MESR
منار الشرق للدراسات والأبحاث
Manar Elsharq for Studies & Research
مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية

الوسائل الحديثة لهيئات التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق

د. نجلاء عبد حسن

جامعة القاسم الخضراء / بابل / العراق

استلام البحث: 2023/04/22	مراجعة البحث: 10/05/2023	قبول البحث:16/06/2023

الملخص:

في نطاق الحرية المتاحة للمحكم الدولي, وفي معرض بحث للمحكم عن القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع لابد من العودة للقرارات التحكيمية الدولية, التي تعرض لهذه المسالة لمعرفة مسلك المحكمين بهذا الشأن , وتحديد توجهاتهم واساليبهم المتبعة ومدى علاقتها بنظم تنازع القوانين ,وبظروف عملية التعاقد وعناصر عملية التحكيم, والعارفون بالتحكيم الدولي والمشتغلون به عن قرب من إداريين ومحكمين وباحثين يؤكدون أن المحكمين يتمتعون بحرية واسعة بالنسبة للتعامل مع أليات القانون الدولي الخاص عند غياب اختيار المتعاقدين أو عند عدم الإحالة إلى نظام تحكيمي لأحدى مؤسسات التحكيم الدولية .

الكلمات المفتاحية: عملية التحكيم ، الحرية المتاحة للمحكم الدولي ، مع أليات القانون الدولي.

Abstract

Within the scope of the freedom available to the international arbitrator, and in the context of the arbitrator's search for the law that must be applied to the subject of the dispute, it is necessary to return to international arbitration decisions that address this issue to know the conduct of arbitrators in this regard, and to determine their orientations and methods followed and the extent of their relationship to the systems of conflict of laws, and to the circumstances of the contracting process and the elements of the arbitration process. Those familiar with international arbitration and those working closely with it, from administrators, arbitrators and researchers, confirm that arbitrators enjoy broad freedom with regard to dealing with the mechanisms of private international law in the absence of the choice of the contracting parties or in the absence of referral to an arbitration system of one of the international arbitration institutions.

Keywords: The arbitration process, the freedom available to the international arbitrator, with the mechanisms of international law.

المقدمة:

فدور هيئات التحكيم المؤسسي سيتمحور حول كيفية تطويع قواعد ألاسناد, وتطوير أدائها من محيط ضيق إلى محيط أوسع ،وهذا ما يتطلب ثقافة من قبل المحكم وقدرة على التنبؤ بمستقبل الحلول ومدى انسجامها مع حاجات التجارة الدولية ،وهنا يمكن ان يثار سؤال حول امكانية استكمال المحكم دور القواعد ألاسناد عبر تطعيمها بحلول جديدة ,وصولا لتكوين منظومة من القواعد لها القابلية على تحمل النزاعات المستقبلية وهذا ما سيشجع ألافراد على اللجوء إلى التحكيم بشكل متزايد نظرا للاطمئنان لحلوله بعيدا عن جمود النصوص التشريعية , لذا تقدم هذه الدراسة بعض ألادلة على قدرة هيئات التحكيم المؤسسي , على تجاوز مشاكل قواعد تنازع القوانين وتحريرها من قيودها التقليدية .

CC BY

مشكلة البحث :

هو وجود فجوة بين هيئات التحكيم والقواعد المطبقة المصاحبة لعملية التحكيم برمتها ،وهذا ما يخلق صعوبة أمام المحكم لخلق تناغم بين الوضعين ،فظلا عن صعوبة تعديل هذه القواعد بشكل مباشر ,نظراً لثباتها في بعض ألاحيان في الفلسفة الوطنية لعدد من الدول، ويثير ذلك مشكلة ان تكون تلك القواعد طاردة للأفراد, نظرا لافتقارها لليقين القانوني وألامان المطلوب واقتصارها على تحقيق العدالة الشكلية بشكل رئيس , لذلك فأن المشكلة تكمن في القدرة على تلطيف عمل تلك القواعد ,وجعلها اكثر مقبولية و عدالة وأمان وتكوين يقين قانوني مسبق للأفراد . وعليه سنقوم بتقسيم هذا البحث الى مبحثين وكالاتي:

المبحث الأول: الموائمة بين التطبيق التراكمي وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

المبحث الثاني : أليات تطبيق القانون عبر الوطني كوسيلة لحل النزاع.

المبحث الأول

الموائمة بين التطبيق التراكمي وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

سنتناول في هذا المطلب الطرق الحديثة لحل المنازعات والمتمثلة بالتطبيق التراكمي كوسيلة استخدمت من قبل هيئات التحكيم المؤسسي لفض المنازعات الدولية, وكذلك نتناول مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق , وما هو القانون المطبق في حالة سكوت الأطراف عن اختيارهم للقانون أو تخويلهم هيئات التحكيم في اختياره , وعليه سيقسم على فرعين الأول نتناول فيه التطبيق التراكمي أما الثاني نتناول في اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول

الموائمة بين التطبيق التراكمي وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

معنى التطبيق التراكمي , يحدده أحد المشتغلين بالتحكيم التجاري الدولي (YVES DERAINS) , هو أن يلجأ المحكم إلى فحص كل قاعدة من قواعد الأسناد في النظم القانونية الوطنية التي لها صلة بموضوع النزاع المعروض عليه ,فإذا لاحظ خلال ذلك أن هذه القواعد متقاربة وتؤدي إلى تطبيق قانون وحيد فأنه يلجأ إلى أعلان هذا القانون مختصاً بحكم النزاع [1], والقرارات التحكيمية ,التي صدرت من غرفة التجارة الدولية في باريس بهذا المعنى كثيرة جداً[2], ومنطلق هذا الحل عند مؤيديه أنه اذا كان المحكم الدولي غير ملزم باتباع نظام وطني معين لتنازع القوانين فأن بإمكانه ان يختار أحدهما بصورة عشوائية واستبعاد النظم ألاخرى , صانعاً بذلك لنفسه نظامه الخاص , كما له أن يميز أو ينتقي بعضاً منها ليقوم بتطبيقها تطبيقاً جامعاً بغية الوصول للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

وهذا ألاسلوب في التفكير والعمل يوصل برأي بعض المحكمين إلى قاعدة الأسناد الأكثر ملائمة [3]أو إلى القانون الذي يكون معترفاً باختصاصه دولياً أو بصورة ادق قانوناً معترفاً باختصاصه من مجموعة الدول ذات العلاقة ,ويلبي هذا القانون أيضا قصد

[1] – YVES Derain's, I application cumulative par I arbiter des systems de lois interests au litige, (r.a)1972,p.100

[2] – انظر مثلاً القرار التحكيمي الصادر بالقضية رقم 2730 لعام 1980 منشور في مجلة clunt لعام 1984 ص914 , والقرار رقم 4996 لعام 1985 منشور في مجلة كلأينت لعام 1986 ص1132وقد لاحظ ألاستاذ لاليف ان التطبيق الجامع يؤدي احياناً إلى نتيجة مشتركة وأحدة , رغم عدم تماثل قواعد ألاسناد , ويورد مثلا على ذلك القرارات ألاتية : القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 1212 لعام 1971 من غرفة التجارة الدولية في باريس منشور في مجلة clunt لعام 1974 , ص905, والقرار التحكيمي رقم 2886 لعام 1977 في مجلة كلأينت لعام 1978 , ص996,والقرار التحكيمي رقم 2199 لعام 1978 المنشور في مجلة كلأينت لعام 1979, ص997 والقرار التحكيم رقم 2458 لعام 1975 المنشور في مجلة كلأينت لعام 1976 , ص969, والصادرة جمعيها من غرفة التجارة الدولية .

[3] – انظر القرار التحكمي رقم 1689 لعام 1970 الصادر من غرفة التجارة الدولية في باريس والمشار اليه من قبل ألاستاذ درانس (والذي جاء فيه ليس هناك حل اكثر ملائمة سوى الحل الذي ينحدر من التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين ذات العلاقة بموضوع النزاع).

المتعاقدين الضمني أو المفترض [1] ومن الواضح ان العمل بهذا ألاسلوب أو الطريقة يفترض معرفة نظم التنازع ذات العلاقة وتحديدها بصورة مسبقة , وقد لوحظ ان بعض المحكمين يقصرون التطبيق الجامع على نظم التنازع في الدول , التي لها صلة بموضوع النزاع .

