مركز القاهره الاقليمـــي

للتحكيم التجاري الدولـي

الندوة الدولية عن التراخيص

في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها

القانون الواجب التطبيق
على موضوع
النزاع في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا

بحث مقدم من

المحامي

الدكتور / محمود الكيلانـــي

استاذ القانون التجاري / المساعد

جامعة عمان الاهلية

عمان /الاردن.

١) تمهيـــــــد .

تعاظم شأن تراكم رأس المال الذهنـي على نحو يسعى اليه اصحاب راس المال المادي للحصول على متطلبات التصنيع والابتكار والتجديد في محاولـة لتلبية الاحتياجات المتزايده للانسان مقابل استثمار تلك الاموال وتنميتها .

ولان مجال العلاقات فيما بين الاطراف هو ابرام العقود فإن الاثر الـذي ينتج عن ارتباط تلك العلاقـات هـو تحقيـق النتيجـة التـي سـعى اليهـا الطرفـان كمـا اتجهـت اليهـا ارادتهما.

على انه في الوقـت الـذي لا يفـي احـد الاطـراف بالتزاماتـه فـإن الاخـلال بتلـك الالتزامات لا بد وان يحدث ضرراً للطرف الاخر بما يعني ان الاخير سيطالب بجبر الضـرر الذي لحق به نتيجة اخلال الطرف الاخر بالتزاماته على اساس من المسؤولية العقدية .

وهكـذا فـإن المضـرور وبشـكل تقليـدي سـيلجأ الى القضـاء ليحمـي لـه مصلحـة مشروعة وفي هذا السبيل لا بد من البحث عن المحكمـة صاحبـة الاختصـاص للفصـل في المنازعة ، وازاء ذلك سيكون الاختلاف حول تحديد المحكمة المختصة كبيراً اذا لـم يتفـق الطرفان على تعيين تلك المحكمة عند ابرام العقد ، او بعـد نشـوء الـنزاع ، ومـع ذلـك ، سيكون التنازع فيما بين القوانين المقارنة واضحاً بحيث يتعذر تحديد تلك المحكمـة وفـق تلك القوانين بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص .

ويثور الخلاف ذاته حول تعيين القانون الواجب التطبيـق علـى موضـوع الـنزاع اذ بفرض الاتفاق على تعيين المحكمة المختصة ، سيكون البحث بعد ذلك عن القانون الذي سيطبق القاضي قواعـده علـى موضـوع الـنزاع ويثـور التنـازع حـول أي القوانـين اصلـح لتطبيقه على المنازعة ، هل هو قانون دولة المتعاقدين ، ام قانون دولة احدهمـا ، ام قـانون ابرام العقد ام قانون تنفيذ العقد ، ام قانون الاراده .

ولان اطراف العقد الدولي لنقل التكنولوجيا من بلدان مختلفة في معظم الحالات فإنهم يحاولون احكام نصوص العقود المبرمة فيما بينهم بحيث تتضمن كل ما من شأنه تجنب اية اشكالات مستقبلية ، لذلك نجدهم يقفون على مفردات العقد بعد الديباجة والمحتوى ويتفقون على وسيلة تسوية المنازعات وهم في غالب الاحيان يفضلون اللجوء الى التحكيم بعد ان عزفوا عن اللجوء الى القضاء ، للاسباب التي ساقها مجموعة ممن يؤيدون هذا الوجه من وجوه حل المنازعات .

ومهما كانت وجاهة الرأي الذي يؤيد اللجوء الى التحكيم والرأي الذي يرى تفعيل دور القضاء لتسوية المنازعات بين اطراف العقد الدولي لنقل التكنولوجيا فإن موضوع هذا البحث ياتي النقاش حوله عندما يكون النزاع معروضاً على هيئات التحكيم اذ لا بد للمحكمة من البحث عن القانون الواجب التطبيق وفق قواعد الاسناد في قانون القاضي كما انه لا بد لهيئة التحكيم من البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا

ولاننا لا نجد مجالاً للحديث عن القانون الذي يحكم اجراءات اللجوء الى المحكمة او الى هيئة التحكيم ، فإننا نكتفي بالاحالة الى مؤلفات من كتبوا في هذا الموضوع.

٢- وسائل تسوية المنازعات في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا

يقوم القضاء بدوره في حماية الحقوق وهو في كل الاحوال التي يلجأ فيها اليه احد اطراف العقد يطبق احكام القوانين المرعية بأسلوب متزن هادىء قال عنه البعض انه بطيء وتقوم هيئات التحكيم وهيئات التوفيق والمصالحة بدورها في تسوية المنازعات عندمل يلجأ اليها اطراف العقد ،

والمحكمة وهيئة التحكيم تلجآن حالة عرض النزاع على احدهما الى البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بعد تكييف العلاقة التعاقدية فيما بين الطرفين ، ذلك ان الدولة تباشر سلطاتها القضائية في مواجهة السلطات القضائية للدول الاخرى بعد بيان الحدود التي تفصل اختصاصها عن اختصاص غيرها وهو ما يعرف بالاختصاص القضائي الدولي على نحو يعني تحديد القضاء المختص من الوجهة الدولية لنظر المنازعة المشتملة على عنصر اجنبي في ميدان القانون الخاص ، او تعيين السلطة القضائية المختصة للفصل في المنازعات من خلال تحديد سيادة السلطة القضائية الدولية ازاء سلطات السلطة القضائية للدولة الاخرى .

