيم . ثم يقوم بعد ذلك بتطبيق قواعد التنازع المقررة في قانون هـــذه المحكمة التي استبعد اختصاصها .

٢٤ـ كذلك يمكن للبعض القول ان للمحكم الدولي ، في حالة غياب الارادة الصريحة او الضمنية لخصوم المنازعة ، أن يبحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال اعماله لقواعد التنازع في قانون الدولـــة التي سيجري فيها تنفيذ القرار الذي يصدره في المنازعة التي طرحت على التحكيم (٨٥)

وربما يعكس هذا الاتجاه القلق الذي يساور المحكم الدولي ويضعه في اعتباره دائما ، الا وهو مصير القرار الذي يصدره في الدولة التي يطلب اليها تنفيذه ، وذلك بحسبان أن لسلطات هذه الدولة ، وفقا لحكم المـــادة الخامسة / فقرة ١/ب من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الاجنبية ، رفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم اذا تبـــين لها أن في الاعتراف بقرار المحكم أو تنفيذه ما يخالف النظام العـــام فـــي هذه الدولة ، على الاقل بمفهومه الدولي . وتحسبا لذلك يقدر البعض ان يحسن

---

٨٢) راجع ماسبق فقرة ٢٣.

٨٣) راجع مقاله بعنوان :
Le pluralisme des methodes en droit international privé
مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٧٣ ـ جـ٢ ص ٧٥ ـ ١٤٥.
راجع خصوصا ص ١٠٧.

٨٤) راجع : لاليف ـ المقال السابق ـ ص ١٦١ .

٨٥) راجع : فوشار : رسالة الدكتوراه المشار اليها. فقرة ٥٥٩ ص ٣٧٩.

بالمحكم تطبيق القانون التي تعينه قواعد التنازع في القانون الدولي الخـــاص بدولة التنفيذ .

ومن الملاحظ ان هذا الاتجاه يستبق عمل المحكم في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، بصعوبات عملية يتعين على المحكم حلها ابتداء ، وهي في الاساس ضرورة تحديد الدولة التي سينفذ قرارها على اقليمها . ويمكن أن نتساءل مع البعض (٨٦) ، كيف يتسنى للمحكم مثل هذا الامر علـــى وجه الدقة ؟ وما العمل اذا كان يتعين تنفيذ قرار التحكيم في اكثر من دولة (٨٧) فضلا عن ذلك فان هذا الاتجاه يخلط في الواقع بين مهمتين لشخصين مختلفين، **الاولى وهي مهمة** المحكم وتتلخص أساسا في تحديد القانون الذي يحـــكم موضوع النزاع على هدى قواعد تنازع القوانين ، **والمهمة الثانية** وهي تثور أمام القاضي الوطني في دولة التنفيذ ، وهي المشكلة التي تخص الاذن بتنفيذ قرار التحكيم الصادر في المنازعة.وموقف قاضي دولة التنفيذ في هذا الخصوص على ضوء قواعد النظام العـــام في دولته ، وما قد يؤدي ذلك الى منح أو رفض الاذن بتنفيذ القرار (٨٨) .

٢٥ـ واخيرا فان ثمة اتجاه يتزعمه الاستاذ G. Sauser-Hall (٨٩) ، وفيه يرى ، انطلاقا في المقام الاول من الطبيعة القضائية لنظام التحـــكيم التجاري الدولي ، انه في حالة غياب اختيار الخصوم في المنازعة اختيارا صريحا أو ضمنيا لقانون وطني لحكم موضوع النزاع ، فانه ليس أمام المحكم الا ان يعمل قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم ، **كما** يحدد القانون الذي يحكم موضوع المنازعة (٩٠) . وبمعنى أخر ، يـــرى الاستاذ « جورج سوزار هال » ان قانون الدولة التي يجري التحكيم عـــلى اقليمها يكون هو بمثابة قانون القاضي Lex fori بالنسبة للمحـــكم

---

٨٦) راجع : سوزار هال. التقرير السابق، كلاين . المقال السابق الاشارة اليه .

٨٧) راجع : لاليف : المقال السابق . راجع خصوصا ص ١٦٢.

٨٨) راجع : لاليف . المقال السابق.

٨٩) التحكيم في القانون الدولي الخاص. التقرير السابق. مقدم الى معهد القانون الدولي. منشور في حوليات القانون الدولي (بالفرنسية) ١٩٥٢ ص ٤٦٩ ـ ٦١٣ .

٩٠) و يقول في تقريره السابق : (ص ٥١٧) :

Si les parties n'ont pas: conclu d'accord au sujet du droit applicable, les regles de rattachement de l'Etat du Siège du tribunal arbitral séront appliquées par les arbitres pour resaudre le conflit de lois souleve devant eux par les parties."

الدولي . ليس فقط بالنسبة لاجراءات سير المنازعة ، بل وأيضا بالنسبة لقواعد تنازع القوانين التي يتحدد على ضوئها القانون الذي يحكم موضوع النزاع . واعمالا لهذه النظرية صدرت عن معهد القانون الدولي قواعد موحدة تم التصديق عليها في اجتماعات امستردام (١٩٥٧) ونيو شاتل (١٩٥٩) والمعروفة الان باسم قواعد « نيو شانل » (٩١) وتقضي المادة ١١ من هذه القواعد على أن « قواعد الاسناد السارية في دولة مكان التحكيم **يجب اتباعها** (من قبل المحكم) لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع(٩٢).

٢٦ـ ورغم ما يتميز هذا الاتجاه به من سمة موضوعية تضفي على التحكيم التجاري الدولي ، الطبيعة التضائية ، فضلاً عما يذهب اليه من توحيد القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم وموضوع المنازعة ، الا أن الفقه في مجموعة يقف من هذا الاتجاه موقف الرفض .

وتذهب غالبية الفقه(٩٣) الى القول بأن نظرية G. Sauser-Hall تخضع تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من قبل المحكم الدولي لنوع من « الصدفية » Occasionnel ، تلك التي سيتوقف عليها اختيار مكان التحكيم ، وقد يتعلق هذا الاختيار أحيانا بالارادة الشخصية أو حتى

---

٩١) راجع هذه القواعد منشورة في :
J. Rideau: L'arbitrage international public et commercial.
باريس ١٩٦٩ . ص . ٨٠ ـ ٨٥

٩٢) و يقول النص بالفرنسية :
"Les regles de rattachement en vigueur : de l'Etat du Siege du tribunal arbitral doivent être suivie pour determiner la loi applicable au fond du litigue".

٩٣) راجع في ذلك :
L. Kopelmanas : Quelques problemes resents de l'arbitrage commercial international.
المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٧ ـ جـ ٢ ـ ص ٨٧٩ ـ ٩١١. راجع خصوصا ص ٨٩٣، وايضا : فيليب فوشار. رسالة الدكتوراه المشار اليها. فقرة ٥٤٧ ص ٣٦٦.
وايضا راجع :
B. Goldman: Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit prive'.
مجلة اكاديمية لاهاي ١٩٦٣ ـ جـ ٢ ـ ص ٣٥١ ـ ٤٨٠ راجع خصوصا فقرة ١١ ص ٣٧٢ ومابعدها.
وايضا :
المجلة السابقة ١٩٦٧ ـ جـ ١ ـ ص٥٦٩ ـ ٧١١ راجع خصوصا ص ٦١٦ ـ ٦١٧. ومقاله السابق : مجلة التحكيم ١٩٧٦ ـ ع ٣ ـ ص ١٥٥ ـ ١٨٣ راجع خصوصا ١٧٠ ـ ١٧٥.

« بالمزاج السياحي » للمحكمين(٩٤) . فضلا عن أن هذا الاختيار قد لا يكون له ادنى صلة بالنزاع المطروح على التحكيم (٩٥) .

وبمعنى آخر فان « توطين » التحكيم توطينا « جغرافيا » أو حتى اجرائيا لا يعني بالضرورة توطينه « قانونيا » عند البحث عن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع (٩٦) .

ولقد اشار صاحب النظرية نفسه الى هذه البديهية عندما يقول « ان تحديد مكان محكمة التحكيم في بلد ما لا يؤدي بالضرورة الى خضوع أطراف المنازعة من حيث الموضوع ، الى قانون هذه الدولة » (٩٧) . وربما يرجع ذلك لسبب بسيط ، كما اشار الى ذلك بحق الاستاذ Ph. Fouchard (٩٨) ، الى أن المحكم الدولي وهو اذ يتصدي للفصل في النزاع ، فانه لا يستمد سلطاته في هذا الشأن من تفويض أيا كان نوعه من الدوله التي يجري على اقليمها التحكيم ، حتى يمكن فرض قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة على الحكم ، كأساس أو كمعيار لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع .

وفضلا عما تقدم فان ثمة صعوبة اخرى يمكن أن تثور دائما عند اعمال نظرية « سوزار ــ هال » ، الا وهي تحديد معنى « مكان التحكيم » أو « محل التحكيم » والذي يتحدد على ضوئه قانون القاضي Lex fori بالنسبة للمحكم الدولي ، والذي تتحدد على ضوء قواعد التنازع فيه القانون الذي يحكم موضوع النزاع . واذا كان صحيحا أن المادة الثانية من قواعد نيو شاتل ١٩٥٩(٩٩) تذهب الى تحديد معنى « مكان التحكيم » الا انها مع

---

٩٤) راجع في هذا المعنى : كلاين. المقال السابق . المجلة الاقتصادية للقانون الدولي الخاص ٥٨ ص ٢٥٥ ومابعدها راجع خصوصا ص ٢٨١، جولدمان المقال السابق. ص ٣٧٢. لاليف. المقال السابق مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٦٧ راجع خصوصا . ص ٥١٦.

٩٥) راجع : جولدمان. المقال السابق . راجع ص ٣٧٣.

٩٦) راجع في هذا المعنى أيضا لاليف المقال السابق مجلة التحكيم ٧٦ راجع خصوصا ص ١٧٠ .

٩٧) و يقول بالفرنسية :

P.A. Lalive : Problemes relatifs a' l'arbitrage international commercial.
"La fixation du siège du tribunal arbitral dans un pays n'entraine pas nécessairement la soumission des parties, quant au fond, à la loi du pays ....."

٩٨) راجع رسالته للدكتوراه . المرجع السابق الاشارة . راجع خصوصا فقرة ٥٤٣ ص ٣٦٨.

٩٩) و يقول نص المادة الثانية/ فقرة ٢ من قواعد نيوشاتل ١٩٥٩ : انه «في حالة اجتماع المحكمين بالتوالي في دول مختلفة، فان مكان التحكيم يعتبر مكان الانعقاد الاول مالم يتحفظ المحكمون لصالح مكان آخر «أما الفقرة الثالثة فتحدد مكان التحكيم في حالة اقامة المحكمين اقامة »

ذلك تعطي احتمالات تتسع فيها الاجتهادات مثل مكان « الاجتماع الاول » في حالة اجتماع المحكمين في دول مختلفة ، ما لم يتحفظ المحكمون لصالح مكان آخر . أو « مكان الاقامة العادية لرئيس هيئة أو محكمة التحكيم » في حالة اتصال المحكمين فيما بينهم دون اجتماعات ، أو « محل اقامة » المحكم الواحد اذا لم يوجد سوى هذا المحكم .

