" تعريف موجز عن الباحث "

الاســـم : د ٠ صلاح عبد البديع شلبى

تاريخ الميلاد : ١٩٤٤/١١/١٤ أبو كبير شرقية

المؤهلات العلميه التى حصل عليها :

ـ ليسانس الحقوق كلية حقوق عين شمس ـ دور مايو ١٩٦٦ (ضمن طلبة كلية الشرطة) ٠

ـ دبلوم الدراسات العليا فى القانون الدولى ـ كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٧٦ ـ ١٩٧٧ ٠

ـ دبلوم الدراسات العليا فى القانون العام ـ كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٧٧ ـ ١٩٧٨ ٠

ـ دكتوراه فى الحقوق ـ القانون الدولى ـ كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٣/٧/١٤ ، عن رسالة بعنوان حق الاسترداد فى القانون الدولى بتقدير جيد جدا مع تبادل الرساله مع الجامعات الأخرى وحصلت على جائزة الجمعية المصرية للقانون الدولي كأحسن رساله عام ١٩٨٣ ٠

ـ حصل على دورات تدريبية فى مكافحة المخدرات بمنحه من الأمم المتحده فى كل من جنيف والانتربول بباريس وسكوتلاند يارد ـ لندن فى القتره من ٤ ابريل الى ٢ يونيو ١٩٧٥ ٠

ـ حصل على دورات دراسيه فى الحاسب الآلى بمركز الحساب العملى بجامعة القاهرة سنة ١٩٧٠ فى تحليل النظم ، لغة الكوبول ولغة الفورتران بتقدير ممتاز وكان ترتيبه الأول على الدارسين ٠

ـ حضر دورة دراسية عن القانون الجوى وقانون القضاء بمعهد القانون والعلاقات الدولية بسالونيك باليونان ـ أغسطس ١٩٧٩ ٠

ـ شارك فى العديد من المؤتمرات المحليه عن القانون الدولى الانسانى وحقوق الانسان والشعوب وحماية البيئه ٠

بسم الله الرحمن الرحيم

الحل السلمى للمنازعات الدوليه
مع معالجه خاصه لبعض خصائص ودور التحكيم والقضاء

دكتور صلاح عبد البديع شلبى
قسم القانون العام - كلية الشريعة والقانون

١ - تقديم

عندما تلجأ الدول الى وسيله سلميه لحل منازعاتها ، فانما تعمل بذلك على استتباب السلم والأمن الدوليين وتحاول تجنب أية تداعيات أخرى تؤدى الى مواجهة حادة بينها ، فضلا عن أنها بلجوئها للحل السلمى تنفذ ما التزمت به فى عديد من المواثيق الدولية وفى مقدمتها ميثاق الأمم المتحدة وكافة المنظمات الدولية الأخرى .

والوسائل السلمية لحل المنازعات الدوليه بينها ما يطلق عليه وسائل دبلوماسية كالمفاوضه والوساطه والتحقيق والمساعى الحميده والترفيق، ومنها ما هو قضائى كالتحكيم واللجوء الى القضاء الدولى .

واذا كانت الوسائل الدبلوماسية تتسم بأنها غير ملزمه للأطراف فيما يصدر عنها من قرارات أو حلول لهم أن يقبلوها أو يرفضوها ، فان الوسائل القضائيه ومن بينها التحكيم تخرج عن هذه الصفه ويعد قرارها ملزما ولذا يثار بشأنها القول - خاصة بالنسبة للتحكيم - بأنه لا يصلح لحل المنازعات التى تؤثر على المصالح

الحيوية للدولة (١) .

فهل هذه الدعوى صحيحة ، وهل هناك منازعات معينه لا تصلح وسائل سلميه معينه لحلها ؟ .

ان ذلك هو ما نحاول الاجابة عليه من خلال هذا البحث والذى نعرض فيه للوسائل السلميه لحل المنازعات الدوليه بصفة عامه — مع الاشارة الى القواعد المماثلة فى الشريعة الاسلامية — ونتعرض بصفة خاصة الى خصائص التحكيم بالنسبة لطبيعة القانون الذى يطبقه وهل تعتبر المصالحة أو الحل الوسط عنصرا فيه وما هى المنازعات التى تعرض على القضاء الدولى أو التحكيم وهل يوجد فارق بين أنواع المنازعات واذا كان هناك ما يبرر عدم لجوء الدول الى التحكيم فى بعض الحالات فما هى أسباب عزوف الدول عن اللجوء الى القضاء الدولى ؟ .

٢ — وبناء على ذلك نقسم بحثنا على الوجه الاتى : —

الفصل الأول : الوسائل السلمية لحل المنازعات الدولية .

المبحث الأول : الوسائل الدبلوماسية
المبحث الثانى : الوسائل القضائية
المبحث الثالث : المنظمات الدولية

الفصل الثانى : خصائص التحكيم الدولى مقارنة بالقضاء

المبحث الأول : القانون واجب التطبيق
المبحث الثانى : سلطة المحكمة فى التشريع
المبحث الثالث : الاعتبارات التى يمكن الاعتداد بها .

الفصل الثالث : دور التحكيم والقضاء فى الحل السلمى للمنازعات .

المبحث الأول : طبيعة القرار
المبحث الثانى : التفرقة بين المنازعات القانونية وغيرها .
المبحث الثالث : أسباب عزوف الدول عن اللجوء للقضاء الدولى

خاتمة البحث .

---

(١) راجع أ.د . جعفر عبد السلام ، مبادىء القانون الدولى العام ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص ٢٨٢ .

الفصل الأول

الوسائل السلميه لحل المنازعات الدولية

٣ ـ تقســـــيم :

نهدف فى هذا الفصل الى تعريف الوسائل السلميه لحل المنازعـــــات الدولية وبيان ما يطلق عليه منها الوسائل الدبلوماسيه و ما يطلق عليه الوسائل القضائية كما نذكر دور المنظمات الدولية فى حل المنازعات الدوليه ، ونعالج كل فئه من هذه الوسائل فى مبحث مستقل على الوجه الآتى : ـ

المبحث الأول

الوسائل الدبلوماسية

---

٤ ـ تنشأ المنازعه بين الدول اذا ادعت دوله أن أخرى كان يجب عليها أن تتصرف على نحو معين ورفضت الأخيرة هذه الدعوى (٢) ، فالمنازعه هى عدم الاتفاق حول مسأله من الواقع أو القانون (٣) .

وقد كانت الحرب وسيلة مشروعه لحل المنازعات (٤) ، الا أن تطور القانون الدولى والعلاقات الدولية أديا الى نبذ تلك الوسيله قانونا ، وجرى تحريم

---

(2) Kelsen Collective secutity under international law U.S.Naval war College, international law studies 1954 (1956) 181-182 citted in Marjorie M. whiteman, Digest of international law Vol 12.P.894.

(3) P.C.I.J. series A No.2.P.11 the palstine comc--essions (Greece V.Great Britain) Judgment Aug. 30, 1924.

(٤) راجع أ.د. حامد سلطان ، أ.د. عائشة راتب ، أ.د. صلاح الدين عامر. القانون الدولى العام ، الطبعة الأولى ١٩٧٨ دار النهضـــــة العربية ، ص٧٣٤ " ومن ثم فقد نظر الى الحرب بوصفها أسلوبا قانونيـــا لتسوية المنازعات بين الدول نظر اليها بوصفها اسلوبا من أساليـــب المساعدة الذاتية .

اللجوء اليها فى العلاقات الدولية ، وصار مبدأ حل المنازعات الدولية سلميا من أهم المبادىء الأساسيه التى يقوم عليها بناء المجتمع الدولى ، وجاء النص على هذا المبدأ فى المادة الثانية من ميثاق الامم المتحدة من لوازم النص على منع استخدام القوة أو التهديد بها الوارد فى ذات المادة ، (م٢/٤) وقد أكدت الأمم المتحدة على هذا المبدأ فى مناسبات عديدة لعل من أبرزها حديثا ما تم اقراره فى اعلان مانيلا الذى اعتمدته الجمعيه فى ١٩٨٢، ومن بين ما ورد بهأن الدول يجب أن تبحث بحسن نيه وبروح يسودها التعاون عن حلول مبكرة ومنصفه لمنازعاتها الدولية بأى من الوسائل الآتيه ، المفاوضات ، التحقيق ، الوساطة ، التوفيق ، التحكيم والحلول القضائية أو اللجوء الى الترتيبات الاقليمية أو الوكالات أو وسائل سلميه أخرى من اختيارهم بما فى ذلك المساعى الحميدة ، وفى البحث عن تلك الحلول ، يوافق الأطراف على تلك الوسائل المناسبه وطبيعة منازعاتهم (٥) .

---

(5) *Jacques Meurant . Peaceful settlement of disp- - utes . international Humantarian law and the red cross practice, second Egyptian seminar on international Humanitarian law Cairo 17 - 22 November 1984 . P.2.*

٥ ـ ولا يفوتنا هنا الاشارة الى موقف الشريعة الاسلاميه من الحلول السلميه للمنازعات الدوليه (٦) . ولما كانت المنازعات أمرا ملازما للاجتماع البشرى ، وحيث تعالج الشريعة الاسلاميه كافة الاحوال التى تعرض فى حياة الانسان ، فقد حرصت على الدعوة الى السلام ونبذ الخصام ، والى المصالحه ، سواء بين المرء وزوجه أم بين المسلمين وبعضهم أم بينهم وبين أعدائهم . فيقول تعالى " وان امرأة خافت من بعلها نشوذا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير (٧) كما أمر تعالى بالصلح بين المتقاتلين من المؤمنين فى قوله تعالى " وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما (٨) .

ويقرر الزيلعى ، أن الصلح عقد يرفع النزاع ، هذا فى الشرع ، وفى اللغة هو اسم بمعنى المصالحه وهو المسالمه خلاف المخاصمه ، وأصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه دال على حسنه الذاتى ، وكم من فساد انقلب به

---

(٦) هناك أمر هام يجدر التنبيه اليه فى بداية هذه الاشارة وهو أن الشريعة الاسلاميه لا تفرق بين العلاقات الفردية والعلاقات الدولية ، فلم يفرق الاسلام فى الخطاب بين الفرد والجماعة على اختلاف صورها ، ذلك أن الخطاب فى الاسلام صادر من رب العالمين موجه للبشر مباشرة الى بنى البشر جميعا ، فالاسلام دين عالمى ، وهو بهذا الوصف يخاطب الجميع بلا تمييز ولا تفريق ، والشريعة الاسلاميه من حيث أحكامها الاصوليه المثبته فى القرآن الكريم وفى سنة الرسول تنظم كافة العلاقات الانسانية فردية كانت أو جماعيه .
راجع أ.د. حامد سلطان . أحكام القانون الدولى فى الشريعة الاسلاميه مركز تبادل القيم الثقافية بالشعبه القوميه لليونسكو ، الهيئه المصريه العامة للكتاب ١٩٧٨ ص٩٨ .

(٧) فى الآية ١٢٨ من سورة النساء ، الامام أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن برد زبه الجعفى البخارى المتوفى ٢٥٦هـ الجزء الرابع ، المجلس الأعلى للشئون الاسلاميه ١٩٧٠م ، ١٣٩٠هـ ، ص٣٩٥

(٨) فى الآية ٩ ، سورة الحجرات .

الى الصلاح بحسنه .. والصلح خير جميع أنواعه حسن لأن فيها اطفاء الثائرة بين الناس ورفع المنازعات والموبقات عنهم وهى ضد المصالحه وهى منهى عنها لقوله تعالى " ولا تنازعوا " وفى ترك الصلح ذلك (٩) .

٦ — فاذا تناولنا الصلح بين المسلمين فى السنه المطهره ، فاننا نجد الرسول الكريم يقرر " كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا " (١٠) ، وفى تفسير ذلك يقرر الزيلعى أن الصلح جائز على دعوى المال والجنايه بخلاف الحد لأن الحد حق الله تعالى .

٧ — كما أنه ورد عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال ، ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن " (١١) فقد أمر رضى الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقا وكان ذلك بمحضر من الصحابه الكرام رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا من الصحابه ، فيكون حجه قاطعه ، ولأن الصلح شرع للحاجه الى قطع الخصومه والمنازعه .. وليس هذا فقط ، بل يندب للقاضى بعد ظهور وجه الحكم ندب الخصمين الى صلح يرجى أو يؤخر له الحكم يوما ويومين برضاهما ، بخلاف ما اذا لم يرضيا (١٢) .

---

(٩) العلامه فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى ، تبين الحقائق كنز الدقائق ، المجلد الخامس دار المعرفه لبنان ، الطبعة الثانية ص٢٩ ، ٣٠

(١٠) المرجع السابق ، ص ٣٠ .

(١١) علاء الدين محمد الكاسانى الحنفى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع الناشر زكريا على يوسف ١٩٧١ ، ص٣٤٩٣ .

(١٢) أبو زكريا يحيى بن شرف النووى ، مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب على متن المنهاج ، الجزء الرابع ، شركة ومطبعة ومكتبة مصطفى البابى الحلبى ، ١٣٥٢هـ — ١٩٣٣ م ص ٤٠١ .

٨ ـ أما اذا تناولنا الصلح بين المسلمين والأعداء ، فاننا نجد القرآن الكريم يأمر صراحة بمصالحة العدو اذا هم رغبوا فى ذلك " وان جنحوا للسلم فاجنح لها " (١٣) وقد يكون الصلح على الاسلام أو على الجزيه أو الاجلاء أو على النظر للمسلمين (١٤) .

وتدل السنه المطهره على أن الرسول الكريم قد عقد صلحا مع الأعداء فى مناسبات عديده منها صلح اكيدر بن عبد الملك الكندى بدومة الجندل ، وصلح بنى النضير وبنى قينقاع وصلح أو عهد الحديبيه وصلح يوحنا بن رؤبه صاحب آيله (١٥) .

٩ ـ وتجرى التفرقه بين نوعين من الوسائل المتاحه لحل المنازعات سلميا ، فهناك وسائل سياسيه أو دبلوماسيه هى المفاوضه والوساطه والمساعى الحميده والتحقيق والتوفيق أو اللجوء الى المنظمات الدوليه أو وسائل أخرى قضائيه هى التحكيم والعرض على القضاء الدولى .

وترجع هذه التفرقه الى الاجراءات المتبعه فى كل منها ، وما اذا كان قرارها مقبولا مقدما باعتباره ملزما أم لا وبصفه خاصه الى القواعد المادیه التى تطبقها المحكمة للوصول الى قرارها .

ونبدأ فيما يلى عرضا لمفهوم كل من هذه الوسائل على النحو التالى :

---

(١٣) سورة الانفال ٨/٦١ .

(١٤) د . عبد الوهاب كلزيه ، الشرع الدولى فى عهد الرسول ، دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٨٤ ، ص ٧٠ ـ ٧٨ ويقصد بالصلح على النظر للمسلمين الحال التى لا يكون فيها المسلمون منتصرين .

(١٥) المرجع السابق ص ٧٠ ـ ١٠٠ ، راجع صحيح البخارى ، كتاب الصلح ص ٤٠٠ ، الحديث : ٢٤٢٧ المرجع السابق .

١٠ - المفاوضـــات :

المفاوضه هى اجراء يتمثل فى قيام ممثلى دولتين متنازعتين أو أكثر بدراسة مشتركة للخلاف وتبادل وجهات النظر بشأنه للتوصل الى تسويه له ، وذلك دون حاجته الى تدخل من جانب الغير (١٦) .

أو هى كما يعرفها القاضى جون باسيت مور فى رأيه المنفرد أمام المحكمـــه الدائمه للعدل الدولى ١٩٢٤ بأنها العمليه القانونيه والاداريه النظاميـــه والتى من خلالها ، وفى ممارسة الحكومات لسلطاتها المسلم بها ، تديـــر علاقتها الراهنة مع الأخرى وتناقش وتحدد وتعدل خلافاتها (١٧) .