وهذا التحديد نابع من اكتساب الدولة ومحاكمها ولاية قضائية بموجب سيادتها على اقليمها والمقيمين على هذا الاقليم ويعترض بمحاكم الدولة ان لا تتخطى تلك الحدود .

ولان تحديد المحكمة المختصة يكون وفق قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد الاسناد في دولة القاضي وهو ما لا يرضى به احد اطراف العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ، على نحو بات اللجوء الى تفعيل قانون الاراده لتحديد القانون الواجب التطبيق وتعيين المحكمة المختصة محتوماً ، وهو ما يفسر به اللجوء الى التحكيم والعزوف عن القضاء او اللجوء الى القضاء ، ولا تقلل من اهمية احكام بعض القوانين التي تحدد محاكم الدولة لفض نزاعات معينة لا يجوز الخروج عن تلك الاحكام لتعلقها بالنظام العام .

ومع ذلك نجد ان تحديد المحكمة المختصة وجد مكانه في العقد بعد ان اتفق طرفاه صراحة على ذلك ، وهما ايضاً يحددان رغبتهما باللجوء الى القضاء او الى التحكيم

واثبتت الممارسات العملية للعقود الدولية لنقل التكنولوجيا ان ارادة المتعاقدين تتجه الى حل منازعاتهم بالجوء الى التحكيم وهذا يعني اعلاء شأن قانون الاراده في تحديد وسائل تسوية المنازعات بين الاطراف .

٣- التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا

عكست رغبة اطراف العقود الدولية اللجوء الى التحكيم وعزوفهم عن اللجوء الى القضاء بسبب تخوفهم الناتج عن جهلهم باحكام القانون الذي ستنطبق قواعده على منازعاتهم او خشيتهم من تعصب القضاة او صعوبة اجراءات تنفيذ الاحكام الاجنبية ، وكان اطراف العقود يميلون الى احالة منازعاتهم الى التحكيم بعد تضمين عقودهم شروطاً تنص على ذلك او ابرام عقود مستقلة تتضمن تحديد وسيلة تسوية المنازعات في حالة نشوبها ، ويكون النص على شرط التحكيم مع العقد الاصلي او بعقد مستقل ويكون بعقد مستقل متزامن مع العقد الاصلي او بعد وقوع النزاع وهو في صورتيه شرط التحكيم او مشارطة التحكيم .

٤- الصعوبات التي تعترض نظام التحكيم الدولي

لم تتوصل المحاولات التي بذلت فيها الجهود لتذليل صعوبات التسليم باتباع اسلوب التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية الى تطبيق عدالة محايده ، بسبب غياب التعاون فيما بين الاطراف المتنازعة حول تشكيل هيئة التحكيم من جهة وقبول احد الاطراف لهذا النظام كشرط يفرضه الطرف الاخر من جهة اخرى ، بما تنتفي معه ارادة الطرف الضعيف سواء في اختيار المحكمين او تعيين مكان التحكيم ، بالاضافة الى الهوة الواسعة فيما بينهما المتمثلة بخشية الطرف الضعيف من هيئة التحكيم المشكلة من محكم واحد ، او اذا كان المحكمان سيختاران الثالث .

ورغم المساعي الكبيره المبذولة لتجسير هوة الخلاف فإن الصعوبات قائمة واهمها بالنسبة للدول النامية ان الواقع العملي الذي إقتنعت به هو ان شرط التحكيم يرد في العقود الدولية للافلات من القوانين الوطنية للدول النامية ويعلق البعض على القانون الواجب التطبيق بضرورة ان يكون من قوانين الدول المتمدنة ، ومفهوم المخالفة لقول هؤلاء ان قوانين الدول النامية لا تصلح ان تطبق على موضوع النزاع ،

وعقود نقل التكنولوجيا بخاصة تدل على قدرة المورد ليس في فرض شروطه لجهة ما يقبضه من المستورد فحسب بل ايضاً بإلزامه باللجوء الى التحكيم ويسعى المورد الى ذلك كي لا يكون قانون دولة المستورد هو الواجب التطبيق ، والمستورد يجعل هذا الشرط وسيلة لاستيعاد تطبيق قوانين دولة المستورد ، وفي مواجهة ذلك لجأت بعض الدول الى اعتبار هذا الشرط باطلاً على اساس ان القانون الوطني يعبر عن سيادة الدولة ولا يجوز الانتقاص هذه السياده ، ومع ذلك بقيت كثير من الدول المصدره تقف بالمرصاد لكل محاولة يقوم بها أي مستورد من الدول النامية وظهرت ممارسات تؤيد تحدي المصدرين لدول المستوردين ، وعلى سبيل المثال اوصت جمعية مصممي الالات الالمانية اعضاءها بعدم قبول تطبيق قانون من قوانين الدول العربية على العقود التي تبرمها مع ممثلين من هذه الدول واهابت بهؤلاء الاعضاء ان يدخلوا شرط التحكيم في هذه العقود لتجنب تطبيق قوانين دولة المستورد ورغم كل المعوقات والصعوبات الوارد ذكرها الا ان التحكيم التجاري الدولي صادف نجاحاً كبيراً عكس رغبة اطراف العقود الدولية في استمرار التعاون فيما بينهم واقتناعهم بان هذه الوسيلة ذات مميزات كالسرعة في البت في المنازعات وقلة النفقات واحاطتها بالسرية بالاضافة الى كفاءة المحكمي ، اما اجراءات التحكيم فتنتظم في قواعد وفقاً للوائح هيئات التحيكم الدائمة ، او في قواعد يضعها اطراف المنازعة لتحديد القانون الذي يحكم اجراءات سير المنازعة .