وبعضهم ألاخر يدخل نطاق هذا التطبيق , فظلاً عن نظم تنازع القوانين في الدول ذات العلاقة قواعد ألاسناد في مقر التحكيم , وهذا الأمر حسب رأينا يعبر عن بعد جديد لنطاق تحرك المحكم الدولي ,ويستلزم هذا الأسلوب البحث عن جوانب التقارب بين انظمة التنازع في الدول ذات العلاقة التي تؤدي إلى تلاقي هذه النظم على قانون معين لحكم النزاع , دون أن يكون المحكم ملزماً باختيار نظام معين للإسناد من أجل تحديد هذا القانون , وفي حال عدم الوصول إلى هذا القانون فمن الواجب عند مؤيديه التخلي عن التطبيق الجامع والبحث عن طريق أخر .

ويرى أنصار هذا الأسلوب في الفقه انه ينطوي على نتيجة مهمة جداً وهي, وحدة النتيجة التي تؤدي اليها قواعد ألاسناد عن طريق استخلاص قاعدة اسناد مقبولة دولياً تؤدي إلى حل معترف به من الدول ذات العلاقة , وبنظرهم أن مثل هذه الفكرة تتسم مع مستلزمات التحكيم الدولي التي تتطلب أن يكون حل مشكلة القانون الواجب تطبيقه حلاً دولياً لا وطنياً وان كانت صفته الدولية تكاد ان تكون محددة جغرافياً [2].

المطلب الثاني

حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

إذا كان كل من الفقه والقضاء قد اهتدى فيما يتعلق بتنازع القوانين بصدد عقود التجارة الدولية ,ألى ضرورة اخضاعها لقانون دولة معينة, تتولى إرادة الأطراف اختياره على وفق منهج التنازع , فأن قضاء التحكيم قد دعا إلى تحرير العقد الدولي من سلطان القوانين الداخلية في حالات معينة استجابة لظروف التجارة الدولية ,واقر بضرورة اخضاع العقد الدولي إلى قواعد تأخذ في الحسبان متطلبات التجارة الدولية , وتتماشى ومقتضيات الاستقرار والتوقع, الذي تتطلبه هذه العقود [3].

وعلى الرغم من الحرية الممنوحة لاطراف العقد , ألا أنه تم استبعاد بعض ألافكار الحديثة والتي تعرف بنظرية العقد بلا قانون(العقد الطليق), والتي تتضمن امكانية أن يدرج الأطراف بعقدهم تنظيماً كاملاً مفصلاً , بحيث يتم اللجوء إلى هذا النظام عند حدوث أي نزاع دون الرجوع إلى أي نظام قانوني اخر , ويفلت حتى من تفسيره, فإذا عرض الأمر على هيئات التحكيم في المركز الدولي , تقوم هذه الهيئات بالبحث عن الإرادة الصريحة للأطراف , وفي حالة عدم وجودها تبحث عن الإرادة الضمنية , دون الاكتفاء بما يرد بالمشارطة العقدية , وذلك لان العقد لأيمكن ان يوجد من فراغ , بل يجب أن يعتمد على قواعد نظام قانوني معين لتمنح الأطراف الحرية في التعاقد , ولا يشترط يكون هذا النظام القانوني ذا صلة بالعلاقة العقدية كما ذكرنا سابقاً [4].

السؤال الذي يثور هنا هل أن مراكز التحكيم المؤسسي , قد تركت للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق , وفي حالة تركت هذه المراكز الحرية للأطراف فهل كانت هذه الحرية مطلقة ام قيدتها بقيود تحدد نطاقها .

أجمعت التشريعات على اختلاف مذاهبها على اخضاع عقود التجارة الدولية في جانبها الموضوعي لما يسمى بقانون الإرادة والذي وفقاً له يكون لأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكمه, حيث أصبح الدور الذي يؤديه هذا القانون لا يستهدف إلا تأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين , باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من جهة ومن جهة اخرى نرى انه يعطي لأطراف العقد فرصة التحكيم في هذا القانون من ناحية اخرى , حيث يستطيع الأطراف استبعاد قانون معين أوالتغيير

[1] – انظر القرار التحكمي رقم 1776 الصادر من غرفة التجارة الدولية في باريس مشار اليه من قبل ألاستاذ derains, المصدر السابق ,ه17, ص101,104.

[2] – انظر derains, المصدر السابق , ص113.

[3] – د.عمر سعد الله , قانون التجارة الدولية , النظرية المعاصرة ,دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع , الجزائر ,2007 , ص192.

[4] – د. احمد عبد الكريم سلامة ,نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية , مصدر سابق , ص65

CC BY

في طبيعة القانون, الذي يختارونه , ليتحول بذلك من مبدأ لحل تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في المجال التجاري والاقتصادي الدولي [1] .

ذهب قانون التحكيم المصري على أن**(لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم , بما في ذلك حقها في اخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أوخارجها).**[2]

تجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم المصري لا يميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ففي كلتا الحالتين يمكن للأطراف اتفاق التحكيم اختيار القانون الذي ينظم اجراءات التحكيم [3].

وكذلك نجد أن قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية التي صدرت عام 1975, وعدلت عام 1988 أخذت نفس الاتجاه **(للطرفين بمليء الحرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع , فإذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة , في هذا الخصوص)** [4]**,** أما **الفقرة الخامسة من المادة المذكورة فقد جاء فيها (يراعى المحكم في جميع ألاحوال شروط العقد والعادات التجارية)**[5].

وهذا أيضا ما أشارت اليه اتفاقية واشنطن لعام 1965 حول تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى في مادتها (42) إلى أن هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقاً لقواعد القانون, الذي حدده الطرفان , وفي حالة عدم ألاتفاق على ذلك , فأنها تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع, وهذا يشمل أيضا القواعد الخاصة بتنازع القوانين , وكذلك مبادئ القانون الدولي الممكن تطبيقها [6].

حيث يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية, أو يكرسون العادات وألاعراف المتعلقة بموضوع العقد ,أو ألاحالة إلى القواعد أو الشروط التي تتضمنها وثيقة أو عقد نموذجي , في ألاحوال, التي لاتوجد أي إشارة إلى تطبيق قانون دولة معينة[7] .

وفضلاً عن ما سبق فأنه يحق للأطراف ألاتفاق على عدم تطبيق قانون موضوعي بعينه , بحيث تتم ألاشارة أما في العقد أو في مشارطة التحكيم إلى تطبيق قواعد العدالة وألانصاف أوقواعد العرف التجاري على النزاع موضوع التحكيم وهذا يتوجب على المحكمين ألالتزام بذلك .

ويرجع خلو العقد من القانون الواجب التطبيق إلى أختلاف وجهات النظر حوله, خلال المفأوضات السابقة على العقد , ولهذا السبب يمتنع الأطراف عن تحديد القانون من أجل تفادي الخلاف وافشال العقد, بعد ان تم ألاتفاق على كل الشروط الجوهرية , فإذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع , فأنه يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذه المشكلة , حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد وهو في ممارسته لهذه السلطة ينبغي عليه أحترام التوقعات المشروعة

---

[1] – د. عكاشة محمد عبد العال , قانون العمليات المصرفية الدولية , د, م, ج, ألاسكندرية , 1994 ,ص13.

[2] – انظر نص المادة (25) , من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنه 1994 .

وهذا تكريس لما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 التي نصت مأدته (1/19)على انه (مع مراعاه احكام هذا القانون يكون للطرفين حرية ألاتفاق على ألاجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها عند السير في التحكيم).

[3] – د. لزهر بن سعيد , التحكيم التجاري الدولي , دار الفكر الجامعي , القاهرة , مصر , ص244.

[4] – انظر نص المادة (13فق3) , من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس.

[5] – Goldman, blv olonte ,des partier et le arbiter dans l arbitrage international ,op .cit.p486.

[6] – أما بخصوص قواعد التحكيم في الدول ألاشتراكية اشارت إلى ضرورة ألأخذ بنظر ألاعتبار عند تطبيق المحكم للقانون ,العادات وألاعراف التجارية , مثال ذلك ما جاء في المادة (31) من قواعد محكمة التحكيم لغرفة التجارة الخارجية البولونية , والمادة (39) فق2 من قواعد تحكيم الغرفة التجارية الخارجية للغرفة ألاقتصادية اليوغسلافية والمادة (47) من قواعد تحكيم لجنة التحكيم البلغارية , د. فوزي محمد سامي ,التحكيم التجاري الدولي ,المصدر السابق , ص193.

