مجلة جامعة تشرين – سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية

اسم المقال: دور الأعراف mercatoria lex في التحكيم التجاري في مجال الاستثمار
اسم الكاتب: د. شادي جامع، عمار يونس
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/5464
تاريخ الاسترداد: 2026/11/04 00:06 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة تشرين – سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية – ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

La Role Du Lex Mercatoria En L Arbitrage Commercial International

Dr Shadi Jameh [*]
Ammar Younes [**]

(Received 15 / 6 / 2020. Accepted 15 / 7 / 2020)

□ ABSTRACT □

L'une des principales caractéristiques de l'arbitrage commercial international tient au fait que ses règles tiennent fortement compte des utilisations du commerce international dans le règlement du différend confié aux arbitres. L'article 29-4 de la Loi type de la CNUDCI, par exemple, oblige le tribunal arbitral à statuer dans tous les cas "conformément aux termes du contrat" et à prendre en compte "les normes commerciales applicables qui régissent la transaction".

Les normes du commerce international font partie des sources du droit commercial international qui ne reflètent aucun système juridique gouvernemental et sont communément appelées lex mercatoria.

Le respect des normes commerciales internationales dans le règlement des différends soulève principalement le problème de leur capacité à contrôler efficacement les conflits. Si cette capacité est démontrée, le deuxième problème se pose quant à la mesure dans laquelle les normes fonctionnent dans l'arbitrage commercial international.

[*] **Professeur Assistant - Faculté De Droit - Université De Tishreen - Lattaquié - Syrie.**
[**] **Étudiant A La Maîtrise - Faculté De Droit - Université De Tishreen - Lattaquié - Syrie.**

دور الأعراف lex mercatoria في التحكيم التجاري في مجال الاستثمار

الدكتور شادي جامع*
عمار يونس**

(تاريخ الإيداع 15 / 6 / 2020. قُبِل للنشر في 15 / 7 / 2020)

□ ملخّص □

تأتي إحدى السمات الأساسية للتحكيم التجاري الدولي من حقيقة أن قواعده تأخذ في الاعتبار بشدة استخدامات التجارة الدولية في تسوية النزاع الموكل إلى المحكمين .المادة 29-4 من قانون الأونسيترال النموذجي على سبيل المثال ، تشترط على هيئة التحكيم أن تحكم في جميع الحالات " *وفقًا لشروط العقد* " وأن تأخذ في الاعتبار " الأعراف التجارية المطبقة والتي تحكم المعاملة ."

تشكل الأعراف التجارية الدولية جزءًا من مصادر القانون التجاري الدولي التي لا تعبر عن أي نظام قانوني حكومي والتي يُشار إليها عمومًا باسم lex mercatoria .

إن مراعاة الأعراف التجارية الدولية في تسوية النزاع يطرح في المقام الأول مشكلة قدرتها على التحكم الفعال في النزاع .في حالة إثبات هذه القدرة ، تنشأ المشكلة الثانية حول مدى الوظيفة التنظيمية لهذه الأعراف في التحكيم التجاري الدولي.

* **أستاذ مساعد- كلية الحقوق- جامعة تشرين – اللاذقية – سورية .**
** **طالب ماجستير – كلية الحقوق- جامعة تشرين – اللاذقية – سورية.**

مقدمة :

يعرّف البروفيسور FOUCHARD *قانون lex mercatoria* بأنه مجموعة " القواعد التي يتم تشكيلها وتطبيقها والمعاقبة على مخالفتها في الخارج ، على هامش القوانين و السلطات الوطنية ، تكون داخل مجموعات بشرية اكثر اتساعا وأكثر انحسارا بالوقت نفسه دون ان تتشكل داخل دولة واحدة، لكنها تتالف من واحد أو أكثر من المهنيين أو الشركات وبشكل أوسع من التجمع الدولي للتجار[1] ."

يبدو من هذا التعريف ومن التوضيحات التي قدمها معظم المؤلفين الذين كرسوا دراسات لـ *lex mercatoria* أنها ستتكون من اعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون[2].

وفقًا لهؤلاء المؤلفين ، فإن الأعراف هي " قواعد قانونية ذات طبيعة مؤسسية ، ومقبولة عمومًا في مختلف قطاعات النشاط بسبب تكرارها مما يمنحها قيمة عرفية[3] ."المبادئ العامة بالنسبة لها ستكون " قواعد القانون ذات النطاق العام من خلال محتواها (...) الناتج عن المبادئ العامة المقبولة عالميًا (...) والمبادئ الصادرة عن قرارات التحكيم المنشورة (...)[4]".

من أجل معالجة هذه المخاوف ، سوف ندرس فعالية الوظيفة التظيمية *لقواعد* lex mercatoria في التحكيم التجاري الدولي (المطلب الاول) قبل تحديد الحالات التي يمكن الطعن فيها (المطلب الثاني)

المطلب الاول : الوظيفة التنظيمية لقواعد lex mercatoria **في التحكيم التجاري الدولي .**

هل الأعراف التجارية الدولية قادرة حقًا على تنظيم الدعاوى المرفوعة للتحكيم التجاري الدولي[5] ؟

يطرح هذا السؤال مشكلة **lex mercatoria**على المنازعات التحكيمية الدولية كقاعدة من قواعد القانون .سنحاول تقديم الحلول في الفرع الاول قبل دراسة الفرضيات لحل النزاع من خلال تطبيق **lex mercatoria** (§2).

الفرع الاول: انطباق قواعد lex mercatoria **على المنازعات التحكيمية الدولية**

هل يمكن أن نطبق قواعد **lex mercatoria** على النزاع بنفس الطريق التي نطبق فيها قواعد القانون العادي، والسماح للتسوية من خلالها أو أنه يجب أن ننكر أي قيمة تنظيمية حقيقية لها والحد منها الى شرط من الشروط الموجودة في العقد ؟

إن مسألة الاعتراف بقواعد **lex mercatoria** [6] كشكل من القواعد القادرة على تحديد المعايير القانونية المطبقة على التقاضي الخاضع للتحكيم التجاري الدولي ومعاملات التجارة الدولية بشكل عام ، هي موضوع جدل كبير في الفقه القانوني .

---

[1] Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz 1965, op. cit. n° 577 p. 402.

[2] Goldman « Frontières du droit et lex mercataria », *A.P.D*, 1964 op. cit. P 74 ; Level, « Le contrat dit sans loi », *op. cit*. p. 212 ; Loquin, « L'application des règles anationales dans l'arbitrage commercial international, l'apport de la jurisprudence arbitrale », *CCI*, 1986 p. 73 ; v. cependant le dernier état de la pensée de Loquin (« La réalité des usages du commerce international », *Revue internationale de droit économique*, 1989, p. 163 et ss.) qui assimile les principes généraux du droit international aux usages du commerce international.

[3] Jean- Christophe POMMIER, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international conventionnel, Economica, Paris 1992 p. 295.

[4] Idem p. 296.

[5] art. VII Conv.euro de Genève sur l'arb. com. interna., art. 15 AUA/ OHADA, art.59 a. RA OMPI ; art 33 RA CNUDCI, art. 17-2 RA CCI ; art 28 RA AAA /ICDR ; art 17 al 2 RACCJA ; art 35 RACATO.

[6] P. .MEYER, *OHADA Droit de l'arbitrage,* Bruxelles, Bruylant 2002, p. 202 n° 341.

أعرب المؤلفون في وقت مبكر جدًا عن تأييدهم للاعتراف بالقيمة التنظيمية لـ . lex mercatoria حتى أن مدرسة فكرية قد شكلت حول هذا الموقف مع تطوير نظرية تتعلق بالقدرة التنظيمية لقواعد **lex mercatoria** في العلاقات التجارية الدولية والتحكيم[7] .لكن الوضع التنظيمي لقواعد lex mercatoria هو موضوع نقد حاد من جانب تيار فقهي آخر [8].

قبل اتخاذ قرار بشأن صوابية تطبيق هذه القواعد على التقاضي (ب) ، من المهم دراسة كل الحجج الفقهية المتعلقة على التوالي بالقبول والنفي للطبيعة التنظيمية لهذه القواعد في التحكيم التجاري الدولي.

A . الجدل الفقهي حول الوضع التنظيمي لقواعد lex mercatoria

الجدل حول القدرة التنظيمية لقواعد **lex mercatoria** في التحكيم التجاري الدولي يغذيه تياران عقائديان ، أحدهما يعترف بالقيمة التنظيمية لـ lex mercatoria والآخر ينكر هذه القدرة .