٥- تعيين القانون الواجب التطبيق

تواجه هيئات التحكيم اثناء اضطلاعها بمهمة الفصل بين المتنازعين مشكلة تحديد القانون الذي ستطبق قواعده على موضوع النزاع المعروض عليها لانها تدرك اهمية وخطورة تحديد هذا القانون ، وهي تتجه اولا نحو البحث عن ارادة اطراف العقد ،

حتى اذا لم نجد في هذه الاراده ما يعينها على تحديده اتجهت بالبحث عن تلك القواعد بالاستعانة بقواعد القانون الدولي الخاص ولما كان من المسلم به ان اطراف العقد يتفقون غالباً على تسمية القانون الذي تحكم قواعده موضوع النزاع فإن من الضروري التأكد من ان اتفاقهم هذا لا يتعارض مع قانون دولة المستورد اذا كان يتضمن احكاماً قانونية آمره تتعلق بالنظام العام وسيادة الدولة،ذلك ان القانون المتفق عليه اصبح سائداً وتطبقه هيئات التحكيم باعتباره قانون الاراده على ان لا يتعارض مع قواعد القانون الامره لدولة المستورد ،

ونشير هنا الى ان الاتفاقيات الدولية للتحكيم تتضمن في معظمها حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ، وفي الوقت الذي تنظم الدول فيه الى اتفاقية كهذه فإن اختيار اطراف العقد لقانون آخر تنطبق قواعده على موضوع النزاع لا يتعارض مع قواعد القانون الوطني وان كانت تتعلق بالنظام العام ، وتضمنت الماده السابقة من الاتفاقية الاوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي حكماً يعطي الاطراف المتعاقده حرية اختيار القانون وورد نصها كما يلي :

"للاطراف المتعاقده حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وفي حالة عدم وجود اشارة للقانون الواجب التطبيق يقوم المحكمون بتطبيق القانون الذي تعينه قاعدة تنازع القوانين التي تراها مناسبة وفي الحالتين يأخذ المحكمون في الاعتبار اشتراطات العقد والاعراف الشائع استخدامها في مجال التجارة ".

٦- دور اطراف النزاع في تعيين القانون الواجب التطبيق

قننت معظم الدول في تشريعاتها حرية اطراف النزاع في اختيار القانون لتطبيقه على منازعاتهم كما تضمنت الاتفاقيات الدولية احكاماً مماثلة ،

ونصت اتفاقية تسوية المنازعات بين الدول ومواطني الدول الاخرى في الماده ٤٤ على انه :

" تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقررها طرفا النزاع ، واذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادىء فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقده الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومبادىء القانون الدولي المتعلقة بالموضوع "

كما نصت لوائح محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدوليةعلى انه :

" للاطراف حرية اختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع "

ونصت قواعد لجنة قانون التجارة الدولية " البونسترال" The United Nation Commission of International trade law على انه :

"تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يختاره الطرفان على موضوع النزاع ، فإذا لم يحدد هذا القانون ، تطبق المحكمة القانون الذي تشير اليه قواعد الاسناد والواجبة التطبيق ".

وهناك اتفاقيات اخرى كرست هذا التوجه بخصوص حرية اطراف النزاع في تعيين القانون الذي يطبق على موضوع نزاعهم .

وفي ضوء ذلك يكون اطراف النزاع امام عدة خيارات يعينون من خلالها احدها القانون الذي يحقق مصالحهم المشتركة ، وفي الغالب يكون القانون الذي يرتبط بالعقد بصلة معينة ، كأن يكون قانون دولة احدهما او قانون محل تنفيذ العقد او محل ابرامه او مكان التحكيم او قانون محايـــد .

٧- قانون احد اطراف النزاع.

ثار جدل كبير حول صفة الاطراف المتعاقده وحريتها في اختيار القانون الواجب التطبيق ، ولجهة هذه الاطراف سواء كانت من اشخاص القانون العام ام الاشخاص الطبيعيين والاعتبارين تقول ان مبدأ حرية اطراف النزاع في اختيار القانون ساد وانتشر في العقدين السابقين وجاء تكريساً لقاعدة قديمة تعود الى القرن السادس عشر (١).

وكانت ارادة الاطراف تحدد القانون بالنص عليه في العقد على نحو يتفق طرفا النزاع على ان قانون دولة احدهم هو الذي يطبق على كل المنازعات رغم وجهة نظر بعض الفقة فيما ذهبوا اليه لجهة ان من بين انواع العقود ما يتعين استبعادها من طائفته العلاقات التي يستطيع اطرافها تحديد القانون الواجب التطبيق ، (٢).

---

(١) راجع د. احمد عبد الكريم سلامه ، اصول المرافعات المدنية الدولية.

(٢) يرى البعض ان العقود التي تكون الدولة او شخص من اشخاص القانون العام طرفاً فيها لا يتناسب معها اعمال قانون الاراده بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق وفي محاولة منهم لاثبات وجهة نظرهم قسموا العقود الى انواع منها :

١- العقود بين الدول من جهة والافراد او الاشخاص الاعتبارية من جهة اخرى .

٢- العقود فيما بين الدول .

٣- العقود فيما بين الافراد والاشخاص الاعتبارين من جنسيات مختلفة .