أما لوترباخت (١٨) فيقرر أنها الوسيله الاكثر بساطه لحل خلافات الدوله والتـــى تلجأ اليها كقاعده ، قبل أن تستخدم أية وسيله أخرى . وفى الحقيقـــه أن الأغلبيه العظمى من معاهدات الحل السلمى للمنازعات تعترف بانها الخطوه الأولى نحو حل المنازعات الدوليه .

وهناك جانب من الفقه يتناول المفاوضات على أنها تشمل كافة الوسائل السلميه الأخرى لحل المنازعات ، بخلاف الوسائل القضائية أو التحكيم ، فتشمـــل المناقشة والاجتماع والمؤتمر والوساطه والتوفيق والمساعى الحميده أو أى اتصال متبادل مباشر أو غير مباشر بين الأطراف المعنيه ، فهى أوسع من مجـــال

---

(١٦) أ.د. ابراهيم العنانى ، العلاقات الدوليه ، جامعة عين شمـــس ١٩٨٥ ، ص ١٦٧ .

(17) Hudson . world Court Reports 1934 (297. 331-37.

(18) 11 Lauterpacht, Oppenheim's international law (7 th ed) 1952 PP. 6-7.

التعبير المستخدم فى المادة ٣٣ من ميثاق الأمم المتحدة (١٩) ، الا أننا لا نوافق على هذا المفهوم الواسع لمعنى المفاوضه ، فاذا كان صحيحا أن تلك الوسائل المشار اليها تتضمن نوعا من المفاوضه والاتصال بين الأطراف الا أنه يبقى أن المفاوضه تتميز بالاتصال المباشر ولا تحتاج الى تدخل من طـــرف ثالث فى النزاع ، كما أنها قد تتم بطريقه سريه فلا يشعر بها الا أطرافها .

١١ ــ هذا وتتميز المفاوضه بطبيعتها المرنه وقدرتها على حل المنازعات السياسيه والقانونيه وامكانية استخدامها على وجه السرعه فور اثارة المنازعـــه مما يمنع من تفاقمها وتهديدها للسلم والأمن الدوليين ، كما أنها لا تـــؤدى بطرف ثالث الى التدخل فى منازعه لا تؤثر على مصالحه .

وهى بطبيعة الأمر غير ملزمه للأطراف بمعنى أنهم لا يلتزمون عند البدء فيهـا بالوصول الى حل للنزاع ، فهى تقوم على الاتفاق المتبادل وتترك للأطـــراف مطلق الحريه فى الوصول الى الحل الذى يرتضونه أو قطع المفاوضات أو توقفها فى أى مرحله من مراحلها .

ويعيب البعض على المفاوضات أنها لا تترك مجالا لتحديد الحقائق موضوعيـا وبطريقه محايده ولا تمكن طرفا ثالثا من ممارسة تأثير متوازن فى المنازعـــه ولا تمنع من اعادة اثارتها عندما يكون أحد الأطراف فى موقف أقوى مـــن الطرف الآخر (٢٠) .

---

(١٩) تنص المادة ٣٣/١ من ميثاق الأمم المتحدة " يجب على أطراف أى نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين للخطر أن يلتمسوا حل بادئ ذى بدء بطريق المفاوضه والتحقيق والوساطه والتوفيق والتحكيم والتسويه القضائيه ، أو أن يلجأوا الى الوكـــالات والتنظيمات الأقليميه أو غيرها من الوسائل السلميه التى يقع عليها اختيارهم .

(٢٠) *U.N. G.A. off. Rec 20 the sess Annexes, Agenda 1 tem 90,94/A 5746 Nov. 16, 1964, PP.77. 108 - 109.*

١٢ ـ ولا شك أن المفاوضه كانت من الوسائل التى اتبعها المسلمون فى كافة العصور للوصول الى صلح أو تسويه سواء مع غيرهم من المسلمين أم مع أعدائهم ، والمفاوضه أو المراوضه وهو لفظ يأتى من رياضة الدابه ، مما يدل على الصبر والمشقه التى تحدث فيها ، والمثال الواضح على ذلك ما جرى فى صلح الحديبيه بين الرسول (صلى الله عليه وسلم) وقريش فى العام السادس للهجره (٦٢٨م) حيث جرت المفاوضه حول مختلف الأمور الموضوعيه والشكليه فى المعاهدة (٢١) ، فقد أوفدت قريش سهيل بن عمرو وقالت له : " ايت محمدا فصالحه ولا يكن فى صلحه الا أن يرجع عنا عامه هذا فأتاه سهيلا بن عمرو فلما رآه النبى مقبلا . قال بقد أراد القوم الصلح حين بعثوا هذا الرجل وجرت محادثات طويله للصلح كادت تنصرم فى بعض الاحيان لولا حنكة النبى ورغبته الحقيقية فى السلم آنذاك (٢٢) .

١٣ ـ **المساعى الحميده** : *godd offices*

اذا لم يصل الأطراف الى حل للنزاع بينهم بواسطة المفاوضات المباشرة فقد يتدخل طرف ثالث تدخلا يهدف الى حل النزاع ، وهذا التدخل الودى قد يسمى مساعى حميده أو وساطه *Mediation* ، وكل منهما يهدف الى الوصول بالاطراف الى حل للنزاع .

---

(٢١) أ.د . جعفر عبد السلام ، المرجع السابق ٣٨٦ ـ ٣٨٧

(٢٢) راجع ، د . عبد الوهاب كلزيه ، المرجع السابق ص ٩١ ، راجع صحيح البخارى الجزء الرابع السابق باب الشروط فى الجهاد والمصالحه مع أهل الحرب وكتابه الشروط ، الحديث ٢٤٥٣ من ص ٤٢٢ الى ص ٤٣٥ .

ويقرر البعض أنه اذا قدم الطرف الثالث مقترحات محدده وضعها للحل فاننا نكون أمام الوساطه ، أما اذا اقتصر دوره على محاولة التسويه دون تقديم مقترحات محددة كأن يسعى الى مواصلة المفاوضات التى توقفت أو بدء مفاوضات جديده فاننا نكون أمام المساعى الحميده ، الا أن معاهدات حل المنازعات سلميا لم تأخذ بهذه التفرقه برغم ذلك (٢٣) .

١٤ - وعلى هذا فاجراء المساعى الحميده يهدف الى دعوة الأطراف الى التفاوض أو استئناف المفاوضات أو الى وسيله أخرى للتسوية ، وليس لهذا الاجراء أى أثر ملزم ، فيمكن للأطراف أن يقبلوا المساعي أو يرفضوها ، كما يجب ألا ينظر اليها باعتبارها انحيازا لطرف على حساب طرف آخر ، وقد أكدت ذلك اتفاقية لاهاى سنة ١٩٠٧ (٢٤) .

وبمجرد نجاح المساعى الحميده فى جمع الأطراف للتفاوض فانها تكون قد أدت مهمتها الا أن الأطراف قد يرغبون فى مواصلة تواجد من بذل هذه المساعى معهم فى مفاوضاتهم ولا يؤثر ذلك على طبيعتها مادام لم يتدخل بتقديم مقترحات أو حلول .

---

(٢٣) نلاحظ فى ميثاق بوجوتا التى وقعته دول أمريكا اللاتينيه لحل المنازعات سلميا بينها فى ٣٠ ابريل ١٩٤٨ بالنسبه لمفهوم الوساطه والمساعى الحميده ، حيث يوسع من مفهومها وفى وسع أى حكومه أمريكيه بل وأى فرد من مواطنى دوله أمريكيه ليست طرفا فى المنازعه أن يعمل بهذه الصفه ، راجع المواد ١١٥٩ ، راجع وايتمان المرجع السابق (المشار اليه فى الحاشيه رقم ٢ من هذا البحث) ص٩٦٠ .

(٢٤) راجع المواد من ٣-٦ من اتفاقية لاهاى لحل المنازعات الدوليه سلميا سنه ١٩٠٧ ، وراجع أيضا

CHARLES G. FENWICK , internaional law, FEFEER, AND PRIVATE L.T.D.1965. PP. 605 - 608.

١٥ ـ الوساطه Mediation :

مهمة الوسيط ، كما أشرنا من قبل ، هى ايجاد أساس مشترك يمكن للأطراف أن يقبلوا على أساسه استمرار المساعى نحو حل المنازعات ، وتدل الممارسه الدوليه على أن الوسيط يعمل على تقديم مقترحات دوليه تيسر تحديد المنازعه والتوفيق بين الدعاوى المتعارضه وتهدئة شعور الاستياء بين الأطراف .

ويرتبط نجاح الوسيط فى وساطته بمدى قبول الأطراف لما يقترحه فى هذا الشأن ، فليس لمقترحاته صفه الالزام ، ويمكن للأطراف أن يقبلوها أو يرفضوها حسبما يروق لهم (٢٥) ، لذا يجب على الوسيط أن يبذل جهده وفقا لطبيعة كل منازعه فى أن يصل بالأطراف الى تأييد التسويه دون أن يكون مطالبا بالالتزام بقواعد قانونيه صارمه ، ولا يجب أن ينظر الى عمل الوسيط باعتباره عملا غير ودى ، كما أن اتفاقية **لاهاى** ١٩٠٧ قد وضعت للوساطه أحكاما مقتضاها ، أن قبول الوساطه لا يعنى قطع أو تأجيل أو اخفاء التجهيزات الأخرى للحرب ، بينما قد تتوقف العمليات اذا اتفق على ذلك (٢٦) وقد تحول المساعى الحميده الى وساطه ، اذا طلب أو وافق أطراف النزاع على ذلك (٢٧) .

---

(٢٥) راجع ، وايتمان ، المرجع السابق ص ٩٦٠ ـ ٩٦٧ .

(٢٦) راجع المادة ٧ من اتفاقية لاهاى ١٩٠٧ لحل المنازعات الدولية سلميا .

(٢٧) مثال ذلك ما حدث عندما قامت طائرة حربية فرنسيه بقصف قرية ساقيه سيدى يوسف التونسيه بدعوى أن بها ثوارا تابعين للجزائر سنة ١٩٥٨ حيث تقدمت تونس بشكوى لمجلس الامن وادعت فرنسا بقيام تونس بمساعدة الثوار ثم وافق الطرفان بعد ذلك على قبول المساعى الحميده لكل من الولايات المتحده الامريكيه وبريطانيا ، حيث قرر ديكسون Dixon مندوب الحكومه البريطانيه أنه بينما غرضنا الاساس هو جمع الحكومتين الفرنسيه والتونسيه معا

= / =

= / =

وعند ما يعلن الوسيط أو أى الاطراف أن مقترحاته غير مقبوله ، فان الوساطه تنتهى ما لم يعلن أنها قد توقفت أو علقت لمدة معقوله أو لأجل غير مسمى ، فتكون هذه وسيله لعدم قطع الاتصالات بين الحكومات المعنيه واعلان فشل الوساطه .

١٦ ـ التحقيق *inquiry* :

تقرر المادة التاسعة من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٠٧ الخاصه بالحل السلمى للمنازعات الدوليه أنه يمكن فى المنازعات الدوليه التى لا تتصل بشرف الدوله أو مصالحها الحيويه وتثور من اختلاف الآراء حول أمور الواقع والتى لم تكن موضعا للاتفاق بالطرق الدبلوماسيه ، أن تنشأ لجنة دوليه للتحقيق لتسهيل حل هذه المنازعات بتوضيح الحقائق بوسائل بحث نزيهه ومحايده .

فوظيفة التحقيق ، هو توضيح الحقائق المتعلقه بالنزاع بوسائل بحث محايده ونزيهه (٢٨) ، ولجان التحقيق هذه يجب أن يتم تكوينها باتفاق خاص بين الأطراف فى المنازعه يحدد الوقائع المطلوب فحصها وطريقة تكوينها

= / = الا اننا قد نقدم لهما بعض المقترحات الايجابيه ، وقد قبلت الحكومتان ذلك فى البداية ، الا ان الحكومه الفرنسيه رفضت ما توصلت اليه الوساطه من مقترحات .

راجع ، وايتمان ، المرجع السابق ص ٩٦٧ .

(٢٨) راجع ، شارلز فينويك ، المرجع السابق ص ٦٠٩ ـ ٦١٠ ، وأيضا

B.S. Murty in Mx sqrensen Manual of Public intern--tional la., MacMillan, London, 1968, PP. 681- .

والوقت المتاح لها ومدى سلطات التحقيق وأية أمور اجرائيه أخرى (٢٩) .

١٧ - وعلى ذلك ، نرى أن التحقيق ليس وسيله مباشرة لحل النزاع ، وان كان تحديد الوقائع بطريقه محايده ونزيهه يساعد بلا شك فى الوصول الى حل اذا رغب الأطراف فى ذلك . وقد يعين الأطراف مستشارا أو محاميا للحفاظ على مصالحهم أمام اللجنه (٣٠) وقد يتفق الأطراف على الاجراءات المتبعه كما قد يتركون تحديدها للجنه التى تحدد أيضا ما يتبع بشأن سماع الأطراف وكيفية التعامل مع الأدله والأوراق والوثائق التى يعتبرها كل طرف مفيده فى الوصول الى الحقيقه وقائمة الشهود والخبراء الذين يمكن استدعائهم كما يجب أن يتاح للجان التحقيق الانتقال الى أى مكان تعتبره مفيدا فى عملها وذلك بموافقة الدوله صاحبة الاقليم ، كما يجب أن يحضر مندوب الأطراف والمستشارين فى كل بحث أو فحص لأى موقع (٣١) ، ويجب أن يمد الأطراف اللجنه بكل الوسائل والتسهيلات اللازمه كى تكون على اتصال تام بالحقائق موضع النزاع ، ويجب أن يستفيد الأطراف من الطرق التى تتيحها لهم قوانينهم المحليه للتأكد من صحة الشهاده أو الخبراء فى اقاليمهم والمطلوب سماعهم أمام اللجنه (٣٢) .

---

(٢٩) راجع المادة ١٠ من اتفاقية لاهاى ١٩٠٧ لحل المنازعات سلميا .

(٣٠) راجع المادة ١٤ من اتفاقية لاهاى ١٩٠٧ لحل المنازعات سلميا .

(٣١) راجع المواد ٢٠ ، ٢١ من اتفاقية لاهاى ١٩٠٧ لحل المنازعات سلميا .

(٣٢) راجع المواد من ٢٢ - ٢٣ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٠٧ لحل المنازعات سلميا .

ويجب على اللجنه أن تحظر الحكومات المعنيه مباشرة بكل الملاحظات التى وجدتها فى اقليم دولة ثالثه وكذلك عن ظهور الأدله الجديده ، وفى نهاية عمل اللجنه تقدم تقريرا موقعا من أعفائها ، ويقرر المسائل بالأغلبيه ويقوم فى جلسة عامه يحضرها مندوب كل طرف .

وتقرير لجنة التحقيق محدود بذكر الوقائع ولكن ليس له صفة القرار ، ويترك للأطراف حريه كامله فى تحديد الأثر الذى يعطونه له ، ويجب على كل طرف أن يوقع نصبه من المصاريف التى انفقتها اللجنه (٣٣) .

١٨ ـ **التوفيق** *Conciliation* :

يعرف التوفيق بأنه التدخل فى حل منازعه دوليه بمعرفة جهة ليس لها بذاتها سلطه سياسيه ، ولكنها تتمتع بثقة الاطراف ومكلفة بمهمة ـ البحث فى كل جوانب المنازعه واقتراح الحل الذى لا يكون ملزما للأطراف (٣٤) ، فيقوم التوفيق على محاولة طرف ثالث حل النزاع بالوصول الى وضع يرضى عنه الطرفان فتتولى لجان التوفيق فحص موضوع النزاع وتقدم تقريرا حول ما تراه فى هذا الشأن ، ولكن للأطراف المعنيه كل الحريه فى قبول أو رفض ما جاء بهذا التقرير وتتكون لجان التوفيق من أشخاص يختارون بمعرفة الأطراف بطريقة متساويه ، فيكون لكل فريق أن يختار عضوا أو أكثر ثم يكون لهؤلاء أن يعينوا رئيسا لهم أو يتفق الأطراف على طريقة أخرى لتعيينه ، و تتخذ اللجنه قرارها بالأغلبيه وتقدم توصياتها ولا تحل المنازعه الا اذا قبل الأطراف هذه التوصيات التى تتضمن وصولهم الى اتفاق .