1 . الاعتراف بالقيمة التنظيمية لقواعد lex mercatoria

تستند النظرية التي تؤيد القدرة التنظيمية لقواعد *lex mercatoria* إلى فكرة وجود نظام قانوني مستقل يتكون من قواعد محددة للتجارة الدولية ، ومستقلة عن أي نظام قانوني للدولة وقادر على إدارة المعاملات في التجارة الدولية وكذلك المنازعات الناشئة عنها .

مجموع الحجج التي طرحها البروفيسور Berthold GOLDMAN وغيرها من ثوابت تنظيمية لقواعد **lex mercatoria** لتبرير موقفه يتلخص في ملاحظتين أساسيتين [9].تتعلق الأولى بعدم ملاءمة قواعد الدولة لاحتياجات التجارة الدولية ، بينما تستند الثانية إلى وجود قواعد مناسبة تضعها مؤسسات مستقلة عن أي نظام قانوني للدولة .

يشير أنصار القدر التنظيمية لقواعد **lex mercatoria** من جهة إلى أن الأنظمة القانونية الحكومية ليست مهيأة بالكامل لتنظيم العلاقات القانونية والنزاعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية .ووفقًا لهم ، فإن عدم كفاية القواعد المنبثقة عن الأنظمة القانونية للدولة ينتج عمومًا عن الثبات والبطء الذي يمكن ان يولد مشاكل بالنسبة للنزاعات من خلال التعقيد المرتبط بتنفيذها .

من ناحية أخرى ، يشير هؤلاء المؤلفون إلى وجود قواعد مناسبة وضعتها مؤسسات دولية مستقلة وقرارات تحكيم للتعويض أكدت في أكثر من مناسبة عن عدم كفاية القوانين الوطنية .وبالتالي ، من المفضل أن تأتي القواعد المشار إليها أولاً عن عملية التنظيم الذاتي التي بدأتها الشركات التجارية الدولية [10]. ثم يأتي العمل التنظيمي من مؤسسات مثل

---

[7] B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *Lex Mercatoria* », *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, p.177 et s. ; « La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux », *JDI* 1979 747 ; Ph. KAHN, « L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales », *L'hypothèse du non - droit*, Liège 1977, p.231 ; E. LOQUIN, « L'application des règles anationales dans l'arbitrage commercial international , l'apport de la jurisprudence arbitrale », *CCI*, 1986, p. 67 et s. ; « La réalité des usages du commerce international » *Rev. Internat. Dr. Econ*. 1989, t 2, p. 163 et s.

[8] P. LAGARDE, « Approche critique de la Lex Mercatoria », *Le droit des relations commerciales internationales,* Litec, Paris 1982 p.125 ; *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, 1984 ; Lord Justice Michael MUSTILL, « The New Lex Mercatoria : the first twenty five years » in *Bos &Browlie, eds, Liber Amicorum for Lord Qilberforce* 149 (1987) ; in 4 *Arbitration International* 86 (1988) ; J. PAULSSON « La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI », *Rev. Arb*., 1990 p. 55 et s, V.L.D WILKINSON, « the New Lex Mercatoria : Reality or Academic Fantasy », 12 *JIA* 107, 108 (1995) ; K. HIGHET, « The enigma of the Lex Mercatoria », 63 *Tulane L .Rev*. 613, 617 (1989).

[9] يُعتبر البروفيسور غولدمان زعيمًا لمنظري lex mercatoria ومعيارته . للمقالات المنشورة حول هذا الموضوع والمتابعين الآخرين لهذه المدرسة ج. الصفحة 10 أعلاه.

[10] يمكننا أن أقتبس من بين أمور أخرى في هذا الصدد، والشروط العامة المتقدمة في مجال التجارة في البن والقطن من قبل المستوردين والمصدرين جمعية القهوة و الصوف الدولية النسيج المنظمة.

غرفة التجارة الدولية(ICC) [11] المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit) [12]ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .بالإضافة إلى هذه المبادرات ، هناك المبادئ التي وضعها فقه التحكيم [13].

وللأسف ، فإن الحجج المختلفة التي وضعها المؤلفون المؤيدة لظهور قواعد **lex mercatoria** جديدة وقيمته التنظيمية في التحكيم التجاري الدولي للأسف لا ترقى لتغلب رأي المدافعين عنها .

2. إنكار القيمة التنظيمية لقواعد - lex mercatoria

لحرمان أي قيمة تنظيمية لقواعد . lex mercatoria ، يزعم منتقدوها أنه من المستحيل تحديد محتوى وأهداف مصادرها وأنها خالية من السمات الأساسية لنظام قانوني حقيقي .

في مقاله الشهير بعنوان " مقاربة نقدية لقواعد **lex mercatoria**[14]"، البروفيسور LAGARDE ، على سبيل المثال ، ينفي وجود نظام قانوني واضح تمثله قواعد **lex mercatoria** بسبب عدم وجود اجماع على هذا النظام من قبل قسم من المجتمع الدولي الذي يعتبر بالأساس مصدر هذه القواعد [15] وثانياً ، بسبب عدم وجود سلطة جزائية واحدة و مستقلة عن النظم القانونية المتنافسة [16].

في نهاية المطاف ، فإن المؤلفين الرافضين للاعتراف بالقيمة التنظيمية لقواعد . lex mercatoria ، عن طريق تعزيز الحجج التي أثيرت بالفعل ، غالبًا ما يزعمون عدم قدرته الذاتية على توفير حلول لجميع جوانب النزاع التجاري الدولي[17].

ومع ذلك ، حتى في ضوء الحجج التي طرحها الرافض لهذه القواعد ، يمكن للمرء أن يعتقد مع M.BEGUIN أنه " من حيث النظرية القانونية ، ليس لدى قواعد lex mercatoria الاتساق المطلق لتصنيفها كأمرقانوني[18]" ، هناك سبب للشك فيها من حيث الفعالية ، أو حتى لمجرد الحكم على صوابية تطبيق قواعد **lex mercatoria** على النزاع .

B – صوابية تطبيق قواعد lex mercatoria على النزاع.

كل الأشياء التي تعتبر مرتبطة بالتطرف في وجهتي النظر حول الوضع التنظيمي لقواعد**lex mercatoria** ، يبدو أنه من المستحيل اليوم ، في رأينا ، إنكار قدرة القواعد **lex mercatoria** للتطبيق على النزاعات التحكيمية الدولية كقواعد القانون وهذا لسببين أساسيين .من ناحية ، تستفيد القواعد التنظيمية **lex mercatoria** من تكريس شبه عالمي حتى لو كان فقط في مجال التحكيم التجاري الدولي (1) .من ناحية أخرى ، يبدو أن الاتجاه نحو ظهور نظام قانوني خاص بالتجارة الدولية بدأ بشكل لا رجعة عنه (2).

---

[11] من بين المعايير الأخرى التي وضعتها CCI ، يمكن للمرء رفع مصطلحات التجارة الدولية ، والقواعد والأعراف المتعلقة بالائتمان المستندي ، والقواعد والأعراف الموحدة للضمانات التعاقدية والقواعد للأونكتاد / CCI المطبقة على وثائق النقل متعدد الوسائط.

[12] من بين أهم إنجازات اليونيدروا تدوين مجموعة من المعايير بعنوان " المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية " التي نُشرت في 1994 و 2004.

[13] ومن بين المبادئ المنشورة الناتجة قرارات التحكيم يمكن من بين أمور أخرى تشمل : أن الحاجة إلى تقليل الضرر [ت. الجوائز المذكورة في Derains، " الالتزام بتقليل الضرر في فقه التحكيم "، RDAI 1987 ؛ (1987) Aff. CCI No. 4761، Clunet

[14] *Le droit des relations économiques internationales*, un recueil d'essais *liber amicorum* en l'honneur du Professeur Goldman publié en 1982, pp. 125 etc.

[15] Idem *op. cit.* p. 135

[16] Idem *op. cit.* p. 137

[17] PAULSSON, *op. cit*. p. 64 et s.

[18] BEGUIN, « Le développement de la lex mercatoria menace-t-il l'ordre juridique international ? » *Mc Gill L.J.* 1985 pp. 478 et ss. p. 502.

1. تكريس شبه عالمي *للقدرة التنظيمية لقواعد* lex mercatoria في التحكيم التجاري الدولي .