وان من هذه العقود ما يكون بين الدول بعضها مع البعض الاخر (١) واقترح جانب من الفقة ان تحكمها قواعد القانون الدولي العام بما يبقى لاطراف العقد في العقود الاخرى اختيار القانون الذي يلائم مصالحهم اما تلك العقود التي لا يكون احد اطرافها الدولة فهؤلاء الاطراف يمكنهم

١) اختيار القانون الوطني لاحد طرفي النزاع او قانون دولة ثالثة محايده .

٢) اختيار مزيج من القواعد القانونية لدولتي المتعاقدين .

٣) اختيار مزيج من القواعد القانونية لقانون وطني ومبادىء حسن النية .

٤) اختيار قواعد القانون الدولي الخاص .

٥) اختيار المبادىء القانونية لنظم القوانين الداخلية لكلا الطرفين المتعاقدين.

٦) اختيار المبادىء العامة للقانون .

٧) اختيار مزيج من قواعد قانون وطني وآخر دولي.

---

(١) وضعت محكمة العدل الدولية قاعدة ابقت لاطراف العقد الدولي حرية تحديد القانون الواجب التطبيق في خيارين

الاول، اختيار قانون احدى الدولتين المتعاقدتين او قانون الدولة المتعاقده مع اشخاص طبيعيين واعتباريين من جنسيات اخرى من غير اشخاص القانون العام .

الثاني اختيار قواعد القانون الدولي

ورأت المحكمة في هذه القاعده ان كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها من اشخاص القانون العام سوف يجد اساسه في قانون ما .

ومن جهة الفقة فقد عارض هذه القاعده بمقولة انها اصبحت لا تتلائم مع حقائق التجارة الدولية ومتطلباتها .

٨) ترك حرية الاختيار للمحكمين يحددون القانون الواجب التطبيق(١).

ولان الممارسة العملية اثبتت ان اطراف العقود الدولية يميلون الى تحديد القانون الذي ينطبق على نزاعاتهم ، فإننا نقرر رغبتهم على نحو يتعين ان لا تكون الرغبة تعكس ارادة طرف واحد لان الغالب في هذه العقود يكون احد طرفيها قوياً وهو الذي يملي شروطه ومنها شرط التحكيم وشرط القانون الواجب التطبيق ، وهو ما استقر عليه الشأن بخصوص العقود التي يكون اطرافها من الدول المتقدمة والدول النامية .(٢)

---

(١) اورد الاستاذ BOCKSTINGEL في مؤلفه :

" Derstata ais vertrags Pariner ausiand ischer Privatun terne hmen"

انماطاً من العقود التي تلائمها احدى الحالات التي تمكن اطرافها من اختيار القانون الواجب التطبيق وذكر عقود الامتياز وحقوق استغلال الاختراعات والتطوير الصناعي والتعاون الصناعي وعقود الخدمات .

كما اورد الاستاذ بروك هيس BROK HES نتائج دراسة اجراها تضمنت ان هناك حيلاً واضحة عند اطراف عقود الامتيازات والاستغلال الصناعي للتهرب من اختيار القانون الواجب التطبيق

Brokhes : Choice of low Provisions Contracts with goverment.

(٢) ان الدليل على ان احد اطراف العقد الدولي لا تبدو ارادته في تعيين القانون الواجب التطبيق ظاهرةهو تباعد وجهات نظر الدول المتقدمة والدول النامية اثناء بحث مسائل العقد الدولي في مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية ، ذلك ان موضوع القانون الواجب التطبيق كان من بين اهم الموضوعات التي ثار الجدل بشأنها واستحكم الخلاف حولها بين دول هاتين المجموعتين

٨- قانون مكان تنفيذ العقد او مكان ابرامه او القانون المحايد

ذكرنا ان مختلف التشريعات المقارنة لا تمانع في اخضاع منازعات اطراف العقود الدولية لقانون الاراده ، واورد القانون المدني المصري المادة ١٩ ما نصه :

" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فإذا اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"

ومثل النص المصري ورد نص الماده (٢٠) من القانون المدني الاردني بما يلي :

" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك "

وكذلك النص الوارده في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة في الماده ١٩ بما يلي :

"يسري على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعاً قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان او يبين من الظروف ان قانوناً آخر هو المراد تطبيقه "

وبمقتضى احكام القوانين المقارنة فإن اطراف العقد الدولي لا يمتنع عليهم الاتفاق على تعيين قانون مكان تنفيذ العقد لتحكم احكامه موضوع نزاعهم لما لهذا القانون من ميزه يتلافى بها الاطراف بعض الصعوبات المتعلقة بصحة العقد او تنفيذه .

وانتهجت مجموعة دول السوق الاوروبية اسلوب تعيين قانون دولة مكان تنفيذ العقد لتحكم نزاع اطراف العقد ، وذلك بالنص على ذلك في المشروع التمهيدي للاتفاقية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق ، واقرت تلك الاتفاقية قانون الدولة التي سينفذ العقد فيها لتطبيق احكامه على الالتزامات التعاقدية وورد النص على ذلك بالماده الرابعة من المشروع كما يلي :

" يطبق على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها هذا العقد بصورة وثيقة "

كما اقترحت مجموعة الدول المتقدمة اثناء مناقشة مشروع تفنين السلوك لنقل التكنولوجيا Code of Conduct ان يطبق قانون الدولة التي يرتبط بها العقد على نحو اشترطت بذلك ان تكون هناك صلة بين القانون المقترح تطبيقه والذي يقع عليه الاختيار وبين العقد ، كما اشترطت ان توجد اسباب معقولة تبرر اختيار قانون مكان تنفيذ العقد ،

وذات التوجة سارت عليه مجموعة الدول النامية اثناء مناقشة مشروع تقنين السلوك حيث اقترحت كشرط لتطبيق قانون مكان تنفيذ العقد ان يكون بين القانون الواجب التطبيق والعقد صلة مباشره ومؤثرة ودائمة .