واخيرا فان اتخاذ قانون محل أو مكان التحكيم كقانون القاضي أو كقانون اختصاص Lex fori بالنسبة للمحكم الدولي ، يتحدد على ضوء قواعد التنازع فيه القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، وان صلح نسبيا وبصفة احتياطية في تحكيم الحالات الخاصة او التحكيم الحر AD Hoc ، الا انه ليس كذلك بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي أمام هيئات ومراكز التحكيم الدائم ، لا سيما ذات الطابع الدولي ، حيث لا يعني اختيار مكان هذه الهيئات اي معنى بالنسبة لقانون الدولة التي **تتواجد** على اقليمها ، بقدر ما يعني فقط الخضوع للوائح هذه الهيئات سواء من حيث اجراءات سير المنازعة ، أو من حيث سلطة المحكم في تحديد القانون لذي يحكم موضوع النزاع(١٠٠).

٢٧ـ ويمكن لنا من خلال رصد الاتجاهات السابقة ، ان نستخلص القاعدة الآتية : ان المحكم الدولي لا يتقيد سلفا في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لقانون وطني لحكم موضوع المنازعة ، باتباع تنازع القوانين في قانون معين ليتحدد على ضوئها القانون الذي يحكم موضوع النزاع . وانه في غياب قانون اختصاص أو قانون القاضي Lex fori محدد سلفا بالنسبة للمحكم الدولي ، فان هذا الاخير يقع على كاهله البحث عن اي قانون يكون الانسب موضوعيا لحكم موضوع النزاع . ويكاد يصبح هذا المعيار ، اي القانون « الانسب موضوعيا » ، من المبادىء التي ترسخت

» دائمة فى دول مختلفة، فتذهب الى انه في حالة اتصال المحكمين فيما بينهم دون اجتماعات، فان مكان التحكيم يكون هو مكان الاقامة العادية لرئيس محكمة أو هيئة التحكيم. فاذا لم يوجد رئيس، فان المكان يكون هو الذى يحدده الاطراف اتفاقا او يحدده المحكمون بالاغلبية. اما اذا لم يوجد الا محكم واحد فمكان التحكيم هو محل اقامة هذا المحكم.

وراجع في ذلك ايضا : A. Panchaud: Le siege d'arbitrage.
مجلة التحكيم ١٩٦٦ ص ٢ ومابعدها.

١٠٠) راجع فى هذا المعنى : لاليف المقال السابق. مجالة التحكيم ١٩٧٦ راجع خصوصا ص ١٧٣ - ١٧٤.

في لوائح هيئات التحكيم(١٠١)، أو في قرارات التحكيم التجاري الدولي(١٠٢). والتي أصبحت بمثابة السمات البارزة « **للقانون الدولي الخاص للتحكيم التجاري الدولي** » ، ان جاز القول ، والذي يبتعد رويدا رويدا عن المنهاج التقليدي للقواعد العامة للقانون الدولي الخاص في النظم القانونية المختلفة . بل ان بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي(١٠٣)، ومعها بعض الفقه(١٠٤) ، لا ترى بأسا من ان يستخدم المحكم الدولي هذه الحرية في البحث عن القانون الانسب ، التطبيق الجمعي application Cumulative للمبادىء المشتركة لقواعد التنازع في القوانين التي يرتبط بها النزاع اي تلك التي تتراءى للمحكم وكأنها تتجاذب فيما بينها حكم موضوع النزاع وذلك بالنظر الى صلتها الموضوعية بالنزاع الذي يتصدى للحكم فيه . ويستطيع المحكم عن هذا الطريق تخطي صعوبة تغليب أحد هذه القوانين على البعض الاخر ، واعمال قواعدها المشتركة طالما أنها تؤدي الى نفس النتيجة بالنسبة لتعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع(١٠٥) .

---

(١٠١) راجع على سبيل المثال في لوائح هيئات التحكيم الدائمة في الدول الاشتراكية : المادة ٣١ من لائحة التحكيم لدى غرفة التجارة البولندية (مايو ١٩٥٩)، والمادة ٢٨ من لائحة تحكيم «جيدنيا» الخاصة بالتحكيم في التجارة البحرية ولائحة تحكيم القطن في جيدنيا» (يناير ١٩٦٧) المادة ٢٧/أ، وراجع كذلك، المادة ٢٠/أ من لائحة تحكيم الصوف في جدينيا.

(١٠٢) راجع على سبيل المثال: قرار التحكيم رقم ١٤٢٢ لسنة ١٩٦٦ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. جريدة القانون الدولي ١٩٧٤ ـ ع ٤ ـ ص ٨٨٤ ـ ٨٨٨، وقرار التحكيم رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١، من المحكمة المذكورة المرجع السابق ص ٩٠٤ ـ ٩١٢، وقرار التحكيم رقم ١٧٥٩، لسنة ١٩٧١، من نفس المحكمة مجلة التحكيم ١٩٧٣ ص ٩٧ وما بعدها.

(١٠٣) راجع: قرار التحكيم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١ المشار اليه وما بعدها.

(١٠٤) راجع

Y. Derains: L'application cumulative par l'arbitre des systeme des conflits des lois interessees au litigue.

مجلة التحكيم ١٩٧٢. ص ٩٩ وما بعدها وأيضا: تعليقه على قرار التحكيم رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١ المشار اليه. جريدة القانون الدولي ١٩٧٤ راجع ص ٩٠٩ ـ ٩١٢

(١٠٥) و يقول المحكم في حيثيات القرار رقم ١٦١٢ لسنة ١٩٧١

Quoi qu'il en soit, les trois ou quatres soultions qui viennent d'etre mentionnees en ce qui concerne les divers systemes de droit international privé que applique l'arbitre, aboutiraient en l'espèce au même resultat pratique dans tous les cas, dans la mesure où il existe un large degré d'accord et consensus sur la question de la loi applicable aux contrats, non seulement entre les divers systemes dérivant des conflits des lois anglais mais aussi, plus generalement entre les principaux systemes de conflit de loi du monde ....."

راجع القرار منشور في جريدة القانون الدولي ١٩٧٤ ـ ع ٤ ـ راجع خصوصا ص ٩٠٧.

كذلك يستطيع المحكم ، في مثل هذه الحالة ، ان يهتدي الى القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال تطبيق مقارن للمبادىء العامة في القانون الدولي الخاص في النظم القانونية المختلفة ، دون أن يجبر بالضرورة على اتباع قانون اختصاص محددة سلفا(١٠٦).

الفرع الثالث

تطبيق المحكم الدولي لعادات واعراف التجارة الدولية

(قانون التجارة الدولية)

٢٨ـ من الواضح ، فيما سبق بيانه ، ان المحكم الدولي وهو اذ يتصدى للحكم في موضوع المنازعة ، لا يستطيع التخلص من « هيمنة » القوانين الوطنية سواء بسبب الاختيار الصريح أو الضمني لخصوم المنازعة لاي من هذه القوانين ، أو لسبب لجوء المحكم الى قواعد تنازع القوانين ليحدد على هديها القانون الوطني الذي يعمله في موضوع النزاع .

والواقع من الامر انه اذا كان دور المحكم الدولي يتشابه بهذا الصدد الى حد بعيد مع دور القاضي الداخلي ، الا ان هذا المحكم قد يكون مدعوا ، بحكم كونه قاضيا لمنازعات التجارة الدولية ، ان يخرج في كثير من الحالات عن هيمنة القوانين الوطنية . وذلك بالنظر الى الاختلافات الجذرية في مفاهيمها ومنطلقاتها ، اختلافا من شأنه أن يعيق تقدم التجارة الدولية ، فضلا عن كون هذه المفاهيم ، كما أشار بحق الاستاذ A. Gold Stagen (١٠٧) ، كثيرا ما تتميز « بالانفلاق » وان شئنا بالانطواء على الاعتبارات الداخلية ، ولا تكون مبادئها أو مستوى قواعدها الا بقدر ما تتطابق مع العلاقات التجارية الداخلية . وحتى ولو كان هذا القانون الوطني أو ذاك يتميز

---

(١٠٦) راجع في هذا المعنى: ايف ديرانسي التعليق السابق، جريدة القانون الدولي ١٩٧٤. راجع ص ٩٠٩ ـ ٩١٢.

(١٠٧) راجع تقريره بعنوان:

International Conventions and standard : contracts as means escaping from the application of Municipal Law.

مؤتمر لندن. سبتمبر ١٩٦٣ المشار اليه. تحت عنوان. مصادر القانون التجاري الدولي. ص ١٠٣ ـ ١١٧ وخصوصا ص ١١١.

بالسهولة في التطبيق الا انه بحكم وضعه ، لا يستطيع أن يعطي تصورا كاملا أو حلولا مقبولة دائما لمعاملات التجارة الدولية .

ولهذا يجد المحكم الدولي نفسه ، في كثير من الاحيان ، ولاسباب مختلفة مضطر الى حل النزاع على ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية ، قواعد تستقل بكيانها ومنابعها عن القوانين الوطنية . بل ان وجود مثل هذه القواعد من خلال الممارسة الفعلية في مجال التجارة الدولية ، ومن خلال قرارات التحكيم التجاري الدولي ، ربما تكون أكثر فعالية ، من تلك القواعد المستمدة من القوانين الوطنية(١٠٨).

ويعني تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع أن يكون البنيان القانوني لقرار التحكيم منبت الصلة بأي من القوانين الوطنية ، أي أن يكون قرارا طليقا Sans loi الا من عادات وأعراف التجارة الدولية . وبمعنى اخر ، فان هذه العادات والاعراف ستكون بمثابة « قانون القاضي » Lex fori بالنسبة للمحكم الدولي (١٠٩) . ويستطيع المحكم عن هذا الطريق تجاوز مشكلة تنازع القوانين والتخلص من تعقيداتها في مجال مثل مجال التجارة الدولية(١١٠).

٢٩ـ غير ان عمل المحكم الدولي في هذا الشأن وان كان يستبعد المشاكل والصعوبات التي تثيرها مشكلة تنازع القوانين بالمفهوم التقليدي في

---

(١٠٨) راجع في هذا المعنى: تقرير الاستاذ L. Kopelmanas في مؤتمر لندن ١٩٦٢. السابق الاشارة اليه. راجع ١١٨ ـ١٢٦. وخصوصا ص ٢٠.

(١٠٩) راجع بحثنا بعنوان: دولية التحكيم التجاري، مجلة القانون والشريعة ـ كلية الحقوق والشريعة ـ جامعة الكويت. السنة الثانية ـ ع ٢ ـ ص ٣٣ ـ ٦٣ راجع فقرة ١٩ ص ٥٥.

(١١٠) ويتحفظ بعض الفقه حول فكرة «العقد الطليق» أو «القرار الطليق» للمحكم الدولي، ويقول انه اذا كانت مهمة قواعد تنازع القوانين هي التنسيق بين النظم القانونية المختلفة. وتؤدي في النهاية وبالضرورة الى ربط العلاقات القانونية على المستوى الدولي بنظام قانوني داخلي. واذا وجدت حرية للمحكم في هذا الصدد الا أنها ستكون حرية محدودة. وذلك لأن المحكم التجاري الدولي اذا كان هو «الآلة» أو «المكتف» لمثل هذا التحرر من الخضوع لأحكام أو قواعد قانونية محددة، الا أن تحرره دائما يسقط مهمته في فراغ تشريعي. ومع ذلك يرى هذا البعض ان قرار المحكم الذي يبنى على قواعد أعراف وعادات التجارة الدولية، هو قرار سليم وصحيح لأنه في النهاية يخضع لقانون، وان كان يعتبر بمثابة قانون غير وطني.
راجع ذلك في مقال L Peyrefitte : Le probleme du contrat dit "Sans loi". دالوز ـ الفقه. ١٩٦٥ ص ١١٣ ـ ١٢٠. راجع خصوصا ص ١٢٠.

القانون الدولي الخاص ، الا أن تطبيقه لعادات واعراف التجارة الدولية كثيرا ما يصطدم بعقبات من نوع اخر ، وهي في الاساس البحث عن مصادر ومضامين هذه العادات والاعراف ، ومتى يتعين عليه او يجوز له تطبيق مثل هذه العادات والاعراف .