إن قبول قواعد **lex mercatoria** كقاعدة قانونية تنطبق على التقاضي المقدم للتحكيم التجاري الدولي هو اليوم المكتسب عالميًا تقريبًا .يتم تقديم أفضل توضيح لهذا التكريس لنا من قبل معظم التشريعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والتي في أحكامها المتعلقة باختيار القانون المنطبق على مزايا النزاع تعترف صراحة أو ضمنا باللجوء إلى قواعد**lex mercatoria** [19].

توضيح آخر لا يقل أهمية من هذا التكريس من خلال القرار *Compania Valenciana de Cenestos Portland* SA الصادر عن الغرفة الاولى المدنية للمحكمة العليا الفرنسية 22 تشرين الاول1991 [20].في هذه القضية ، كان على المحكمة العليا أن تبت في استئناف موجه ضد حكم صادر عن محكمة الاستئناف في باريس ، والذي قضى بأن المحكم ، الذي كان مطلوب منه إيجاد القانون الواجب التطبيق على أسس النزاع ، قد حكم وفقاً لمهمته "من خلال اتخاذ قرار بتطبيق جميع مبادئ وأعراف التجارة الدولية المسماة Lex Mercatoria[21] "ودعماً للاستئناف ، زعم المدعي أن المحكم لم يمتثل لمهمته " التي كان عليها أن تقرر ، في حالة عدم اختيار الأطراف ، وفقاً للقانون الذي حددته قاعدة النزاع التي اعتبرها مناسبة ."

ورفضت المحكمة العليا الاستئناف على أساس أنه " بالإشارة إلى جميع قواعد التجارة الدولية التي تم استبعادها من خلال الممارسة من قبل السوابق القضائية الوطنية ، حكم المحكم في القانون كما هو الالتزام المترتب عليه بموجب المهمة الموكولة له ، وبالتالي ، فإنه لا ينتمي إلى محكمة الاستئناف النظر في دعوى الإلغاء التي فتحتها المادتان 1504 و 1502−3 من NCPC ،أو للرقابة على القواعد و الشروط المنفذة من قبل المحكم في تطبيق القانون."

كانت محكمة الاستئناف في باريس ومحكمة النقض الفرنسية قد اعترفت بالفعل في الماضي بقابلية التنظيم لبعض المبادئ التي تنتمي *lex mercatoria*.[22]ولكن في قضية *Compania Valenciana* ، كانت هذه هي المرة الأولى التي يتم فيها استدعاء هذه المحاكم لتقييم القيمة التنظيمية للنظام القانوني بأكمله الذي شكلته قواعد *lex mercatoria*. وتجدر الإشارة إلى أنه قبل هذه السوابق القضائية المؤاتية والمتسقة ، لم تكن قواعد*lex mercatoria* *قائمة* على أنها قواعد قانونية .وبالتالي ، لا يمكنهم تطبيقه إلا على النزاع في حالة النص على شرط نفاذ ودي من قبل الأطراف .وبناءً على ذلك، يمكن لهيئة التحكيم أن تحكم على أساس منصف وتطبق قانون التجار الذين لم يكن معروفا كقواعد قابلة لتنظيم التحكيم [23].

2. الاتجاه نحو ظهور نظام قانوني خاص بالتجارة الدولية.

على مدى عقدين ، إدراكًا لعدم الفعالية الحقيقية لتشريعاتها ، كانت معظم الدول في العالم تعمل على تكييفها من خلال الالتزام أكثر فأكثر بقواعد *lex mercatoria* الناشئة عن عملية التدوين الخاصة التي بدأت من قبل مؤسسات مشهورة

---

[19] art. 15 AUA-OHADA ; art. VII Conv. euro. sur l'arb. com. internat ; art 3 Conv. Interaméric. sur l'arb. com. international .

[20] Civ. 22 Oct. 1991, *Compania Valenciana de Cenestos Portland* SA, inédit cf. chron. *RTDCom*., Janv-mars 1992. p 171 et s.

[21] CA Paris, 13 Juillet 1989, *Rev.arb* 1990. 663. note Lagarde, *JDI* 1990, 430 note Goldman

[22] CA Paris 19 nov. 1982, *Rev arb*, 1983. 466 et Cass. 9 oct 1984 *Rev. crit DIP*. 1985. 551 note B. Dutoit ; *JDI* -1985. 679, note Kahn, *Rev. arb*. 1985. 431, note Goldman ; Aff. Fougerolle : Paris, 12 Juin 1980, *JDI* 1982. 931 9 déc 1981, *JDI* 1982. 931 note Oppetit.

[23] Eric Loquin, L'amiable composition en doit comparé et international : contribution à l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial international ; Librairies techniques, Paris 1980, p. 522 et ss. p. 319 et s.

تتكون من محامين دوليين بارزين .معظم القواعد والمبادئ العامة لقانون التحكيم التجاري الدولي المقبولة عالميًا اليوم هي من صنع . *lex mercatoria* القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته الأونسيترال في عام 1985 [24]، على سبيل المثال ، حصل على موافقة العديد من البلدان التي أدرجته بالكامل في تنظيمها القانوني الداخلي[25].

النجاح المتزايد لمبادئ Unidroit هو أيضا جزء من هذا الاعتراف بقواعد *lex mercatoria*. يتزايد عدد الدول التي تستوحي منها لإصلاح قوانينها في العقود الدولية[26].

لذلك يبدو أن العمل على توحيد القانون التجاري الدولي يسير على ما يرام بفضل هذه العملية التشريعية غير الرسمية التي يبدو أنها أكثر كفاءة .إظهار دعم قوي لتطوير *lex mercatoria* كان بالقدر الذي يجعل من السهل قبول التحكيم الدولي في البلدان غير الصناعية ، السيد KRISHNAMURTHI ، كاتب هندي ، يضع الملاحظات التالية :

"في الأعمال والتجارة الدولية والأعراف المألوفة لدى الأطراف والمقبولة من قبلهم يجب أن تتمتع بالأسبقية ... ما هو ضروري في التجارة الدولية ليس عددًا من القواعد المرتبطة بأنظمة مختلفة من القوانين الوطنية ، بل نظام قانوني قائم حول قوانين التجارة الدولية والاستخدامات والأعراف والممارسات المواتية لتطوير قواعد lex mercatoria نافذة ومقبولة عالميا ."[27]

الأمل في التوصل إلى توافق في الآراء حول *lex mercatoria* مسموح به في *نهاية المطاف* في المستقبل .

لقد تم حل مسألة قابلية تطبيق *lex mercatoria* على منازعات التحكيم الدولية ، فلنفحص الآن فرضيات تطبيقها على النزاع .

الفرع الثاني : فرضيات حل النزاع بتطبيق قواعد *lex mercatoria*

و قواعد *lex mercatoria* قد تطبق بشكل غير مباشر في النزاع عن طريق توجه إرادة الطرفين لتطبيقها في حل النزاع بينهما .تنتج عملية التطبيق هذه عن منطق متضارب سنحدد معالمه. (A) ولكن يمكن أيضًا تطبيق تطبيق lex mercatoriaعلى التقاضي ماديًا أو مباشرًا .(B)

A – التطبيق عند النزاع

إن التطبيق المتعارض أو الغير مباشر لقواعد *lex mercatoria* على التقاضي التعاقدي المقدم للتحكيم التجاري الدولي ينتج بالضرورة عن إبداء الإرادة المتوافقة من الأطراف لقيام هذه القواعد بتنظم أسس التقاضي .كما لاحظنا أعلاه ، فإن معظم النصوص في أحكامها المخصصة للقانون المطبق على النزاعات التجارية الدولية تعترف بهذا الامتياز للأطراف [28]. ولكن ما هو الأساس القانوني الذي ينبغي أن يعطى لهذا التطبيق القائم على مبدأ استقلالية

[24] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

[25] كندا ، ألمانيا ، إلخ. وهي تشمل اليابان ومؤخراً (القانون رقم 2003/138). في الفضاء OHADA ، فإن القانون الموحد لقانون التحكيم مستوحى بشدة من أحكام قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. ومن نفس المنطلق ، تستمد قواعد التحكيم الصادرة عن CCJA إلى حد كبير من قواعد غرفة التجارة الدولية.