[7] – د. محمود مختار بربري , التحكيم التجاري الدولي ,الطبعة الثالثة , دار النهضة العربية ,القاهرة ,2007 , ص130.

CC BY

للأطراف , بهدف أشاعة ألامن القانوني بين متعاملي التجارة الدولية , يستعين المحكم في سبيل بحثه عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض أمامه بطرق مختلفة [1].

إن الأخذ بقانون الأرادة يختلف عما هو عليه الحال في قواعد التنازع التقليدية , فهنا يسمح لأطراف العلاقة بعدم التقيد بقانون دولة معينة أو الخضوع ,لأي نظام قانوني, ولا حتى مكان مقر التحكيم وبهذا استطاعت هيئات التحكيم بصورة خاصة والتحكيم بصورة عامة , منح الأطراف حرية أكبر ومساحة أوسع في خلق قواعد قانونية , وقد تكون هذه القواعد القانونية من عدة نظم قانونية أو اتفاقيات, لينشئ بذلك قانون خاص بعقدهم , ويمكن ملاحظة أن اختيار ألأطراف للقانون الواجب التطبيق أما أن يكون عن طريق ادراجه في العقد أوعند النزاع ففي الحالة الأولى يكون سابقاً على النزاع الحالة الثانية وأما أن يكون بعد قيام النزاع .

اذا قارنا أختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في القوانين الوطنية للدول ,نجدها تختلف عما هو الحال في التحكيم وذلك كون هذه القاعدة (سلطات الأرادة) تكون مقيدة وليست مطلقة وهذا يعد من ألاساليب التقليدية لحل المنازعات في أطار عقود التجارة الدولية ,على العكس ما هو عليه الحال في التحكيم التجاري على النطاق الدولي , حيث نرى أن أغلب ألاتفاقيات الدولية كاتفاقية ألاكسيد ذهبت إلى التوسع من سلطة الأطراف في اختيار القانون على الرغم مما اشارت اليه في المادة (42) من امكانية اختيار الأطراف لقانون ذات صلة بالعقد واطرافه.

المبحث الثاني

اعتماد أليات القانون عبر الوطني كوسيلة حديثة لحل النزاع

أن البعض يعرف هذا النظام أنه نظام قانوني لا هو بالقانون الدولي العام,ولا هو بقانون وطني محدد يمكن تطبيقه على المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية , ويظهر هذا الأمر في حالة اذا لم يتركز العقد في النظام القانوني الدولي أوأحد النظم القانونية الوطنية , وهذا الأمر يمكن ملاحظته بوضوح عندما يضمن الأطراف عقدهم نصاً يذهب إلى تطبيق القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون.

أن القانون عبر الوطني ينظم العلاقات التي تتخطى الحدود الوطنية, بما في ذلك القانون الدولي العام والخاص ,وهو يتكون من مجموع المبادئ العامة للقانون المقبولة لدى ألامم المتمدنة وأعراف التجارة الدولية, ويؤيد ألاتجاه الذي يرى أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق , الذهاب إلى تطبيق هذه المبادئ ,حيث ذهب المؤيدون لوجود القانون عبر الوطني إلى القول ان قواعده تعد ألاكثر ملائمة للتطبيق على عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم , كما وذهب البعض ألاخر إلى القول أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيداً من الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة , وأن اتخاذ القانون عبر الوطني كقانون أكثر ملائمة للتطبيق على النزاع هو أمر منطقي, لاسيما اذا نظرنا إلى التحكيم كأفضل وسيلة لحل النزاع[2] .

إن مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق يعد مسالة قانونية مهمة , ولاسيما في أثناء نظر التحكيم بين المستثمر الخاص الأجنبي وحكومة أحدى الدول النامية ,حيث أن العقود المبرمة بينهم والقوانين التي يفترض تطبيقها غالبا ما تفتقد الأدوات الكافية لإصدار حكم عادل ومنصف في النزاع . حيث ان اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو لدولة المستثمر الأجنبي أو للدولة مقر التحكيم أو القانون الدولي العام ذاته قد لا يقدم الحل المناسب في العديد من المنازعات التي تعرض على التحكيم , نظراً لوجود نقص في قواعدها احياناً أو للاختلاف على تطبيقها في احيان اخرى , ولذلك كان على هيئة التحكيم ان تبحث عن المبادئ

[1] – د. أشرف عبد العليم الرفاعي , القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ,دار الفكر الجامعي , ألاسكندرية ,2003, ص4.

[2] – the term transnational law is generally attributed to Jessup .see p.c. Jessup , translation law 2 (1956)(this author adopts a particularly broad definition of transnational law stating that it(is all law which regulates action or events that transcend national frontiers .both public and private international law are in clouded ,as are other rules which do not wholly fit in to such standard categories).

والقواعد الملائمة في نظام قانوني ما , لكي تصدر حكماً عادلاً في النزاع المعروض عليها ,ويمكن الوصول اليها بتطبيق مبادئ تستمد من نظام قانوني مختلف يستخلص من القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون[1].

وقد يساعد تطبيق هذا النظام المرن على تخطي الصعوبات التي تنتج عن وجود ثغرات أومنازعات في القانون الوطني أو في القانون الدولي في أثناء محأولة اصدار حكم فاصل في النزاع وقد قدمت المادة 42 فق1 من اتفاقية أنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات ألاستثمار[2] نظاماً مفيداً وجديداً في أختيار القانون الواجب التطبيق في أثناء التحكيم ,وهذا النظام يعد نظاماً متميزاً لحل المشكلة عند تخلف ألاختيار الصريح للأطراف لا يماثله نظام اخر في قواعد ونظم التحكيم التجارية [3].

وبعد فترة من النقاش القانوني والتطبيقات التي لا حصر لها, للقواعد عبر الوطنية والتي استمرت فترة طويلة, اتجهت هيئات التحكيم الدولي للعمل بها , وقبل بدء الجدل حول هذا المفهوم , يبدو من المدهش أن المبادئ العامة للقانون يشار اليها كثيرا باسم القواعد عبر الوطنية أولكس ماركاتوريا وقد عرفت أول مرة بهذا ألاسم بالستينيات ,ولكن تم ألاعتراف بها على نطاق واسع في الثمانينيات , و ركز الجدل على وجود قواعد غير تلك الموجودة في أي نظام قانوني معين ومن الممكن ان يتم اختيارها من قبل الأطراف أو المحكمين , وتم وضع هذا الحل كبديل لنهج اختيار القانون التقليدي , لقد أعترف بعض الفقهاء بالقانون العابر للحدود الوطنية ودعوا إلى ألأخذ به,ولكن هناك اتجاه اخر نفى وجود هكذا قواعد رافضاً تطبيق قواعد غير معروفة أو غريبة .

أن بعض قوانين التحكيم اعطت هذا الخيار للمحكم في اللجوء إلى تطبيق القواعد العبر وطنية ولكن يقيد بسكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق, ولكن بعضهم ألاخر يرفض هذا ألاحتمال[4] . ذهب البرفسور جيسوب إلى تخيل عمل أطار مفاهيمي مختلف تماماً, من شأن هذا ألاطار أن يساعد في التفكير و المضي قدمًا بشكل حاسم لتبني رؤية أوسع وأكثر ملاءمة للأنشطة البشرية العالمية, كتب جيسوب أنه "سيستخدم مصطلح" القانون عبر الوطني "ليشمل كل القوانين التي تنظم ألاعمال أو ألأحداث التي تتجاوز الحدود الوطنية, بحيث يتم تضمين كل من القانون الدولي العام والخاص [5].

هذا النهج من شأنه أن يزيل الضغط الواقع على عاتق الدولة وألامة من قبل القانون الدولي التقليدي, لصالح مفهوم أوسع يعتمد على تعدد القواعد المنبثقة عن كل من المصادر الخاصة والعامة, التي تنظم العلاقات ألاجتماعية وألاقتصادية والسياسية اليومية, من (المجتمع العالمي). يعرف (القانون عبر الوطني) ، أنه المصطلح المستخدم لوصف هذا النهج ، على أنه (كل القوانين التي تنظم ألاعمال وألأحداث التي تتجاوز الحدود الوطنية), ومن ثم فإن المواقف عبر الوطنية "قد تشمل الشركات أو الدول أومنظمات الدول أوالمجموعات ألاخرى. إن الحاجة إلى مثل هذا النهج ، كما يراها المؤلف[6] ، تنبع من عدم قدرة القانون الدولي التقليدي على التعامل مع الطبيعة المعقدة والمترابطة للقواعد الدولية الحديثة.