مصادر عادات واعراف التجارة الدولية ومضمونها النسبي او النوعي :

٣٠ ـ من الملاحظ الان ، ومنذ وقت غير قريب أن علاقات التجارة الدولية تبتعد رويدا وباستمرار عن سيطرة او سطوة القوانين الداخلية ، لتحكم او تنظم عن طريق قواعد ذات طابع مهني او قواعد عرفية لا تنتمي بأصلها الى قواعد مستمدة من قانون دولة ما ، بقدر ما تستمد من واقع ما يمكن أن يطلق عليه بـ « مجتمع دولي للتجار »(١١١) Societe de comme çants ، مجتمع بات من الواضح الان ارتباطه وتماسكه من خلال قواعد او مؤشرات للسلوك تشبع حاجياته المتشابهة ومصالح افراده التي تبدو احيانا متناقضة ، حيث تعجز عن ذلك القواعد القانونية التي هي من خلق « مجتمع الدولة » Societe Etatique .

واذا كان غالبا ما تبدو هذه القواعد ، من حيث الظاهر ، سواء بسبب اصل وجودها او كيفية تطبيقها ، مجرد عادات او تطبيقات تتم تلقائيا في اوساط المهنة الواحدة ، وتختلف باختلاف السلعة ، وربما الشكل ـ يمكن القول بأنها لا تستاهل النظر اليها على انها « قواعد قانونية مجردة » ، بل قواعد ذاتية . الا أن هذا النظر « الوصفي » Descriptif يتجاهل الاختلاف الكمي والنوعي بين معطيات التجارة الدولية واطرافها وبين تلك التي تخص التجارة الداخلية . ذلك لان قواعد واعراف التجارة الدولية لا تحكم حالات فردية ، وانما هي ، كما اشار الاستاذ B. Goldmen (١١٢) قواعد عامة ومجردة ، وان كانت قواعد عرفية ونوعية تختلف بحسب نوع السلعة المتعامل فيها وقواعد هذا التعامل . وليس على المتعاملين على هذه السلعة او تلك الا الانصياع لها . وبمعنى اخر تعتبر هذه القواعد كما يلاحظ

---

(١١١)ـ راجع في هذا المعنى: Ph. Khan : La vente commercial international رسالة الدكتوراه. باريس. طبعة ١٩٦١. خصوصا ص ٣٠ ـ ٤٣.

(١١٢)ـ راجع مقالة بعنوان Frontieres du droit et Lex Mercatoria ارشيف فلسفة القانون ١٩٦٤ ص ١٧٧ ـ ١٩٢. راجع خصوصا ص ١٨٠ ـ ١٨١.

ـــ بحق ـــهانس‌كلسن (١١٣) ، قواعد معيارية من خلق الجماعات المستقلة (على صعيد التجارة الدولية) وليست من لدن جهاز تشريعي لدولة ما . أو انها تعتبر كما يرى البعض (١١٤) ، بمثابة « قانون جديد للشعوب Nouveau Jus gentium ، أو قانون طبيعي جديد »(١١٥) Modern Law of nature وهو قانون يعلو بالضرورة « فوق الدول » Supranational أو هو « قانون غير وطني » Anational ، يجسد . في الواقع ـ قانون التجارة الدولية القديم والمعروف باسم Lex mercatoria .(١١٦)

٣١ ـ وبديهي أن تتعدد مصادر أو روافد هذه القواعد العرفية ، بتعدد وباختلاف مجالات التجارة الدولية وهي عديدة . ولعل من أهم مصادر قواعد عادات واعراف التجارة الدولية ، هي أولا ، الشروط العامة للعقود النموذجية أو ذات الشكل النموذجي Contrats Typs . حيث لا ترتبط هذه العقود في شروطها العامة ، بقانون دولة أو دول معينة . بل أن الغالب الاعم هو أن أطراف هذه العقود انما يهدفون من ورائها التخلص من الخضوع للقوانين الوطنية ، لعدم ملاءمتها لضرورات التجارة الدولية . ومن الملاحظ أن القواعد التي تحكم هذه العقود لا تستمد من تشريعات دولة ما ، بل ولا من معاهدات دولية ، وانما تستمد من نصوص العقد ذاته . وغالبا ما تعبر هذه القواعد عن واقع مهني أو تعاوني يربط بين المتعاملين بهذه العقود .

---

(١١٣)ـأنظر: H. Kelsen : Theorie pure de Droit
ترجمة شارل ايزنمان. باريس ١٩٦٢. راجع خصوصا ص ٤٧٢ وما بعدها.

(١١٤)ـراجع.
Ch. N. Fragistras : Arbitrage etranger et arbitrage international en droit prive

(١١٥)ـراجع قرار التحكيم بين شيخ ابو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة (Trucial Coast) الصادر في ٢٨ أغسطس ١٩٥١ منشور في المجلة السابقة ١٩٥٦ ص ٣٠٢ وما بعدها. وتعليق هنرى باتيفول.

(١١٦) راجع R. David : Droit naturel et arbitrage.
طوكيو ١٩٥٤. راجع ص ٢٢ ـ ٢٤، وأيضا راجع: جولدمان المقال السابق راجع خصوصا ص ١٨٣.
وراجع أيضا:
Ph. Khan : Lex mer catoria et pratique des contrats internationaux. in. le contrat economique international.
أعمال جان دابان. بروكسل/ باريس ١٩٧٥. راجع ١٧١ ـ ٢١١ وخصوصا ص ١٨٣ ـ ١٨٠.

وربما كانت العقود النموذجية التي تولدت عن تجارة وبيع الحبوب ، والتي صدرت عن « جمعية لندن لتجارة الحبوب » London corn Trade Association والتي تأسست سنة ١٨٧٧ من أوليات العقود ذات الشكل النموذجي(١١٧)، والتي تشكلت وتبلورت في الواقع تحت « علم » عادات وأعراف التجار الانجليز يوم أن كانت عاداتهم وأعرافهم هي بمثابة « القانون المهيمن » في القرن التاسع عشر (١١٨) . وعلى نسق عقود جمعية لندن لتجارة الحبوب ، انتشرت العقود النموذجية التي صدرت وتصدر عن الجمعيات المهنية أو التعاونية في مجالات التجارة الاخرى ، مثل الحرير ، والقطن والاخشاب والمطاط والصوف ، والجلود وغيرها من ضروب التجارة الدولية(١١٩)، والتي يمكن القول بأنها كونت فيما بينها نوعا من بين القانون التعاوني » Droit Corporatij بخصوص السلعة التي ترد عليها(١٢٠)، وهو قانون يمنح العقود التجارية الدولية نوعا من الاستقلال عن أي نظام قانوني لدولة معينة(١٢١).

ولقد اتسع العمل بالعقود ذات الشكل النموذجي في مجالات شتى وقامت بعض اللجان المتخصصة للامم المتحدة ، مثل اللجنة الاقتصادية الاوروبية التابعة للامم المتحدة ، بصياغة الشروط العامة لبعض هذه العقود التي شاعت في التجارة الدولية ، مثل عقود التوريدات والانشاءات الصناعية ، وعقود توريد الماكينات والآلات والمصانع . وعقود التجميع Montage ولقد تضمنت الشروط العامة لهذه العقود نصوصا تخضع بمقتضاها المنازعات

---

(١١٧) راجع في ذلك

G. Schwob : Le contrat de la London Corne Trade Association.

رسالة الدكتوراه. باريس ١٩٢٨. راجع ص ١١ ـ ١٣.

(١١٨) راجع في هذا المعنى: فيليب خان. رسالة الدكتوراه المشار اليها راجع ص ٢٠

(١١٩) راجع تفصيلا في الكثير من هذه العقود: فيليب خان. المرجع السابق الملاحق من ص ٣٧٩ ـ ٤٠٢.

(١٢٠) راجع على سبيل المثال:

H. Ishizaki. Le droit corporatif international de la vente de soie.

باريس ١٩٢٨ ـ ٣ أجزاء ـ راجع جـ ١ ص ٢٠ ـ ٢١.

وراجع كذلك J.M. Leaute: Les contrats-Typs.

المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٣ ص ٤٢٧ ـ ٤٦٠.

(١٢١) ـ راجع في هذا المعنى

M. Lienard-Ligny. L'autonomie de la Volonté face aux lois imperatives dans les contrats internationaux.in. Ann. Faculté de droit Liège. (Belgique)

١٩٦٨ ص ٥ ـ ٣٧. راجع خصوصا ص ١٠، ٢٦.

فيها لنظام التحكيم وفقا للائحة غرفة التجارة الدوليـــة(١٢٢) وكذلك الامـــر بالنسبة للعقود الواردة على نقل والترخيص باستخدامات التكنولوجيا(١٢٣).

كذلك فقد انتشرت الشروط العامة والموحدة لعقـود التجارة الدولية ذات الشكل النموذجي بين الكيانات الدولية المتقاربة جغرافيا أو سياسيا حتى ليمكن القول مع الاستاذ A. Gold Stagen (١٢٤)انها اصبحت وكأنهـا « مجموعة تجارية ملزمة » . ولعل ابرز هذه الامثلة هي الشروط « العامة التي تحكم توريد البضائع » ، الموقعة سنة ١٩٥٨ بين الدول الاشتراكية اعضاء مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) ، وكذلك الامر بالنسبة للشروط والاحكام الموحدة للنقل الدولي للبضائع بالسكك الحديدية والتي صاغتها اتفاقية برن في ٢٥ فبراير ١٩٦٥ والمعروفة باسم C.I. Convention ، وكذلك بالنسبة للاتفاقية الاخرى ، والموقعة في ذات التاريخ، بشأن نقل الاشخاص وامتعتهم عن طريق السكك الحديدية ، فضـــلا عن النقل الجوي الدولي والشروط الموحدة للاتحاد الدولي للنقل الجوي والمعروف باسم « الياتا » .

٣٢ــ كذلك فان القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية والمعروفة باسم الـــ incoterms أو Trade Termes والصادرة عـــن غرفة التجارة الدولية بباريس (والموقعة في فيينا ١٩٥٣) تعتبر احد الروافد الاساسية لعادات واعراف التجارة لدولية(١٢٥).واذا كان صحيحا أن هـــذه

---

(١٢٢)ــراجع في ذلك:

'. Rucarcanu : L'arbitrage et les contrats en matiere de projets d'installations industrielles, de fournitures et de montages.

تقرير في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي ــ المنعقد في موسكو ٣ ــ ٦ أكتوبر ١٩٧٢ مجلة التحكيم ١٩٧٢ ص ٢٤٩ ــ ٢٦٥ راجع خصوصا ص ٢٥٤.

١٢٣ راجع H. Stumph: Arbitrage et contracts de Know-How. المجلة السابقة ص ٣٢٠ ــ ٣٣٦.

(١٢٤) راجع تقريره السابق الاشارة اليه. راجع خصوصا ص ١٠٧ ــ ١٠٨.

(١٢٥) راجع تفصيلا: الوثيقة رقم ١٦ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس.
ولقد عددت قواعد الـ Incoterms تسع مصطلحات وفسرتها وهي كالآتي:

1) A L'Usine	2) Franco-Wagon	3) F.A.S.
4) F.O.B.	5) C & F.	6) C.I.F.on C.A.F.
7) Fret ou Port paye jusqu' à	8) Ex. ship	9) A Quai dedouane.