[26] Fédération de Russie, Cambodge, Chine, Estonie, Indonésie, Lituanie et pays de l'OHADA rien qu'en 1997 d'après M.J. BONELL, (« The Unidroit Principles of international contracts », *RDAI/ IBLJ* 1997. 145 spéc. p. 152)

[27] N. KRISHNAMURTHI, « Some Thoughts on a New Convention on International Arbitration », in *The art of Arbitration* (Liber amicorum Pieter Sanders) 207, p. 210 (1982).

[28] art. 15 AUA ; art 28 LTACNUDCI, art VII Conv. Genève ; art. 17 RACCJA, art 17 RACCI etc.

الإرادة في التحكيم التجاري الدولي ؟ يبدو أن الفقه السائد يعتقد أنه ينبغي النظر إليها على أنها تجسيد لقاعدة مادية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي " يساهم من خلالها التحكيم في ان يكون أداة في خدمة التجارة الدولية."[29]

أساس القوة الملزمة لبند القانون الواجب التطبيق في قاعدة مادية والحكم الذاتي في التحكيم التجاري الدولي يمكن فهما من خلال حقيقة أن المحكم على عكس القاضي الوطني ليس لديه مجموعة قواعد جاهزة يمكنه الولوج اليها في تكييف الوقائع المعروضة عليه و استخراج الحلول للمنازعات التي يعنى بالنظر فيها وإيجاد القانون الواجب التطبيق لحل تنازع القوانين .ومع ذلك ، يجب الاعتراف بأن هذه القاعدة المادية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لها وظيفة متضاربة إلى حد ما .وينتج ذلك عن حقيقة أنها لا تحل النزاع مباشرة كما تفعل قاعدة جوهرية ، ولكنها تمضي بشكل غير مباشر عن طريق ربط الوضع المتنازع عليه بأمر قانوني يحتوي على الأحكام المادية التي سيتم تطبيقها لحل النزاع.

قد ينتج التطبيق المتعارض للأحكام التي تندرج في *قواعد lex mercatoria* عن اختيار حصري لأطراف النزاع .تم العثور على هذا الأسلوب من التطبيق في قضية التحكيم الصادرة في 1 كانون الاول 1996 من قبل غرفة التحكيم الوطنية والدولية في ميلانو [30]. في هذه القضية ، تم إبرام عقد وكالة تجارية لتوزيع الأثاث بين شركة إيطالية (موكل) وشركة من الولايات المتحدة (وكيل) .بعد إنهاء العقد من قبل الموكل على أساس أن الوكيل لم يحقق النتائج المتوقعة ، قرر الأخير أن يقدم إلى المحكم الوحيد المعين للإجراءات ، تقييم الطابع التعسفي لإنها العقد من أجل إقرار تعويض الضرر الناتج عنه.

بتطبيق حصري لمبادئ Unidroit التي تم تحديدها صراحة من قبل الأطراف كقانون ينطبق على موضوع النزاع ، وجد المحكم أن القرار الغنهاء للعقد كان تعسفيا وأدان الطرف المتعاقد نتيجة هذا الخطأ وحكم بالتعويض عن الضرر الناتج .قراءة ملخص الحكم تجعل من الممكن ملاحظة أنه تم تطبيق العديد من أحكام المبادئ لتبرير الحل الذي قدمته هيئة التحكيم ، على وجه الخصوص : المادة 7.3.1 لاستبعاد طابع عدم التنفيذ الجوهري لحالة ما بدقة وبشكل صريح تتوخاه الأطراف على أنها قابلة لإعادة التفاوض ؛ المادتان 7.4.1 و 7.4.2 لتأكيد حق الدائن في التعويض الكامل عن خسارته نتيجة عدم أداء الطرف الآخر ؛ المادة 7.4.9 لتأكيد صحة الشرط التعاقدي بشرط استحقاق الفائدة من تاريخ الاستحقاق لدفع العمولات ؛ وأخيرًا ، المادة 7.4.13 لتأكيد صحة سعر الفائدة المتفق عليه تعاقديًا (15٪) .

قد ينجم التطبيق المتضارب *لقواعد lex mercatoria* عن خيار مكمل يعبر عنه أطراف النزاع .في قرار صادر في 21 نيسان 1996 من قبل محكمة *مخصصة ad hoc* [31] اختار الطرفان القانون الروسي " *إذا لزم الأمر تستكمله مبادئ Unidroit* ." كان النزاع بين منظمة تجارية روسية وشركة من الولايات المتحدة ويتعلق بعقد قرض ملزم للطرفين .وبعبارات محددة ، قامت المحكمة المخصصة *ad hoc* بتسوية النزاع جزئيا على أساس المادتين 3.12 و 4.3 (ج) من مبادئ Unidroit.

---

[29] **Jean Christophe POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international conventionnel,* Economica, Paris 1992 p 255, n° 246, Goldman, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international » *TCF,* 1969 pp. 119 et s. , Holleaux Foyer, De La Pradelle, *DI Privé* p. 337. ; Battffol, « Le pluralisme des méthodes... » ; Jacquet pp. 114 et ss. V. cependant favorable à une règle de conflit, Deby-Gérard n° 248, p 203, J. Robert, «De la règle de conflit à la règle matérielle en matière d'arbitrage », in Mélanges Sanders, 1982 pp 273 et ss ; et Robert et Moreau, *L'arbitrage, droit interne, droit international*, Paris, *Dalloz*, 1983, 5e éd. n° 327 p. 283**

[30] **غرفة التحكيم الوطني والدولي لميلان (إيطاليا) 1. - 1996 XIIرقم) 1796/51 - Aمحكم واحد - في إيطاليا).**

[31] **M.J. BONELL, *op. cit*. p. 253**

تتعلق هذه الأحكام بمدى أهمية سلوك الأطراف في تفسير العقد بعد إبرامه.

أخيرًا ، قد يحدث أن أطراف النزاع لا يعبرون صراحة عن نيتهم في رؤية تطبيق قواعد *lex mercatoria* على النزاع المقدم إلى التحكيم التجاري الدولي .يحدث التطبيق المتعارض لـ *lex mercatoria* في هذه الحالة عن طريق استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف انطلاقا من مجموعة من المؤشرات التي تعمل كدليل للمحكم .وهكذا تم تفسير النص الصريح للبند الذي يشير إلى إرادة الأطراف في عدم عرض النزاع التعاقدي على قانون الولاية إلى جانب عدم وجود بند *قانوني اختياري* على أنه مؤشر يكشف عن اختيار قواعد[32] *lex mercatoria*.

الى جانب التطبيق المتعارض ، من الممكن النظر ماديًا في تطبيق قواعد *lex mercatoria* على النزاع .

B . التطبيق المادي المباشر

على عكس الوضع الملاحظ في فرضية التطبيق المتعارض ، فإن التطبيق المادي أو المباشر لقواعد *lex mercatoria*على النزاع لا يشمل أي مظهر من مظاهر إرادة الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون المعمول به .وهكذا، على عكس المنطق المتعارض الذي يلزم المحكم البحث عن رابط لربطها بالإرادة التي أعربت عنها الأطراف في بند القانون الخاص بالاطراف مما يمكنها من تحديد القانون الواجب التطبيق، يمكن للطريقة المادية التطبيق المباشرة لقواعد *lex mercatoria على النزاع*.

هذه الصلاحية المعترف بها من قبل المحكم والتي هي خصوصية في التحكيم التجاري الدولي مكرسة في معظم القوانين واللوائح في المسألة[33].

كما يلاحظ البروفيسور Emannuel DARANKOUM بهذا الخصوص، عندما لا يختار الطرفان بأنفسهما القانون الذي سيطبق على علاقتهما ، "يكون (...) أقل توافقًا مع مقتضيات القدرة على التنبؤ واليقين القانوني الواجب لإلزام المحكمين على الاختيار بين حقوق الدول المعنية ، مما يعني بمفهوم المخالفة السماح لهم بتطبيق مبادئ *Unidroit* مثل lex mercatoria أو الأعراف التجارية أو المبادئ العامة للقانون "[34].

نشهد المزيد والمزيد من الاصرار المستمر من المحكمين لإضفاء الشرعية على قراراتهم من خلال التطبيق المباشر لمبادئ Unidroit. على سبيل المثال حكم ICC رقم 7375 المقدمة في 5 تموز 1996 هي مثال على هذا الاتجاه[35]. يتعلق هذا القرار بالنزاع الناتج عن عقد لتوريد معدات مبرم بين بائع أمريكي ومشتري من الشرق الأوسط .نظرًا لأن الأطراف لم تعين قانونًا ساريًا واجب التطبيق ، اعتبرت هيئة التحكيم أن هذا " *خيار سلبي* " لصالح قانون محايد وقررت تطبيق مبادئ Unidroit التي تعتبر جزءًا لا يتجزأ من . *lex mercatoria* أسباب هذاالحكم تدل على الإجماع الذي لوحظ فيما يتعلق بهذه المبادئ .