إن استخدام القانون العابر للحدود الوطنية من شأنه أن يوفر مخزونًا أكبر من القواعد التي يمكن ألاعتماد عليها ، ولن يكون من الضروري القلق بشأن ما إذا كان القانون العامأوالخاص ينطبق في حالات[7]. وقد قدم مجموعة من المحامين الدوليين مثل بأولسون ثلاثة مفاهيم للقانون عبر الوطني ,هي نظام قانوني مستقلاً ومجموعة من القواعد,التي تحكم العقود الدولية (تشبه إلى حد كبير القوانين الوطنية)أو عدداً من الممارسات التجارية وألاعراف ,ان تعريف القانون عبر الوطني بألاشارة إلى طبيعة قواعده هو النهج ألاكثر ملائمة , فالقانون العبر وطني يتكون من المبادئ العامة للقانون المقبولة لدى ألامم المتمدنة , واعراف التجارة

[1] – See, eg. David W. Rivkin, Enforceability of Arbitral Awards based on Lex Mercatoria, 9 ARR INT'L 67, 67 (1993).(

تنص على ان الميكاتوريا(القانون عبر الوطني)(هو مزيج من أغلب المبادئ المقبولة عالمياً, وبعض القوانين الموحدة ,والمبادئ العامة للقانون التي تحكم العلاقات التجارية الدولية) , ان القانون عبر الوطني يتضمن ألاتفاقيات الدولية , والعادات وألاعراف التجارية , والمبادئ العامة للقانون , والتي تعترف بها المحاكم وهيئات التحكيم ويستخدمها المحامون عند صياغة العقود الدولية .

[2] – نص المادة (1/42)(تفصل المحكمة بالنزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع , واذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ , فأن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع , بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين , بألاضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع)

[3] – د. نظام جبار طالب , تطور قواعد تنازع القوانين التقليدية , بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة , العدد 37, ص159.

[4] – JEUSSUP,TRANATIONAL LAW,YALE UNIV.PRESS 1956,P.2.

[5] – ابو زيد رضوان , ألاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ,دار الفكر العربي ,القاهرة 1981,ص21.

[6] – د. كمال ابراهيم , التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية ,ط1,دار الفكر العربي ,القاهرة ,1991,ص153

[7] – Jessup, transnational law ,Yale univ.press, 1955,p.2.

CC BY

الدولية[1] , فالسؤال الذي يطرح هنا هل يجوز اللجوء إلى مثل هذه القواعد أمام القضاء الوطني , بعد ان ذكرنا سابقاً بإمكانية العمل بها في إطار العلاقات الدولية , بناء على هذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع الأول يتضمن ألاعراف والعادات التجارية وفي الثاني نتناول المبادئ العامة للقانون أما الثالث فسنخصصه بدراسة قواعد العدالة وألانصاف .

المطلب الاول

اعتماد الأعراف والعادات التجارية

تعد الأعراف والعادات التجارية الدولية مصدراً مهماً من المصادر التي تحكم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية[2] ,حيث يقصد بها معنى واسع يشمل الممارسات المعتادة بين اطراف المعاملات الدولية سواء كانت قد وصلت إلى مرحلة العرف الملزم لهذه الأطراف أولم تكن قد وصلت اليه ,درج العمل الدولي بين التجار اعضاء التجمعات المهنية والتجارية ورجال الصناعة والمال على اتباع عادات معينة في معاملاتهم التجارية عبر الدول .

ومن الحالات التي ترجع فيها هيئات التحكيم إلى الأعراف التجارية الدولية , حالة سكوت الخصوم عن اختيار القانون الواجب التطبيق, مما ينقل سلطة ألاختيار إلى هذه الهيئات بحيث تتمتع ألاخيرة بحرية الاختيار على ضوء ما يراه ملائما لطبيعة النزاع , وبعيداً عن القيود والتي من بينها تطبيق النظم القانونية الوطنية ,ذات الصلة بموضوع النزاع , وهذا ما اكده ألاجتهاد الفرنسي , باستناده لقواعد عابرة للحدود في حالة سكوت الأطراف بدلاً من قواعد ما , وذلك في عدة احكام له نذكر الحكم الصادر في 9 ديسمبر 1981, والأخر في 9 اكتوبر 1984[3].

وهناك حالات اخرى , يكون فيها لهيئات التحكيم اللجوء إلى هذه ألاعراف وتتمثل في حالة اختيار الأطراف لقانون دولة معينة ليطبق على النزاع , لكن تتدخل هيئات التحكيم لتطبق القواعد الدولية احتراماً لإرادة جماعية لمجتمع التجارة الدولية , فيجزأ القانون المطبق بين القواعد القانونية والقواعد المادية , هذا الفرض يكون سببه النقص الموجود بالعقد, ويستحيل سده ألا بالرجوع إلى أعراف التجارة الدولية , إلى جانب القانون المختار , أما الحالة ألاخرى فتتمثل بقيام هيئات التحكيم بإحلال القواعد المادية محل القانون المختار , وهي حالة أستثنائية تمنح للمحكم , متى ما كان القانون مخالفاً للنظام العام الدولي لتحل محله أعراف التجارة الدولية[4] . جرى قضاء التحكيم التجاري الدولي , بوصفه القضاء العام, الذي تشكلت في أطاره العادات وألاعراف , إلى تطبيقها بصورة مباشرة دون حاجة لأعمال منهج قاعدة التنازع , ورغم أن العادة والعرف ليسا على درجه واحدة من ألاهمية أوالقيمة القانونية للمحكم [5].

وهذا الأمر لا نجده عند القضاء العادي ,حيث لا نجد أي أعمال لهذ ألاعراف والعادات على منازعات التجارة الدولية ,لأنها لا تشكل في ألاصل جزءا من نظامه القانوني , في حين أن التنازع لا نتصور قيامه ألا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة , لكن

---

[1] – طالب, تطور قواعد تنازع القوانين التقليدية ,دروس مستفادة من التحكيم التجاري , بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة , العدد 37, ص158.

[2] – ترجع جذور العادات وألاعراف التجارية من قانون التجار القديم لكس ماركا توريا والذي تكون عبر المدن ألأيطالية على أيدي طوائف التجار التي ظهرت في العصر الوسيط , والذي اكتسب في مرحلة لاحقة طابعه الدولي أثر ازدهار العلاقات التجارية الدولية بين موانئ شمال أيطاليا وموانئ غرب اروبا لاسيما في فرنسا وانكلترا , ينظر في ذلك حسن المصري , التحكيم التجاري الدولي , دراسة مقارنه دار الكتب القانونية , مصر , 2006, ص366.

[3] – B dutoit: rev.crit.dip1985,p551: B. Goldman : REV.ARb,1985,431.

[4] – هذه الحالة ليست خروجاً عن القاعدة التي اقرتها ,المحكمة التحكيمية في قضية فصل فيها عام 1971 والتي تقرر فيها (انه لا يمكن للمحكم ان يبدل القانون الذي اختاره ألاطراف صراحة بقانون اخر يختاره هو , عندما يكون ألاختيار واضحاً لا يقع على اساسه أي التباس , ولا يكون للمحكم أي عذر مقنع يدفعه إلى تطبيق هذا ألاختيار) , Y.DERAINS:jd11974,sentence n 1512 (1 arbitre n a pas le pouvoir desubstituer son proper choix a celui des parties des lors quil existe un choix express,clair et sans ambiguite et qu aucune raison valuable n aete invoquueepour qui l soit refues de donner effet aunt el choix)

[5] – وهنا نرى ان العادة التجارية تحتل مرتبة ادنى من العرف التجاري , بينما يتوقف اعمال العرف على اتجاه ارادة الطرفين اليه , ولا يجوز لأي منهما ألادعاء بجهله , فأن اعمال اعادة التجارية يتوقف على ثبوت اتجاه ارادة الطرفين اليها ,د. حسن المصري , المصدر السابق ,ص364, وينظر وجوب التفرقة بين العرف والعادة , ابو العلا علي ابو العلا النمر , مقدمة في القانون الدولي الخاص , المصدر السابق , ص75.