---

(٣٣) راجع المواد ٣٣ـ٣٦ من اتفاقية لاهاى ١٩٠٧ لحل المنازعات سلميا .

(٣٤) *D.W.Bowett. Contemporary Develompent in legal techniques in the settlement of Disputes R.D.C. 1983. 11. PP. 185-186.*

وراجع أيضا *B.S Murty* المرجع السابق ص ٦٨٢ . ٦٨٣ .

١٩ - ويقال أن عمل لجان التوفيق ليس بالضروره تطبيقا عادلا لقواعد القانون فى المسألة المعروضه ، فكثيرا ما تعتمد فى عملها ووضع تقريرها على الاعتبارات والأوضاع السياسية ومن هنا يغلب على هذا التقرير طابع الحلول الوسط للمسأله أو المسائل محل النزاع (٣٥) .

٢٠ - ولكن ما نؤيده هو أن تقرير التوفيق - أو لجنة التحقيق - قد يحتوى على اعتبارات قانونية كما أن التوصيات يجب أن تكون وثيقة الصله بالموضوع ومضبطه وعادله ، ومع ذلك فالمميز الرئيسى لهذه الاجراءات ليس أنها تتطلب تطبيق قواعد معينه للوصول الى قرارها ، سواء كانت اعتبارات سياسيه أم قانونيه ، ولكن أكثر ما يميزها أنها غير مقيده نسبيا بينما تتميز الاجراءات التى يصدر عنها قرار ملزم أنها مقيده بالقواعد واجبة التطبيق ، وهذا يكون بطبيعة الأمر لاعطاء الأطراف درجه من الأمان بالنسبه لمجال القرار الناتج عنها ، وقدر أكبر من السيطرة عليه (٣٦) .

---

(٣٥) سنناقش فيما بعد مسألة الاعتبارات التى يمكن الاعتداد بها أمام التحكيم والقضاء الدولى .

(٣٦) راجع ***Borel, Annuaire de l'institute de drort international 1934 .P. 185.***

ومشار اليه لدى ، وايتمان ، المرجع السابق ص ٩٦٧

المبحث الثانى

الوســـــائل القضائيــه

---

٢١ ـ تندرج تحت هذا الوصف وسيلة اللجوء الى التحكيم الدولـــــى وكذلك اللجوء الى احدى المحاكم الدوليه المختصه ، ويختلف اللجوء الـــى القضاء الدولى بصفة عامه عن القضاء الداخلى فى أنه يتم بناء على طلـــــب الأطراف ، فليست هناك سلطة فى المجتمع الدولى تفرض على الدول المثـــول أمام القضاء كما هو الأمر فى المجتمع الداخلى ، ولا يختلف القضاء الدولـــى عن التحكيم الا من حيث دور الأطراف فى اختيار المحكمين (٣٧) .

ونعالج فيما يلى الملامح العامه للتحكيم والقضاء الدولى فى مطلبـــين متتاليين على النحو التالى : ـ

---

(٣٧) راجع ، رسالة الاستاذ الدكتور ابراهيم العنانى ، اللجوء الى التحكيم الدولى ، جامعة عين شمس سنة ١٩٧٣ ولسياد ته

L'AEBI TRAGE IN TERNA TIONAL . REVUE EGYP TIENNE DE DROI T IN TERNA TIONAL VOLUME, 35, 1979, PP. 99-148 in P. 101:

المطلب الأول

التحكـيم

٢٢ ـ ورد ذكر التحكيم "Arbitration" في العصور اليونانيـــه القديمه ، وكذلك فى روما القديمه باعتباره اجراء ا مدنيا ، رغم أنه توجـــد حالات قليله استخدم فيها لحل المنازعات فى العلاقة بين روما وغيرها مـــن الدول الأخرى (٣٨) .

٢٣ ـ وقد الحق الفقهاء المسلمون التحكيم بالقضاء ، ويقال لغة حكمه فى مال اذا جعله المحكم اليه فيه (٣٩) أما معناه فقها فهو تولية الخصمين حكما يحكم بينهما ، وركنه لفظه الدال عليه مع قبول الآخر وشرطه أو اضافته الى وقـــت يفسده لكونه صلحا من وجه .

وليس للمحكم أن يفوض التحكيم الى غيره (٤٠) هذا ولم تكن هناك تفرقـــه كبيره بين التحكيم والقضاء ذلك أن القضاء لم يكن اجباريا بمعنى أن المتخاصمين كانوا يتوجهون الى القاضى باختيارهم (٤١) .

---

(٣٨) *Philipson. international law and Custom of Ancient Greece and Rome, Vol 11, PP.61FF.*

مشار اليه لدى ، شارلز فينويك ،المرجع السابق ،ص٦١٠ ـ ٦١١ .

(٣٩ الامام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ، مختار الصحاح ، ترتيب محمود خاطر بك ، المطابع الاميرية بالقاهرة ، ١٩٢٥ ، ص١٤٨ .

(٤٠) محمود بن محمد بن عرنوس ، كتاب تاريخ القضاء فى الاسلام ، المطبعه المصرية الأهلية الحديثة ، ١٣٥٢هـ ، ١٩٣٤م ص١٧٥ .

(٤١) د . حسن ابراهيم حسن ، د . على ابراهيم حسن ، النظم الاسلاميه الطبعة الثالثه ، مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٢ ص٢٧٥ .

٢٤ ـ أما التعريف الأكثر شيوعا للتحكيم فى القانون الدولى ، فهو ما أوردته المادة ٣٧ من اتفاقية لاهاى ١٩٠٧ (٤٢) ، والذى يقرر أن موضوع التحكيم هو حل المنازعات بين الدول بمعرفة قضاه من اختيارهم وعلى أساس القانون . ويوضح عديد من الفقهاء هذا التعريف بقولهم أن التحكيم عملية قضائية (٤٣) .

وكما هو الشأن بالنسبه للتوفيق ، فان التحكيم تقوم به لجنة (أو فرد) من اختيار الأطراف فيعين كل منهم عددا مساويا لما يعينه الطرف الآخرثم يختار هؤلاء رئيسا لهم أو يتفقون على كيفية اختياره ، الا أن قرار التحكيم له صفة ملزمه ويقوم على أساس احترام القانون .

٢٥ ـ وقد يتم اللجوء الى التحكيم بعد أن يثور النزاع ، وتشير عديد من المعاهدات الى التحكيم باعتباره الوسيله المختاره لحل المنازعات التى تنشأ عن تفسيرها أو تطبيقها ، الا أنه قد يسبق اللجوء الى التحكيم اللجوء الى وسيله أخرى مثل المفاوضات أو التوفيق بصفة خاصه ، فاذا فشلت تلك الوسيله الأولى فيكون التحكيم هو الوسيله الباقية المتاحه لحل النزاع ، ويبرم الأطراف الذين يتفقون على اللجوء الى التحكيم اتفاقا يوضح الاجراءات والمدة التى يتم خلالها اصدار القرار واختيار المحكمين وكيفية تنفيذ القرار ، ويسمى هذا الاتفاق مشارطة التحكيم (٤٤) .

---

(٤٢) أ . د . ابراهيم العنانى ، المرجع السابق باللغة الفرنسيه ص ١٠١ .

(٤٣) *A.L.W. Munkman. adjudication and adjustment international Judicial Decision and the settlement of territorial and Boundary Disputes, B.Y.B.1972, P.5.*

(٤٤) يقرر استاذنا الدكتور ابراهيم العنانى ، أن التحكيم لا يمكن أن يتم دون وجود هذه المشارطة ، راجع المقال السابق باللغة الفرنسيه ص ١٠٢ .

وتوضح **مشارطة التحكيم** أيضا ، القانون واجب التطبيق على النزاع ، بـــل والمنازعات التى تخضع لهذا الاجراء عندما يكون هذا الاتفاق سابقا علـــى نشوء المنازعه ٠

٢٦ ــ وقد أوضحت الصيغة التى أعدتها لجنة القانون الدولى للقواعـــد المثاليه لاجراءات التحكيم أن التعهد باللجوء الى التحكيم لحل منازعه بـــين الدول يشكل التزام قانونيا يجب تنفيذه بحسن نيه (٤٥) ، ويجب أن يكـــون الأطراف متساوين أمام الاجراءات فى أى محكمة تحكيم ويمكن لها أن تطبـــق القواعد التاليه (٤٦) : ــ

(أ) الاتفاقيات الدوليه سواء العامه أم الخاصه التى تصنع قواعد معترف بهـا صراحة من الدول المتنازعه ٠

(ب) العرف الدولى الذى يدل على ممارسه عامه مقبوله كقانون ٠

---

(٤٥) *international law commission ,Documents of the tenth session, including the report of the commis--sion to the G.A., Arbitral procedure (Agenda item 2) Document A/C.N. 4/ 113. 6 march 1958, P. 12 Article 1/1.*

(٤٦) المرجع السابق ، المادة ١١ ص ١٤ ، التى تقرر أنه فى حالة عـــدم الاتفاق على قواعد القانون القابلة للتطبيق فان المحكمة تسترشد بالمـــادة ٣٨ من النظام الاساسى لمحكمة العدل الدولية ٠

(جـ) المبادئ العامه للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينه

(د) أحكام القضاء ومؤلفات كبار المؤلفين فى الدول المختلفه ، وذلك كمصدر مساعد لتحديد قواعد القانون .

وعلاوه على ذلك يمكن أن تتفق الأطراف على تطبيق مبادئ العدل والانصاف "ex aequo et bono" .

٢٧ ـ ويلاحظ أن هناك اتجاهات للخلط بين التوفيق والتحكيم ، ويظهر هذا فى نصوص معاهدات الصلح التى أبرمت مع ايطاليا عقب الحرب العالميه الثانية ، فتنص المادة ٨٢ منها على انشاء لجان للتوفيق وأعطت القرارات التى تصدرها تلك اللجان قوه ملزمه ، أى قوة الشئ المقضى به بالنسبه لأطراف الخصومه ، حتى أن لجنة التوفيق الفرنسيه الايطاليه فى عدة قرارات اصدرتها فى ١٣ نوفمبر ١٩٤٨ ، ١٤ سبتمبر ١٩٥٠ لم تتردد فى أن تصف نفسها تاره بأنها هيئة تحكيم ، وتاره أخرى بأنها سلطة قضائية دولية (٤٧) .

هذا وسنعالج بعض الجوانب العمليه الهامه فى التحكيم فى الفصل الثانى من هذا البحث .

---

(٤٧) أ.د . عبد العزيز سرحان ، القانون الدولى العام ، المجتمع الدولى والمصادر ونظرية الدولة ١٩٨٦ دون ناشر ، ص ٤٠٠ .

المطلب الثانى

القضـــــاء الدولـــــى

---

٢٨ ـ القضاء (٤٨) الحكم بين الناس ، وهو شرعا الحكم فى الخصومـــه بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى قال بن عبد السلام ٠٠ وسمى القضاء حكمـا لما فيه من الحكمه التى توجب وضع الشئ فى محله لكونه يكف الظالم مـــن ظلمه ٠٠ وهو فرض كفايه فى حق الصالحين له فى الناحيه أما كونه قرضا فلقوله تعالى " كونوا قوانين بالقسط (٤٩) ولأن طباع البشر مجبوله على التظالم ومنع الحقوق وقل من ينصف من نفسه ، ولا يقدر الامام على فصل الخصومات بنفسه فدعت الحاجه الى تولية القضاء ، أما كونه على الكفايه فلأنه أمر بمعروف أو نهى عن منكر وهما على الكفايه (٥٠)

---

(٤٨) جمعه الاقضيه ٠ والقضية مثله والجمع القضايا راجع مختار الصحاح ، المرجع السابق ، راجع أيضا ، أبو زكريا يحى بن شرف النووى ، منهـــى المحتاج الى معرفة أفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب على متن المنهاج ، الجزء الرابع ، ص٢٧١ ـ ٣٧٢ ٠

(٤٩) الآية ١٣٥ سورة النساء ٠

(٥٠) راجع ، الامام موفق الدين ابن قدامه ، وشمس الدين ابن قدامه المقدسى المغنى والشرح الكبير دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٧٢ ، المجلد ١١ ص٣٧٣ ، حيث يقرر "الأصل فى القضاء ومشروعيته الكتاب والسنه والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (ياداوود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ، وقوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) ، أما السنه ، فما روى عن عمرو بن العاص عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران واذا اجتهد فأخطأ فله أجر " متفق عليه ٠ أما الاجماع فقد أجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس ٠

وقد أفاض الفقهاء المسلمون فى بيان صفات القاضى وما يجب أن يكون عليه ، وهو ما يعرف بباب أدب القاضى (٥١) .

وقد تولى الرسول صلى الله عليه وسلم بنفسه الفصل فى الخصومات(٥٢) ، فكان عليه الصلاة والسلام قاضيا ، كما كان للشريعة مبلغا ، ولم يكن للمسلمين فى عهده قاضى سواه (٥٣) .

---

(٥١) ورد تحت هذا الباب فى كتاب المغنى والشرح الكبير " ينبغى أن يكون القاضى قويا من غير عنف لينا من غير ضعف لا يطمع القوى فى باطله ولا ييأس الضعيف من عدله ، ويكون حليما متأنيا ذا فطنه ويقظه لا يؤتى من عقله ولا يخدع لغره ، صحيح السمع والبصر عالما للغات أهل ولايته عفيفا ورعا نزها بعيدا عن الطمع صدوق اللهجه ذا رأى ومشوره لكلامه لين اذا قرب وهيبه اذا أوعد ولا يكون جبارا ولا عسوفا فيقطع ذا الحجه عن حجته وقال الامام على رضى الله عنه ، لا ينبغى أن يكون القاضى قاضيا حتى يكون فيه خمس خصال ، عفيف حليم عالم بما كان قبله يستشير ذوى الألباب لا يخاف فى الله لومة لائم ، راجع **المغنى والشرح الكبير** ، المرجع السابق ص ٣٩٤ ، راجع أيضا الامام محمد بن على بن محمد الشوكانى نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ، التزام عثمان خليفه ، الطبعة الأولى ، المطبعة العثمانية المصرية ١٣٥٧هـ ، كتاب الأقضية والأحكام ص ٢٥٥ وما بعدها .

(٥٢) يبين لنا ذلك من الحلف الذى عقده بين المهاجرين وبين أهل المدينه من المسلمين واليهود وغيرهم من المشركين وفيه يقول " وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفه من حدث أو اشتجار يخاف فساده فان مرده الى الله عز وجل والى محمد رسول الله " ابن هشام حـ٢ ص ٩٤ ـ ١٩٨)

(٥٣) حسن ابراهيم حسن ، المرجع السابق ص ٢٧٤ ـ ٢٧٥ .

٢٩ - أما فى عهد الخلفاء الراشدين ، فلما تولى أبو بكر الصديق الخلافه أسند القضاء الى عمر بن الخطاب . فظل سنتين لا يأتيه متخاصمان ، لما عرف من الشده والحزم ، على أن عمر لم يلقب بلقب قاضى فى خلافة أبى بكر (٥٤) .

ولما انتشر الاسلام فى عهد عمر وارتبط العرب بغيرهم من الأمم دعت حالة المدينة الجديدة الى ادخال نظام تشريعى لفض المشاكل التى تنشأ بين الأفراد من العرب وغيرهم ، وقضى هذا النظام بتعيين قضاه مندوبين عن الخليفة فى فض هذه المشاكل طبقا لأحكام القرآن والسنه والقياس (٥٥) وقد ولى عمر رضى الله عنه أبا الدرداء معه بالمدينه ، وولى شريحا بالبصره وولى أبا موسى الأشعرى بالكوفه ، وكتب له فى ذلك الكتاب المشهور الذى تدور عليه أحكام القضاه (٥٦) .