من المهم ملاحظة أنه في بعض الأحيان ، يطبق المحكمون بشكل مباشر المبادئ العامة لـ *lex mercatoria* حتى عندما يتم تحديد قانون دولة واجب التطبيق على النزاع من قبل الأطراف ، دون الرجوع إليه .في حالة واحدة ، على سبيل المثال ، مُنح مشترٍ إيراني تعويضًا عن الأضرار بسبب خرق البائع اليوغوسلافي للعقد ، وفقًا لشرط التثبيت

[32] CCI n° 1569 (1970), *R.A.*, 1973, 135 ; sent. CCI n° 2374 citées par Derains sous sent. CCI, n° 2886 (1977) etc.

[33] art 15 AUA ; art. VII Conv. Genève art. 8 Conv. Panama ; art 17 RACCJA ; art 17 RACCI ; art 28 RAAAA ; art. 59 RAOMPI ; art 28 LTA ; art. 1496 NCPC français ; art 1054 al 2 CPC néerlandais ; art 187 LDIP. Suisse etc.

[34] « l'application des principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques in *Rev. Jur. Themis* (2002) 36.421 et s.

[35] Sent. Interim en anglais in (1996) 11 *Merley's International Arbitration*.

النقدي التعاقدي ، دون الرجوع إلى محتوى القانون الإيراني المعيّن لحكم العقد المتنازع عليه .قام المحكمون في القضية بتطبيق مبدأ *pacta sunt servanda* الذي يجد صدى معينًا في قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية في المادة 17 الفقرة 2 حيث يُطلب من هيئة التحكيم أن تأخذ في الاعتبار في جميع الحالات ، *أحكام العقد والاعراف التجارية ذات الصلة* .[36]"

ينتقد البروفيسور P. MEYER هذا التطبيق المباشر *لقواعد lex mercatoria من* قبل المحكم بدون قواعد اسناد. ووفقاً له ، فإن هذه الممارسة ستضر باليقين القانوني وتعطل آلية حل النزاع [37]. بعيدًا عن إنكار كل الفطرة السليمة لرأي هذا المؤلف الذي يبدو مرتبطًا بشكل خاص بطريقة النزاع ، يجب الاعتراف بأن هذه الطريقة لا تتكيف دائمًا مع ممارسة وضرورات القانون التجاري الدولي الذي هو قبل كل شيء قانون يحترم الأعراف وحقائق المهنة التي تحكمها.

علاوة على ذلك ، كما أشرنا من قبل ، فإن القانون الموحد للتحكيم وقواعد التحكيم في CCJA مثل معظم النصوص الأخرى التي تحكم المسألة تأذن صراحة أو ضمنا التطبيق المباشر للأعراف التجارية الدولية .كما لا تنتقض اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع من هذه القاعدة لأنها في المادة 9 تجيز تطبيق " كل عرف يعلمه الأطراف أو كان عليهم معرفته والذي يعتبر معروفا في التجارة الدولية على نطاق واسع ومنتظم التطبيق من قبل الأطراف في العقود من نفس النوع في الفرع التجاري المعتبر."

بالإضافة إلى مشكلة قدرة قواعد lex mercatoria على التحكم في النزاع المقدم للتحكيم التجاري الدولي ، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى الوظيفة التنظيمية لهذه الاعراف في التحكيم التجاري الدولي .

المطلب الثاني : مدى فعالية الوظيفة التنظيمية لقواعد *lex mercatoria* في التحكيم الدولي

ما هو المدى التنظيمي لقواعد*lex mercatoria* في التحكيم التجاري الدولي ؟ هل يمكن لقواعد "قانون التجار " أن تحكم على كل من النزاع أمام التحكيم التجاري الدولي أو أن استخدام أو اللجوء لقوانين أخرى يعتبر ضروري ؟

في صميم الأسئلة أعلاه توجد مشكلة الحد من الوظيفة التنظيمية لقواعد *lex mercatoria* في التحكيم التجاري الدولي .لذلك سيكون السؤال في هذه المرحلة من دراستنا للبحث عن الحدود الممكنة لتطبيق قواعد *lex mercatoria* على النزاع .

إن فحص ملامح التقاضي للتحكيم التجاري الدولي يسمح بملاحظة واقع يتعلق بالتشكيك في الوظيفة التنظيمية *لقواعد lex mercatoria* على مستويين .يمكن أن ينتج إعادة النظر هذا من جهة نتيجة وجود حالات قضائية تكون قواعد *lex mercatoria* غير قادرة على الحكم (الفرع الاول) من ناحية أخرى ، فإن التساؤل عن الوظيفة التنظيمية لـ "قانون التاجر " يمكن أن يأتي من قيود مرتبطة بمراعاة الضرورات القانونية الوطنية (الفرع الثاني)

الفرع الأول : عدم كفاية قواعد *lex mercatoria* لتنظيم جميع المواقف الخلافية

يبدو أن هناك حالات خلافية تفلت من الإطار التنظيمي لقواعد *lex mercatoria* .إذ تظهر بعض القضايا في بعض الأحيان استبعاد لقواعد lex mercatoria في التحكيم التجاري الدولي ، سواء كانت النزاعات المقدمة لهذا النوع من العدالة ذات طبيعة تعاقدية (A) أو خارجة عن التعاقد .(B)

[36] **Sent. CCI 1717 / 1792, *Clunet*, 1974. 890.**
[37] **P. MEYER, *op. cit*. p. 212 n°357.**

A . وجود قضايا تعاقدية غير خاضعة لقواعد *lex mercatoria* .

يبدو أن القضايا التعاقدية الغير خاضعة لتطبيق قواعد *lex mercatoria* قد تم الكشف عنها على مستويين يجب تمييزهما .يتعلق الأول ببعض جوانب النزاع التي يبدو من الصعب فصلها عن الأوامر القانونية الوطنية أو ما يدعى النظام العام الوطني (1). ويتعلق الثاني بالنزاع الناشئ عن عقد دولي للمستهلك (2).

1 . جوانب التقاضي التعاقدي التي يصعب فصلها عن الظام العام الوطني.

في النزاعات التعاقدية المقدمة للتحكيم التجاري الدولي ، يبدو أن بعض القضايا التي يصعب فصلها عن النظام العام الوطني تفلت من قبضة قواعد *lex mercatoria* . تتعلق هذه الأسئلة بعناصر تقييم صحة العقد المتنازع عليه وكذلك النظام الخاص بالعقارات الذي يمكن أن تكون موضوعًا له .

يتم تقييم أهلية أطراف النزاع ، على سبيل المثال ، على أساس القانون الشخصي أو الوطني للأشخاص المعنيين .هذا الحل مشترك لجميع الأنظمة القانونية الرومانية الجرمانية[38].

فيما يتعلق بتقييم شروط تكوين العقد المتنازع عليه فيما يتعلق بالجوهر ، هناك سبب للتساؤل بشكل عام حول القدرة الحقيقية لقواعد *Lex Mercatoria* على تسوية هذه الأسئلة .هل توجد حاليًا أي قواعد *lex mercatoria* يمكن أن تسمح للمحكم بتقييم صحة موافقة أطراف النزاع على العقد، أو قانونية موضوع العقد المتنازع عليه ، أو الأهلية والسلطة للأطراف المتنازعة ؟

يبدو أنه يجب الرد على هذا السؤال بالنفي .