CC BY

القضاء الحديث يميل إلى السماح بتنفيذ احكام المحكمين التي طبقت ألاعراف التجارية الدولية [1]. لقد قضت محكمة استئناف باريس في 10 فبرأير 1981ان عادات التي استقرت في مجال البيع والشراء هي قواعد قانونية , تطبق حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة ولا يمكن القبول بجهلها , وأن كان من الممكن ألاستناد إلى الأرادة الضمنية للأطراف في تطبيق تلك العادات[2].

,ومن الملاحظ أن نص المادة يذهب إلى الزامية هيئة التحكيم بمراعاة ألاعراف الجارية في نوع المعاملة , سواء كانت تطبق قواعد قانونية اختارها الأطراف أم قانوناً رأت هي تطبيقه ,حيث ذهبت المادة (39) إلى النص على تطبيق ألاعراف الجارية في فقرة مستقلة ,فإذا كان النزاع يتعلق بتجارة معينه , فيجب على هيئة التحكيم ان تراعي ما جرى عليه العرف بنسبة لدفع الثمن [3],وتقدير نوع البضاعة ودرجة جودتها, وكيفية وزنها وهكذا معلومات , ولا يفترض علم هيئة التحكيم بألاعراف الجارية , ولهذا فأنه على الطرف ذي المصلحة التمسك بها, وتقديم الدليل على وجودها , مادام أنه يرى فيها سنداً قانونياً لما يقدمه من ادعاء[4].

أتجه أنصار القانون التجاري الدولي إلى التأكيد على القوة الملزمة للأعراف المهنية والتجارية التي تكونت بطريقة تلقائية في ألاسواق الدولية المتخصصة عبر الحدود, وبهذا أصبح نظاماً قانونيا مستقلاً ومتحرراً من سيطرة القوانين الداخلية , ويحكم هذا النظام العلاقات القائمة بين افراد مجتمع متضامن, يحقق أفراده المصلحة المشتركة وذلك عن طريق مؤسسات مهنية تسهر على ادراك هذه الغاية , أن هيئة التحكيم لا تحكم في النزاع المعروض عليها على اهوائها , وانما سيتجهون إلى اختيار قانون معين يرون انه اكثر عدالة , وهذا يعني أن هيئة التحكيم تخضع النزاع لقانون ما وبهذا لا يفلت العقد من حكم القانون[5] .

أن لجوء هيئة التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات ألاستثمار في واشنطن إلى ألاعراف والعادات التجارية , ما هو ألا تعبير عن العدالة,التي يعرفها مجتمع التجارة والمال ورجال ألاعمال العابر للحدود , ومن المؤكد أن لجوء هيئات إلى تطبيق ألاعراف والعادات التجاري سيحقق لأطراف العقد أماناً قانونياً وهذا الأمر يعد ضرورياً, لكونهم من محترفي التجارة أوالمهنة التي ثار بشأنها النزاع , وهذا يعني ان تطبيق القانون الخاص بالتجارة أو المهنة المشتركة للتجار سيحقق لأطراف العقد التوقعات المشروعة, والتي يرغبون بالوصول اليها [6].

أن تكرار ألأخذ بحل معين من قبل قضاء التحكيم, مع احساس الجماعة بضرورته والزاميته, سيؤدي إلى استقرار العمل بمقتضاه,[7]. أن تزايد تدوينات القوانين العبر وطنية, ساعدت هيئات التحكيم في تحجيم دور قواعد تنازع القوانين التقليدية ,وفي كثير من الحالات قررت هيئات التحكيم تطبيق القانون العبر وطني , في شكل مبادئ قانونية عامة أو قاعدة من القواعد التي تشمل مختلف مصادر القانون العبر الوطني المختلفة. ففي قضية نظرتها محكمة تابعة للغرفة التجارية الدولية , في تنازع بين شركة تصنيع يابانية , وموزع شرق أوسطي , أن عقد الطرفين يجب أن يخضع لمبادئ القانون التجاري الدولي , ومنذ اعتمادها عام 1994, عمدت هيئات التحكيم في مناسبات عديدة بتطبيق أو ألاشارة إلى مبادئ العقود التجارية (اليندورا)[8].

[1] – د. هشام علي صادق ,القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , المصدر السابق ,ص754.

[2] – د. ابو العلا النمر , مقدمة في القانون الدولي الخاص , المصدر السابق ,ص74.

[3] – انظر نص الفقرة الثالثة من المادة (39) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على انه(يجب ان تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع وألاعراف الجارية في نوع المعاملة)–

[4] – وهذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري حيث اعطى لمحكمة التحكيم امكانية الفصل في النزاع وفق ما تراه ملائماً من اعراف من خلال نص المادة (1050) التي نصت على انه(في غياب ألاختيار تفصل حسب قواعد القانون وألاعراف التي تراها ملائمة), وهذا يعني ان القانون الجزائري وكذلك القانون المصري في الماد (39), قد أوجبت على هيئة التحكيم ان تراعي ألاعراف الجارية .

[5] – د.هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , المصدر السابق , ص236.

[6] – إن ألاعراف والعادات التجارية في تحكيم القانون تنزل منزلة الشروط العقدية , وهذا يعني ان العقد سيخضع في النهأية إلى قانون دولة ما, ولكن بعد اكتساب هذه ألاعراف والعادات القوه الملزمة من قبل هيئات التحكيم , أصبح بألامكان تطبيقها بصفه قانون العقد, وليس من شروطه, د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق , المصدر السابق , ص237.

[7] د. احمد عبد الكريم سلامة ,العقد الدولي الطليق , المصدر السابق ,ص293.

[8] – مشار اليه في بحث د. نظام جبار ,تطور قواعد تنازع القوانين التقليدية , مجلة جامعة الكوفة , العدد 37, ص161.

المطلب الثاني

اعتماد المبادئ العامة للقانون

نرى أنه في الغالب ان المتعاقدين يتجهون إلى تضمين عقودهم المتعلقة بالتجارة الدولية , نصوص تخضع عقودهم للمبادئ القانونية المشتركة ,أو ما تسمى بالمبادئ العامة للقانون, وهو ما يعبر عن رغبتهم في تحرير العقود التي يبرمونها من سيطرة القوانين الوطنية[1] ,وتطبق هيئات التحكيم هذه المبادئ في حالة سكوت المتعاقدين عن ألاشارة إلى اختيار القانون الواجب التطبيق وهذا ما أشار اليه تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات ألاستثمار في واشنطن, ومقتضى ذلك ان للمحكمة تطبيق المبادئ العامة للقانون[2] , ولاسيما المبادئ التي تقبل التطبيق على عقود التجارة الدولية , الأمر الذي يسمح لنظام التحكيم بالمركز ان يتمتع بمركز متميز بين نظم ولوائح هيئات التحكيم المؤسسي , التي تعمل في مجال التحكيم الدولي الخاص [3].

ويلجئ المحكمون إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون في حالة سكوت الأطراف الدولية , وعدم تقديمها الحل في النزاع المعروض أمام هيئة التحكيم ,[4] وسواء طبق المحكمون المبادئ القانونية المشتركة بوصفها قانون الأرادة , أي بناء على اعمال قاعدة ألاسناد التي تشير إلى تطبيق القانون الذي ارتضته ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية أو أستندوا في ذلك إلى فكرة التطبيق المباشر لهذه المبادئ دون الحاجة لأعمال منهج التنازع .[5]

إن المبادئ العامة للقانون هي مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية المختلفة , فهي بهذا الوصف لا تتمتع بصفة ألاستقلال عن هذه القوانين الوطنية هذا بحسب رأي البعض [6],ولكن على خلاف هذا الرأي نرى أن الجانب ألاخر يميل إلى تأكيد ألاهمية العملية للمبادئ القانونية المشتركة كمصدر من مصادر هذا القانون, فقد استطاع قضاء التحكيم ان يتوصل إلى العديد من المبادئ المشتركة , وان يستخلص منها ما يناسب العلاقات ألاقتصادية الدولية , حتى أصبح للمبادئ العامة في هذا المجال طابعها المميز الذي يتفق وطبيعة المجتمع الدولي للتجار ورجال ألاعمال, وبهذا أصبحت المبادئ العامة للقانون جزءاً لا يتجزأ من القانون التجاري الدولي [7] .