ونرى مع البعض ان هناك تحفظات وشكوك تبقى مسائده عند اطراف العقد بمناسبة تحديد القانون الواجب التحديد خاصة عندما يكون قانون دولة احد الاطراف المتعاقدة ، اذ في ذلك صعوبة تعترض طريق التوصل الى تحديد هذا القانون ، ذلك لان الدول المتقدمة في معظم الحالات لا توافق على ان يكون قانون مكان التنفيذ واجب التطبيق خاصة اذا كان المتعاقد الاخر من الدول النامية بالاضافة الى معارضة المتلقي تطبيق قانون مكان ابرام العقد .

ويلجأ المتعاقدون ازاء تباين رغباتهم الى اختيار قانون محايد لا علاقة له بقوانين المورد والمتلقي ، لما لهذا القانون من ميزه تنجلي في وضع الاطراف على قدم المساواه ، وهذه الميزة اقوى من المحاذير التي قيلت عند اختياره بان القضاء او هيئة التحكيم يجهلون نصوصه.

ولعل العقبة الرئيسية التي تعترض ارادة الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق تنجلي في نصوص بعض القوانين الوطنية التي تشترط معياراً معيناً لاختيار القانون ، خاصة اذا كانت العقود مبرمة بالشكل النموذجي او طبقاً لشروط عامة (١).

ازاء ما ذكر بقي الخلاف حول القانون الواجب التطبيق ذلك ان مجموعات الدول الثلاث المشاركة في مؤتمر الامم المتحدة لنقل التكنولوجيا لم تصل الى نقطة الاتفاق لهذه الجهة ، حيث بقي اقتراح الدول النامية (دول ال ٧٧) ان يكون القانون الواجب التطبيق ذا صلة مباشره ومؤثرة ودائمة في العقد

"The law which has a direct effective and permanant relation ship with the transaction "

---

(١) نصت الماده ١٣ من الشروط العامة المتعلقة بعقود توريد مواد الانشاءات بين دول اوروبا على اخضاع العقد وما ينشأ عنه من منازعات لاحكام قانون دولة البائع .
ونصت الماده ٧٤ من الشروط العامة لتوريد وتسليم البضائع بين رعايا الدول الاعضاء في مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) على اخضاع علاقات الاطراف وما ينشأ عنها من منازعات لقانون دولة البائع .
ونصت المادة ٢٨ من الشروط العامة لعقود التوريد والتجميع لمواد البناء والتشييد على احالة منازعات اطراف العقود للتحكيم وفقاً لقانون دولة المنشيء او المقاول وذلك في الحدود التي يسمح بها قانون الدولة التس سينفذ فيها العمل .
ونصت الماده الثالثة من القانون الموحد لبيع البضائع الدولي على اعمال قانون دولة البائع .

وبهذا الاقتراح قصدت ان لا يستبعد قانون دولة المتلقي وعبرت عن هذا بقولها ان اتفاقيات نقل التكنولوجيا تحكمها من حيث صحتها وتنفيذها وتفسيرها قوانين دولة المتلقي وهو ما يقيد حرية اطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق ويحد من مبدأ سلطان الاراده سيما وان هذه الدول رأت في القانون الواجب التطبيق ضرورة ان لا يتعارض مع النظام العام وسيادة دولة المتلقي .

اما مجموعة الدول المتقدمة والمصطلح عليها بمجموعة الدول الغربية المشاركة في المؤتمر في اقتراحها بخصوص القانون الواجب التطبيق معبراً عن تحقيق مصالحها واشترطت ان يكون معبراً عن رغبة الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق بحيث تحكم نصوصه انشاء العقد وصحته وتنفيذه وتفسيره وانه ليس بالضرورة ان يكون هذا القانون ذا علاقة وثيقة بالعقد وليس بالضرورة ان يكون منطقياً .

ونظرة نحو هذا التوجه نجد انه بالرغم من المظهر الذي تحلى به لجهة اعلاء شأن سلطان الاراده في اختيار القانون الا انه وضع قيوداً على هذه الاراده بالحد حريتها .

وجاءت مجموعة الدول الاشتراكية لتقترح بخصوص ذات الموضوع ان يكون للاطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق في الحدود التي تسمح بها التشريعات الوطنية ، ويمثل هذا الاقتراح قيوداً على حرية المتعاقدين .

وخلاصة ما تقدم نرى ان هناك فجوة كبيره لازالت تحول دون الوصول الى تعيين القانون الواجب التطبيق بشكل توافق عليه كافة اطراف العقد ، ويلجأ المتعاقدون ازاء ذلك الى السكوت عن تعيين القانون او الاتفاق على ترك الحرية لهيئة التحكيم لاختيار هذا القانون وفق ما سنرى في الفقره التالية

٩- سكوت اطراف العقد عن تعيين القانون .

اذا لجأ المتعاقدون الى هيئة تحكيم لفض منازعاتهم ، فلهم ان يحددوا القانون الذي يطبق على اجراءات التحكيم وكذا القانون الذي تطبق احكامه على موضوع النزاع ، وبهذه الحالة لا تثور اية مشكلة .