في الواقع ، عند البحث في هذا السؤال ، أشار اللورد القاضي Michael MUSTILL إلى أن قواعد *lex mercatoria* نادرًا ما تم تطبيقها على الأسئلة المتعلقة بالموافقة أو الرضا أوالاحتيال في صياغة العقد .ووفقًا لهذا المؤلف ، لم يُنسب إلى الأدب مطلقًا صلاحية إنشاء حقوق حقيقية ، على سبيل المثال عن طريق نقل ملكية السلع المادية أو الضمانات أو إنشاء احتكار مثل براءات الاختراع أو حقوق النشر[39]

يبدو أن عدم قدرة قواعد Lex Mercatoria على التحكم في شروط تكوين العقد محل النزاع حتى اليوم لم يعد موضع شك .حتى أشد المدافعين عن طبيعية قواعد *lex mercatoria* وقدرتها التنظيمية في مجال النزاعات الخاصة بالتجارة الدولية يعترفون بأوجه قصوره في هذا المجال . يؤيد هذا الراي مقال بعنوان" lex mercatoria في العقود والتحكيم الدولي " ، يعترف الأستاذ Goldman ، خاصة فيما يتعلق بمسألة صحة الرضا ، بأن العديد من أوجه القصور في قواعد lex mercatoria هي هيكلية جوهرية وليست مؤقتة [40]. في تعليقه على هذا القبول ، استنتج البروفيسور Lagarde أن السيدGoldman يعتبر هذه الأسئلة بالتالي " وبشكل حتمي ضمن اختصاص النظام العام الوطني."[41]

وأخيرًا ، فيما يتعلق بالنظام الخاص للممتلكات غير المنقولة التي هي موضوع النزاع التعاقدي المقدم للتحكيم ، فقد ثبت عالميًا أن قانون مكان وجودها هو الذي يحكم النزاعات المتعلقة بهذه الممتلكات.(*lex lei sitae*)

لكن استبعاد قواعد lex mercatoria يمكن أن يأتي أيضًا من النزاعات الناشئة عن عقد المستهلك .

[38] Cf. en ce sens pour les pays membres de l'OHADA, P. MEYER, *op. cit*. p. 96 n°156.
[39] *Op. cit*. 102
[40] In *Clunet,* 1979, 475 p. 478-480.
[41] In « Approche critique de la lex mercatoria », *op. cit*. p. 141.

2 . حالة التقاضي الناشئة عن عقد استهلاكي دولي.

قد يحدث أن النزاع الناتج عن عقد الإستهلاك الدولي سيخضع للتحكيم التجاري الدولي .عقد الاستهلاك بشكل عام هو الذي أبرم بين محترف في التجارة الدولية والمستهلك .بموجب أحكام المادة 5 من اتفاقية روما المؤرخة 19 تموز 1980 ، تشير الى أن صفة المستهلك بالمعنى الدولي للمصطلح ناتجة عن حقيقة قيام الشخص الذي يتمتع بهذه الصفة بالتعاقد على موضوع معين ويكون " للاستخدام الأجنبي عن نشاطه المهني ." تسير اتفاقية فيينا المؤرخة في 11 نيسان 1980 في نفس الاتجاه من خلال وصف الشخص الذي يشتري السلع " للعائلة أو الاستخدام المنزلي" بالمستهلك في المادة (art. 2) من هذا القانون.

تنشأ مسألة قابلية تطبيق قواعد lex mercatoria في تسوية النزاع الناتج عن هذا العقد الهجين بين المتخصص في التجارة الدولية والمستهلك الضعيف وغير المتمرس مسبقًا .هل قواعد lex mercatoria قادرة على تقديم حلول مناسبة لهذا النزاع أم يجب رفضه بسبب الطبيعة المختلطة لمحل النزاع ؟

إذا كان من الضروري التمسك بموقف الفقه الذي يغلب وباستمرار المبدأ العام الذي يقضي باستقلالية اتفاق التحكيم على الطبيعة المختلطة للعقد ، فقد يميل المرء إلى التفكير في الحفاظ على سيطرة قواعد lex mercatoria في النزاع .ولكن ذلك يعني تجاهل القواعد الحتمية الجوهرية التي تحمي المستهلك .وهو أمر لا يمكن تصوره .

كما لاحظ الأستاذان Jean–Claude Dubarry et Eric Loquin في تعليقهما على حكم لمحكمة الاستئناف في باريس في 7 كانون الأول 1994 ،[42]"من المعقول و المنطقي تأييد الرأي القائل بأنه لا يمكن للقواعد المادية التي تم إنشاؤها للمهنيين في التجارة الدولية[43]، بالمعنى المقصود في قانون التحكيم الدولي ، أن تستخدم بمواجهة المستهلك ، الطرف الضعيف في العقد حتى تلك التي تنطوي على مصالح جوهرية للتجارة الدولية ،

بعيدًا عن قضايا التقاضي التعاقدي الذي يستبعد قواعد lex mercatoria ، من المهم أيضا دراسة النزاعات خارج إطارالعقد المقدمة إلى التحكيم التجاري الدولي من أجل تحديد ما اذا كانت تقبل الاحتكام لقواعد lex mercatoria .

B . خصوصية المنازعات غير التعاقدية المقدمة للتحكيم التجاري الدولي.

النزاعات خارج إطار العقد هي تلك التي لا تنتج عن علاقة تعاقدية سابقة قائمة بين أطراف النزاع ولكن من علاقة ضرر ولدت بينهما في سياق التجارة الدولية بسبب وقوع جريمة أو شبه جريمة.

هذا هو الحال ، على سبيل المثال ، مع هلاك البضائع المنقولة على متن سفينة مما يجعل شركة تأمين المستلم التي دفعت الأضرار الناجمة عن الخسائر التي تكبدها ، تتحول ضد الناقل الذي وصف نقله بالمعيب بسبب هلاك البضاعة .يجوز للطرفين ، على أساس اتفاق التحكيم ، أن يعهدوا بتسوية النزاع التجاري والدولي بينهما إلى هيئة التحكيم.

ثم يطرح السؤال عما إذا كان يمكن أن تطبق قواعد *lex mercatoria* على التقاضي خارج إطار التعاقد المقدم إلى التحكيم التجاري الدولي .

من حيث المبدأ ، بالنظر إلى الطبيعة التجارية والدولية للنزاع ، يجب أن تكون الاعراف التجارية الدولية قادرة نظريًا على الإدارة و الحكم في هذا النوع من النزاعات في التحكيم التجاري الدولي .من وجهة نظر معارضة ، فإن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تجعل من الممكن اللجوء إلى قانون الاستقلالية الذي يمكن للأطراف الاستفادة منه عن طريق تحديد *قواعد lex mercatoria* باعتبارها القانون الذي اتفق عليه الأطراف بشكل مباشر او ضمني لحل النزاع والذي

---

[42] RTD Com.1995. 402

[43] مفضل أيضًا لتطبيق القواعد الحتمية التي تحمي المستهلك. Gaillard (E) note sous Cass civ. 1ère 21 mai 1997, Jaguar, *Rev. arb.*, 1997. 537 et s ; FOUCHARD (Ph.) in *Rev.arb.* 2002. 241.

يمكن استنتاجه من اتفاقية التحكيم .من وجهة نظر مادية ، يجب أن يكون المحكم قادرًا على تطبيق قواعد lex mercatoria مباشرة في حالة عدم وجود اختيار للقانون المطبق من قبل الأطراف عندما يرى ذلك مناسبًا .

في الممارسة العملية ، ومع ذلك ، يبدو أن قواعد lex mercatoria لديها فجوات وقصور كبيرين في مسائل الضرر .على عكس ثراء وتعدد المعايير التي لوحظت في الأمور التعاقدية ، فإننا نشهد إلى حد ما نقصًا تنظيميا في مسائل الضرر .يمكن للمرء ، في الحد الأقصى ، التفكير في التطبيق على أسئلة المسؤولية التقصيرية المبادئ التي وضعها فقه التحكيم والمؤسسات المهنية في مسائل المسؤولية التعاقدية مثل " الالتزام بتقليل الضرر " وكذلك القواعد المتعلقة بتقييم الضرر والجبر وقواعد تحديد الفائدة .لكن مثل هذا الحلول الاجتراعية لا يمكن أن تحل محل الدواء الشافي .بما أن الحالتين (العلاقة التعاقدية وتقرير الضرر) ليسا متطابقين ، لا يمكن تطبيق نفس القواعد ولا نفس الحلول عليهما.

وفقا للسيد Mustill ، يبدو أنه لا توجد أي حالة تم من خلالها استدعاء قواعد lex mercatoria لجبر الضرر الناتج عن مسؤولية تقصيرية بحتة[44].