وعلى هذا نرى ان قضاء التحكيم قد استقر على عدة قواعد مهمة من المبادئ العامة للقانون , اهمها العقد شريعة المتعاقدين ونرى ان قضاء التحكيم تمكن من يضفي على هذه المبادئ ذاتيتها المتفقة وطبيعة التجارة الدولية من الناحية العملية [8].ومن جهة اخرى نرى ان هيئات التحكيم قد استخدمت هذه المبادئ لاستلهام بعض القواعد ذات الطابع ألاخلاقي, التي تستوجب محاربة الفساد واحترام القوانين الداخلية الأمرة في الدول المضيف للاستثمار ,وإن هذه المبادئ القانونية لا تستمد قوتها الملزمة من قضاء التحكيم الدولي باعتباره القضاء العام لمجتمع التجارة الدولية العابر للحدود ,ولا من صفتها القانونية في النظم الداخلية وإنما تستمد قوتها من ألاعتقاد الراسخ لدى اعضاء المجتمع الدولي أنفسهم من التجار والمهنيين ورجال الأعمال بضرورتها وأهميتها لتنظيم العلاقات القائمة بينهم , وهذا ما يفسر الذاتية الخاصة, لهذه المبادئ العامة كما تطبقها أحكام التحكيم [9] . وقد يعطي المتعاقدين هيئات التحكيم فرصة لخلق الحل الملائم في صدد المنازعات التي يواجهونها ,والتي لا يوجد بشأنها عادات أو أعراف مستقرة في

---

[1] – philippe kahn les principes gen eraux du droit devant les arbitres du commerce international.p2.. مطبوع على ألالة الكاتبة

[2] – انظر نص المادة 42 الفقرة 1 من المركز الدولي لتسوية منازعات ألاستثمار في واشنطن, (تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع , واذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ , فأن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين , بألاضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع).

[3] – د. صلاح الدين جمال الدين , دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين , دار الفكر الجامعي , ألاسكندرية , مصر , 2007, ص128.

[4] – ميشيل فرأيلي , دور المبادئ المشتركة لسد النقص في ألاعراف والعادات الدولية , المصدر السابق , ص380 .

[5] – د. هشام علي صادق ,القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , مصر,2001,ص2019.

[6] – fouchard ,letat face au usage de commerce international,1975,p73-74.

[7] – لقد استقى قضاء التحكيم هذه المبادئ من ألانظمة القانونية السائدة الدول الرأسمالية الصناعية الكبرى ,أما فقه الدول ألاشتراكية قد انكر من حيث المبدأ وجود ما يسمى بالمبادئ المشتركة بين ألانظمة القانونية المختلفة استناداً إلى الخلاف العقائدي بين هذه الدول وبين الدول الرأسمالية: انظر Michel virally, p383. عن الدكتور هشام علي صادق, ص222.

[8] – د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ص224.

[9] – ويرى البعض ان المبادئ القانونية المشتركة كأحد مكونات القانون التجاري الدولي , قد تختلف عن المبادئ العامة السائدة في ألامم المتمدنة ,وعلى الرغم من ان لمبادئ العامة مستمدة من القوانين الوطنية , ألا انها في التطبيق تختلف عن المضمون الذي ينتج عن تطبيقها أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي في مجتمع المهنين من التجار ورجال ألاعمال

المجال الدولي ,فالمبادئ العامة تعبر الوسيلة الحديث لهيئات التحكيم في استخدام قدراتهم من اجل استلهام الحلول المناسبة لمجتمع التجار ورجال ألاعمال العابر للحدود [1].

إن لجوء هيئات التحكيم لهذه المبادئ لكونها تعد من مكونات القانون التجاري الدولي , من أجل سد النقص في قواعده العرفية واحكامه ألاتفاقية . إن تطوير المبادئ العامة للقانون واستنباط الجديد منها يصبح ناتج من نواتج ألاحكام التي تصدرها هيئات تحكيم المركز بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق , أن الدور الذي تقوم به هيئات تحكيم المركز يتميز بميزتين الأول انه يحظر على هيئات التحكيم انكار العدالة استناداً على عدم وجود قاعدة قانونية أو بسبب غموضها ,وهذا الأمر يدفع بهيئة التحكيم للبحث عن المبادئ القانونية المناسبة في أي نظام قانوني , سواء كان من النظم القانونية ذات الصلة بالنزاع أولم تكن والثانية ان تقوم بتسبيب ألاحكام , وبهذا يكون لهيئة التحكيم, أن تستنبط المبادئ القانونية العامة من مختلف النظم القانونية لتلافي انكار العدالة ولتسبيب الحكم بأسباب تقوم على سند من القانون , وبهذا يكون لهيئات التحكيم, التي تشكل بعد ذلك أطار المركز فرصة لتطبيقها ,وتطويرها على المنازعات المشابهة التي تعرض عليها [2].

إن هيئات التحكيم الدولية تصدر قراراتها التحكيمية من خلال هذه المبادئ , فتكون تلك المبادئ مصدراً اخر للقواعد ,وقد أشارت لذلك بعض من أتفاقيات التجارة الدولية في إطار عقود التجارة الدولية، فعلى سبيل المثال ذهبت إلى ذلك (إتفاقية لاهاي لعام 1964) البيع الدولي [3] وكذلك إتفاقية فينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع[4]، والحال ينسحب على مبادئ اليونيدروا [5] فلا يمكن للمحكم كما هو الأمر بالنسبة للقاضي ان يمتنع عن حل النزاع بحجة عدم وجود نص بل رسمت له اتفاقية فيينا الرجوع إلى المبادئ العامة لخلق قاعدة موضوعية تطبق على النزاع ويرجع المحكم أيضا إلى المبادئ العامة لتعديل القواعد العامة المختارة اذا ما كانت تخالف ما استقر عليه التعامل الدولي ولا يوجد عرف دولي يلجئ اليه المحكم, فسيلجأ المحكم إلى تعديل القاعدة المختارة وفقا لما تقضي به المبادئ العامة6 وعلى الرغم مما تقدم فأن المحكم قد لايلتزم بالتدريج الذي وضعته ألاتفاقية عندما يجد تطبيق مبادى العامة أوألاعراف مثلا يحقق العدالة أكثر, من ألاتفاقيات, ومما تجدر ألاشارة الية أيضا ان المبادئ العامة قد تكون واردة في قانوني وطني تعامل معاملة القواعد الموضوعية ذات ألاصل الوطني ,أما اذا كانت واردة في اتفاقيات دولية فأنها تعامل معاملة القواعد ذات ألاصل الدولي ,وقد تكون هذه المبادئ ما سار عليه التعامل الدولي أي غير مسجلة ففي هذه الحالة, يكون للمحكم الدور الكبير في استخدامها لحل النزاع المعروض أمامه .

[1] – د. سمير تناغو , النظرية العامة للقانون , منشأة المعارف ,ألاسكندرية, 1974, ص161

[2] – انظر المادة 2/42 من احكام المركز الدولي لتسوية منازعات ألاستثمار بواشنطن والتي اكدت على الزام هيئات التحكيم بالفصل في النزاع , حيث اعطيت المرونة في اصدار احكامها من اجل تجنب انكار العدالة , وهذه المرونة والحرية في ألاختيار تساعد بلا شك في تطوير قواعد القانون الدولي الخاصة بالعلاقات العقدية .وهذا ما اشارت اليه قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية التي صدرت عام 1975 وعدلت عام 1988 حيث جاء في المادة (13) فق3 منها (للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع , فإذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة بهذا الخصوص .

[3] – انظر المادة (17) التي نصت على ان (المسائل المتعلقة بالقضايا التي يحكمها هذا القانون ولم يتم حسمها صراحة، يتم حسمها وفقًا للمبادئ العامة التي يستند إليها هذا القانون).

[4] – انظر نص المادة(2/7) التي نصت على ان " المسائل التي تتعلق بالموضوع التي تناولتها هذه ألاتفاقية ولم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقًا للمبادئ العامة ..."

[5] – انظر نص المادة(1–6) منها التي نصت على ان "... 2– المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق المبادئ ولا تحسمها صراحة، يمكن أنْ تنظم كلما كان ذلك ممكنًا وفقًا للمبادئ العامة التي إستلهمت منها".