---

(٥٤) المرجع السابق ، ص٢٧٦ ، وراجع أيضا ، د . فتحى عثمان ، الفكر القانونى الاسلامى بين أصل الشريعة وتراث الفقه ، مكتبة وهبة بدون تاريخ ، ص٢٩٧ .

(٥٥) د . حسن ابراهيم وآخر ، المرجع السابق ص٢٧٦

(٥٦) عبد الرحمن بن محمد بن خلدون ، مقدمة ابن خلدون ، تحقيق الدكتور على عبد الواحد وافى ، الجزء الثانى ، الطبعة الأولى ١٩٥٨ لجنة البيان العربى ، ص٥٦٧ .

٣٠ ـ وقد عرف المجتمع الدولى سلطة القضاء ولكنها ليست مثل تلك التى فى المجتمع الداخلى (٥٧) ، ذلك أن المجتمع الدولى ليس منظما بالدرجة الكافيه التى تجعلنا نتوقع وجود سلطات مستكمله لعناصرها ومظاهرها فى المجتمعات الوطنية (٥٨) ، فالقضاء الدولى مازال قضاءا اختياريا يخضع لارادة الدول فلا يمكن اجبار دوله على المثول أمامه ما لم تكن قد قررت هى ذلك سواء قبل نشوء المنازعه أم بعد نشوئها .

---

(٥٧) يلاحظ المتتبع لتطور المجتمع الدولى أن اقامة محكمة عدل دوليه دائمه قد سبقها اقامة **محكمة تحكيم دائمه** ، فقد عقدت اتفاقيات لاهاى ١٨٩٩ لتقرير اقامة تلك المحكمة وتناولت معاهدات لاهاى ١٩٠٧ هذه المحكمة بتعديل أحكامها حيث تبلورت صورتها كما يلى :ـ

تكوين المحكمه : تتكون محكمة التحكيم الدائمه من قائمة من المحكمين تودع لدى قلم كتاب المحكمه ولكل دوله من الدول المتعاقدة أن تبعث بأسماء عدد لا يزيد عن أربعة من رجال القانون الذين لهم درايه معترف بها فى القانون الدولى العام وشهره أخلاقيه راقيه ولديهم الاستعداد للعمل كمحكمين ويكون تعيينهم لمدة ست سنوات قابله للتجديد ويمكن لدولتين أو أكثر الاتفاق على تعيين واحد أو أكثر فى قائمة المحكمين ، كما يمكن أن يعين نفس الشخص من قبل دول مختلفه وملحق بالمحكمه المكتب الدولى ، وهو يقوم بالأعمال الادارية للمحكمه .

كيفية اللجوء الى المحكمه : يتم اللجوء الى المحكمه بقيام الأطراف المتنازعه باختيار المحكمه من بين القائمه المعده بقلم الكتاب ، وعلى ذلك ليست **محكمة التحكيم سوى قائمة بالمحكمين** .

راجع ، شارلز فينويك ، المرجع السابق ، ص ٦١٤ ـ ٦١٦ .

وراجع أيضا ،

M.O. Hudson, the prmanent court of Arbitration AM.J.I.L. Vol 27 (1933) P. 440.

(٥٨) راجع أ.د . عبد العزيز سرحان ، المرجع السابق ص ٤٨ ـ ٥١ .

٣١ ـ محكمة العدل الدولية :

تعتبر محكمة العدل الدوليه الهيئه القضائيه الرئيسيه للأمم المتحده ، وهى امتداد للمحكمة الدائمةللعدل الدولى التى كانت قائمه فى ظل عصبة الأمم (٥٩) ويعتبر نظامها الأساسى جزءا من الميثاق ومقرها لاهاى بهولندا

٣٢ ـ تكوين المحكمه :

تتكون المحكمة من خمسة عشر قاضيا يعرفون باسم أعضاء المحكمه ، ويتم انتخابهم باقتراع مستقل فى كل من الجمعية العامه ومجلس الأمن ولا يجوز أن يكون بها أكثر من عضو واحد من رعايا دوله بعينها ، ويشغل القاضى منصبه لمدة تسع سنوات ، ويجوز اعادة انتخابه بعد هذه المدة وتنتخب المحكمه رئيسها ونائبه لمدة ثلاث سنوات ويجوز اعادة انتخابهما ، ولا يجوز للقضاه الاشتغال بأى عمل آخر طوال مدة عملهم بالمحكمه (٦٠) .

٣٣ ـ من له حق اللجوء الى المحكمه : لبيان ذلك يلزمنا التفرقه بين نوعين من الوظائف التى تمارسها المحكمه ، فهى تمارس وظيفة القضاء كما تمارس وظيفة الافتاء (٦١) :

---

(٥٩) أقيمت هذه المحكمة فى ١٥ فبراير ١٩٢٢ ، راجع شارلز فينويك المرجع السابق ص ٦٢١ .

(٦٠) لمزيد من التفصيلات ، راجع مؤلفنا ، الوجيز فى التنظيم الدولى ، ص ١٧٢ ـ ١٨٣ بند ٣٣٢ ـ ٣٤٥ .

(٦١) يلاحظ فى الشريعة الاسلاميه أن الفرق بين قاعدة الفتوى وقاعدة الحكم وان كان كل منهما خبرا عن الله تعالى ويجب على السامع اعتقاد ذلك .. الا أن الفتوى محض اخبار عن الله تعالى فى الزام أو اباحه . والحكم اخبار مآله الانشاء والالزام أى التنفيذ والامضاء .. أحدهما ينقل نقلا محضا من غير

= / =

= / =

(أ) **فى مجال القضاء** : نجد أن الدول وحدها هى التى يمكن أن تكـــون أطرافا فى القضايا المعروضه على المحكمه (٦٢) وهذه الدول ثلاث فئات ، فهى اما الدول الأعضاء فى الأمم المتحدة ، وبالتالى فهم أعضاء فى النظـام الأساسى للمحكمه بحكم عضويتهم ، واما الدول المنضمه الى النظام الأســاسى للمحكمه دون أن تكون أعضاء فى المنظمه الدوليه ، واما أن تكون دوله غير عضو فى المنظمه ولا فى المحكمه ولكنها تريد المثول أمام المحكمه فى قضية خاصـــه أو مجموعه معينه من المنازعات وفقا للشروط والأوضاع المقرره فى هذا الشأن (٦٣)

(ب) **فيما يتعلق بالافتاء** : ويقصد به حق المحكمه فى اصدار رأى استشارى بناءعلى طلب المنظمات الدوليه والهيئات التى يرخص لها الميثاق بذلك أو حصل الترخيص لها طبقا لأحكامه ، وليس للدول أن تتقدم للمحكمه بطلب رأى استشارى ويقتصر دورها على تقديم معلومات وفقا للمادة ٦٦ .

= / = اجتهاد له فى التنفيذ والامضاء بين الخصوم والآخر ينفذ ويمضى مايجتهد فيه من الأحكام على وفق القواعد بين الخصوم .

راجع ، الامام شهاب الدين الصنهاجى القرافى ، الفروق ، وبهامشه عمدة المحققين وتهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية ، المجلد الرابع دار المعرفه لبنان ، بدون تاريخ ص٨٩ .

(٦٢) راجع الماده ١/٣٤ من النظام الأساسى للمحكمه الملحق ميثاق الأمم المتحدة .

(٦٣) راجع ، مؤلفنا ، المرجع السابق ، ص١٧٤ .

٣٤ ـ أساس اللجوء الى المحكمه

يقوم اللجوء الى محكمة العدل الدوليه على اتفاق الأطراف المتنازعه فاذا تم هذا الاتفاق بعد نشوء المنازعه ، فاننا نكون أمام اللجوء الاختيارى ، اما اذا تم هذا الاتفاق قبل نشوء المنازعه فانه يسمى الولايه الجبرية للمحكمه (٦٤) .

٣٥ ـ القانون الذى تطبقه المحكمه :

تقرر الماده ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدوليه أن وظيفة المحكمه هى أن تفصل فى المنازعات التى ترفع اليها وفقا لأحكام القانون الدولى وهى تطبق فى هذا الشأن : ـ

(أ) الاتفاقات الدوليه العامة والخاصة التى تضع قواعد معترف بها صراحة من الدول المتنازعه .

(ب) العادات الدوليه المرعيه المعتبرة بمثابة قانون .

(جـ) مبادئ القانون العامه التى أقرتها الأمم المتمدينه .

(د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين فى القانون العام فى مختلف الأمم ، ويعتبر هذا أو ذلك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون ، وذلك مع مراعاة أحكام الماده ٥٩ (المتعلقه بحجية الحكم بالنسبه لمن صدر بينهم وفى خصوص النزاع الذى فصل فيه) (٦٥) ، ولا يترتب على النص المتقدم ذكره أى اخلال بما للمحكمه من سلطة الفصل فى القضية وفقا

---

(٦٤) المرجع السابق ، ص ١٧٥ .

(٦٥) يلاحظ أن مابين الاقواس هو من اضافتنا للتفسير .

لمبادئ العدل والانصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك . ويشار هنا الى أن اعطاء المحكمه سلطة الفصل وفقا لمبادئ العدل والانصاف يمثل مرونة وتوسعا فى القانون الذى تطبقه المحكمه (٦٦) .

٣٦ ـ أما اذا تناولنا **القانون واجب التطبيق بمعرفة القاضى أو المحكم فى الشريعة الاسلاميه** ، فلا شك أنه سيكون تلك الشريعه ، ومرشدنا فى ذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن وقال بم تحكم ؟ قال : بكتاب الله ، قال : فان لم تجد . قال : بسنة رسول الله ، قال : فان لم تجد ، قال : أجتهد رأى . قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله" (٦٧) . وعلى ذلك فان القانون واجب التطبيق ، يأتى على الوجه الآتى :ـ

---

(٦٦) راجع أ.د . ابراهيم العنانى ، الأمم المتحده ، القاهره ، ١٩٨٣ ، بدون ناشر ، ص ٢٧٣ ، وقارن Bowett, The law of international institutions, London, Stevens, 1982 PP. 42 - 43.

حيث يقرر أن ذلك النص الخاص بتطبيق مبادئ العدل والانصاف لم يتم تطبيقه فى محكمة العدل الدوليه حتى الأن (١٩٨٢) .

(٦٧) راجع ، الامام الحافظ المصنف أبى داود سليمان بن الاشعث الأزدى سنن أبى داود ، راجعه محمد محى الدين عبد الحميد ، الجزء الثالث مطبعة مصطفى محمد ، ص ٣٠٣ ، راجع أيضا المغنى والشرح الكبير ، مرجع سابق ، ص ٣٧٥ .

١ ـ القرآن الكريم ٠

٢ ـ السنه النبويه ٠

٣ ـ الاجتهاد (٦٨) ٠

٣٧ ـ وقد كان القضاة فى زمن الخلفاء الراشدين وبنى أميه مجتهدين لا يقلدون أحدا فى أحكامهم ، لأن التقليد لم يكن معروفا فيهم ولم تكن المذاهب قد دونت ، كما كانوا مجتهدين كانت لهم الحريه المطلقه فيما يرونه من الأحكام (٦٩) ٠

وبعد أن تعددت المذاهب الفقهية فانه لم يكن جائزا أن يقلد القضاء لشخص على أن يحكم وفقا لمذهب بعينه (٧٠) ٠

---

(٦٨) الاجتهاد فى اللغة ، بذل المجهود فى فعل من الأفعال التى تحتاج الى كلفه ومشقه ،وفى اصطلاح الاصوليين هو بذل الفقيه وسعه فى استنباط الأحكام الشرعيه من أدلتها التفصيليه ٠ وقد وضح الفقهاء الأصوليون شروطا للاجتهاد منها ١ ـ أن يعرف الكتاب الكريم بمعانيه لغة وشريعة ٢ ـ أن يعرف السنة النبوية لغة وشريعة ، ٣ ـ أن يعرف الناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنه ، ٤ ـ أن يكون على علم تام باللغة العربية ٠ ٥ ـ أن يكون عالما باصول الفقه ٠ ٦ ـ أن يفهم مقاصد الشارع العامه من تشريع الأحكام ٠ راجع فى تفصيل ذلك ، استاذنا الشيخ زكى الدين شعبان ، اصول الفقه الاسلامى ، مطبعة دار التأليف ١٩٦٤ ـ ١٩٦٥ ـ ص٤٠٧ وما بعدها ٠

(٦٩) راجع ، محمود بن محمد بن عرنوس ، تاريخ القضاء فى الاسلام مرجع سابق ، ص ٢٠ ـ ٢١ ٠

(٧٠) وهذا هو مذهب الشافعى ولم أعلم فيه خلافا ، لأن الله تعالى يقول (فاحكم بين الناس بالحق ، والحق لا يتيقن فى مذهب ، وقد يظهر له الحق فى غير ذلك المذهب ، فان قلده على هذا الشرط بطل الشرط وفسد التوليه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ٠

راجع المغنى والشرح الكبير ، مرجع سابق ، ص٤٨٢ ٠

المبحث الثالث

المنظمات الدوليه

---

٣٨ ـ تلعب المنظمات الدوليه دورا بارزا فى الحل السلمى للمنازعات الدوليه سواء بطريقة مباشره عن طريق ما تقوم به أجهزتها المختصه من جهود رسميه فى هذا المجال ، أم بطريق غير مباشر عندما تتيح لأطراف المنازعات الدوليه نوعا من التشاور والاتصالات الجانبيه قد تتدخل فيها شخصيات لها صفتها وتأثيرها ، الا أن هذا الجانب الأخير يصعب قياس مدى نجاحه أو فشله (٧١) ونعالج فيما يلى دور المنظمات الدوليه العالميه وكذلك المنظمات الاقليميه فى حل المنازعات الدوليه فى مطلبين متتاليين :ـ

المطلب الأول
المنظمات الدوليه العالميه

٣٩ ـ أظهرت الحرب العالميه الأولى مدى الحاجه الى منع استخدام القوه فى العلاقات الدوليه وحل المنازعات بطريقه سلميه ، فكانت معاهدات **فرساى** للسلام ، التى تضمنت فى مقدمتها عهد عصبة الأمم التى أقامت نظاما للأمن الجماعى يقوم على حل المنازعات الدوليه حلا سلميا وضرورة لجوء الأطراف المتنازعه الى التحكيم والقضاء الدولى أو مجلس العصبه وأن يقبلوا

---

(٧١) راجع د . بطرس غالى ، الجامعه العربيه و تسوية المنازعات المحليه ، معهد البحوث والدراسات العربيه ، القاهره ١٩٧٧ ، ص ١٨٠ . وراجع أيضا

PHILIP C. Jessup. a half Century of efforts to substitute law for war, Recueil de Cours, 1960, Vol 1. PP. 3 -20 .

قرار القضاء أو تقرير التحكيم أو التقرير الاجماعى لمجلس العصبة والا يدخلوا فى حرب مع دولة تقبل ذلك القرار أو التقرير (٧٢) .

وفى ١٥ فبراير ١٩٢٢ اقيمت محكمة العدل الدائمة لتباشر عملها فى تسوية المنازعات الدولية سلميا (٧٣) .

٤٠ ـ الا أنه كانت هناك فجوه فى النظام الذى أقامته عصبة الأمم ، فلم يكن استخدام القوه ممنوعا بطريقه حاسمه ، وبالتالى لم تكن وسائل حل المنازعات منظمه بطريقه كافيه (٧٤) .

---

(٧٢) راجع مؤلفنا ، الوجيز فى التنظيم الدولى بند ٢١٥ ، ص٨٢ .