وقد تم تأكيد هذه النتيجة من قبل السيد Jan Paulsson في مقاله بعنوان.[45] « la *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI »

نظرًا لأن قواعد lex mercatoria غير مناسبة لإدارة النزاعات المتعلقة بالأضرار الناتجة عن المسؤولية التقصيرية، فسيكون الأمر متروكًا للأطراف والمحكمين لمعالجتها باللجوء إلى القواعد القانونية الوطنية الخاصة المطبقة تقليديًا بعد تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الضرر .ربما يجب أن نفكر في حل مشكلة هذا الفراغ القانوني من خلال وضع قواعد وطنية مناسبة في هذا الشأن[46].

يبدو أن البحث في مدى فعالية و نفوذ قواعد*lex mercatoria* من الناحية مرتبط بمراعاة الضرورات القانونية الوطنية .

الفرع الثاني : القيود المرتبطة بمراعاة الضرورات القانونية الوطنية.

قد تُطرح إمكانية تطبيق قواعد*lex mercatoria* كالقانون الواجب التطبيق على النزاع في مجال التحكيم التجاري الدولي بعض التساؤلات و التي يمكن ان تتحول الى مخاوف من تضارب هذه القواعد مع النظام العام الوطني سواء فيما يتعلق بالأماكن المحتملة لتنفيذ الحكم (A). قد يرجع ذلك أيضًا إلى وجود نصوص قانونية وطنية آمرة لا تزال معارضة لقواعد lex mercatoria .(B)

A . مراعاة قواعد النظام العام لأماكن تنفيذ الحكم المحتملة

وفقًا للمعيار الرسمي للتعريف المستند إلى المجال الخاص بتطبيق قواعد النظام العام ، فهو قانون « déroge à une règle de conflit afin d'empiéter au profit du for (...) sur la compétence que la règle de conflit de droit commun du for accorde aux lois étrangères »[47]

ووفقاً للمعيار الأساسي ، فإن قواعد النظام العام ستكون قانوناً يهدف ، من خلال القواعد الآمرة الخاصة به ، إلى تنظيم المجتمع الذي تكون الدولة مسؤولة عنه في إطار سياسة اقتصادية واجتماعية .وهذا هو الحال ، على سبيل المثال ، للأحكام التي تنظم المنافسة والعملات الأجنبية والواردات والصادرات في الدولة.

---

[44] Op. cit p.102

[45] *Rev. Arb*, 1990 p. 55 et s.

[46] سيكون موضع تقدير كبير وضع مبادئ اليونيدروا المتعلقة بمسؤولية المسؤولية التقصيرية في مسألة التجارة الدولية أو قانون نموذجي للأونسيترال أو لجنة التنسيق الدولية بشأن هذه المسألة.

[47] Idem op. cit.

يبرز هذان التعريفان لقواعد النظام العام أهميتهما في النظام القانوني لأي دولة .طالما أنها تعبر عن المصالح الأساسية للدول التي تنوي أن تسودها إذا لزم الأمر ضد إرادة الأفراد ، فمن السهل أن نفهم أن هذه القواعد قابلة للتطبيق الفوري.

في ضوء السلطة الممنوحة لقواعد النظام العام الوطنية، هل من المحتمل أن يكون تطبيق قواعد *lex mercatoria* على التقاضي موضع شك قوي في كل مرة نكون فيها في وجود مثل هذه القوانين ؟

إذا أخذنا بعين الاعتبار الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، وطابعه في العدالة الخاصة حيث تكون مصلحة الأطراف هي المحمية على عكس المصلحة العامة التي تهدف إليها قواعد النظام العام وحقيقة أنه لا يوجد للمحكم مثل هذا المرجع على عكس القاضي الوطني الملزم بتطبيق قانون مكان المحكمة الذي يعتبر مرجعه الأوحد *lex fori*، يمكن القول أنه لا يوجد شيء يلزم المحكم في حد ذاته لمراعاة قواعد الظام العام الوطنية في تطبيق *قواعد* lex mercatoria على النزاع . ومع ذلك ، فإن الاحتفاظ بهذا المنطق يرقى إلى تجاهل حقيقة أن المحكم محروم من السلطة لنفاذ لأحكامه وهو يحتاج بالضرورة إلى القاضي الوطني لضمان تنفيذ قراره فيما لو رفض الأطراف في التحكيم الخضوع لهذا القرار. لكن قاضي مكان تنفيذ الحكم التحكيمي لا يأذن بتنفيذ هذا الأمر على أراضيه إلا إذا تم على أساس قانون يتوافق مع قواعد النظام العام الوطني في الدولة مكان تطبيق الحكم . ومن هنا جاءت الحاجة إلى حرص المحكم على ضمان فعالية قراره ، ليأخذ دائمًا بعين الاعتبار قواعد النظام العام الآمرة لأماكن التنفيذ المحتملة عند تطبيق قواعد *lex* mercatoria على النزاع .سيسمح هذا الإجراء الاحترازي للمحكم بإلغاء قواعد lex mercatori*a* في حال تعارضها مع نصوص النظام العام في الأماكن المحتملة لتنفيذ الحكم.

ولمواجهة الصعوبات المرتبطة بتحديد نصوص النظام العام الأمرة في الدولة مكان تطبيق الحكم التحكيمي ، يوصى بأن يأخذ المحكمون في الاعتبار فقط النصوص التي لها صلة وثيقة بموضوع الخلاف المتنازع عليه والمصلحة المشروعة للدولة التي سنتها[48].

ومع ذلك ، ينبغي الاحتفاظ بما يسمى قواعد النظام العام الآمرة " الإمبريالية " أو " التوسعية " ، التي تعيق بموجبها الدول الأطراف في عقد دولي خاضع للتحكيم التجاري الدولي حسن سير إجراءات التحكيم. كما يجب رفض قواعد النظام العام الوطنية هذه إذا كانت قد نشأت عن سوء النية أو في تعسف لمفهوم السيادة[49].

في نهاية المطاف ، فإن القلق على فعالية الحكم التحكيمي هو الذي يبرر مراعاة قواعد النظام العام لأماكن التنفيذ المحتملة من قبل المحكمين ، وبالتالي تحد في بعض الأحيان من إمكانية تطبيق قواعد lex mercatoria في التقاضي.

وينبع التساؤل الآخر عن مدى قابلية تنظيم قواعد lex mercatoria للتحكيم لموضوع النزاع في اطار التجارة الدولية من وجود قوانين وطنية معادية لهذه الأعراف.

B . مراعاة وجود نصوص قانونية وطنية غير مواتية لتطبيق قواعد *lex mercatoria*

إن وجود أنظمة قانونية وطنية لا تزال حت يومنا هذا معادية لقابلية قواعد lex mercatoria لإدارة النزاع في مجال التجارة الدولية، تلزم المحكم في تطبيق هذه الأعراف على التقاضي بالتحقق دائمًا من النظم القانونية للدول التي يكون لها روابط مهمة مع النزاع أو الحكم المحتمل صدوره.

[48] P. MEYER *op. cit*. p. 217 n° 364, Jean-Christophe POMMIER *op. cit.* p 335 n°327.
[49] Pierre MAYER, « l'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale* pp. 60 et s.

النتيجة المباشرة التي تنتج عن هذا الوضع هي الحد أو الحذر في تطبيق قواعد *lex mercatoria* عندما يكون للتقاضي روابط وثيقة مع هذه الأنظمة القانونية العدائية .كما أشرنا عند الحديث عن قواعد النظام العام الوطني ، فإن الحاجة إلى الحفاظ على فعالية قرار التحكيم هي التي تحذو بالمحكم في هذه الحالة الثانية للحد من تطبيق قواعد *lex mercatoria* .من الضروري تجنب الإبطال الذي ستحدثه هذه الاحكام خلال مرحلة التنفيذ في هذه الدول.

من أجل قياس مدى عداء الأنظمة القانونية الوطنية تجاه قواعد *lex mercatoria* ، أجريت دراسة حول تطبيق النظام الأخير في النزاعات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدول والتجار الخاصين الأجانب (الشركات المتخصصة في المجال الصناعي). وهكذا أثبتت الستينيات أنها مواتية لتطبيق قواعد *lex mercatoria* . وقد اعتبر ذلك وسيلة لحماية الشركاء الخاصين ضد السلطة التنظيمية للدولة المتعاقدة .من ناحية أخرى ، فإن العشرية التالية، ومع أول صدمة نفطية عام 1973 فرضت نظامًا اقتصاديًا جديدًا تميز بخضوع العقد المتنازع عليه لقانون الدولة المتعاقدة [50].