القواعد هي قواعد اختيارية كما تذهب صراحة الى ذلك في مقدمتها (١٢٦)، اي انها عبارة عن توصيات يمكن الاحتكام اليها او طرحها جانبا(١٢٧)، الا أن الفقه بحق يرى فيها تقنينا يهتدي به للعرف الدولي في البيوع التجارية الدولية(١٢٨) وتستخدمها في الغالب الاعم العقود ذات الشكل النموذجي ، بل يذهب البعض مثل العميد Y. Loussouarn والاستاذ J. D. Brédin(١٢٩)الى النظر اليها باعتبارها المصدر الاساسي لقانون هذه البيوع الدولية . وهو قانون يجري تطبيقه من قبل قضاء التحكيم التجاري الدولي وذلك بالاستقلال عن اي نظام قانوني لاية دولة .

والواقع من الامر ان اهمية هذه القواعد الدولية ، والتي يرجع تاريخها الى سنة ١٩٢٠ عندما عقد المؤتمر الاول لغرفة التجارة الدولية ، تتبدى في كونها قواعد مقننة اوجدها العمل على مهل من خلال نشاط التجارة الدولية في مجالات البيوع التجارية الدولية وهي عديدة . وتبلورت باعتبارها « تنظيما ذاتيا » للعلاقات التعاقدية بين اطراف التجارة الدولية(١٣٠)، وتفرض عليهم تحديدا نمطيا لحقوق والتزامات كل طرف وذلك من خلال تعريف دقيق لبعض المصطلحات التي تستعمل في البيوع التجارية الدولية .

٣٣ــ وخلاصة ما تقدم أن قواعد واعراف التجارة الدولية ، بمضامينها النوعية والمتخصصة تعتبر بمثابة « قانون القاضي » Lex fori بالنسبة للمحكم الدولي(١٣١). واذا كان صحيحا أن هذه القواعد لا تنتمي من حيث مصدرها الى سلطة تأخذ شكل الدولة ، تلك التي تتمتع بمكنات الامر

---

(١٢٦)ــوتقول المقدمة بالفرنسية

"Les incoterms ont pour objet d'etablir une serie des regles internationales de caractere facultatif précisant l'interpretation des principaux terms utilisés dans les contrats de vente avec l'etranger."

(١٢٧)ــراجع في ذلك

E. Eisemann : Usages de la vente commercial international "Incoterms" باريس ١٩٧٢ راجع خصوصا ص ٢٣ ــ ٢٤

(١٢٨) راجع: فيليب خان المرجع السابق ــراجع ص ٣

(١٢٩) راجع Y. Loussouarn, J.D. Bredin : Droit du commerce international.

(١٣٠) راجع في هذا المعنى: ايسمان المرجع السابق ص ١٢.

(١٣١) راجع في هذا المعنى:

Y. Derains: Le status des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales.

والنهي ، الا انها مع ذلك تتمتع بفعالية القواعد القانونية بعامة بحسبان انها تشبع حاجيات مجتمع التجارة الدولية ، والذي يختلف كما سبق القول ، كما ونوعا عن مجتمع التجارة الداخلية (١٣٢) .

متى يكون للمحكم الدولي تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية ؟

٣٤ ـ اذا كان صحيحا ، وذلك ما نعتقده ، ان تاريخ التحكيم التجاري الدولي يصعد بجذوره الى « عدالة » المعارض والاسواق في القرون الوسطى(١٣٣)، وقد كانت تلك العدالة ترتكز اساسا على عادات واعراف التجار على صعيد التجارة الدولية ، فانتطبيق المحكم الدولي لهذه العادات والاعراف ، كما يستظهرها العمل الان ، ليس امرا مستغربا ولا هو غير مألوف بحيث يمكن القول بأن الروابط بين التحكيم وعادات واعراف التجارة الدولية هي روابط وثيقة لها اثرها ، من زمن بعيد ، على تطور كل من التحكيم التجاري الدولي ذاته ، وكذلك هذه الاعراف والعادات .

اذ يساعد التحكيم التجاري الدولي ، عن طريق قرارات المحكمين ، على بلورة هذه القواعد العرفية من ناحية ، ومن ناحية اخرى ، فان وجود مثل هذه القواعد ، سواء المقنن منها او غير المقنن ، يسهل العمل على المحكمين الدوليين . بل أن التحكيم التجاري الدولي ربما لن يستجيب تماما لرغبات المتعاملين في حقل التجارة الدولية الا اذا اعطي مكانا فسيحا لتطبيق عادات واعراف التجارة الدولية ، وبهذا يتيح لذوي الشأن ، اي اطراف المنازعة ، حل نزاعاتهم طبقا لمبادىء اكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي(١٣٤) بل أن تفاعل التحكيم التجاري الدولي مع عادات واعراف التجارة الدولية ربما يسمح باستخلاص « نظرية عامة للتحكيم » تتمتع بنوع من الاصالة والاستقلال ليهتدي بها المحكمون الدوليون بعيدا عن سطوة او

---

(١٣٢) ويقول ديرانس في المقال السابق الاشارة اليه «اذا كان يشترط ارتباط العقد أو التحكيم بنظام قانوني معين في حالة اعمال تنازع القوانين. فان هذه الاعراف والعادات تبدو وكأنها نظام قانوني مختص. و يمكن أن يرتبط بها العقد تماما كارتباطه بأي نظام قانوني لدولة معينة» راجع المقال السابق ص ١٣ ـ ١٣١.

(١٣٣) راجع

J. Robert; Expose introducif en general sur l'arbitrage.in. Ann. Faculte de Droit. Liège. (Belgique).

١٩٦٤ ص ٢٩ ـ ٣٧ راجع ص ٣٠ ـ ٣١

(١٣٤) راجع: رينيه دافيد. القانون الطبيعي والتحكيم. المرجع السابق ـ طوكيو ١٩٥٤ راجع خصوصا ص ٢١ ـ ٢٢.

هيمنة القوانين الوطنية(١٣٥).

٣٥ـ ولا يعني تطبيق المحكم الدولي لعادات واعراف التجارة الدولية على موضوع المنازعة ، ان يصبح مثل هذا التحكيم تحكيما وديا Amiable Compostion اي ذلك التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم عند الفصل في موضوع النزاع ، بأحكام قانونية ملزمة . ذلك لان قواعد أعراف وعادات التجارة الدولية هي ـ في الحقيقة والواقع ـ قواعد ملزمة لاطراف هذه التجارة ، رغم ان مصدر الالزام فيها لا يتخذ ذات الشكل في القواعد القانونية من صنع الدولة Regles juridiques Etatiques وهذا القول ، الذي نعتقده مع البعض ، ربما يتمثل فيه نوع من التحدي « للمشاعر التقليدية » في علم القانون ، الا انه لا يتناقض ـ مع ذلك ـ وجوهر الالزام في القواعد القانونية بعامة . ذلك لان هذا الجوهر يتأتى من ضرورة القاعدة القانونية بالنسبة لتنظيم مجتمع ما (١٣٦) . وهذا التنظيم ليس حكرا على مجتمع الدولة (١٣٧) . وبمعنى اخر فان تنظيم المجتمع على شكل دولة ليس ضروريا لكي تصبح القواعد المنظمة ملزمة له ، مثل مجتمع التجارة الدولية . وفضلا عن ذلك فانه يجب التفرقة بشكل قاطع بين تحكيم العدالة ، وهو مبتغى التحكيم الودي ، وبين التحكيم الذي يقوم على تطبيق اعراف وعادات التجارة الدولية . ذلك لانه اذا كان النوع الاول من التحكيم يستند في المقام الاول على قواعد غير محددة سلفا imprécises لقول الحق او العدل بين الخصوم في المنازعة (١٣٨) . ولذلك فان هذا التحكيم كان وما زال محل

---

(١٣٥) راجع في ذلك:

Jos. Sirefman: A la recherche d'une theorie de l'arbitrage.

مجلة التحكيم ١٩٦٠ ص ١١٦ ـ ١٢٠ راجع ص ١١٧.

(١٣٦) راجع في هذا المعنى: G. Selle : Precis de Droit des gens

باريس ١٩٣٢ ـ جـ ١ ـ ص ٤ ـ ٥.

(١٣٧) راجع : A. Simonius: Quelles sont les causes de l'autorité : du droit in Melanges.

F. Gény. State Contacts

ـ ج ١ ـ ص ٢٠٤ وما بعدها راجع ص ٢١٨ ـ ٢١٩.

(١٣٨) راجع على سبيل المثال : قرار التحكيم الذى اصداره كل من الاساتذه.. G. Ripert Panchaud بتاريخ ٢ يوليو ١٩٥٦ (راجع القرار منشور في جريدة القانون الدول ١٩٥٩ ـ جـ ٢ ـ ص ١٠٧٤ ـ ١٠٨١) وقد كان تحكيما وديا أجرى في لوزان (سويسرا) بين الشركة الأوربية للدراسات والمشروعات (شركة فرنسية) وبين حكومة يوجسلافيا . وكانت هذه الشركة الفرنسية قد ابرمت عقدا مع الحكومة اليوجسلافية بتاريخ يناير ١٩٣٢ لاقامة خطوط للسكك الحديدية في يوجسلافيا. وتضمنت المادة ٨ من العقد النص على ضمان الطرفين من أية خسارة عن تخفيض العملة سواء بالنسبة للفرنك الفرنسى أو الدينار اليوجسلافى. وقد طالبت الشركة الفرنسية بعد

«

خلاف في الفقه(١٣٩)، فان التحكيم على مقتضى قواعد وأعراف التجارة الدولية يبدو بالمقارنة تحكيم على مقتضى « القانون » وهو قانون التجارة الدولية ، يستطيع المحكم اعماله باعتبار أن العقد أو النزاع يرتبط به اكثر من ارتباطه بأي قانون وطني من صنع دولة ما . وبالتالي فان التحكيم التجاري الذي يستند على عادات وأعراف التجارة الدولية ، لا يشذ على القاعدة الفقهية التي تقول بضرورة ارتباط العقد أو النزاع بقانون معين(١٤٠). ذلك لان أعراف وعادات التجارة الدولية هي في الحقيقة والواقع ـ كما سبق القول ـ بمثابة « قانون » التجارة الدولية . وان يكن ذا مضمون نسبي ومتغير ، الا أن قواعده تتمتع بفعالية القواعد القانونية . وبعبارة اخرى ، اذا كان المحكم الدولي ، في التحكيم الودي ، يتجه مباشرة الى النزاع وهو طليق اليدين الا من قواعد العدالة كما يقدرها هو ، فانه في التحكيم الذي يطبق عادات وأعراف التجارة الدولية يجد الحكم نفسه ملزما باستخلاص « الحل العادل » بين الخصوم على ضوء « المفاهيم القانونية » ذات الطابع الدولي في خصوصية النزاع المطروح على التحكيم . وهي مفاهيم يستطيع المحكم استجلاؤها من مصادر مختلفة سواء في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي ، أو من القواعد العرفية المقننة أو غير المقننة لعادات وأعراف التجارة الدولية .

« تخفيض الفرنك الفرنسي، بدفع مبلغ ..ر...ر١٩٠ فرنك. وقد قرر المحكمان احقية الشركة في هذه المبالغ وبسعر وقيمة العملة وقت الدفع. واستندا في قرارهما على أن التحكيم الودى يجعلهما في حل من الالتزام باستخلاص حكمهما في النزاع من القوانين الوطنية، مع الالتزام فقط باقامة العدالة بين خصوم المنازعة وفقا لقواعد ذات قيمة عالمية.