(٧٣) ينص المرسوم العام الذى أصدرته جمعية عصبة الأمم للحل السلمى للمنازعات الدوليه فى ٢٦ سبتمبر ١٩٢٨ ، والذى دخل خير النفاذ فى ١٦ أغسطس ١٩٢٩ ، كما تعدل بمعرفة الجمعية العامه للأمم المتحدة فى ٢٠ سبتمبر ١٩٥٠ ، فى القسم المتعلق بالحلول القضائية ، أنه فيما يخص كل المنازعات التى يختلف بشأنها الأطراف خاصة تلك الواردة فى المادة ٣٦ من النظام الأساسى لمحكمة العدل (الدائمه) يمكن أن تعرض على المحكمة ما لم يتفق الاطراف على عرضها على محكمة تحكيم .
راجع ، وايتمان ، المرجع السابق ، ص٩١٨ ـ ٩٢١ .

(٧٤) لم تحظر العصبه الحرب تماما الا اذا بدأت بالمخالفة للمتطلبات التى وضعها عهد العصبه وقبل اللجوء الى طرق الحل السلمى للمنازعات ، فاذا كانت تلك الطرق اختياريه ، فاحتمال اللجوء الى الحرب يقوم الى جانب احتمال انهاء النزاع سلميا .
راجع مؤلفنا السابق ، ص٨٢ .

لذا فقد جرت محاولات لتخطى تلك الفجوه فى لحق جنيف ١٩٢٤ ومعاهدات لوكارنو وميثاق باريس (ميثاق بريان كليوج) . ولكن هذه المحاولات لم يكتب لها النجاح حيث قامت الحرب العالميه الثانيه بعد قليل (٧٥) .

٤١ ـ وفى ديباجة ميثاق الأمم المتحدة ، ورد النص على غايات وأهداف المنظمه ، ثم وفى سبيل هذه الغايات اعتزامنا أن تأخذ أنفسنا بالتسامح ، وأن نعيش معا فى سلام وحسن جوار ، وأن نضم قوانا كى نحتفظ بالسلم والأمن الدوليين .. ألا تستخدم القوه المسلحه فى غير المصلحة المشتركه .

وفى المادة الأولى من الميثاق وردت مقاصد الهيئه ، وفى مقدمتها حفظ السلم والأمن الدوليين .. وتتزرع بالوسائل السلميه وفقا لمبادئ العدل والقانون الدولى لحل المنازعات الدوليه التى قد تؤدى الى الاخلال بالسلم أولتسويتها وفى المادة الثالثه ورد النص على المبادئ التى تلتزم بها الأمم المتحدة ومن بينها المبدأ الذى يقضى بأن "يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدوليه بالوسائل السلميه على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولى عرضه للخطر " .

٤٢ ـ ان الالتزام بحل المنازعات الدوليه سلميا يسير موازيا للالتزام بمنع استخدام القوة فى العلاقات الدوليه ، ولا شك فى أن هذا الالتزام الأخير أصبح مؤكدا فى ظل ميثاق الأمم المتحدة ، حيث ورد ذكر هذا المبدأ فى ديباجة الميثاق كما ذكرنا وفى المادة ٤/٢ التى تنص على أن "يمتنع أعضاء الهيئة جميعا فى علاقاتهم عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضى أو الاستقلال السياسى لأية دوله أو على وجه آخر لا يتفق

---

(٧٥)

Dr. J.H.W. VERZIJL, international law in Historical Perspective Vol 1, A.W. Sijth off - Leyden , 1968 PP. 448 - $& .*

ومقاصد الأمم المتحدة (٧٦) .

كما تنص المادة ٣٣/١ من الميثاق على أنه يجب على أطراف أى نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين للخطر ، أن يلتمسوا حله بادئ ذى بدء بطريق المفاوضه والتحقيق والوساطه أو أن يلجأوا الى الوكالات والمنظمات الاقليمية أو غيرها من الوسائل السلميه التى يقع عليها اختيارهم . وقد تأيد ذلك أيضا بما ورد فى اعلان مانيلا الذى اعتمدته الجمعية العامه للأمم المتحدة فى ١٩٨٢ (٧٧) .

٤٣ ـ دور مجلس الأمن فى الحل السلمى للمنازعات :

عهد ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن بدور هام فى حل المنازعات الدوليه سلميا ، حيث تقرر المادة ٣٢ أنه اذا ما تولى مجلس الأمن حل المنازعه فان عليه أن يدعو الاطراف للاشتراك فى المناقشه ولكن دون حق التصويت ، كما أن للمجلس أن يدعو دوله عضو للاشتراك فى أية مسأله سواء كانت نزاعا أم لا عندما يرى أن مصالح تلك الدوله تتعرض للخطر (م ٣١) .

ولا يتقيد مجلس الأمن بما يقرره الأطراف ، فيمكن أن يقوم بتحرياته عن المسأله وفقا للمادة ٣٤ مستخدما أحد الأجهزه المساعده .

٤٤ ـ ويمكن للجهات الاتيه أن تحيل النزاع الى مجلس الأمن : ـ

١ ـ الجمعية العامه (وفقا للمادتين ١١ ، ١٢ من الميثاق)

٢ ـ الأمين العام (وفقا للمادة ٩٩) .

٣ ـ الدول الأعضاء (وفقا للمادة ٣٥/١ والمادة ٣٧) .

٤ ـ الدول غير الأعضاء (وفقا للمادة ٣٥/٢) ويشترط أن تقبل مقدما

---

(٧٦) راجع مؤلفنا ، المرجع السابق ص١٠٢ ـ ١٠٦

(٧٧) راجع ، جاك يويرانت ، المرجع السابق (المشار اليه فى البند ٤ من هذا البحث) ص٢ .

وبخصوص المنازعه التزامات الحل السلمى المقرره فى الميثاق ٠

٥ ـ لمجلس الأمن من تلقاء نفسه أن يتصدى لفحص أى نزاع أو أى موقف قد يؤدى الى احتكاك دولى أو يثير نزاعا ليقرر ما اذا كان هذا النزاع أو الموقف من شأنه أن يعرض للخطر السلم والأمن الدوليين (م ٣٤) (٧٨) ٠

٤٥ ـ أساليب الحل السلمى للمنازعات أمام مجلس الأمن :

يمكن للمجلس أن يلجأ الى أحد الأساليب الآتيه :ـ

١ ـ أن يدعو الاطراف الى استخدام الطرق التقليدية لحل المنازعات تاركا لهم حرية اختيار الطريقه المناسبه (م ٣٣/ ٢) ٠

٢ ـ أن يختار طريقه معينه آخذا فى اعتباره أن المنازعات القانونيه يجب على الأطراف أن يعرضوها على محكمة العدل الدوليه (م٣٦/ ٣)

٣ ـ أن يختار الطريقة اللازمه بلاضافه الى اجراءات الحل ، ويعد ذلك ممارسة لوظيفة شبه قضائية عند ما تكون المنازعه مؤثره على حقوق الأطراف ومؤثرة على السلم والأمن الدوليين أو اذا طلب الأطراف ذلك (م٣٨) (٧٩)

---

(٧٨) يشير أستاذنا الدكتور محمد طلعت الغنيمى الى نص الماده ٣٤/ ١١ التى تقرر أن للجمعيه العامه أن تسترعى نظر مجلس الأمن الى **الأحوال** التى يحتمل أن تعرض السلم والأمن الدوليين للخطر " فهنا استعمل الميثاق لفظة *Situution* استعمالا يشمل النزاع ، ويرى أن الترجمه العربيه باستعمالها لفظ الأحوال كانت أكثر توفيقا من الأصل الفرنسى ومقابله الانجليزى الذى استعمل اللفظ ذاته ٠
أ٠د ٠ محمد طلعت الغنيمى ، الأحكام العامه فى قانون الأمم ، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧١ ، ص ٨٠٩ ـ ٨١١ ٠

(٧٩) كما هو الشأن فى لجنة المساعى الحميده فى اندونسيا ١٩٤٧ أو الوساطه بين الهند وباكستان فيما يتعلق بكشمير ٠

أو أن يحيل المنازعه الى هيئة خاصة (٨٠) .

٤٦ - ويلاحظ أن مجلس الأمن لا يملك فى خصوص حل المنازعه سوى اصدار توصيات غير ملزمه للأطراف ، ذلك أن الالزام الوارد فى الماده ٢٥ من الميثاق يتعلق بالقرارات فقط لذا فان التوصيه التى أصدرها مجلس الأمن فى قضية مضيق كورفو بعرض النزاع على محكمة العدل الدوليه لم يعتبرها غالبية أعضاء المحكمة منشئه لالتزام قانونى يعقد الأختصاص للمحكمة (٨١) .

٤٧ - ولا يعد مجلس الأمن هو المختص وحده بحل المنازعات الدوليه فى منظمة الأمم المتحده فلا شك أن الجمعية العامه والأمين العام يمارسان نشاطا ملحوظا فى هذه الناحيه ، فضلا عما تقوم به محكمة العدل الدوليه من دور قضائى فى هذا الشأن .

واذا كان صحيحا أن الأمم المتحده قد ساهمت فى تخفيف حدة التوتر الدولى وحل العديد من المشاكل الدوليه من خلال مجلس الأمن والجمعية العامه ومحكمة العدل الدوليه وجهود الأمين العام فى الوساطه ، الا أن هناك مشاكل رئيسيه فشلت الأمم المتحده فى القيام بدور فعال فيها ، مما دعا الى انشاء لجنه خاصه معنيه بميثاق المنظمه وتعزيز دورها وقدم لهذه اللجنه اقتراحان :

الأول : انشاء لجنة دائمه معنيه بالمساعى الحميده والوساطه والتوفيق لتسوية المنازعات بمنع الصراعات بين الدول .

---

(٨٠) كما أحال مشكلة فلسطين الى الجمعية العامه التى أنشأت بدورها اللجنه المعنيه بممارسة الشعب الفلسطينى لحقوقه غير القابله للتطرف .

(٨١) راجع ، جيمس باروس ، الأمم المتحدة ، ترجمه نور الدين الرزارى ، مراجعة د . ابراهيم عبده ، مؤسسة سجل العرب ، ١٩٧٩ ، ص ٨٠ - ٨٣ .

الثانى : وضع دليل لتسوية المنازعات بين الدول بالوسائل السلميه ٠

وقد أيدت المناقشات فى اللجنة الاقتراح الثانى الخاص بوضع دليل لتسوية المنازعات بينما لازالت هناك مناقشات تتعلق بجدوى الاقتراح الأول وامكانية استخدامه (٨٢) ٠

المطلب الثانى

المنظمات الدوليه الاقليميه

---

٤٨ ـ تأكد مبدأ التسويه السلميه للمنازعات الدوليه فى مواثيق العديد من المنظمات الدوليه الاقليميه ، فقد أوجب العديد منها حل المنازعات الدوليه بالطرق السلميه ، بينما أقامت منظمات اقليميه عديده أجهزه خاصه لحل المنازعات ، وقد جاء ذلك اعمالا لنصوص ميثاق الأمم المتحدة التى تعطى هذه المنظمات الاقليميه دورا فى حل المنازعات أوضحته المادة ٢/٥٢ حيث تقرر " يبذل أعضاء الأمم المتحده ، الداخلون فى مثل هذه المنظمات أو الذين تتألف منهم تلك الوكالات كل جهدهم لتدبير الحل السلمى للمنازعات المحليه عن طريق هذه التنظيمات الاقليميه أو بواسطة هذه الوكالات ، وذلك قبل عرضها على مجلس الأمن ٠

بل على مجلس الأمن أن يشجع توصل هذه المنظمات للحلول السلميه للمنازعات وفقا لما ورد بذات الماده ٥٢ فى فقرتها الثالثه ٠

ونعالج فيما يلى ما أوضحته بعض هذه المنظمات الاقليميه فى هذا الشأن على النحو التالى : ـ

---

(٨٢) راجع ، تقرير اللجنه المعنيه بميثاق الأمم المتحدة وتعزيز دور المنظمه المؤرخ ١٤ مايو ١٩٨٤ ، الوثائق الرسميه للجمعيه العامه ، الدوره التاسعه والثلاثون الملحق ٣٣ ٠

٤٩ ـ جامعة الدول العربيه (٨٣)

تفرض المادة الخامسه من ميثاق جامعة الدول العربيه على الدول الأعضاء التزاما بعدم جواز استخدام القوه لحل المنازعات التى تثور بينها ، وتضع تحت تصرف هذه الدول وسيلتين من وسائل تسويه المنازعات بالطرق السلميه ، هما الوساطه والتحكيم ، غير أنها لم تلزم الدول بالالتجاء اليهما .

٥٠ ـ **الوساطه** : ويقصد بها قيام مجلس الجامعه بايجاد حل للنزاع عن طريق التوفيق بين وجهات النظر المتعارضه ولا يجوز لأطراف النزاع رفض وساطه المجلس اذا ما خشى وقوع حرب بين الدول المتنازعه ، وتؤخذ القرارات الخاصه بالتوسط بأغلبية الاراء ، ولا تحسب أصوات الدول التى وقع بينها الخلاف . (م ٥/حـ) ويجوز للدول المتنازعه أن ترفض الحل الذى وصل اليه مجلس الجامعه .

٥١ ـ **التحكيم** : حيث تقرر المادة الخامسه من ميثاق الجامعه أنه لا يجوز الالتجاء الى القوه لفض المنازعات بين دولتين أو أكثر من دول الجامعه ، فاذا نشب بينها خلاف لا يتعلق باستقلال الدوله أوسيادتها أو سلامة أراضيها ولجأ المتنازعون الى المجلس لفض هذا الخلاف كان قراره عندئذ نافذا وملزما حيث يتحول مجلس الجامعه طبقا لهذا النص الى جهاز تحكيم ، ولكن القيود الوارده بهذا النص تجعله قاصرا على التافه من المنازعات ويحول مجلس الجامعه الى مجرد جهاز عديم الجدوى .

---

(٨٣) راجع د . بطرس بطرس غالى المرجع السابق ، المشار اليه بالحاشيه (٧١) .

٥٢ ـ منظمة الدول الامريكية (٨٤)

وفقا لميثاق منظمة الدول الأمريكيه الموقع فى بوجوتا فى ٣٠ أبريل ١٩٤٨ والمعدل بلحق بوينس ايروس الموقع فى ٢٧ فبراير ١٩٦٧ ، نجد أن تسوية المنازعات الدوليه بالطرق السلميه تتم على ثلاث مراحل (٨٥) ، حيث يعرض النزاع على لجنة تسوية المنازعات وهى لجنة فرعية تابعه للمجلس الدائم فاذا فشلت اللجنه يعرض النزاع على المجلس الدائم ، فاذا فشل هذا الأخير يعرض النزاع على المؤتمر العام الذى يصدر التوصيات اللازمه ، الا أن أية دوله تستطيع أن ترفض حل النزاع فى أى مرحله من المراحل الثلاث ، فليس هناك أى صفه الزاميه لما يتم التوصل اليه من حلول .

ووفقا للمادة ٢٣ من ميثاق المنظمه ، فان كل المنازعات الدوليه التى تثور بين الدول الامريكيه يجب أن تعرض على الاجراءات السلميه الموضحه فى هذا الميثاق قبل أن تعرض على مجلس الأمن التابع للأمم المتحده .

---

(٨٤) راجع ، فى منظمة الدول الأمريكيه بصفه عامه ، ا.د . محمد طلعت الغنيمى ، الأحكام العامه فى قانون الأمم التنظيم الدولى ، منشأة المعارف بالاسكدريه ١٩٧١ ص١١٢٤ ـ ١١٣٧ ، ا.د . جعفر عبد السلام المنظمات الدوليه ، دار النهضة العربية ١٩٨٠ ص٦٤٥ وما بعدها ، أ.د . عائشه راتب التنظيم الدولى ، الكتاب الثانى التنظيم الاقليمى ، المتخصص ، دار النهضة العربية ١٩٧١ ،ص١٥٧ وما بعدها ، أ.د . على صادق أبو هيف القانون الدولى العام ، الطبعة الثانية عشر ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص٦٧٧ وما بعدها . ومؤلفنا ، الوجيز فى التنظيم الدولى ص٣٠٥ وما بعدها .