ومع ذلك ، تجدر الإشارة إلى أن عداء الأنظمة القانونية الحكومية تجاه قواعد *lex mercatoria* قد انخفض بشكل حاد في السنوات الأخيرة .ويبرر ذلك التزام الدول القوي بقواعد ومبادئ *lex mercatoria* خلال العقد الماضي.

يفسر العداء تجاه قواعد *lex mercatoria* بشكل أساسي بحقيقة أن بعض القواعد التي يتكون منها لا تشكل إجماع في المجتمع القانوني الدولي .إن قاعدة *المشقة hardship* ، على سبيل المثال ، التي يمكن بموجبها تخفيف الالتزامات التعاقدية أو تحييدها عن طريق تغيير الظروف ، تتعارض مع عدم قبول عدم القدرة على التنبؤ في النظم القانونية الفرنسية واللاتينية. وتجعل هذه النظم القانونية عدم المساس بالعقد سائدة على أساس نصوصها الداخلية[51].

هذه الرؤية الحازمة لمفهوم العقد شريعة المتعاقدين دون إمكانية المساس به من الواضح أنها تتعارض مع فكرة *المشقة* وشرط*rebus sic stantibus* و التي يكون بمقتضاها أي تغيير في الظروف القائمة أثناء إبرام العقد يستلزم إنحلاله [52].

في ضوء عدم الإجماع على هذه القواعد ، لا تتردد هيئات التحكيم في استبعاد تطبيقها كلما لزم الأم [53].

سمح لنا تحليل الأعراف التجارية وضرورة احترامها في تسوية النزاع المقدم للتحكيم التجاري الدولي بملاحظة أن الاعراف التجارية الدولية لها وظيفة تنظيمية حقيقية في تسوية موضوع النزاع ولكن هذا غير كامل أو جزئي .تعكس هذه التنظيمية المحدودة لقواعد *lex mercatoria* من ناحية عدم قدرتها الحالية على ادارة بعض القضايا الخلافية .من ناحية أخرى ، فإنه يعبر عن الحاجة الملحة إلى تطوير قواعد قادرة على ملء الفراغ الحالي.

---

[50] El KOSHERI et RIAD, « Le changement des rôles dans le processus de l'arbitrage (à l'égard de la loi applicable gouvernant la nouvelle génération des accords pétroliers) » in « Actes du 1er Colloque euro-arabe sur l'arbitrage, Port-el-Kantaoui, Tunisie, 24-27/09/1985 », *Lloyd's of London*, 1987, pp. 253 et s. Particulièrement à propos du recul des clauses de choix de la *lex mercatoria,* v. J. ROBERT, *Le phénomène transnational, op. cit.* pp. 39 et s. ; DELAUME, « The proper law of state contracts and the lex mercatoria : a reappraisal », *ICSD Review*1988, pp.79 et s.

[51] المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

[52] Etymologiquement, *rebus sic stantibus* signifie « les choses restant en l'état ».

[53] le rejet par un tribunal CCI de l'argument tendant à écarter des obligations contractuelles sur la base de la clause *rebus sic stantibus* dans les aff. CCI 1512/1971 (*Clunet,* 1974. 905), CCI 2216/1974 (*Clunet*, 1975. 917) ; v. également la sentence du 6 juillet 1983 dans un arbitrage ad hoc entre des parties hongroises et yougoslaves appliquant le droit matériel étatique au détriment de la *lex mercatoria* (non pub. , extrait in IX *Yearbook,* 200 (1986).

References:

FOUCHARD, Ph.: *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz 1965. Goldman: « Frontières entre le droit et lex mercataria », *A.P.D*, 1964 .
LOQUIN, E.: « *L'application des règles anationales dans l'arbitrage commercial international, l'apport de la jurisprudence arbitrale* » *CCI*, 1986 .
E. LOQUIN: « *La réalité des usages du commerce international* », *REDEe*, 1989.
J. CH. POMMIER: Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international conventionnel, Economica, Paris 1992 .
P. .MEYER: *OHADA Droit de l'arbitrage,* Bruxelles, Bruylant 2002.
B. GOLDMAN: « Frontières du droit et *Lex Mercatoria* », *Archives de Philosophie du Droit*, 1964.
Ph. KAHN: « *L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales* », *L'hypothèse du non -droit*, Liège 1977.
E. LOQUIN: « *L'application des règles anationales dans l'arbitrage commercial international , l'apport de la jurisprudence arbitrale* », *CCI*, 1986.
E. LOQUIN: « *La réalité des usages du commerce international* » *Rev. Internat. Dr. Econ*. 1989, t 2.
P. LAGARDE: « *Approche critique de la Lex Mercatoria* », *Le droit des relations commerciales internationales,* Litec, Paris 1982.
P. LAGARDE: Théorie générale des usages du commerce, LGDJ, 1984.
L. J. M. MUSTILL, « *The New Lex Mercatoria : the first twenty five years* » in Bos &Browlie, eds, *Liber Amicorum for Lord Qilberforce* 149 (1987) ; in 4 *Arbitration International* 86 (1988).
J. PAULSSON : « *La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI* », *Rev. Arb*., 1990 p. 55 et s,
V.L.D WILKINSON: « *the New Lex Mercatoria : Reality or Academic Fantasy* », 12 *JIA* 107, 108 (1995).
K. HIGHET: « *The enigma of the Lex Mercatoria* », 63 Tulane L .Rev. 613, 617 (1989).
Le droit des relations économiques internationales, mélange *amicorum* en l'honneur du Professeur Goldman publié en 1982, pp. 125 etc.
BEGUIN: « *Le développement de la lex mercatoria menace-t-il l'ordre juridique international ? » Mc Gill L.J.* 1985.
E. LOQUIN, *L'amiable composition en doit comparé et international : contribution à l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial international* ; Librairies techniques, Paris 1980, p. 522 et ss. p. 319 et s.
N. KRISHNAMURTHI: « *Some Thoughts on a New Convention on International Arbitration* », in The art of Arbitration (Liber amicorum Pieter Sanders) 207.
J. C. POMMIER: *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international conventionnel*, Economica, Paris 1992.
GOLDMAN: « *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international* » TCF, 1969.
J. ROBERT: «*De la règle de conflit à la règle matérielle en matière d'arbitrage* », in Mélanges Sanders, 1982 pp 273 et ss.
R. et MOREAU: *L'arbitrage, droit interne, droit international*, Paris, Dalloz, 1983, 5e éd.
PIERRE MAYER: « *l'interférence des lois de police* », in L'apport de la jurisprudence arbitrale, D. 2015.
J. DELAUME: « *The proper law of state contracts and the lex mercatoria : a reappraisal* », ICSD Review1988.

الاحكام القضائية

CASS CIV. GAILLARD (E) note sous 1ère 21 mai 1997, Jaguar, *Rev. arb.,* 1997. 537 et s ; FOUCHARD (Ph.) in *Rev.arb.* 2002. 241.

le rejet par un tribunal CCI de l'argument tendant à écarter des obligations contractuelles sur la base de la clause *rebus sic stantibus* dans les aff. CCI 1512/1971 (*Clunet,* 1974. 905), CCI 2216/1974 (*Clunet*, 1975. 917) ; v. également la sentence du 6 juillet 1983 dans un arbitrage ad hoc entre des parties hongroises et yougoslaves appliquant le droit matériel étatique au détriment de la *lex mercatoria* (non pub. , extrait in IX *Yearbook,* 200 (1986).

Civ. 22 Oct. 1991, *Compania Valenciana de Cenestos Portland* SA, inédit cf. chron. *RTDCom*., Janv-mars 1992. p 171 et s.

CA Paris, 13 Juillet 1989, *Rev.arb* 1990. 663. note Lagarde, *JDI* 1990, 430 note Goldman

CA Paris 19 nov. 1982, *Rev arb*, 1983. 466 et Cass. 9 oct 1984 *Rev. crit DIP*. 1985. 551 note

Paris, 12 Juin 1980, *JDI* 1982. 931 9 déc 1981, *JDI* 1982. 931 note Oppetit.

B. Dutoit ; *JDI* -1985. 679, note Kahn, *Rev. arb*. 1985. 431, note Goldman ; Aff. Fougerolle :

CCI n° 1569 (1970), *R.A.*, 1973, 135 ; sent. CCI n° 2374 citées par Derains sous sent. CCI, n° 2886 (1977) etc.

Sent. Interim en anglais in (1996) 11 *Merley's International Arbitration*.

RTD Com.1995. 402