وراجع كذلك قرار التحكيم الذى اصدره الاستاذ R. Cassin بتاريخ ١٠ يونية ١٩٥٥ في القضية المعروفة باسم Cargaisons Deroutees بين اليونان وانجلترا (الحكم منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ١٩٥٦ ص ٢٧٨ ـ ٣٠٤ مع تعليق هنرى باتيفول) . وهذا التحكيم ، وان كان تحكيم دولة يخص سفنا يونانية كانت محملة بالبضاعة وحولت الى موانىء الشرق الاوسط (مصر) .. بواسطة السلطات الانجليزية حتى لا تقع فريسة في يد القوات الالمانية اثناء الحرب العالمية الثانية المالية لحمولات هذه السفن التجارية. وقد حدث الاختلاف عند الدفع بسبب تخفيض قيمة الجنيه الاسترليني في ١٨ سبتمبر ١٩٤٩ في مقابل الدولار الذى كان عملة العقد. وقد اعتمد المحكم وقت الدفع وليس وقت نشأة الدين كاساس لتحديد قيمة العملة وهو مبدأ تبناه المحكم دون أن يتقيد سلفا بقاعدة قانونية معينة، مستندا أساسا الى عدم جواز مفاجأة الدائن بتخفيض العملة.

(١٣٩) راجع : فيليب فوشار. رسالة الدكتوارة . المرجع السابق فقرة ٥٨٢ ص ٤٠٥ ـ ٤٠٥ والمراجع التى يشير اليها.

(١٤٠) راجع في هذا المعنى : ديرانس . المقال السابق . مجلة التحكيم ١٩٧٣ ص ١٢٢ ـ ١٤٩ . راجع خصوصا ص ١٣٠ ـ ١٣١ .

٣٦ ــ ومن البديهي ، والوضع كذلك ، ان تعطى الاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم التجاري الدولي اهمية خاصة لقواعد أعراف وعادات التجارة الدولية ، بحسبانها قانون اختصاص المحكم Lex Fori عندما يتعذر أو يمتنع عليه اعمال قانون وطني معين . بل تؤكد لوائح هيئات التحكيم الدولي ، وكذلك الاتفاقيات الدولية الخاصة بهذا النظام ، على ان المحكمين « يجب على المحكم ان **يراعي في كل الاحوال** احكام العقد وعادات التجارة » الدولية في خصوصية النزاع .

ومثال ذلك ما تذهب اليه المادة ٧ من الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي (اتفاقية جنيف ١٩٦١) عندما تنص في فقرتها الاولى في حالة تطبيق المحكم لقانون الارادة او القانون الذي تحدده قواعد التنازع الملائمة للنزاع فانه « **يتعين في كلتا الحالتين** ان يضع المحكمون في اعتبارهم عادات التجارة Usages du Commerce . كذلك فانه طبقا لنص المادة ١٣ / فقرة ٥ من اللائحة الجديدة (١٩٧٥) لهيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس « يجب على المحكم ان **يراعي في كل الاحوال** احكام العقد وعادات التجارة »(١٤١) كذلك الامر وفقا لحكم المادة ٣/٣٣ من قواعد التحكيم الصادرة عن الامم المتحدة (١٥ ديسمبر ١٩٧٦) فانه « على محكمة التحكيم في **جميع الحالات** ان تضع في اعتبارها العادات التجارية التي تطبق في النزاع(١٤٢)، كذلك فعلت المادة ٣٨ من لائحة تحكيم اللجنة الاوربية للامم المتحدة (جنيف ١٩٦٦) التي تتكلم عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، وهو قانون الارادة او القانون الذي تعينه قواعد التنازع التي يراها المحكمون مناسبة للنزاع ثم تقول « **وفي جميع الاحوال يتعين على المحكمين** مراعاة شروط العقد وعادات التجارة » . ويتطابق مع هذا القول ، نص المادة ٧ / فقرة ١٤ من لائحة اللجنة الاقتصادية للامم المتحدة لدول اسيا والشرق الاقصى والمعروفة باسم لائحة C.E.A.E.O. (الموقعة في بانكوك ــ تايلاند ١٩٦٦) .

---

(١٤١) و يقول النص بالفرنسية .

Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce."

(١٤٢) و يقول النص بالانجليزية .

In all cases, the arbitral tribunal .... shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction".

٣٧ـ وفضلا عن ذلك فانه كثيرا ما تشير لوائح الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي ذات الطابع الوطني الى أهمية تطبيق المحكم لعادات واعراف التجارة الدولية . ويكفي ان تشير بهذا الصدد الى بعض من هذه اللوائح ، ولا سيما لوائح هيئات التحكيم في الدول الاشتراكية ، تلك التي تتميز بشكل واضح بابراز أهمية تطبيق المحكم لهذه العادات والاعراف الدولية (١٤٣)

ومثال تلك اللوائح لائحة تحكيم غرفة التجارة الخارجية **بجمهورية البانيا الشعبية** والصادرة في ١٦ مارس ١٩٥٩(١٤٤)، اذ تقضي المادة ٢٤ منها على ضرورة « قيام المحكم باستجلاء راي الخبراء المتخصصين في وجود عادات واعراف التجارة الخارجية في خصوصية النزاع المطروح على التحكيم » ، ومثل لائحة هيئة التحكيم البلغارية (٤ فبراير ١٩٥٢)(١٤٥)التي تنص المادة ٤٧ منها على أن « تؤسس محكمة التحكيم قرارها على القانون والعادات التجارية التي تجد تطبيقها ضروريا في النزاع المطروح »(١٤٦)

وكذلك تشير لائحة غرفة التجارة الخارجية بجمهورية **المانيا الديمقراطية** (٤ يولية ١٩٥٧)(١٤٧). اذ تقضي المادة ٤٧/أ من هذه اللائحة على أن تطبق محكمة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يختاره الاطراف ، والا

---

(١٤٣) راجع في ذلك

P. Benjamin : Aperçu des institutions arbitrales de l'Europe de l'Est qui exercent une activite dans le domaine d'arbitrage.

مجلة التحكيم ١٩٥٧ ص ١١٤ ـ ١٢١ ، ١٩٥٨ ص ١ ـ ١٠

وراجع كذلك

D.F. Ramzaitsev . La jurisprudence en matiere de droit international prive de la commission arbitrale sovietique pour le commerce exterieur.

المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٥٨ ص ٤٥٩ ـ ٤٧٨ راجع خصوصا ٤٧٤ ـ ٤٧٥ .

(١٤٤) راجع

L. Kos-Rabcewicz - Zubkowski . Est European rules on the validity of international commercial arbitration agreements.

من مطبوعات جامعة مانشستر ١٩٧٠ راجع ص ١١٩ ـ ١٢٧ .

(١٤٥) راجع : زوبكوفسكي. المرجع السابق ص ١٢٧ ـ ١٣٥ . راجع ص ١٣٣.

(١٤٦) و يقول النص بالانجليزية

"It bases its decisions upon the law and commercial usages which should find application in the particulare case....."

(١٤٧) راجع : زوبكوفسكي . السباق ١٤٧ ـ ١٥٥ راجع خصوصا ١٥٢.

فان قواعد القانون الدولي الخاص في جمهورية المانيا الديمقراطية هي التي يجب اتباعها لتعيين هذا القانون . اما الفقرة الثانية من هذه المادة فتشير بوضوح الى أن « محكمة التحكيم يجب ان تأخذ في اعتبارها دائما اعراف التجارة التي تغطي خصوصية المنازعة التي تطرح على التحكيم »(١٤٨)ويقترب من هذا النص حكم المادة ٣١ من لائحة محكمة التحكيم **لدى غرفة التجارة الخارجية الهولندية** التي تشير الى ان « محكمة التحكيم يجب أن تضع في اعتبارها مبادىء العدالة والاعراف في خصوصية النزاع(١٤٩)، ونص المادة ٢/٣٩ من لائحة تحكيم التجارة الخارجية لدى الغرفة الاقتصادية الاتحادية في **جمهورية يوجسلافيا** (١٦ يولية ١٩٥٨)(١٥٠)، والتي تقضي بأن « يؤسس المحكمون قرارهم على النصوص القانونية والاعراف التجارية(١٥١).

كذلك تأخذ عادات وأعراف التجارة الدولية مكانا بارزا بالنسبة لبعض لوائح هيئات التحكيم الدائمة ذات الطابع المتخصص ، مثل لائحة تحكيم « المحكمة الدولية » الخاصة بالتجارة البحرية والنهرية بين بعض الدول الاشتراكية ، والتي يقع مقرها في « جيدينا » Gdynia (بولندا) ، حيث تشير المادة ٢٨ من هذه اللائحة على ان « تطبق المحكمة القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع ، ويجب أن تتبع في الحكم على النزاع المطروح **اعراف وعادات التجارة البحرية والنهرية** »(١٥٣) وكذلك الامر بالنسبة للائحة تحكيم القطن في « جدينا » (٤ يونية ١٩٦٦ والمعدلة في يناير ١٩٦٧)(١٥٤). وهي هيئة متخصصة تفصل في النزاع الذي يثور بشأن أنواع الاقطان ودرجة جودتها وصفتها ومقدار النسبة الفاقدة أو التالفة وغير ذلك من المسائل الذي يتميز بها هذا النوع من التجارة . وتشير المادة الاولى من هذه اللائحة

---

(١٤٨) و يقول النص بالانجليزية

. "The Court of arbitration shall take into consideration the trade custom covered by the matter in dispute ...."

(١٤٩) راجع : زويكوفسكى : المرجع السابق ص ١٦٣ ـ ١٧٤ راجع ص ١٦٩ .

(١٥٠) المرجع السابق . ص ٢٢٥ ـ ٢٣٨ . راجع ص ٢٣٥.

(١٥١) و يقول النص بالانجليزية .

"The arbitrators judge the facts by free judgement and render their award on the basis of the applicable legal prescriptions and **trade customs**"

(١٥٢) وهى بولندا ـ تشيكوسلفاكيا والمانيا الديمقراطية. وقد تأسست هذه المحكمة وصدرت لائحتها نتيجة لاتفاق مبرم بتاريخ ٢٧ يونية ١٩٥٩.

(١٥٣) راجع : زويكوفسكى . المرجع السابق ١٧٤ ـ ١٨٢ راجع ص ١٧٩ ـ ١٨٠ .

(١٥٤) المرجع السابق . ص ١٨٣ ـ ٢٠٩.

الى اهمية عادات واعراف تجارة القطن بالنسبة لهيئة التحكيم . وتؤكد هذه الاهمية المادة ٢٧ من اللائحة (الخاصة بمحكمة الدرجة الاولى) عندما تقرر أن المحكمة تطبق القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع وعليها « أن تتبع بقدر الامكان **المبادىء الاساسية في عادات واعراف تجارة القطن** » . ويقترب من هذا الحكم ، نص المادة ٢٠ من لائحة محكمة تحكيم الصوف ، ايضا مقرها جيدينا (بولندا ، حيث تقضي بأن المحكمة تطبق القانون الاكثر ارتباطا بالمنازعة ، « وأن تأخذ المحكمة في اعتبارها ايضا **مبادىء الاعراف التجارية السائدة في تجارة الاصواف** »(١٥٥) .

٣٨ ــ وباستقراء الكثير من قرارات التحكيم التجاري الدولي ، لا سيما تلك التي صدرت تحت اشراف غرفة التجارة الدولية بباريس في الفترة ما بين ١٩٦٧ ــ ١٩٧٤ نلاحظ أن هذه القرارات اشارت الى اهمية عادات واعراف التجارة الدولية واعتمدها المحكمون اساسا لما قضوا في موضوع النزاع . وكثيرا ما تم تطبيق هذه العادات والاعراف دون اشتراط رضاء اطراف المنازعة أو حتى الاشارة الصريحة للوائح التحكيم . غير انه تجدر ملاحظة أن المحكمين يلجأون الى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية على موضوع المنازعة لاسباب متنوعة ، تختلف باختلاف خصوصية النزاع .