اما اذا سكت الاطراف عن ذلك على نحو لم تخول هيئة التحكيم اختيار القانون فذلك يخلق وضعاً يؤدي الى قلق اطراف العقد بما يخشى معه ان تختار هيئة التحكيم قانوناً لا يتناسب مع مصلحة أي منهما .

وبهذه الحالة تتحرى هيئة التحكيم ارادة الاطراف حتى اذا وجدت ما يشير الى انهم اتفقوا على قانون معين أعملت احكامه واذا لم تجد لجأت الى تطبيق نصوص القانون الذي ترى انه يلائم موضوع النزاع على اساس ان الاصل في المحكم حريته في اختيار القانون الذي يراه مناسباً وفقاً للقواعد العامة .

١٠-حرية اختيار المحكم القانون الواجب التطبيق

يلجأ القاضي لتعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يداخله عنصر اجنبي الى قواعد الاسناد كما وردت في قانونه الوطني "احكام القانون الدولي الخاص" ذلك لانه مقيد باتباع هذا الاجراء وفقاً لقانون دولته التي يصدر حكمه باسمها ويختلف بذلك عما تقوم به هيئات التحكيم التي لا تصدر احكامها باسم دولة معينة وليس لها قانون كقانون دولة القاضي ، ولا تخضع لسيادة دولة ودافع المحكمون عن توجههم الى ذلك في كثير من الاحكام التي اصدروها ورددوا مقولة حريتهم في اختيار القانون اذا سكت الاطراف عن تحديده ، ويجوز لهيئات التحكيم ان تقضي في النزاع

وفقاً للقانون الذي تختاره ولها حرية الفصل في المنازعات دون التقيد باحكام قانون معين ، وهي بذلك لا تخرج عن اتفاق الاطراف وعليها الالتزام بمراعاة الاعراف التجارية وقواعدها (١).

ويستدل من سكوت اطراف العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق على انهم يرغبون ان تحدد هيئة التحكيم هذا القانون وغالباً ما يرد في العقد شرط التحكيم الذي يترك للمحكمين سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة (٢) ويرى الاستاذ فوشارد Fouchard انّ هيئة التحكيم تستطيع تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع مباشرة ودون لف ولا دوران ،

ويعني هذا الفقيه ان هيئة التحكيم تملك سلطة اعمال القواعد الموضوعية في القانون الذي تختاره دون الاستعانة بقواعد التنازع باعتبار قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص .

---

(١) اورد المرحوم استاذنا د. محسن شفيق في كتابه التحكيم التجاري الدولي حديثاً مفاده ان معظم التشريعات الوطنية تنص على التزام هيئات التحكيم بتطبيق قواعد القانون الموضوعية الآمره منها والمفسره شأنها في ذلك شأن القاضي ، وان تلك التشريعات اجازة للخصوم الاتفاق على اعفاء المحكمة من التقيد بقواعد القانون وانظر نص الماده ٥٠٦ من قانون المرافعات المصري والماده ١٤٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي .

(٢) يعرف هذا الشرط بشرط التحكيم الطليق واجازه بعض التشريعات انظر الماده ١٠١٩ من قانون المرافعات الفرنسي وورد على النحو التالي :

" ان لاطراف العقد تفويض المحكمين سلطة الفصل في منازعاتهم وفقاً لقواعد العدالة "

ويستنتج من ذلك ان هذه السلطة للمحكمين تعني تنازل اطراف النزاع عن كافة طرق الطعن بما يعني صدور الحكم مبرماً بمجرد النطق به الا اذا شابه عيب يتعلق بالنظام العام اذ به يبقى للخصوم حق ممارسة الطعن في الحكم التحكمي المبني على سبب يتعلق بالنظام العام .

١١- اسس اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق

تتخذ هيئات التحكيم معياراً محدداً لاختيار القانون الذي تحكم قواعده موضوع النزاع ، ولم تظهر اية اسس ثابتة يتم بناء عليها اختيار القانون ، وهي تختار القانون وفق ما تراه مناسباً بحيث تطبق القانون الوطني سواء قانون دولة احد المتعاقدين او قانون مكان ابرام العقد او قانون مكان تنفيذ العقد .

وهكذا فإن حرية المحكم في اختيار القانون ليست مطلقة ذلك انه لا يستطيع الخروج عن مألوف ما تم التعارف عليه في هذا المجال ، القائم على ضرورة ان يكون اختيار القانون مبنياً على اسس واضحة مردها البحث عن الانسب والاكثر ارتباطاً بموضوع العقد .

اما الاتجاهات في تعيين القانون الانسب فتختلف فيها الاراء حسب وجهات النظر في تبني هذا الاتجاه او ذاك ومنها .

الاتجاه الاول –يرى اصحاب هذا الاتجاه ضرورة اعمال قواعد تنازع القوانين التي يحمل جنسيتها المحكم .

الاتجاه الثاني– يرى المنادون باتباعه ان على المحكم ان يبحث في القانون الذي يحكم موضوع النزاع على اساس من اعمال قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولة الجنسية المشتركة او الموطن المشترك لاطراف النزاع.

الاتجاه الثالث– يقول اصحابه بأن اختيار قواعد الاسناد في القانون الذي تم اختياره ليحكم اجراءات التحكيم مناسبة ليتم اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع اذ بتلك القواعد يمكن تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع .

الاتجاه الرابع – يقول بأعمال قواعد الاسناد في قانون القاضي الذي كان من المفروض ان يختص في النزاع والذي استبعد بمقتضى شرط التحكيم .

الاتجاه الخامس – يذهب الى البحث عن القانون الانسب من خلال اعمال قواعد التنازع في قانون الدولة التي سيجري فيها تنفيذ الحكم التحكيمي.

الاتجاه السادس– يرى المنادون بهذا الاتجاه تطبيق قانون الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم .

ورغم تعدد الاتجاهات في هذا الموضوع والنقد الذي وجه لكل منها والحجج التي ساقها انصارها للدفاع عنها نجد ان هيئات التحكيم لم تقعد عن ممارسة دورها في اختيار القانون وفقاً للوائحها او على نحو ترى معه هذه الهيئات ان اختيارها لقانون معين يناسب ويلائم للفصل في النزاع .

ونرى ان لجوء هيئات التحكيم الى اختيار القانون الانسب لا بد ان يتم وفق اسس تقوم على دلائل تجعل من هذا الاختيار نهجاً سليماً في تعيين القانون وهذه الدلائل يمكن ان تطلق عليها قرائن يستدل بها على القانون ، وتكون عامة وتكون خاصة ،

والقرائن العامة مثل قرينة ابرام العقد او مكان تنفيذ العقد ، او مكان تنفيذ الحكم التحكيمي ، والقرينة الخاصة مثل قرينة مكان اقامة المتعاقدين او قرينة مكان التحكيم ، او قرينة اللغة التي تم بها تحرير العقد ، او قرينة العملة الواجبة الدفع او قرينة جنسية الاطراف او موطنهم .

ونجد هيئات التحكيم تستعين بالمبادىء العامة للقانون او بالعادات والاعراف التجارية الدولية ولجهة المبادىء العامة فتعتبر عاملاً مشتركاً لمعظم الانظمة القانونية وقوامها انها ترتكز على حسن النية في المعاملات والتعويض عن الضرر (١) وبصدد تساؤل الفقة عن تعريف المبادىء العامة والمصطلحات المماثلة قال البعض ان المحكم الدولي يستخدم هذه المصطلحات في بعض الاحيان يغير معنى في حالة مقارنتها بقواعد وعادات واعراف التجارة الدولية ... وذلك على خلاف بعض المصطلحات مثل مبادىء القانون والمبادىء المشتركة في الامم المتحضرة ، والتي يغلب عليها التآلف مع مبادىء تشريعية تطابق او تقارب بعضها البعض .

وذهب البعض الاخر الى القول ان هذه المصطلحات لا تعبر عن تعريف محدد وانها تشكل احد مصادر القانون الدولي العام وتختلف جذرياً عن الاعراف المستمده من الممارسة العملية التعاقدية او التحكيمية

في حين ذهب البعض الى القول ان المبادىء العامة في القانون تتفق في مفهومها مع ما اوردته التشريعات المختلفة في القانون المقارن من مبادىء ، مثل (العقد شريعة المتعاقدين) (التعسف باستعمال الحق) ، (الاثراء على حساب الغير) ، (التعويض عن الضرر) ، (حسن النية في التعامل) .

وهي بذلك تقوم بدور كبير في تسوية منازعات الاطراف عن طريق التحكيم .

اما ما يتعلق بعادات التجار والاعراف التجارية الدولية فتطبق هيئات التحكيم الاعراف التجارية على موضوع النزاع ونرى في هذه الاعراف انها مجموعة القواعد التي تعارفها التجار في مهنة معينة وانها مستقلة عن النظم القانونية المختلفة .

---

(١) تستخدم هيئات التحكيم مصطلحات تدل على هذه المبادىء ، مثل قواعد القانون او المبادىء العامة في القانون ، او المبادىء المشتركة عند الامم المتحدة المتحضرة او المتقدمة ، واستخدمت بعض الاتفاقيات الدولية مثل هذه المصطلحات واشارت الى ضرورة مراعاة المحكم الدولي للمبادىء المشتركة او العامة او مبادىء القانون .

وتقوم الاعراف الدولية بدور مهم في تسوية المنازعات وتضمنت لوائح هيئات التحكيم نصوصاً بمقتضاها يتعين على المحكمين الفصل في النزاع طبقاً للشروط التعاقدية مع الاخذ بعين الاعتبار الاعراف التجارية (١).

على انه اذا كان لجوء المحكمة للاستعانة بالاعراف التجارية لفض النزاع فإن ذلك يعني طرحه جانباً القوانين الوطنية ، وهو ما يلقى على عاتقه عبئاً من حيث البحث عن مصادر هذه الاعراف ومضمونها .

وبخصوص التشريعات الوطنية التي تقر للمحكمة بالصلح في مجال التحكيم الدولي فإن ذلك يعني ان يمارس المحكم كل ما شأنه التوصل الى حل الخلاف بين المتنازعين وفي سبيل ذلك يلجأ المحكم الى تطبيق اعراف التجار وقواعد العدالة والانصاف .

---

(١) تضمنت لائحة التحكيم كما اعدتها لجنة الامم المتحده للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) نصاً يقر للاعراف التجارية دوراً مكملاً يساعد على تفسير النصوص التعاقدية .

وتضمنت لائحة التحكيم كما اعدتها غرفة التجارة الدولية نصاً مفاده ان الاعراف التجارية على قدم المساواه مع اتفاق الاطراف.

والزمت الاتفاقية الاوروبية بخصوص التحكيم التجاري الدولي المحكمين ان يأخذوا بعين الاعتبار الاعراف التجارية .