[6]() وكذلك يظهر التطبيق المباشر للمبادئ العامة من حكم التحكيم في قضية " هضبة ألاهرام، بين شركة SPP وجمهورية مصر العربية أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات ألاستثمارية، إذ جاء قرار هيأة التحكيم في 20 أيار 1992 إلى رفض تطبيق القانون المصري على أساس أنّه قانون داخلي ناقص بطبيعته، وعند وجود مثل هذا النقص على هيأة التحكيم فإنّها تفصل بالنزاع وفق المادة (42) من إتفاقية واشنطن لعام 1965لتسوية المنازعات ألاستثمارية على وفق المبادئ العامة للقانون, إنضم العراق إلى هذه ألاتفاقية بموجب القانون رقم (64) لسنة 2012 والمنشور في الوقائع العراقية في العدد 4283 في 2013/7/29, ونصت على ذات المعنى المادة (12/أ) من إتفاقية تسوية المنازعات ألاستثمارية في الدول العربية لعام 2000 إذ نصت على أن " تفصل هيأة التحكيم في النزاع وفقًا للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفا النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد، فإنّ المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة والطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين فظلاً عن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع"، ينظر: إتفاقية تسوية المنازعات ألاستثمارية في الدول العربية على الموقع ألالكتروني:
http://www.aidmo.org/aiic/docs/announcement_conflict.pdf

المطلب الثالث

اعتماد قواعد العدالة

عندما لا يتفق اطراف النزاع على تحديد القانون الواجب التطبيق , ولكنهم يفوضون الأمر إلى المحكمة التي يعرض عليها النزاع في ان تصدر حكماً وفقا لقواعد العدالة وألانصاف وهذا ما اشارت اليه اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات ألاستثمار , التي أكدت على اهمية ألاتفاق الصريح على هذا الأمر بين اطراف النزاع , وهذا يعتبر ميزة لهذه ألاتفاقية[1] , حيث يعد هذا ألاسلوب أسلوباً مرناً لتسوية المنازعات وان شابهت في ذلك بعض نظم الهيئات ألاخرى للتحكيم كغرفة التجارة الدولية , التي ضمنت لائحتها نصاً مماثلاً في **المادة 19** منها تحت مسألة التسوية الودية [2].

والسؤال الذي يطرح هنا هل أن هذه ألاتفاقية تسمح للمحكمين أن يصدروا احكامهم على وفق اهوائهم الشخصية أو يكون مستنداً إلى قانون ما . تلجئ هيئات التحكيم لاستخدام فكرة العدالة أحياناً من أجل استكمال النقص في القانون التجاري الدولي, ونراها في أحيان أخرى تستخدمها من اجل تطوير هذه القواعد وتقدير مدى ملائمتها مع الدعوى المعروضة ,من اجل التوصل إلى الحل ألاكثر عدالة للنزاع المعروض , مستخدمين العدالة الطبيعية لتكملة العدالة القانونية [3]. في حالة اتفاق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم الفصل بالنزاع , لابد أن تختار نظام قانوني تراه ملائماً للتطبيق , وتستطيع ان تستخدم اساساً للتسوية تستمده من المبادئ العامة للقانون , كما بإمكان هذه الهيئة أن توسع من نطاق تطبيق مبدأ قانوني معين أوتعديله ليناسب النزاع المعروض , الأمر الذي يساهم بدوره في تطوير القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية [4].

وبهذا فأن هيئات التحكيم قد تذهب إلى اصدار الحكم على وفق العدالة المطلقة, دون التقيد بأحكام قانون وضعي معين اذا تم تفويضهم من قبل الأطراف صراحة ,وهو ما يسمى بتحكيم العدالة , حيث يقوم المحكم بالفصل بالنزاع المعروض عليه, على وفق مبادئ العدالة وألانصاف من دون التقيد بالقواعد الوضعية لأية دولة وأي كان مصدرها [5]. وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي في **المادة 1474 من قانون المرافعات** ,وكذلك ألاتفاقيات الدولية واللوائح الخاصة بالمؤسسات التحكيمية الدولية , وقد اتجه هذا ألاتجاه قانون التحكيم المصري الجديد والتي نصت على أنه**(يجوز لهيئة التحكيم ان تفصل بموضوع النزاع وفقاً لقواعد العدالة وألانصاف دون ان تتقيد بأحكام القانون)وذلك في حالة اذا أتجه الأطراف إلى تفويض المحكمة صراحة بالفصل بالنزاع** [6],ونظرا لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن تقديره المطلق ,الذي يخضع بطبيعته لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته وثقافته ,استلزم من المشرع المصري لزوم أعلان الأطراف اعلاناً صريحاً لا لبس فيه بتخويل المحكم لهذه السلطة , ولم يقيد المشرع المصري تخويل المحكم هذه السلطة بأي قيد , كضرورة ان يسمح القانون المطبق على ألاجراءات بهذا النوع من التحكيم , وهذا ما تتطلبه قواعد اليونسترال , فأن موقف المشرع المصري يتفق مع مبدأ سلطان الأرادة , حيث ترك الأمر كله بما فيه تنظيم اجراءات التحكيم نفسها لاتفاق الأطراف [7]. ,**أما فيما يتعلق بلائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس**

---

[1] – انظر المادة (42) فق3 من اتفاقية واشنطن لعام 1965.

[2] – وقد اشارت المادة (2/42) إلى انه (لا يجوز للمحكمة ان ترفض الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونيةأوعمومية مثل هذه النصوص)وهنا اعطيت هيئات التحكيم مرونة في اصدار احكامها في ظروف متغيرة بحيث تذهب إلى تطبيق المبادئ والقواعد الملائمة من اجل تجنب انكار العدالة , واصدار الحكم العادل في النزاع ,فأن هذه المرونة والحرية في ألاختيار والتطبيق تساعد بلا شك في تطوير قواعد القانون الدولي الخاصة بالعلاقات العقدية .

د. صلاح الدين جمال الدين , دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين , المصدر السابق , ص74.

[3] – د. صلاح الدين جمال الدين , المصدر نفسه , ص75.

[4] – د. صلاح الدين جمال الدين , دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين , المصدر السابق , ص76.

[5] – انظر نص المادة 39ف4, من قانون التحكيم المصري الجديد. ومشار اليه د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ص234.

[6] – ويقابل هذا النص الفقرة 3 من المادة 28 من القانون النموذجي التي تنص (على ان تجري محكمة التحكيم تسوية وفقاً للعدالة وألانصاف وبصفتها منشئة لموائمة ودية فقط , اذا اذان لها ألاطراف في ذلك صراحة) وهنا نلاحظ ان هذا التخويل لهيئات التحكيم في اجراء تسوية للنزاع يحرره من التقيد بأي نصوص تشريعيةأوأية قواعد قانونية أيا كان مصدرها , بحيث تستطيع هيئات التحكيم ان توجد نوع من التسوية للنزاع المعروض ,مستلهمين بما يروه محققا للعدالة , قانون ألاونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي العام 1985مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006.

[7] – رمضاني كريم و سأيح جهاد , القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي , مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون ,جامعة اكلي محند ,كلية الحقوق والعلوم لسياسية , 2015, ص50.

CC BY

قد ذهبت في المادة 4/13 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس , إلى جواز الحكم بقواعد العدالة وألانصاف اذا اتجهت ارادة الأطراف بتخويل المحكمة بالفصل بالنزاع ,على وفق قواعد العدالة وألانصاف[1].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العدالة جزءاً من قانون التجارة الدولي ,ومن أسباب اللجوء إلى فكرة العدالة في العلاقات التجارية الدولية ,هو الحاجة اليها من اجل استكمال النقص في النظام القانوني الجديد, حيث يكون بإمكان هيئات التحكيم باسم العدالة استلهام الحلول للمسائل, التي تكون غير منظمة من قبل القانون التجاري الدولي .

والمقصود بالعدالة,التي تستلهم منها هيئات التحكيم الحلول الواجبة ألاتباع لا نريد بها العدل المطلق وانما نقصد به العدل المعروف من قبل مجتمع رجال ألاعمال والتجار, بمعنى ان المحكم يستلهم العدل المطلق ليخلق حلاً ليواجه به الحلول, ويمكن ان نلاحظ اقتراب فكرة العدالة من مفهوم المبادئ العامة للقانون , فالعدالة هنا هو العدل الذي تستلهمه هيئات التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات التجارية من فكرة العدل المطلق (القانون الطبيعي),أما فيما يتعلق بالمبادئ العامة للقانون فهي في حقيقتها تقف بالوسط بين القانون الطبيعي ,والقانون الوضعي التي تتمثل بألاعراف والعادات التجارية [2] .