٣٩ ــ اذ يلجأ المحكم الدولي احيانا الى تطبيقها متى تبين له استحالة تطبيق قانون معين على موضوع المنازعة ، سواء بسبب نقص في العقد مثار المنازعة(١٥٦)، أو بسبب تناقض وتعارض موقف اطراف المنازعة وعدم امكان ربط النزاع بقانون معين ومثال ذلك أن يتشبث كل طرف في المنازعة بتطبيق قانونه الوطني ، الامر الذي يستحيل على المحكم ترجيح اي من هذه القوانين

---

(١٥٥) راجع زوبكوفسكى . المرجع السابق ص ٣٠٦ ـ ٣١٤ .

(١٥٦) راجع على سبيل المثال : قرار التحكيم الصادر في الدعوى رقم ١٤٢٧ لسنة ١٩٦٨ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدوليه. وكان النزاع يتعلق بتسليم آلات صناعية المانية لاحدى الشركات الايطالية. ونظرا لأن العقد لم يوضح بشكل قاطع القانون الذى يحكم موضوع النواع، فقد أعمل المحكم الشروط العامة لتور يد وتصدير مواد التشييد الصادرة عن اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة (جنيف ١٩٦٦).
وراجع كذلك : القرار رقم ١٨٣٧ لسنة ١٩٦٩ الصادر من ذات المحكمة. وكان النزاع يتعلق بتنفيذ عقد ترخيص . حيث ذكر المحكم « أن النقص فى عقد الترخيص يجب أن يكمل بحسن النية و بعادات المهنة».

على الاخرى(١٥٧). او ان يسكت الاطراف سواء في مشارطة التحكيم او في مراسلاتهم عن ذكر اي قانون لحكم موضوع النزاع ، الامر الذي قد يعني تفويض المحكم في اعتماد عادات واعراف التجارة الدولية كأساس للحكم في موضوع المنازعة وتحديد وتفسير التزامات وحقوق كل طرف(١٥٨).

وقد يكون تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع ، نتيجة لاستنتاج المحكم ، استنتاجا تؤكده الوقائع ، لاتجاه نية الاطراف الى خضوع منازعتهم لمثل هذه العادات والاعراف . كأن يختار اطراف النزاع التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية وطبقا للائحتها(١٥٩).

٤٠ ــ كذلك فان تطبيق المحكمين الدوليين لعادات واعراف التجارة الدولية لا يتراجع ، حسبما يبين من قرارات التحكيم التجاري الدولي ، حتى في الحالات التي يخضع فيها النزاع لقانون وطني معين . ذلك لان المحكم كثيرا ما يجد نفسه مضطرا لاعمال هذا القانون « غير الوطني » ، اي عادات واعراف التجارة الدولية ، سواء لسد النقوص او لتفسير المواقف الغامضة في القوانين الوطنية التي يختارها الاطراف لحكم موضوع النزاع ، او سواء

---

(١٥٧) راجع على سبيل المثال : القرار رقم ١٣٧٥ لسنة ١٩٦٥ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. وكان العقد يتعلق برحلة سياحية في البحر الأبيض المتوسط بين طرف فرنسي وآخر ايطالي. وراجع كذلك : القرار رقم ١٨٥٩ لسنة ١٩٧٣ من نفس المحكمة. وكانت المنازعة بين شركة تصدير يابانية وشركة استيراد لبنانية. حيث ادعى كل طرف بضرورة تطبيق قانونه الوطني وقد قال المحكم .

"Les parties ont cependant manifistement entendu se referer aux principes generaux et usages du commerce international dans le cas de l'espece".

راجع الحكم منشور في مقال : ديرانس . السابق الاشارة اليه . مجلة التحكيم ١٩٧٣ ص ١٢٢ ومابعدها. راجع ص ١٣٣ ـ ١٣٤ .

(١٥٨) راجع القرار رقم ١٦٤١ لسنة ١٩٦٩ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية منشور في جريدة القانون الدولي ١٩٧٤ ـ ع ٤ ـ ص ٨٨٨ ـ ٨٩٠ز وفيه يستنتج المحكم قراره كالآتي:

"Elles (les parties) ont ainsi implécitement laissé à l'arbitre la faculté et le pouvoir d'appliquer pour l'interprétation de leurs obligations, les normes du droit, et à defaut, les usages Commerciaux ....."

(١٥٩) راجع القرار رقم ١٥٦٩ لسنة ١٩٧٠ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية وكانت مشارطة التحكيم في المنازعة التي ثارت بين طرف ألماني وآخر هندي، تقضي في فقرتها الأولى باتباع لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية ببار يس. ورغم أن كل طرف قد طالب بتطبيق قانونه الوطني، الا أن المحكم، وقد استحال عليه أعمال أى من القوانين المقترحة، قد استنتج من هذا الاختيار عدم وخضوع المنازعة لأى من هذين القانونين، وانما لعادات وأعراف التجارة الدولية.

راجع الحكم منشور في مقال : ديرانس. السابق الاشارة اليه . ص ٣١٩.

لاستبعاد هذه القوانين ذاتها وذلك في الحالات التي يقدر فيها المحكم انها تتعارض وفكرة النظام العام بمفهومه الدولي . اذ يحدث أحيانا أن تتقاعس القوانين الوطنية التي من المفروض أن تحكم موضوع النزاع عن اللحاق بركب التطورات التي تترى على التجارة الدولية ، الامر الذي يجد المحكم نفسه امام نقص أو فراغ تشريعي يتعين تكملته ، وذلك عن طريق اللجوء ، وبالضرورة ، الى عادات واعراف التجارة الدولية . ولعل من بين اهم

هذه النقوص التشريعية التي تكمل بعادات واعراف التجارة الدولية المشاكل التي تثار أحيانا بخصوص الاعتمادات المستندية Credits documentaires على صعيد التجارة الدولية (١٦٠)، وبعض عمليات البنوك الاخرى ، واحيانا اخرى المشاكل التي تثار بشأن بعض الضمانات في العقود التجارية الدولية(١٦١)، والعملة الواجب الدفع بها والاثر المترتب على تخفيضها(١٦٢). وفي هذه الحالات تبدو أعراف وعادات التجارة الدولية وكأنها المصدر الوحيد والضروري للبناء القانوني في قرارات التحكيم التجاري الدولي(١٦٣).

---

(١٦٠) راجع : قرار التحكيم رقم ١٦٧٥ لسنة ١٩٦٩ ، الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. جريدة القانون الدول ١٩٧٤ ص ٨٩٥ ـ ٨٩٧. وكانت المنازعة بين بائع براز يلى ومشترى فرنسى بخصوص صفقة أرز. وطبقا للعقد كان يتعين على المشترى فتح الاعتماد المستندى بمجرد اتمام توقيع العقد. وفى حالة التاخير يكون من حق البائع طلب مد فترة تسليم البضاعة. ولما تاخر المشترى عن فتح الاعتماد المطلوب، قام البائع بفسخ العقد من جانب واحد. وقد أقر المحكم، الذى أجرى التحكيم في هامبورج، صحة مسلك البائع مستندا الى أعراف وعادات التجارة الدولية.

وراجع كذلك: J. Stoufflet : Le Credit documentaire

رسالة دكتوراة. باريس ١٩٥٧ . راجع خصوصا فقرة ٨٩ ص ٩١ ومابعدها، ورقم ١٠٠ ص ١٠٠ ومابعدها.

(١٦١) راجع في ذلك تفصيلا : F. Eisemann : Arbitrage et garanties Contractuelles.

تقرير مقدم في مؤتمر موسكو للتحكيم التجارى الدولى ١٩٧٢. مجلة التحكيم ١٩٧٢ ص ٣٧٩ ـ ٤٠٥ . وراجع كذلك القرار رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٣. جريدة القانون الدولى ١٩٧٤ ص ٩٠٢ ـ ٩٠٤ . وكان التحكيم الذى اجرى في بروكسل بين شركة فرنسية وشركة أمريكية بخصوص استعمال احدى الماركات التجارية مقابل جعل سنوى محدد، ودار حول ضمان فسخ العقد.

(١٦٢) راجع : قرار التحكيم رقم ١٩٩٠ لسنة ١٩٧٢ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. جريدة القانون الدولى ١٩٧٤ ص ٨٩٧ ـ ٩٠٢. وكان بخصوص اثر تخفيض «البيزا» الاسبانى.

(١٦٣) راجع على سبيل المثال : القرار رقم ١٤٧٢ لسنة ١٩٦٨ الصادر عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. وكانت المنازعة تتعلق ببناء سفينة بين طرف هولندى وآخر فرنسى . ولم يكن الطرفان قد اتفقا على قانون معين لحكم موضوع النزاع. وطالب كل منهما بتطبيق «

٤١ ــ كذلك قد يكون تدخل عادات وأعراف التجارة الدولية في البنيان القانوني لقرار المحكم ، تدخلا ضروريا لا بقصد تكملة اي نقص كان ، وانما بقصد تفسير ما قد يكون غامضا في نصوص التشريعات الوطنية ، لا سيما في بعض انواع البيوع التجارية الدولية التي تخضع في الكثير من أحكامها للعرف ، مثل بيوع التجارة البحرية(١٦٤)أو بعض انواع السلع ذات الطبيعة الخاصة مثل القطن والحرير والجلود والصوف والاخشاب ، أو غيرها من انواع السلع الاخرى . او أن يكون لجوء المحكم الدولي لمثل هذه العادات والاعراف الدولية بقصد تفسير بعض المفاهيم القانونية الوطنية على ضوء ما يجري عليه العمل في التجارة الدولية وما يتسق وينسجم وهذه التجارة .

وبعبارة اخرى ، يكون اللجوء الى عادات وأعراف التجارة الدولية ، من جانب المحكم ، بقصد اعطاء هذه المفاهيم القانونية ذات الصبغة الداخلية ، طابعا ينسجم من معطيات وضرورات التجارة الدولية ، ويعتقها بالتالي من الاعتبارات الداخلية البحتة ، مثل أثر « القوة القاهرة »(١٦٥)Forece Majeure وفسخ وانفساخ العقد(١٦٦) ، وحدود ومدى التعويض عن الاضرار (١٦٧).

« قانونه الوطني. غير أن المحكم قرر تطبيق قانون محل ابرام العقد وقد كان هو القانون الفرنسي، الذى أكمل المحكم النقص فيه باللجوء الى عادات وأعراف التجارة الدولية. و يقول المحكم فى قراراه:

Allendu qu'en l'espece, les contrats etant" Signes a Paris il susdit de faire application du droit national français completé, si besoin est, à titre suppletif par les regles et usances de caractére international regissant les contrats internationaux

(١٦٤) راجع على سبيل المثال : قرار التحكيم رقم ١٦٨٨ لسنة ١٩٧١. وكان النواع يتعلق بتنفيذ عقد بيع بشروط بالـ F.O.B. بين بائع يوجسلافى ومشترى فرنسى. وكان على المحكم أن يقرر ما اذا كان البائع أم المشترى هو الذى يجب أن يتحمل دفع المصار يف الاضافية عن السفينة التى تاخرت عن الوصول فى الميعاد المحدد في ميناء التصدير. وكانت الدعوى خاضعة للقانون السو يسرى. وفى هذه المنازعة لجأ المحكم الى تطبيق قواعد العرف والعادات التجار ية المقننة Incoterms الخاصة بتفسير شروط البيع F.O.B. وبنى عليها قرار التحكيم مقررا أن المشترى هو الذى يتحمل بهذه المصار يف الاضافية.
راجع القرار منشور في : ديرانس. السابق الاشارة اليه ص ١٤٣.