تضمن نص الماده ١٤٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي ان الاعراف التجارية تعتبر من ضمن القواعد التي يتعين على المحكمة احترامها .

ويقول الاستاذ ريبير في تعليقه على تعديل قانون المرافعات الفرنسي :

" انه بالفعل ان الحركة التي تدفع لانشاء قانون حقيقي لاعراف التجارة الدولية قد اصبحت غير قابلة للانفصال ، وهي ليست فقط حلاً للمشاكل الاقتصادية الدولية وانها غدت نتيجة الممارسة العملية للتحكيم التجاري الدولي وادائه المناسب "

نتائج وتوصيـــات

لوحظ ان هناك عزوفاً عند الكثيرين من اطراف العقود الدولية لنقل التكنولوجيا عن اللجوء الى القضاء كوسيلة لفض نزاعاتهم ، على نحو يستبدلون بها وسيلة التحكيم بما يعني انهم يتنازلون عن حقوقهم باللجوء الى القضاء ، ومهما كانت اسباب قناعتهم بذلك فإن هذه الوسيلة شاعت وعلا شأنها ولم يعد المجال مناسباً للحديث عن صلاحيتها لحل منازعات اطراف العقود لنقل التكنولوجيا لاستقرارها في الاذهان على نحو اصبح من الممكن القول انها تعيش في ضمائرهم .

ولما كان المتعاقدون من دول مختلفة مقتنعين بها ، واتجهت ارادتهم لان تكون الفيصل فيما بينهم ، فإن ما يتعلق بمنازعاتهم بخصوص الملكية الفكرية وان كان في بعض الاحيان غيرنا شيء عن علاقات تعاقدية فإنه يخضع لتلك الوسيلة لذلك فإن احتمالات تطبيق نظام التحكيم على منازعات الملكية الفكرية يرد في حالتين .

الاولى الاعتداء على هذه الملكية بالتزوير والتقليد والغصب وغش الجمهور .

الثانية الاخلال بالشروط التعاقدية .

على انه في الحالتين تكون وسيلة التحكيم ناجحة في فض منازعات الاطراف خاصة عندما تكون هيئات التحكيم متخصصة بالاضافة الى سرعتها في فصل المنازعات .

اما بخصوص القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم فيمكن تعيينه وفق اسس ثابتة ، ذلك ان هيئات التحكيم تطبق القواعد الوارده في لوائحها على اجراءات الخصومة امامها ، وهناك هيئات للتحكيم تعتمد قواعد اليونسترال لتطبيقها على اجراءات التحكيم واخيراً تلجأ هيئات التحكيم الى تطبيق القواعد التي يختارها اطراف النزاع ،او القواعد الوارده في قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم .

اما ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فكانت الاراء بهذا الخصوص متعدده ومتباينة بسبب الخلاف المحتدم بين الدول المستورده للتكنولوجيا والمصدره لها ، حيث تسعى كل مجموعة الى تبني وجهة نظر تجدها تحقق مصالحها .

ودون التحيز الى هذا الرأي او ذاك فإن ما ينبغي الحديث بشأنه هو ايجاد الوسيلة التي تحقق عدالة محايده فيما بين اطراف النزاع ، ولو استعرضنا كافة الاراء التي تبنت اسساً لتعيين القانون الواجب التطبيق لوجدنا ان معظمها يحقق مصلحة للمنادين بها ، فلماذا لا تكون الاسس عامة مجرده يمكن اعتمادها من خلال معيار يحفظ تحقيق التوازن فيما بين الاطراف ، ذلك ان مجمل الاسس كانت تدور حول :

١- القانون الذي تعينه قواعد الاسناد الوطنية .

٢- قانون ارادة المتعاقدين .

٣- قانون مكان تنفيذ العقد .

٤- قانون مكان ابرام العقد .

٥ - قانون مكان التحكيم .

٦- القانون الوارد بلوائح التحكيم .

٧- القانون الذي يختاره المحكم .

٨- القانون الانسب والذي يتم تعيينه وفق المبادىء العامة والعادات والاعراف التجارية .

٩- قوانين الدول المتمدنة

وتأسيساً على ذلك فإن ازمة الثقة فيما بين اطراف العقود تشكل تخوف كل طرف تجاه الاخر بما يخشى مع هذا التخوف القانون الذي يقترحه الاخر ليطبق على موضوع النزاع ، ويعود تخوف الطرفين من قانون الاخر الى جهلة باحكامه او عدم قناعته بعدالته او انتهاجه نظاماً يرى فيه خروجاً عن التحضر والمدنية بالاضافة الى اسباب اخرى كثيره.

ونرى ان حاجة المستورد الى المورد لا تقل عن حاجة المورد الى المستورد فمصالحهما تتحقق بالتقائهما عند ابرام العقد بحيث يحصل المستورد على التكنولوجيا ليحقق نتيجة معينة ، في حين يحصل المورد على المقابل الذي من اجله صمم او طور او حسن التكنولوجيا .

لذلك لا بد ان تلتقي مصالحهما على نحو تعرض منازعاتهما الناتجة عن الاخلال بالتنفيذ على جهات للفصل فيها بقناعتهما بهذه الجهات اولاً وبقناعتهما بأن القانون الذي ستطبق احكامه على موضوع النزاع سيحقق العدالة لكليهما .

بحمد الله تعالى

القاهره

٩-١٠ مارس ١٩٩٨.

د. محمود الكيلاني