(٨٥) تنص المادة ٢٥ على أنه فى حالة اثارة منازعه بين دولتين أو أكثر من الدول الامريكية ولا يمكن فى نظر احداها أن تحل من خلال القنوات الدبلوماسيه العاديه ، فيجب أن يتفق الأطراف على وسيله سلميه

= / =

= / =

٥٣ ـ حلف شمال الأطلنطى (٨٦)

تقرر المادة الأولى من معاهدة حلف شمال الأطلنطى الموقعه فى واشنطن فى ابريل ١٩٤٩ أن الأطراف تعهدت كما هو موضح فى ميثاق الأمم المتحدة أن تحل أى منازعه دوليه تكون طرفا فيها بالوسائل السلميه بطريقة لا تهدد السلم والأمن الدولى والعداله وأن تقلع فى علاقتها الدوليه عن التهديد باستخدام القوه واستخدامها بأى طريقه لا تتفق مع أغراض الأمم المتحده ٠

وفى قرار لحلف شمال الاطلنطى فى ديسمبر ١٩٥٦ ، جاء أن مجلس الحلف قرر " أن تلك المنازعات التى يثبت عدم قابليتها للحل مباشرة يجب أن تعرض لاجراء المساعى الحميده خلال شبكة العمل بالحلف قبل أن تلجأ الحكومه العضو الى أى وكاله دوليه ، فيما عدا المنازعات ذات الصفه القانونيه المناسبه للعرض على المحاكم القضائيه ، وتلك المنازعات ذات الصفه الاقتصاديه التى يجب محاوله حلها أفضل منذ البدايه فى منظمة اقتصاديه متخصصه مناسبه (٨٧) ٠

= / = أخرى تمكنهم من الوصول الى حل ٠ وتقرر المادة ٢٦ أنه يجب توقيع اتفاقية خاصة توضح اجراءات عادله لحل المنازعات سلميا وتحدد الوسائل المناسبه لتطبيقها ، كى لا تكون هناك منازعه بين الدول الامريكيه لا تجد حلا مناسبا فى فتره معقوله ٠ وتطبيقا لهذا النص الأخير فقد انشئت لجنة تسوية المنازعات كفرع تابع للمجلس الدائم ٠

(٨٦) راجع ، مؤلفنا ، الوجيز فى التنظيم الدولى ص٣١٦ ٠

(٨٧) راجع ، وايتمان ، المرجع السابق ، ص٩١٧ ـ ٩١٨ ٠

٥٤ ـ الاتفاقيه الاوربيه للحلول السلميه للمنازعات الدوليه :

وافقت الاطراف المتعاقده فى الاتفاقيه الاوربيه للحلول السلميه للمنازعات الدوليه الموقعه فى ستراسبورج فى ٢٩ أبريل ١٩٥٧ فى المادة الأولى ،على أن يعرضوا على محكمة العدل الدوليه كل المنازعات القانونيه التى تثور بينهم والمتعلقه بما يلى : ـ

(أ) تفسير معاهدة (ب) أى مسأله من مسائل القانون الدولى

(جـ) تحقيق واقعه من الوقائع التى اذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولى .

(د) نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولى ومدى هذا التعويض .

وعلى الرغم من أنه وفقا للمادة الرابعه يلتزم الأطراف بأن يعرضوا على التوفيق كل المنازعات التى يمكن أن تثور بينهم ، خلاف تلك التى تقع فى نطاق المادة الأولى ، فانهم يعرضون المنازعات التى تقع فى نطاق المادة الرابعه على محكمة تحكيم دون اللجوء قبل ذلك الى التوفيق (٨٨) .

٥٥ ـ منظمة الوحدة الافريقيه :

تطبيقا للمادة ١٩ من ميثاق منظمة الوحدة الافريقيه الموقع فى أديس أبابا فى ٢٥ مايو ١٩٦٣ التى تلزم الدول بحل المنازعات بينها بطريقه سلميه ، انشئت **لجنة الوساطه والتوفيق والتحكيم** (٨٩) .

---

(٨٨) المرجع السابق ، ص ٩٢٣ ـ ٩٢٤

(٨٩) تنص المادة ١٩ من ميثاق منظمة الوحدة الافريقيه على أن تتعهد الدول الأعضاء بتسوية جميع المنازعات التى تنشأ فيما بينها بالوسائل السلميه وتوافق تحقيقا لهذه الغايه على عقد معاهدة منفصله ينشأ بمقتضاها لجنة للوساطه والتوفيق والتحكيم ، وتعتبر هذه المعاهدة جزءا لا يتجزأ من الميثاق .

وينص بروتوكول اللجنه على أن تشكل من واحد وعشرين عضوا يختارهم المؤتمر من قائمه يعدها الأمين العام لمدة خمس سنوات ويجوز اعادة انتخابهم ويقتصر اختصاص اللجنه على المنازعات بين الدول فحسب ، وتحل المنازعات باتفاق الطرفين ، والا فان الاحاله تلزم من يقبلها فقط .

٥٦ ـ ويمكن للجهات الآتيه احالة النزاع الى اللجنه :

---

١ ـ الأطراف المعنيه معا .

٢ ـ طرف فى النزاع .

٣ ـ مجلس الوزراء .

٤ ـ مؤتمر رؤساء الدول والحكومات .

فاذا احيل النزاع الى اللجنه كما هو موضح من قبل ورفض أحد الأطراف أو أكثر الاذعان لقضاء اللجنه ، فعلى المكتب أن يحيل الأمر الى مجلس الوزراء لبحثه (٩٠) أما اذا احيل النزاع الى التحكيم ، فانه يعتبر تسليما بنيه خالصه لقضاء مجلس التحكيم (٩١) ، وعلى الطرفين المتنازعين فى كل حالة أن يبرموا تراضيا (مشارطه) يذكرون فيه تعهد الطرفين المتنازعين الذهاب الى التحكيم ، وقبول قرار المجلس بصفته قرار ملزم قانونا ، وموضوع النزاع ، ومقر المجلس ، وقد تخصص المشارطه القانون الذى يطبقه المجلس والسلطة التى تقرر باتفاق

---

(٩٠) راجع المادة ١٣ من بروتوكول اللجنه ، راجع ، كولينى ليجوم ، الجامعة الافريقيه ، دليل سياسى موجز ، ترجمة احمد محمود سليمان ، مراجعة د . عبد الملك عودة ، الدار المصرية للتأليف والترجمه ، سلسلة دراسات افريقيه ، يونيو ١٩٦٦ ، ص٤١٦ ـ ٤٣٦ .

(٩١) راجع الماده ٢٨ من ميثاق منظمة الوحدة الافريقية ، كولينى ليجوم ، المرجع السابق ص ٤٣٤ .

الطرفين بطريقه عادله منصفه الحد الزمنى يصدر خلاله قرار المحكميه وتعيين الوكلاء والمستشارين القانونيين الذين يسهمون فى الاجراءات(٩٢) .

وفى حالة عدم الاتفاق فى المشارطه على القانون واجب التطبيق ، يقضى مجلس التحكيم فى النزاع طبقا للمعاهدات المبرمه بين الطرفين ، طبقا للقانون الدولى وميثاق منظمة الوحدة الافريقية وميثاق الأمم المتحدة وبطريقه عادله منصفه ex aequo et bono اذا اتفق الطرفان على ذلك (٩٣)

٥٧ ـ منظمة المؤتمر الاسلامى :

تنص المادة ٢/ب/٤ من ميثاق منظمة المؤتمر الاسلامى المتعلق بمبادئ المنظمه على حل ما قد ينشأ من منازعات فيما بينها بحلول سلميه كالمفاوضه أو الوساطه أو التوفيق أو التحكيم . ولهذا الغرض أنشأت المنظمه لجنه للمساعى الحميده للعمل على حل المنازعات بين الدول الأعضاء حلا سلميا كما أنها اعتمدت انشاء محكمة عدل اسلاميه دوليه فى مؤتمر القمه الاسلامى الذى عقد فى يناير ١٩٨٧ بالكويت ، وقد قضت المادة ٢٧ من النظام الأساسى لها على أن المحكمه تطبق : ـ

أ ـ الشريعة الاسلاميه هى المصدر الأساسى الذى تستند اليه المحكمه فى أحكامها .

ب ـ تسترشد المحكمه ـ بالقانون الدولى والاتفاقات الدوليه الثنائيه أو متعددة الاطراف أو العرف الدولى المعمول به أو المبادئ العامه

---

(٩٢) راجع المادة ٢٩ من ميثاق منظمة الوحدة الافريقيه ، المرجع السابق

(٩٣) راجع المادة ٣٠ من ميثاق منظمة الوحدة الافريقية المرجع السابق وقارن أيضا وايتمان المرجع السابق ، ص٩٢٦ . ٩٢٧ ، حيث نجد أن تعبير ex aequo et bono يقابل التعبير " بطريقة عادله منصفه " .

للقانون أو الأحكام الصادره عن المحاكم الدوليه . ذاهب كبار فقهاء القانون الدولى فى مختلف الدول (٩٤) .

الفصل الثانى

خصائص التحكيم الدولى مقارنة بالقضاء

---

٥٨ ـ نتناول فى هذا الفصل بعض الخصائص التى يتميز بها التحكيم الدولى ، مقارنا بالقضاء خاصة فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق وسلطة المحكمه فى التشريع والاعتبارات التى يمكن الاعتداد بها فى هذا الشأن ، ذلك أن هذه الأمور كثيرا ما تثير الجدل حولها فيما يتصل بامكانية عرض بعض المنازعات على التحكيم دون البعض الآخر ، فاذا ما اتضحت لنا هذه الأمور أمكننا الانتقال بعد ذلك الى الفصل الثالث الذى تتعرف فيه على دور كل من التحكيم والقضاء فى حل المنازعات سلميا .

وعلى ذلك فاننا نقسم هذا الفصل الى المباحث التاليه : ـ

المبحث الأول : القانون الذى تطبقه محاكم التحكيم ، (والتحكيم طبقا لمبادىء العدل والانصاف) .

المبحث الثانى : سلطة المحكمه فى التشريع .

المبحث الثالث : الاعتبارات التى يمكن الاعتداد بها .

المبحث الأول

القانون الذى تطبقه محاكم التحكيم

(التحكيم طبقا لمبادىء العدل والانصاف)

٥٩ ـ لا شك أن القانون الذى تطبقه محاكم التحكيم ، هو ذلك القانون الذى

---

(٩٤) راجع للمؤلف، التضامن ومنظمة المؤتمر الاسلامى ، تحت الطبع .

تحدده الأطراف المتنازعه فى شارطة التحكيم ، فاذا اتفقت الأطراف على تطبيق قواعد قانونيه معنيه ، فان تلك القواعد وحدها هى التى تطبق ، أما اذا لم يتفق الأطراف على ذلك ، فان التساؤل يكون حول مدى حرية المحكمه فى اختيار القانون الواجب التطبيق ، ان سبب هذا التساؤل هو أن محكمة التحكيم تقوم على أساس اتفاق الاطراف فليست محكمة معده من قبل وبصفه دائمه كما هو الشأن فى محكمة العدل الدوليه والتى لا يثور بشأنها هذا التساؤل نظرا لأن نظامها الأساسى يقرر أن القانون واجب التطبيق هو (٩٥) :

(أ) الاتفاقات الدوليه العامه والخاصه التى تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعه .

(ب) العادات الدوليه المرعيه المعتبره بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

(جـ) مبادئ القانون العامه التى أقرتها الأمم المتمدينه .

(د) أحكام ومذاهب كباره المؤلفين فى القانون العام فى مختلف الأمم .

(هـ) الفصل فى القضيه وفقا لمبادئ العدل والانصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك .

٦٠ ـ ولا يثور الجدل فى امكانية قيام المحكمه بتطبيق أيا من تلك القواعد السابقه ، قدر ما يثور بشأن سلطة محكمة التحكيم فى تطبيق قواعد العدل والانصاف ex aequo et bono فهناك من يقرر أن وظيفة التحكيم تماثل وظيفة القضاء تماما ، ولذا فان التحكيم يجب . أن يتم على أساس المبادئ أو القواعد المعروفه مسبقا للأطراف المتنازعه ويقبلوها كأساس عادل للقرار (٩٦)

---

(٩٥) راجع الماده ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدوليه .

(٩٦) *Hudson, International Tribunals, Chaf. VIII; Law Applicable by international Tribunals.*

وراجع أيضا ، شارلز فينويك ، المرجع السابق ص ٦١٢ .

وعلى ذلك لا يجوز للمحكمه أن تفصل طبقا لقواعد العدل والانصاف الا اذا اتفق الأطراف على ذلك ، بينما نجد معسكرا مخالفا يقرر بامكانية ذلك ، بل من الفقهاء من يقرر أن سلطة الفصل طبقا لقواعد العدل والانصاف هى من طبيعة التحكيم التى لا تنفصل عنه .

ونعرض فيما يلى لمفهوم مبادىء العدل والانصاف ومدى امكان الفصل وفقا لها.

٦١ - مفهوم مبادىء العدل والانصاف ex aequo et bono

يترجم البعض (٩٧) هذا المصطلح اللاتينى (٩٨) على أنه يعنى سلطة التحكيم باعتبار المحكم **حكما طليقا ، أى لا تقيده قيود القانون الوضعى** فيمكن أن يحكم بما يحقق العدل من وجهة نظره ، واذا كان ذلك مخالفا لقواعد القانون الوضعى المنطبقه على النزاع ، أو دون الاعتماد على أية قواعد وضعيه ، سواء لغياب تلك القواعد أو اهمالا لوجودها .

ويترجمه البعض الآخر على أنه يعنى " **شرط القضاء بالانصاف والحسنى** " حيث يقرر أن دور القاضى فى هذه الحاله لا يتمثل فى تطبيق قاعدة وضعيه ،

---

(٩٧) راجع ، د . ابراهيم احمد ابراهيم ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبيه ، المجله المصريه للقانون الدولى ، المجلد ٣٧ ، ١٩٨١ ، ص ٣٠ ، حيث يترجم المصطلح المشار اليه على أنه يعنى أن " تحكم المحكمه باعتبارها حكما طليقا "

(٩٨) يقرر " سوهن " أنها كلمه رومانيه الأصل ، ذكرت بطريقه واضحه فى مدونه جوستنيان ، راجع

Louis B.Sohn, the Function of international Arbitration Today R.D.C. 1963 -1, Tome 108, P. 42.

وانما على العكس هو يستبعد الحكم الوضعى ويقوم بدور تشريعى ، اذ يتصور (٩٩) نفسه مكان الأطراف ويشرع الحكم الواجب التطبيق على الحاله المعروضه أمامه .

ويرى الاستاذ هدسون أن المحكمه تقيم حكمها على اعتبارات مستوحاه من الضمير وروح العداله ، أى أن المحكمه لا تنحصر لزاما عند اصدار الحكم فى نطاق القانون بالمعنى الدقيق ، ويعرف العداله بصفة عامه بأنها مجموعه من المبادئ التى يوحى بها العقل وحكمة التشريع ، لذا فانه يرى أن فكرة العداله فكره مرنه تختلف بحسب الزمان والمكان (١٠٠) .

وفى سنة ١٩٢٢ قررت محكمة التحكيم الامريكيه النرويجيه أنه يمكن للمحكمه أن تحكم طبقا للعدل والانصاف أن تنحى القانون الوضعى وتستبعده ، اذا رأت أنه يخالف مبادئ العدل والانصاف (١٠١) .

وترتيبا على هذا المفهوم **نجد من الفقهاء من يصف التحكيم طبقا لمبادئ العدل والانصاف ، باعتباره اجراءا غير قضائى لأنه يتضمن سلطة التشريع** (١٠٢)

---

(٩٩) راجع أ.د. جعفر عبد السلام ، مبادئ القانون الدولى العام ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ ، ص٢٢٨ .