(١٦٥) راجع القرار رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤. من غرفة التجارة الدولية جر يدة القانون الدولى ١٩٧٤ ـ ع ٤ ـ ص ٨٩٢ ـ ٨٩٤ ، والقرار رقم ١٧٠٣ لسنة ١٩٧١.
المرجع السابق ٨٩٤ ـ ٨٩٥.

(١٦٦) راجع القرار رقم ١٦٧٥ لسنة ١٩٦٩ة المشار اليه، والقرار رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٢ جر يدة القانون الدولى ١٩٧٤ ص ٩٠٢ ـ ٩٠٤.

(١٦٧) راجع القرار رقم ١٩٩٠ لسنة ١٩٧٢ المشار اليه، والقرار رقم ٢١٠٣ لسنة ١٩٧٢ .

٤٢ ــ واخيرا فان تدخل اعراف وعادات التجارة الدولية كاساس للبنية القانونية لقرار المحكم الدولي قد يكون نتيجة مباشرة لاستبعاد المحكم لاحكام القانون الوطني المختص لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي ، وتكون هذه العادات ، والاعراف ، في مثل هذه الحالة ــ هي المؤهلة وحدها لحكم موضوع النزاع . ولعل من أكثر المجالات التي تستبعد فيها احكام القوانين الوطنية لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي ، هي ــ كما يبين من قرارات التحكيم التجاري الدولي ، من ناحية ، القوانين المالية التي تسنها الدول للاحكام المعلقة بشروط الدفع في المعاملات التجارية الدولية والتي قد تتعارض احيانا مع تنفيذ شروط ضمان تحويل العملة Clauses de garantie de change والتي تتضمنها في الغالب العقود الدولية ذات الشكل النموذجي . ومن ناحية اخرى ، تلك المشكلة التي تتعلق بمواقف القوانين الداخلية في الكثير من الدول والتي تقضي بعدم جواز لجوء الدولة أو احدى هيئاتها العامة الى التحكيم . اذ استقرت الاعراف الدولية ، وقرارات التحكيم التجاري الدولي(١٦٩)، فضلا عن القضاء الداخلي(١٧٠)، على ان هذا

---

(١٦٨) ولقد صدرت العديد من هذه القرارات عن غرفة التجارة الدولية في الثلاثينات نتيجة للمنازعات الخاصة بتخفيض قيمة الاسترليني سنة ١٩٣١. والتي قضت فيها قرارات التحكيم بأن الاتفاقات التعاقدية ذات الصبغة الدولية يتعين دفعها وتنفيذها بقيمتها قبل التخفيض ووقت الدفع الفعلي . راجع هذه القرارات منشورة في L'Economie international ج ٤ -رقم ١٩٣٢٩ ص ١٠ ، ورقم ١١ ،-ديسمبر ١٩٣٢ ص ١١، جـ٥ -رقم ٥ مايو ١٩٣٣.
وراجع كذلك : قرار التحكيم الذى أصدره الاستاذ R. Cassin في ١٠ يونية ١٩٥٥ المشار اليه سابقا ، والقرار رقم ١٩٩٠ لسنة ١٩٧٣ المشار اليه.

(١٦٩) راجع على سبيل المثال : القرار رقم ١٥٢٦ لسنة ١٩٦٨ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية جر يدة القانون الدول ١٩٧٤ -ص ٩١٥ -٩٢١ -وكانت المنازعة بين دولة افر يقية واحد الرعايا البلجيكيين. وراجع كذلك القرار رقم ١٩٣٩ لسنة ١٩٧١ من نفس المحكمة وكانت المنازعة بين شركة ايطالية واحدى الهيئات العامة التابعة لاحدى الدول الافر يقية. وفي هذا القرار يقول المحكم...

"Si certaines legislations d'inspiration française interdisent à l'Etat ou a une autre collectivite publique de compromettre, il est admis que cette intérdiction est sans porte pour les contrats internationaux. En effet, en tant qu'il s'agit la d'une regle d'ordre public, cette interdiction ne peut se situer que dans l'ordre public interen et non pas dans l'ordre public international".

(١٧٠) راجع في القضاء الفرنسي : نقض ٢ مايو ١٩٦٦ قضية جر يدة القانون الدول ١٩٦٦ ص ٦٤٨ تعليق لوقيل. سيرى ١٩٦٦ ص ٥٧٥ تعليق جان رو بير.
وفي القضاء الايطالي : راجع نقض ٢٧ مارس ١٩٥٤ . المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٥٦ ص ٥١١. تعليق موتوليسكي.

التحريم ان كان له ما يبرره في المنازعات التي تثور بين الدولة والاشخاص الخاصة في مجال التجارة الداخلية ، الا انه ليس كذلك على صعيد التجارة الدولية . حيث لا تستطيع الدولة او احدى هيئاتها العامة التمسك بمثل هذه القواعد القانونية الداخلية لتطالب مثلا بطلان مشارطة التحكيم في منازعتها المتعلقة بالتجارة الخارجية ، بحسبان ان هذه القواعد تتعارض مع النظام العام بمفهومه الدولي . وبالتالي باستبعاد القوانين الداخلية في مثل هـذه الحالات ، تكون قواعد واعراف التجارة الدولية هي بمثابة قانون الاختصاص او قانون القاضي Lex fori بالنسبة للمحكم الدولي .

التحكيم الدولي و « المبادىء العامة في القانون » او « المبادىء المشتركة في الامم المتحضرة » .

٤٣ ـ واذا كانت قواعد عادات واعراف التجارة الدولية تعتبر هكذا بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي ، في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني لخصوم المنازعة بشأن القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، فاننا نلاحظ كذلك انه كثيرا ما تستخدم قرارات التحكيم التجـاري الدولي مصطلحات اخرى مثل « قواعد انقانون » (١٧١) Normes du Droit او المبادىء العامة في القانون (١٧٢) Principes generaux du Droit او « المبادىء المشتركة في الامم المتحضرة » (١٧٣) Principes Communs aux Nations Civilisees ولا تقتصر الاشارة الى هذه المصطلحات على قـرارات التحكيم التجاري الدولي ، بل ان بعض الاتفاقيات الدولية قد اشارت كذلك الى ضرورة مراعاة المحكم الدولي لهذه المبادىء المشتركة او العامة او مبادىء القانون . وتبدو احيانا مثل هذه المبادىء وكأنها ايضا قانونا للقاضي بالنسبة للمحكم الدولي في بعض الحالات . ومثال ذلك ما اشارت اليه المادة ٤٢ من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول

---

(١٧١) راجع قرار التحكيم رقم ١٦٤١ لسنة ١٩٦٩ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. جريدة القانون الدولي ١٩٧٤ ـ ع ٤ ـ ص ٨٨٩ ـ ٨٩٠.

(١٧٢) راجع على سبيل المثال : قرار التحكيم الذى اصدره اللورد Asquith «بتاريخ ٢٨ أغسطس ١٩٥١ في قضية شيخ ابوظبى مع شركة البترولية. المجلة الانتقادية ١٩٥٦ ـ ص ٣٠٢ تعليق هنرى باتيفول. وقرار التحكيم الذى صدر في النزاع بين الحكومة الليبية وبين شركتى Texaco calasiatic للبترول بتاريخ ١٩ فبراير ١٩٧٧ جريدة القانون الدولى ١٩٧٧ ـ ع ٢ ـ ٣٥٠ ـ ٣٨٩ راجع خصوصا ص ٣٥٨.

(١٧٣) راجع : قرار التحكيم الصادر في تحكيم ارامكو / السعودية بتاريخ ٢٨ اغسطس ١٩٥٨. المجلة الانتقادية ١٩٦٣ ص ٢٧٢ ومابعدها راجع خصوصا ص ٣١٤ ـ ٣١٥.

الاخرى الموقعة في واشنطن بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٥ والمعروفة باسم اتفاقية الـ B.I.R.D (١٧٤) . وكذلك الامر بالنسبة لحكم المادة ١/١٦ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الاخرى ، وكذلك بالنسبة لحكم المادة ٢٦ من بروتوكول الهيئة القضائية لمنظمة الاقطار العربية المصدرة للبترول « أوابيك » (١٤ ديسمبر ١٩٧٧) ، حيث تقضي بتطبيق هذه الهيئة ، عند الفصل في المنازعات ، لكل من « ب : ـــ الاعراف الملزمة دوليا .

ج : ـــ المبادىء القانونية العامة المعمول بها في المجتمع الدولي . د : ـــ المبادىء العامة المشتركة في قوانين الدول الاعضاء » .

كذلك فانه كثيرا ما ترد هذه المصطلحات ، لا سيما « المبادىء المشتركة في تشريعات الدول » في النظم الاساسية لبعض المشروعات أو الشركات الدولية التي تكاد ينبت الصلة بينها وبين أي قانون وطني (١٧٥)، بل ان بعض مشارطات واتفاقات التحكيم كثيرا ما تشير الى « المبادىء القانونية المعترف بها » ، مثل اتفاق التحكيم المبرم بين حكومة ايران والاتحاد الدولي للبترول (سبتمبر ١٩٥٤) حيث تشير المادة ٤٦ منه على أن « قرار التحكيم يجب أن يصدر مطابقا للمبادىء القانونية المعترف بها في الامم المتحضرة » (١٧٦) ، وكذلك الامر بالنسبة للاتفاق الفرنسي الجزائري المبرم في ٢٩ يولية ١٩٦٥ بشأن الطاقة .

---

(١٧٤) راجع في ذلك :

G.R. Delaume: La convention pour le reglement des differends relatifs aux investissements entre. Etats et ressortissants d'autres Etats du 17 Mars, 1965. جريدة القانون الدولي ١٩٦٦ ص ٢٦ ـ ٦١.

(١٧٥) راجع في هذا: B. Goldman . Le Droit des societes internationales. جريدة القانون الدولي ١٩٦٣ جـ ١ ـ ص ٣٢٠ ـ ٣٨٨ وقد اشار المؤلف الى بعض من هذه المشروعات والشركات، مثل البنك الدولي للانشاء والتعمير B.I.R.D. ، والشركة الدولية المالية S.F.I. ، والبنك الأوربي للاستثمارات B.E.I. مؤسسة الخطوط الجوية الاسكندنافية S.A.S. ، شركة طيران «ايير ـ افريك» Air-Afroque وقد أشارة المادة الاولى من النظام الاساسي لهذه المؤسسة الى «المبادىء» المشتركة في تشريعات الدول الاعضاء» وكذلك اتحاد مناجم السار ـ اللورين ، حيث أشارت المادة ٨٤ من المعاهدة الفرنسية الالمانية (٢٦ اكتوبر ١٩٥٦) الى المبادىء المشتركة في القانونين الفرنسي والالماني .

(١٧٦) راجع النص المشار اليه في :

F.J. De. Drechaga L'arbitrage entre les Etats et les societes etrangeres in Melanger Gidel. باريس ١٩٦١ ص ٣٦٧ ـ ٣٨٢ راجع خصوصا ص ٣٧٩.