يرى جانب من الفقه أن أتجاه الأطراف إلى تخويل هيئات التحكيم , بالحكم بموضوع النزاع وفقا لتحكيم العدالة , هذا سوف يصل بنا بالنتيجة إلى افلات العقد من حكم القانون , ألا انه على وفق النظرة الحديثة لم يعتقد الفقه بوجود عقد متحرر من حكم القانون على وجه مطلق , وانما يراد به التحرر من حكم القوانين الوطنية , ولكن يخضع بالوقت نفسه للقانون التجاري الدولي , ان تفويض الأطراف لهيئات التحكيم بالحكم وفقا لقواعد العدالة وألانصاف , حيث يكون العقد في هذه الحالة من العقود الطليقة التي تفلت من سلطان القانون , بحيث لا تخضع إلى الحلول التي تراها هيئات التحكيم ملائمة تحت ستار فكرة العدالة [3]. لقد ثار نقاش بشأن تطبيق قواعد العدالة وألانصاف , يرجع إلى كونها شعوارً انسانياً تطبقه هيئات التحكيم بطلب من الخصوم , تحقيقاً لتوازن العلاقات والطمأنينة لدى المتعاملين بها , لذلك رجحها الفقه كمصدر اخر , لكن في الوقت نفسه ينبغي عدم تجاهل ما تنطوي عليه تلك القواعد من عمومية وعدم تحديدها,الذي قد يعرض الخصوم لخطر ألابتعاد عن توقعاتهم , ويحرمهم منالأمانالقانوني.

يعد التحكيم التجاري الدولي القضاء العام لمجتمع التجار ورجال ألاعمال العابر للحدود , كما انه يعد ألاداة الفاعلة التي أسهمت في تكوين العادات التجارية الدولية وتطبيقها ,حيث ان رجال ألاعمال والتجار قد اعتادوا على ادراج شرط التحكيم في عقودهم لأسباب عديده , ومن بين هذه ألاسباب هو رغبتهم في تدويل هذه العقود وتحريرها من سلطان القوانين الداخلية وصولاً لإخضاعها لقانون التجارة الدولي , بما يتضمنه هذا القانون من اعراف وعادات مهنية استقر عليها العمل في ألاسواق الدولية و حيث ان اخضاع العقود التجارية الدولية لمثل هذه ألاحكام الموضوعية, التي درج التجار ورجال ألاعمال على اتباعها يشعرهم بألامان القانوني, ويصون توقعاتهم المشروعة[4] . ومن هنا تتضح أهمية دور هيئات التحكيم في خلق قواعد القانون التجاري الدولي واستقرار احكامه, حيث تستند هيئات التحكيم إلى فكرة العدالة , لخلق الحل الملائم للنزاع ,وليس من الضروري ان يتحول الحل لقاعدة قانونية ملزمة , بل يكتسب هذا الحل صفة العموم والتجريد من احساس الجماعة بإلزاميته , وتكرار ألأخذ به من قبل هيئات التحكيم , مما يؤدي إلى استقرار العمل بمقتضاه في أطار عقود التجارة الدولية .[5]

[1] – د. سمير تناغو , المصدر ألاسبق ,260.

[2] – د. حفيظ السيد حداد , القانون الدولي الخاص , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ص79.

[3] – د. احمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية المصدر السابق , ص48 .

[4] – YVES derains,les norms dapplication immediate dans la jurisprudence arbitrale inter .melanges GOldmanp.36.

[5] – د. احمد عبد الكريم سلامة, نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية , المصدر السابق , ص293.

الخاتمه

النتائج /

1- إن أتباع الطريقة التقليدية لقواعد تنازع القوانين لا تفي بشكل كافي للاستجابة للمتطلبات المعيارية المحددة للمعاملات التجارية الدولية, بسبب نقاط الضعف الرئيسية الكامنة في هذه القواعد, والتي تتمثل في ضعف القدرة على التنبؤ والعدالة المشكوك فيها في القرارات المتعلقة باختيار القانون الواجب التطبيق .

2- إن العدالة التي تهدف هيئات التحكيم المؤسسي إلى تحقيقها هي العدالة الواقعية, التي تحقق درجة من اليقين القانوني , وأنها تحترم توقعات الأطراف, أما العدالة التي تهدف اليها قواعد التنازع في ظل القضاء العادي فهي عدالة مجردة, وهذا النوع من العدالة لا يرتقي إلى توقعات الأطراف بسبب التعقيدات المنهجية والوظيفية.

3- تواجه هيئات التحكيم صعوبة في تطبيق قواعد تنازع القوانين وخاصة ألاسنادية منها أكثر من تطبيقها للقواعد الموضوعية، فتكون ألاخيرة اكثر استجابة للتطبيق اذا كان مصدرها العرف والعادات والمبادئ العامة من تلك التي تكون مصدرها ألاتفاقيات الدولية .

4- كلما كانت قواعد تنازع القوانين ضعيفة في ألاستجابة لتوجهات هيئات التحكيم في تسوية المنازعات، كلما كانت هناك حاجة أكثر لتطويرها وعندها تنشط هيئات التحكيم، ويتطلب ذلك أن تضطلع ألاخيرة بدور أيجابي تطويري أوتطويعي لقواعد التنازع في سبيل تسوية المنازعات التجارية الدولية بأسلوب يضمن العدالة والقدرة على التنبوء وحماية التوقعات المشروعة.

التوصيات/

1- ألاسراع بتصديق قانون التحكيم العراقي , والعمل به على غرار التشريعات العربية وألاجنبية التي نظمت التحكيم , وهذا ما سيكون عامل انعاش لتنشيط ألاقتصاد العراقي, وبه يستطيع العراق مواكبة الدول المتقدمة وجذب ألاستثمارات .

2- مواكبة الدول المتقدمة عند وضع قانون التحكيم , ومنح ألافراد مساحة لاختيار القانون الواجب التطبيق وألاتجاه إلى تبني قواعد القانون التجاري الخاص بمجتمع رجال ألاعمال والتجار .

المصادر

1- د. أحمد عبد الحميد عمشوش , تنازع مناهج تنازع القوانين , مؤسسة شهاب الجامعية , ألاسكندرية ,2003.

2- د. أحمد عشوش , قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة , على ألالة الكاتبة , 1985.

3- أحمد سامي ريحان , الأنترنيت , دار الفاروق للنشر والتوزيع , القاهرة , 1999.

4- د. ابو الخير عبد العظيم ,التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي , المركز القومي للإصدارات,ط1, القاهر , مصر , 2017.

5- د. أزاد شكور صالح , الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود ألاستثمار الدولية , المؤسسة الحديثة للكتاب ,ط1, بيروت , لبنان.

6- د. أحمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية ,ط1,مصر .

7- د.أ عبد الكريم سلامة , العقد الطليق , دار النهضة العربية , بدون طبعة, مصر .

8- د. احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة , ط1, 2001.

9- د. أحمد شرف الدين , قواعد التحكيم , اتفاق التحكيم , اجراءات الخصومة والحكم فيها شركة ناس للطباعة, القاهرة , 2007.

10- د. أسامة حجازي المسدي, القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية , بدون طبعة , دار شتات والبرمجيات , دار الكتب القانونية ,مصر , 2010.

11- د. اشرف عبد العليم الرفاعي , القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ,دار الفكر الجامعي , ألاسكندرية ,2003.

12- د.أحمد هندي , التحكيم , دراسة اجرائية في ضوء القانون المصري , ط1, دار الجامعة الجديدة , ألاسكندرية , 2013.

13- د. أحمد محمد محمود خلف , الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة , المكتبة المصرية ,ط1, مصر , 2008.

CC BY

14- د. أبو العلا علي ابو العلا النمر, المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم ,دار ابو المجد للطباعة بالهرم, ط1, 2006.
15- د. أبو العلا النمر , القانون الواجب التطبيق على المسائل ألاجرائية في مجال التحكيم , ط1, دار النهضة العربية ,2006.
16- د. احمد سامي ريحان , الأنترنيت في العصر الحديث , دار الفاروق للنشر والتوزيع , القاهرة , مصر , 1999.
17- د. أيهاب السنباطي , الموسوعة القانونية للتجارةالألكترونية,دار الجامعة الجديدة , ألاسكندرية ,2008.
18- د. أحمد عبد الكريم سلامة , التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية , دار النهضة العربية ,ط1, 2006.