(١٠٠) أ.د. محمد طلعت الغنيمى ، التسويه القضائيه للخلافات الدوليه مطبعة البرلمان ، ١٩٥٣ الطبعه الأولى ص٢٤١ .

(١٠١) المرجع السابق ، نفس الموضوع ، حيث يشير الى رأى لماخ .

(١٠٢) *H. Lauterpacht, the Derelopment of international law by the international court PP. 155 et Seq. esp. P.213.*

وفى ذات المعنى يقرر سورنسن أن مبادئ العدل والانصاف تفيد الحل المنصف للمنازعه بغض النظر اذا لزم الأمر ، عن القانون القائم

equitable settlement of a dispute in disregard, if necessary, of existing law.

Mx Srensen, Manual of Public international law MacMillan. London , 1968 P. Lvii. Latin Terms.

٦٢ ـ وعلى الجانب الآخر ، نجد أن من **الفقهاء من يرى أن الحكم بالعدل والانصاف يبنى على احترام القانون ولا يمكنه أن يعدل من القانون الوضعى أو يصححه تأسيسا على اعتبارات من العداله** . فهو يرى أن القاضى انما يعالج غموض القانون الوضعى طبقا لروح القانون فنسمى عمله طبقا للانصاف والعداله . وعلى هذا الرأى لا يكون لمدلول الانصاف والعداله معنى يختلف عما تضمنه الفقره الاولى من المادة ٣٨ (١٠٣) .

وفى ذات المعنى يقرر مارينهاك *Merighhac* أنه حتى اذا اتفق الأطراف على أن المحكمه يجب آن تقرر وفقا للقانون الدولى فقد يكون من الضرورى لها أن تجد الحل الأكثر انصافا عندما لا يكون ذلك القانون محتوبا على اجابه المشكله أو حتى كان من الممكن أن توجد تلك الاجابه فى القانون الدولى ، فان **المحكمه يجب أن تهذب بالانصاف التطبيق الجاف لمبادىء القانون الدولى** ففى كل حاله يجب على المحكم أن يعمل بروح النزاهه والعداله والاعتدال ، فهو يجب أن يطبق القانون الدولى مع الإنصاف (١٠٤)

٦٣ ـ وفى نزاع الحدود بين الهند وباكستان فى منطقة (ران اوف كوتش) قررت المحكمه فى ٢٣ فبراير ١٩٦٦ فيما يتعلق بما اذا كانت مزوده بسلطة القضاء وفقا لمبادىء العدل والانصاف أنه كما أوضح الطرفان فان **الانصاف يشكل جزءا من القانون الدولى** وللأطراف حرية الاعتماد على مبادىء الانصاف فى اقامة دعاواهم وأن المحكمه لا تخرج عن نطاق القانون الا اذا منحها الأطراف هذه السلطه بطريقه متبادله بأن تطبق مبادىء العدل والانصاف

---

(١٠٣) أ.د. محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ، ص ٢٤١ .

(١٠٤) لويس سوهن ، المرجع السابق ص ٤٢ .

وحيث أن الأطراف لم يمنحوها هذه السلطة فان المحكمه لا تملكها (١٠٥)

٦٤ ـ ويقرر بعض الفقهاء **وجوب التفرقه بين معنى العدل والانصاف المستخدم فى المحاكم المختلفه** لذا فرق القاضى كيلوج Kellogg في قضية المناطق الحره Free Zones case (١٠٦) بين سلطة المحكمه الدائمه للعدل وسلطة محكمة تحكيم فى الحكم طبقا لمبادئ العدل والانصاف ومن وجهة نظره فان السلطه الممنوحه للمحكمه الأولى لتصدر قرارها بالعدل والانصاف تمكنها بالكاد أن تطبق مبادئ الانصاف والعداله بالمعنى الواسع لهذا المصطلح الأخير ، بينما أعطيت سلطة مشابهة لمحاكم التحكيم تسمح لها مع ذلك بأن تصدر حكمها فى المسائل على أساس من الملاءمه السياسيه أو الاقتصاديه .

ويقرر القاضى لاكس(١٠٧) Lachs **أن الانصاف لعب أدوارا مختلفه فى التحكيم والحلول القضائيه** ففى التحكيم يلعب دورين ، أحدهما باعتباره عنصرا للتسويه المتبادله Matual accommodation والثانى فى حل المنازعات التى لا يمكن أن يطبق عليها المعيار القانونى . أما فى الفصل القضائى ومع اعتبار أن المطلوب هو أن تأخذ المحكمه فى حسابها الى أقصى حد مصادر معينه للقانون وأقل مدى من المنازعات المعروضه ، فان ذلك يحدد مجال انطباق قواعد الانصاف .

٦٥ ـ وهناك من يؤكد **أن كل المحاكم لها سلطة القضاء بالعدل والانصاف** بمعنى أن يكون لها أن تملاء الفراغات فى القانون ، فى حين يرى آخرون أن المحاكم القضائيه مقيدة بتطبيق القانون الوضعى ، وفى سبيل أن

---

(١٠٥) وايتمان المرجع السابق ، ص١٠٢٨ ، منكمان ،المرجع السابق ص٧١

(١٠٦) راجع P.C.I.J. Sevies A.No 24 P. 40

(١٠٧) منكمان المرجع السابق ص١٥ .

تملاء الفراغات يجب أن يكون لها سلطات اضافيه بالقضاء طبقا لمبادئ العدل والانصاف (١٠٨) .

٦٦ ـ ويتضح لنا من العرض السابق ، أن هناك اتجاهات متبيانه فى الفقه والقضاء الدوليين حول الدور الذى تؤديه مبادئ العدل والانصاف ويمكن تصنيفها الى ثلاث وظائف (١٠٩) :ـ

١ ـ تعديل القانون لتطبيقه على وقائع معينه .

٢ ـ تكملة القانون لملك الفراغات فى القانون الوصفى .

٣ ـ تصحيح القانون أو الحلول محله كأساس مستقل للقرار .

٦٧ ـ **وفى رأينا** أن تلك الوظائف المشار اليها ، ما هى فى نهاية الأمر الا مظهرا لسلطة محكمة التحكيم فى أن تضع قاعدة جديدة لحالة معروضة عليها ، هذه القاعدة اما أنها تعد تعديلا لقاعدة موجوده من قبل أو استكمالا لتلك القاعدة أو تهذيبا لها . **فهى مهمة تشريع** بمعنى وضع قاعدة قانونيه لحالة خاصه لها ظروفها وملابساتها ، وتهدف الى تحقيق العدل والانصاف بين الأطراف المتنازعه .

وفى هذا الشأن تقرر منكمان ، أنه لا فارق بين أن تمنح اتفاقات التحكيم سلطة تطبيق قواعد العدل والانصاف أو العدل والانصاف أو ما شابه ذلك من صيغ ، ذلك أن جوهر السلطه هو القدرة على التشريع لحالة خاصه سواء بتعديل الالتزام القانونى القائم أو تكملته أو وضع قانون لحالة خاصه يظهر بالنسبة لها عدم وجود قانون وضعى قابل للتنفيذ .

---

(١٠٨) المرجع السابق ص ١٥ حيث تشير الع رأس

(١٠٩) المرجع السابق ص ١٤/ ١٥ .

المبحث الثانى

سلطة المحكمه فى التشريع

---

٦٨ ـ يجب أن يستقر فى الأذهان أن **العمليه التشريعيه المعهوده الى المحاكم انما تتعلق بحدود القانون لا بمبادئه الرئيسيه** ، فالتشريع القضائى يطور المبادئ العامه المعترف بها على أساس خاص *Ad Hoc* فيما يتعلق بظروف وملابسات الحالة الخاصة ، فى حين أن المشاكل ذات الاهتمام العام والمبادئ العامه هى عاده من عمل الهيئات السياسيه ، حيث يجرى تمثيل الدول المعنيه ، وهى نادرا ما تترك للمحاكم القضائية .

وتفسير ذلك أن حل النزاع قد يثير مسألة تفسير نصوص معاهدة معينة وما اذا كانت تقتضى تفسير ما يدعيه أحد الأطراف ، وفى هذه الحاله يقرر كلسن (١١٠) أن وظيفة التفسير الرسمى ليس تحديد المعنى الحقيقى للقاعدة القانونيه التى قد يكون لها عديد من المعانى المتساوية من وجهة النظر المنطقية ، فتكون وظيفة التفسير فى هذه الحاله هو جعل أحد هذه المعانى ملزما واختيار التفسير كصنع القانون تحدده دوافع سياسيه .

٦٩ ـ واذا كنا قد انتهينا الى أن جوهر السلطه التى يثيرها تطبيق مبادئ العدل والانصاف ، هو القدره على التشريع بالمعنى الذى أوردناه آنفا ، فان حالتى تعديل الالتزامات القائمه وتكمله القانون القائم تخضعان لارادة الأطراف ، ولكن الذى يثير النقاش هو قدرة المحكمه على التشريع أو امتناعها عن اصدار الحكم لعدم وجود نص قانونى *non liquet* (١١١)

---

(١١٠) منكمان ، المرجع السابق ص١٧ ـ ١٨ ـ ٩١ ـ ٩٢ .

(١١١) *Julius Ston non liquet and the fuaction of law in the international community .B.Y.B. 1959. PP. 124 - 161*

أو على أساس عدم كفاية النصوص .

٧٠ - يقرر البعض أن المحاكم يجب ألا تشرع ، واذا سمح لها بذلك (١١٢) فيجب أن يكون فى أضيق الحدود ، ويعتمدون فى ذلك على الأسانيد الاتيه :

١ - ضرورة الفصل بين السلطات تقضى ألا تقوم المحاكم بالتشريع .

٢ - أن هناك عبئا ثقيلا على المحاكم فى الفصل القضائى ، يجب ألا يضاف اليه عبء التشريع .

٣ - عدم مناسبة المحاكم سواء بصفه عامه أم بخصوص تشكيلها لهذه المهمه .

٤ - أن ذلك يتعارض مع رغبة المحاكم فى بعض الأحيان ألا تفصل فى بعض المنازعات .

٧١ - بينما يقرر جانب كبير من الفقه الدولى ، أن المحكمه يجب عليها أن تشرع بمعنى أنه يمتنع عليها أن ترفض الحكم لعدم وجود نص فى القانون non liquet فقد رفض كل من جورج سل ومارينهاك و وايتنبرج ولو تراخت (١١٣) أن يكون للمحكمه رفض اصدار الحكم لعدم وجود نص قانونى ، على أساس أن مشروع الماده ١٢ من القواعد المثالثة للتحكيم التى وصفتها لجنة القانون الدولى تحيل الى المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدوليه ، وهذه تتضمن الاحاله الى المبادئ العامه

---

(١١٢) منكمان ، المرجع السابق ص ١٨

(١١٣) *Georges Scelle , Special Rapporteur Document A/ CN. 4/113 . international law commission P.8 .*

للقانون وهى كافية لسد أى ثغره فى القانون المطبق على النزاع (١١٤) .
وعلى ذلك فالمحاكم لها سلطة ضمنيه فى اصدار قرار حاسم فى كل منازعة معروضه عليها ، بل مطلوب منها أن تفعل ذلك ، وليس لها أن ترفض القضاء اذا اتفق الأطراف على ذلك (١١٥) .

٧٢ - وتشير الممارسة أن وجهة النظر الثانيه هى السائدة ، حيث لا توجد حالات مسجله للامتناع عن اصدار حكم لعدم وجود نص ، ومع ذلك يقرر البعض أنه اذا كانت المحاكم مزوده لسلطة التشريع فانه فى بعض الظروف يجب ألا يطلب منها القيام بذلك ، واذا طلب منها فيجب أن ترفض التشريع (١١٦)

٧٣ - **ونحن من جانبنا نؤيد** أن يكون للمحكمة وجهة نظرها فى القضيه فهى أقدر من غيرها فى تحديد ما اذا كانت قادرة على الفصل فى القضيه وفق القانون القائم أم لا

ويعبر عن هذا الرأى جوليوس ستون عندما يقرر أن " non liquet " يجب ألا يكون مرفوضا بطريقه شامله ولا مطلوبا بطريقه شامله ، ويجب أن يكون مقبولا أن المحكمه هى فى الموضع الأفضل لتحدد متى تمتنع عن اصدار حكم ملزم (١١٧) .

---

(١١٤) جوليوس ستون ، المرجع السابق ، ص١٥٨ حيث يشير الى سير هيرش لوترباخت يعتقد أن هذه القاعده أصبحت قاعدة وصفيه اقامتها الممارسه التحكيميه والقضائيه المنضطرده وكذلك المادة ٣٨/١/حـ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدوليه .

(١١٥) منكمان المرجع السابق ،ص١١١-١١٣ ووايتمان ص١٠٣١ حيث يشير الاخير الى أن معهد القانون الدولى قد تصدر فكرة الامتناع عن اصدار حكم فى ١٨٧٥ عن وضع القواعد فى المواد ١٩، ١٢

(١١٦) جوليوس ستون ، المرجع السابق ص١٦٠ .

(١١٧) المرجع السابق ، نفس الموضوع

المبحث الثالث
الاعتبارات التى يمكن الاعتداد بها

اذا انتهينا الى أن المحاكم الدوليه تتمتع بسلطة تشريعيه ، فما هى المعايير والاعتبارات التى تسترشد بهد فى عملها ، وهل يمكن الاعتداد باعتبارات دون أخرى ؟

٧٤ ـ يتجه بعض الفقهاء الى القول بأن هناك اعتبارات قانونيه وأخرى سياسيه أو ملاءمه expediency ، حيث أن الأولى فقط هى التى يمكن الاعتداد بها أمام الهيئات القضائيه بينما الأخيره تهتم بها الهيئات السياسيه أو الدبلوماسيه ولا تكون موضعا لاعتبار الهيئات القضائيه الا اذا اتفق الأطراف على ذلك (١١٨) .

٧٥ ـ بينما يتجه جانب آخر من الفقه نؤيده ، الى القول بأنه لا يجب التفرقه بين الاعتبارات التى تعتد بها المحاكم القضائيه وتلك التى تعتد بها الهيئات السياسيه ، ذلك أن المحكمه مطالبه بأن تصل الى حل النزاع ، كما يجب على كل محكمة أن تأخذ فى اعتبارها كل الحقائق المقدمه من الأطراف ، حيث لا توجد قواعد مانعه فى الاثبات أمام القضاء الدولى يمكن بناء عليها استبعاد الأدله المقدمه (١١٩) .

٧٦ ـ ولا تقدم لنا الممارسه الدوليه خطا عمليا فاصلا بين ما يوصف بأنه معيار سياسى أساسا أكثر منه قانونى ، بطريقه ضمنيه غير مناسب للتطبيق

(١١٨ منكمان ، المرجع السابق ص ١٢

(١١٩) المرجع السابق ص ١٣ .

بمعرفة المحاكم القضائية وقد قررت محكمة العدل الدوليه (١٢٠) ، فى حكم حديث لها (١٩٨٢) أنها ملزمه بتطبيق مبادئ منصفه كجزء من القانون الدولى وأن توازن الاعتبارات المختلفه التى تعتبرها متصله بالموضوع بغرض الوصول الى نتيجه منصفه، وأنه لا توجد قاعدة حادة للوزن الدقيق لكل عنصر فى القضيه (١٢١)

٧٧ - ومع ذلك نرى أنه من المفيد أن نستعرض بعض الاعتبارات التى جرى الاعتداد بها فى بعض أنواع المنازعات ليتبين لنا شمول الاعتداد بكافة الاعتبارات التى جرى عرضها .