٤٤ ــ ويثير تطبيق هذه المصطلحات في قرارات التحكيم التجاري الدولي بعض الصعاب ، لا سيما عند معرض بحث المحكم لمضمون هذه « المبادىء المشتركة » أو « المبادىء القانونية المعترف بها في الامم المتمدنة أو « مبادىء وقواعد القانون » ويبدو في بعض الاحيان استخدام المحكم الدولي لهـــذه المصطلحات بغير ذي معنى (١٧٧)، في حالة مقارنتها بقواعد عادات واعراف التجارة الدولية . ذلك لان هذه القواعد الاخيرة وان كانت تحمل مضامين نوعية ، الا انها على كل حال هي مضامين محددة يجري تطبيقها من قبل قرارات التحكيم التجاري الدولي ، وتكون غالبا هي قواعد معروفة ومحددة سلفا (١٧٨). وذلك على خلاف مصطلحات مثل مبادىء القانون « والمبادىء المشتركة في الامم المتحضرة » ، والتي يغلب عليها طابع « التآلف » synthése بين مبادىء تشريعية تتطابق أو تتقارب بعضها البعض . وقد يأخذ هـــذا التآلف أحيانا طابعا « كميا » Quantatif عندما يتعلق الامر بتطبيق المحكم الدولي لما يسمى بالمبادىء العامة في القانون(١٧٩) . وهي مبادىء تكاد لا تختلف بشأن مفاهيمها ، بل وأحيانا مضامينها ، التشريعات المختلفـــة في القانون المقارن . مثل : « العقد شريعة المتعاقدين » Pacta Sunt Serventa «وعدم اساءة استعمال الحق » ، « وعدم جواز الاثراء دون سبب » « والحق في التعويض عن الاضرار » ، ومبدأ « حسن النية في تنفيذ العقود » .. الخ . كما قد يأخذ هذا التآلف أحيانا أخرى طابعا « نوعيا » Qualitatif ، عندما يتعلق الامر بتطبيق المحكم لقواعد مشتركة في بعض النظم القانونية التي تتقارب فيما بينها ، مثل النظم القانونية فيما بين مجموعة دول « القـــانون العام » (١٨٠) Commun law. ، أي النظم الانجلو ــ سكسونية ، أو

---

(١٧٧) راجع في هذا المعنى : ديرانس. التعليق السابق على قرار التحكيم رقم ١٦٤١ لسنة ١٩٦٩ المشار اليه.

(١٧٨) راجع في هذا المعنى :

L. Kopelmans : La codification des coutumes du commerce international dans le cadre de commissions generales des Nations Unies. in. Ann. français de Droit international.

١٩٦٥ ص ٣٧٠ ـ ٣٧٥.

(١٧٩) راجع : فيليب فوشار ـ المرجع السابق . فقرة ٦٠٥ ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

(١٨٠) راجع في ذلك : قرار التحكيم رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧١ من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ١٩٧٤ ص ٩٠٤ ـ ٩١٢ مع تعليق ديرانتس. وقد كان النزاع يتعلق بعدم تنفيذ أحد البنوك الباكستانية لضمان صدر لصالح احدى الشركات الهندية. وكان التحكيم يخضع للائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، وقد استهدى المحكم في ذلك بالمبادىء النوعية في القانون الانجليزى ، بحسبان أن النزاع كان بين دولتين تتأثر التشريعات فيهما بهذا القانون الاخير.

مجموعة دول القانون المكتوب ، اي الدول اللاتينية ، او مجموعة الدول الاشتراكية ، او مجموعة الدول الاسكندنافية ، او مجموعة الدول العربية .

واذ يجد المحكم الدولي نفسه مضطرا لتطبيق « المبادىء العامة » في القانون او « المبادىء المشتركة للامم المتحضرة » باعتبارها قانون القاضي Lex fori ، فان تطبيقا سليما لمثل هذه المصطلحات يتوقف الى حد بعيد ، كما اشار الاستاذ Ph. fouchard (١٨١) ، على « الثقافة القانونية للمحكم » وقدراته الذهنية على استخلاص هذه المبادىء من خلال « تحليل مقارن » Analyse Comparée للكثير من القوانين الوطنية ، او من خلال « قناعات » المحكم بتطابق حكمه في موضوع النزاع مع هذه المبادىءا لعامة او المشتركة او قواعد القانون .

٤٥ — والواقع من الامر ان تطبيق قرارات التحكيم التجارى الدولى لمصطلحات مثل « المبادىء العامة في القانون » او « المبادىء المشتركة للامم المتحضرة » كثيرا ما تكتنفه بعض المحاذير . ذلك لان تطبيق هذه المفاهيم ذات الطابع الغامض ، غالبا ما يكون في المنازعات التي تتعلق بما يسمى « بعقود القانون العام » State Contracts وهي العقود التي تكون الدولة او احدى هيئاتها العامة طرفا فيها مع احد الاشخاص الطبيعيين او الاشخاص المعنوية ، كالشركات الخاصة ، من رعايا الدول الاخرى مثل عقود الامتيازات الدولية ، لا سيما تلك العقود التي تتعلق باستخراج واستغلال الثروات الطبيعية ، وعقود التوريدات الصناعية واستيراد واستغلال التكنولوجيا والاستثمارات المالية . وهذه العقود ، وكما سبقت الاشارة(١٨٢)، تثير حساسيات خاصة بما قد تتضمنه في الغالب من امارات او اشارات ذات طابع سياسي(١٨٣)، تتعلق بضرورة احترام مبدأ سيادة الدولة وحصانتها القضائية ، الامر الذي لا بد أن ينعكس بصورة او بأخرى على الحلول القانونية

---

(١٨١) راجع : رسالته للدكتوراه . المرجع السابق فقرة ٦٠٩ ص ٤٢٧ حيث يقول : .

"Ces principes generaux sont degages, Soit de l'analyse comparee de plusieurs droits nationaux, soit à partir d'un raise raisonnement abstrait ou la Culture juridique de l'arbitre joue évidement un grand rôle".

(١٨٢) راجع ماسبق . فقرة ٣٧ ومابعدها.

(١٨٣) راجع في

Joe. Verhoven : Contrats entre Etats et ressortissants ressortissants d'autres Etats.

في العقد الاقتصادى الدول . أعمال جان دابان ـ١٩٧٥ ـ المرجع السابق ص ١١٥ ـ ١٥٠ راجع حقوقا فقرة ٩ ص ١٣١ .

للمنازعات التي تثور بشأنها(١٨٤). ومن ناحية اخرى فان اخضاع مثل هـذه العقود لاي من القوانين الوطنية ، لا سيما القانون الوطني للدولة الطرف في العقد ، ربما يتمثل فيه نوع من عدم الاستقرار القانوني أو التوازن في العلاقة التعاقدية(١٨٥)الامر الذي يتعارض وطبيعة التعامل بمثل هذه العقود في التجارة الدولية . ولذلك فان ثمة تيار في الفقه(١٨٦)» بـل ما يجري عليه احيانا العمل عند ابرام هذه العقود(١٨٧) يتجه الى « تدويل » Internationalisation القواعد القانونية التي تخضع لها . وذلك باخضاع المنازعات التي تنشب بسببها الى « القواعد العامة في القانـون « أو المبـادىء المشتركة للامـم المتحضرة » (١٨٨) وبمعنى اخر يكون حل المنازعات التى تثور بشأن هـذه العقود على مقتضى قانون « غير وطني » Anational ، أو انشئنـا قانون يعلو فوق الدول Transnational وهو في النهاية يبدو وكأنه « قانون دولي للعقود »(١٨٩).

ومع التسليم من جانبنا باهمية وضرورة « تدويل » القواعد القـانونية التي تخضع لها المنازعات التي تثور بشأن عقود القانون العام State Contracts بحيث يستطيع المحكم الدولي أن يجد أمامه قانون اختصاص،

---

(١٨٤) راجع :
G. Elian : Le principe de la souverainte sur les ressources nationales et ses ineidences juridiques sur le commerce international.
مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٧٦ .جـ١ .ص ١ .٨٠

(١٨٥) راجع : فيرهوفن . المقال السابق فقرة ١٢ ص ١٣٩.

(١٨٦) راجع :
P. Barraz: The legal status of oil concessions. in. Journal of World Trade Law.
١٩٧١ ص ٦٢٧ ومابعدها . راجع ص ٦٢٩ .

(١٨٧) راجع :
F. Rigaux : L'evolution du droit et de la pratique des contrats internationaux. Essai de Synthèse.
اعمال دابان .العقد الاقتصادى الدولى . ص ٤٣٣ .٤٤٧ راجع ص ٤٣٨ ومابعدها.

(١٨٨) راجع :
Mc Nair: The general principles of law recognized by civilized Nations. in. Brith. Yearbook of international Law. ١٩٥٧ . ص ١ ومابعدها . راجع ص ٧

(١٨٩) راجع :
P. Well . Problems relatifs aux contrats passes entre Etat et un particulier.
مجلة اكاديمية لاهاى ١٩٦٩ .جـ٣ .ص ١٨١ ومابعدها راجع ١٨٩.

على غرار قواعد أعراف وعادات التجارة الدولية ، الا انه يبدو ان أمر هـذا « التدويل » من خلال « القواعد المشتركة في الامم المتحضرة » أو من خـلال « مبادىء القانون » ما زال مطلبا طموحا في طور الاماني ، وسيظل محـل شك .

وربما يرجع ذلك الى عدة اعتبارات منها ، من ناحية « صعوبة تحديد مضمون القواعد القانونية المدعى بها في الامم المتحضرة »(١٩٠)، ومن ناحيـة اخرى ، فان حجم التناقضات ونوعها على المستوى العالمي تقف عقبة امـام هذا التدويل(١٩١)، سواء بين الدول النامية ولدول لمتقدمة . وسوء بـين دول الاقتصاد المخطط (الاشتراكي) ودول اقتصاد السوق . وحتى بـين هذه الدول يوجد اختلاف في المفاهيم بين دول القانون العام ودول القانـون المكتوب .

وفضلا عن ذلك فاننا نعتقد بأن سجل قرارات التحكيم التجاري الدولي بالنسبة لتطبيق مصطلحات مثل « مبادىء القانون » « والمبادىء المشتركـة في الامم المتحضرة ، على منازعات عقود القانون العام State contracts ، ليس سجلا ناصعا تماما ، اذا لاحظنا أن المحكمين من دول الغرب ، بدءا من قرار تحكيم « أبو ظبي ، وشركة التنمية البترولية المحدودة ، والذي اصـدره المحكم الانجليـزي اللـورد A squith of Bishopton في ٢٨ اغسطس

---

(١٩٠) راجع في هذا المعنى :

A.S. El-Kosheri . Stabilite et evolution dans les techniques juridiques utilisees par les pays en voie d'industrilisation.

العقد الاقتصادى المرجع السابق ص ٢٨٥ ـ ٣٠٩ راجع فقرة ١٤ ص ٢٩١.

(١٩١) راجع فى هذا المعنى :

Jacques Lemontey: Bilan de traveaux de la commission des nations unies pour le droit commercial international.

١٩٥١[١٩٢]، وحتى قرار التحكيم الصادر بتاريخ ١٩ فبراير ١٩٧٧ في النـــزاع بين الحكومة الليبية وشركتي Texaco/Calasiatic للبترول[١٩٣]، لا ينظرون الى مبادىء القانون « أو المبادىء المشتركة للامم المتحضرة » الا بمنظار يتأكدمن خلاله اعمال قانون القوي على الضعيف ، الامر الذي يصبح معه أمر « تدويل » القواعد التي تحكم المنازعات في هذه العقود ، هو في الواقع تكريس لمفاهيم قوانين الدول المتقدمة .

جريدة القانون الدولى ١٩٧٣ ص ٨٥٩ ـ ٨٧٤ . راجع خصوصا ص ٨٧٣ ـ ٨٧٤.

(١٩٢) راجع القرار منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ١٩٥٦ ص ٣٠٢ مع تعليق هنرى باتيفول.

(١٩٣) راجع القرار منشور في : جريدة القانون الدولى ١٩٧٧ ـ ع ٢ ـ ص ٣٥٠ ـ ٣٨٩ وراجع كذلك تعليق :

J.F. Lalive: Un grand arbitrage petrolier entre gouvernement et deux Societes étrangères.

المجلة السابقة ١٩٧٧ ـ ع ٢ ـ ص ٣١٩ ـ ٣٨٩.