فاذا ما تناولنا تفسير المعاهدات بصفه عامه ، باعتبار أن هذا الموضوع هو اكثر ما يثار الخلاف بشأنه أمام القضاء والتحكيم الدولى ، فاننا نجد الاتى :-

٧٨ - **ينقسم الفقه فى شأن المعاهدات الى اتجاهين : أحدهما** هو الاتجاه الارادى الذى يأخذ فى تفسير المعاهدات بطريقة التفسير الشخصى للمعاهدات باستخلاص ارادة الأطراف كما عبر عنها فى المعاهدة وكما يمكن استخلاصها من الأعمال التحضيريه ، والسلوك اللاحق للأطراف و القياس (١٢٢)

---

(١٢٠) *D.W. Bowett Contemporary Development in legal Techniques in the Settlement of Disputes . R.D.C. 1983, 11, Tome 180, P. 197 .*

(١٢١) *I.C.J. Reports 1982 .P. 60 Para 71 .*

(١٢٢) أ٠ د٠ جعفر عبد السلام ، مبادئ القانون الدولى العام ، مرجع سابق ، ص١٤٤ - ١٥٣ .

أما الاتجاه الآخر فى الفقه ، وهو المدارس الموضوعيه ، فهى تأخذ بطريقة التفسير النصى فى معظم المعاهدات ، فيما عدا المعاهدات المنشئه لمنظمات دوليه ، فهى تأخذ بالنسبه لها بالتفسير الوظيفى ، وان كان التفسير النصى يقتضى الاعتماد على نص المعاهدة ومعرفة مفردات اللغه وتفسيرها فى سياق العمل القانونى ، ويقتضى التفسير الوظيفى النظر الى الغرض والهدف منها .

٧٩ - وقد أوضح مشروع تقنين هارفارد أن تفسير المعاهدة يكون فى ضوء الغرض العام منها والخلفية التاريخيه والأعمال التحضيرية وظروف الأطراف وقت انضمامهم اليها والتغيرات فى الظروف التى يعتقد أنها أثرت عليهم ، والاحوال القائمه وقت التفسير والسلوك اللاحق للأطراف فى تنفيذ نصوص الاتفاقيه وكذلك الغرض العام الذى كانت تقصد الاتفاقيه تحقيقه ، وتفسر منكمان ذلك ، بانه يعنى ببساطه أن المعاهدة يجب أن تفسر فى ضوء كل الأدله المتصله بالفتره قبل وأثناء وبعد عقدها والتى قد يعرضها الاطراف (١٢٣) .

٨٠ - وقد قررت اتفاقيه فيينا لقانون المعاهدات (١٢٤) ، أن القاعدة العامه فى تفسير المعاهدة هى تفسيرها بحسن نيه طبقا للمعنى العادى لألفاظ المعاهدة فى الاطار الخاص بها ، فى ضوء موضوعها والغرض منها (م٣١/أ) كما حددت الفقره الثانيه من المادة نفسها المقصود بالاطار الخاص بالمعاهدة بأنه نصوص المعاهدة وديباجتها ، أيضا :-

١ - أى اتفاق يتعلق بالمعاهدة يكون قد عقد بين الأطراف جميعا بمناسبة ابرام المعاهدة .

٢ - أى وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر بمناسبة عقد المعاهدة وقبلتها الدول الأخرى كوثيقه لها صله بالمعاهدة .

---

(١٢٣) منكمان ، المرجع السابق ص ٩٢

(١٢٤) أ.د. جعفر عبد السلام ، المرجع السابق ص ١٥٢ - ١٥٣ .

كما أعتبرت السلوك اللاحق للأطراف سواء فى تطبيق المعاهدة أو تفسير نصوصها ، أما الفقره (٣ حـ) فقد أوجبت على الأطراف أن يراعو قواعد القانون الدولى التى لها صله بالموضوع .

وأرى أن اتفاقية فيينا قد أخذت بالتفسير النصى والوظيفى معا ، حيث يكون تفسير المعاهدة طبقا للمعنى العادى لالفاظها فى الاطار الخاص بها ، فى ضوء موضوعها والغرض منها (١٢٥) .

٨١ ـ **ومن الناحية العمليه** (١٢٦) . نلاحظ أن المحاكم الدوليه تعول على عديد من الاعتبارات **التى يقدمها الأطراف أمامها** أو يتفقون على الأخذ بها فى مشارطات التحكيم أو المعاهدات ، وان هذه الاعتبارات تختلف موضوعيا باختلاف نوع المنازعه ، وفى قضايا الحدود والمنازعات الاقليميه تختلف تلك الاعتبارات باختلاف موضوع النزاع فى ذلك النطاق ، كما أن المعايير المتعلقه

---

(١٢٥) قارن مع ذلك أ.د . جعفر عبد السلام ، المرجع السابق ، ص١٥٢ ـ ١٥٣ ، حيث يقرر أن الاتفاقيه قد انحازت الى طريقة التفسير النصى .. ولقد تأثر واضعو الاتفاقيه بالتفسير الوظيفى فى حدود ضيقه ..

(١٢٦) فى بحث قيم استعرضت منكمان ، عددا من القرارات الصادره فى منازعات الحدود فى الفتره التاليه لسنة ١٩٣٨ ، حيث تقرر أن هناك ٦٧ حالة تحكيم تتعلق بمنازعات الحدود فى تلك الفتره ، وأكبر عدد منها يتعلق بتفسير معاهدات ، هى عادة معاهدات حدود ، ويطلب فى التقليل منها تفسير قرارات سابقه ، ويرجع قليل منها الى مبادئ القانون الدولى ويصنع عدد آخر معيارا محددا لتطبيقه ، وقد خلصت من دراستها الى النتائج الموضحه بالمتن

راجع منكمان ، المرجع السابق ص ٢١ .

بالصلات الاداريه والجغرافيه والاجتماعيه والاقتصاديه والتى تستخدم عاده بمعرفة الهيئات السياسيه لحل المنازعات الاقليميه ، فهى تستخدم لتأييد دعاوى الأطراف فى الحلول القضائيه والتحكيم ، وهى فى الحقيقه وببساطه أنواع الاعتبارات التى يبنى عليها أى قرار لغرض السياده على الاقاليم .

٨٢ ـ هل يمكن الاعتداد باعتبارات لم يصرح بها الأطراف ؟

اذا كانت المحاكم من سلطتها الاعتماد على عديد من الاعتبارات والتى يصرح بها الأطراف فى مشارطة التحكيم أو أى اتفاق آخر أو خلال مداولتهم أمام المحكمة ، فهل يمكن للمحكمه أن تستخدم معيارا لم يؤذن لها صراحة فى دستورها باستخدامه ، أو يتفرع قياسا أو استدلالا من أى قواعد خاصه موضوعه فى مشارطة التحكيم ، أو من الحجج المقدمه من الأطراف .

قد يدعى أحد الأطراف أو كلاهما أن المحكمه قد تجاوزت سلطتها لأنها بنت قرارها على اعتبارات لم تصرح بها مشارطة التحكيم أولا يلتفت اليها فى القانون الدولى .

٨٣ ـ وتدل الممارسة الدوليه القضائيه أن المحاكم تعتبر نفسها مؤهله بل مطلوب منها أن تصدر قرارا حاسما فى المنازعه المعروضه عليها ، ولذا فانها قد تستخدم لهذا الغرض معيارا لم يؤذن لها صراحة فى دستورها باستخدامه أو يتفرع قياسا أو استدلا من أى قواعد خاصه موضوعه فى مشارطه التحكيم أو من الحجج المقدمه من الأطراف ، وتبدو المحاكم مقيده لنفسها بهذه الاعتبارات .

ولا تتجاوز القرارات الصادرة عن المحاكم طلبات الأطراف وغالبا ما تقع قاصرة عن الوفاء بتلك الدعاوى ، اعمالا لمبدأ عدم تجاوز طلبات الأطراف

Non ultra petita " (١٢٧) مع اتجاه متزايد نحو الحل الوسط .

٨٤ - واذا كانت هذه الممارسه الدوليه لا تعبر تماما عن عرف دولى ، الا أنه يمكن صياغة قاعدة فى هذا الشأن على النحو التالى (١٢٨) : -

(أ) أن المحاكم الدوليه لها سلطة ضمنيه فى اصدار قرار نهائى فى أى منازعه تعرض عليها وعلاوه على ذلك فهى مطلوب منها أن تفعل ذلك ، وليست مؤهله فى رفض الفصل القضائى اذا كان الأطراف متفقون على ذلك .

(ب) فى تلك الحاله ، فان المحاكم يجب أن تطبق ذلك المعيار كما جرى التعبير عنه صراحة أو ضمنا فى أى قواعد خاصه موضوعه فى المشارطه ، واذا فشلت فى تطبيق ذلك المعيار المتفق عليه من الأطراف ، فانها يجب أن تطبق ذلك المعيار كما قدم لها فى حجج الأطراف ، لذا فالمحاكم لها حرية التصرف فى أن تختار مما قدمه الأطراف المعيار الذى تدفع به قراراتها .

(جـ) أن المحاكم ليست مؤهله بأن تحكم باكثر مما طلب به الأطراف .

٨٥ - ويجب أن يكون واضحا أنه قد تثور مشكلة حول تفسير القواعد الموضوعه أو الأخذ باعتبارات تبدو متطرفه يثيرها أحد الأطراف ، ولا يوجد خط فاصل لوضع حدود بين الاعتبارات المعقوله والمتطرفه ، ويترك ذلك مجالا كبيرا لحرية الاختيار أمام المحكمه .

ويمكن القول بأن الأطراف لا يمكنهم الادعاء بأن القرار بنى على اعتبارت غير مصرح بها فى الحالات الآتيه : -

---

(١٢٧) منكمان ، المرجع السابق ص ١١٠ - ١١١

(١٢٨) المرجع السابق ، ص ١١١ - ١١٢ .

(أ) اذا كانت الاعتبارات المطبقه عبر عنها صراحة أو ضمنا فى اتفاق التحكيم ٠

(ب) اذا كان الأطراف قد استشهدوا بها خلال الاجراءات أو صرح بأن تكون فى نطاق سلطة المحكمه ٠

(جـ) اذا كان القرار قد قبل فيما بعد صراحة أو ضمنا ، بأن لم يتم رفضه خلال مدة معقوله ٠

٨٦ ـ واذا كان مستساغا القول بأن المحكمة قد تعتد باعتبارات لم يذكرها الأطراف صراحة فى مشارطة التحكيم أو الاتفاق المؤسس للمحكمه مادامت هذه الاعتبارات قد وردت صراحة أو ضمنا فى حجج الأطراف ومداولاتهم ، فانه من غير المستساغ أن تبنى المحكمه قرارها على حجج لم يقدمها أى من الأطراف ولم يأخذ الأطراف الفرصه فى التعبير عن وجهة نظرهم فيها ، ـ مثال ذلك الحكم مهما كانت أسبابه ، يترك الأطراف ولديهم شعورا بأنه لم تتح بهم فرصة سماعهم فى كل المسائل التى انتجت الحكم (١٢٩) ٠

---

(١٢٩) فى النزاع بين قضية حديثه ، كان المحكم الوحيد وهو القاضى لاجرجرين قد أجرى فحصا مستقلا لبعض المسائل القانونيه التى تبدو متصله بالنزاع ، وقد طلب المدعى اعادة نظر القضيه على أساس أن المحكم قد خرج على مستويات العداله فى بناء قراره على حجج ووقائع ناتجه عن بحثه المستقل ولم يطرحها المدعى أمامه خلال المداولات ، وقد أحجم القاضى لاجرجرين عن اعادة النظر فى القضيه ، مع ملاحظة أن قراره الأصلى عاقه عدم ظهور المدعى عليه أمام المحكمه ٠

B P V.Lipya (1972 and 1974) 53 ILR, 297.

الفصل الثالـــث

دور التحكيم والقضاء فى الحل السلمى للمنازعات

---

٨٧ ــ بعد أن علمنا أن التحكيم الدولى والقضاء قد يطبق مبادئ العدل والانصاف ، بمعنى أنه يملك سلطة التشريع فى بعض الحالات ، وله فى هـذا الشأن أن يعتد بالمعايير التى يعرضها الأطراف صراحة أم ضمنا فى ادعاءاتهم أو مداولاتهم أمام المحكمة واذا اعتد بمعيار لم يقدمه الأطراف فيجب سـماع وجهة نظرهم فيه .

فانه يبقى أن نعالج طبيعة القرار الصادر ومدى صلته بالمصالحه أو الحـل الوسط (Compromise) والتفرقه التى تجرى بين المنازعات القانونيه وغيرها ثم نعالج اخيرا أسباب عزوف الدول عن اللجوء للقضاء الدولى كى يتضح لنا دور التحكيم والقضاء فى الحل السلمى للمنازعات الدوليه ، ونعالـج ذلك فى المباحث الآتيه : ــ

المبحث الأول

طبيعة القـرار

(التحكيم والقضاء والحلول الوسط)

٨٨ ــ لعل الشائع أن الحلول الوسط من سمات الحلول الدبلوماسيـه لا القضائيه الا **أن الحل الوسط أمر ممكن فى الفصل القضائى كما هو ممكـن فى الحل السياسى** أو الدبلوماسى ان القرار الذى يتبنى نتيجة تقع فى منتصف الطريق بين الدعاوى المقدمه بمعرفة الأطراف ، ليس بالضرورة نتيجة لتسوية غير قضائيه . وكما هو الأمر بالنسبه للأفراد فانه ليس غريبا أن توضع دعاوى الـدول ودفوعها فى صيغ صارمه ، ووظيفة العمليه القضائيه هى ايجاد التوازن الدقيـق

بين تلك الحجج والدعاوى (١٣٠) وكما يقرر باوت (١٣١) ، فانه نادرا ما تكون هناك اجابه صريحه واضحه تقرر أن أحد الطرفين فى وضع صحيح مئه بالمئه بينما الآخر مخطىء مئه بالمئه ، لذا فالنتيجه التى تقدم بعض الاقتناع لكل طرف ليست مدهشه الى هذا الحد .

٨٩ ـ وهناك عامل آخر يجب الاعتداد به هو أن المحكمه دائما لها مصلحه فى اصدار حكم له فرصته كبيره فى القبول لدى الأطراف وامكانية التنفيذ ، ويقال أنه فى الممارسه تكون الدول متقبله للحل الوسط الذى تتضمنه العمليه القضائيه ، أما ما تكون الدول أقل استعدادا لقبوله ، فهو العمليه التى تأتى منفصله عن الحجج المثاره أمام المحكمه أو التى تبدو انكارا لفرصتها فى الاستماع لوجهة نظرها فى المسائل التى تشكل أساس الحكم النهائى لها (١٣٢) .

٩٠ ـ وليس من طبيعة الوظيفة القضائية أن تضعف الفوارق بين الدعاوى المتعارضه حيث لا تكون المحكمه بذلك قد الغت فقط واجب استقلالية الحكم بل تكون أيضا قد شجعت الأطراف على طرح دعاوى مغالى فيها كى تستخلص من المحكمه حلا وسطا مقبولا .

الا أن الأمر ليس سهلا فى كل الأحوال ، نادرا ما تكون المحكمه قادره على استخلاص صيغ محددة من قواعد القانون الواجبه التطبيق ، فمعظم القواعد تتضمن بالضرورة قدرا من التقدير القضائى ، **وفى تطبيق القانون على الوقائع**

---

(١٣٠) منكمان ، المرجر السابق ، ص٣ ، وايتمان المرجع السابق ص١٠٣٤ ـ ١٠٣٥ .

(١٣١) باوت ، المرجع السابق ص ٢٠٠ .

(١٣٢) باوت ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠ ـ ٢٠١ .

تكون مساحة التقدير واسعه ، فهل نسمى هذا التقدير حلا وسطا ؟

قد تكون الاجابة بنعم اذا ما تم ذلك التقرير دون الاعتماد على مبدأ أو منطق ولكن اذا مورست عملية التقدير استنادا الى مبدأ ومنطق وبطريقة مقنعة فيمكن اذا أن يتم قبولها على أساس أنها جزء من الوظيفة القضائيه ، ويجب ألا تعتبر مجرد حل وسط .

وكما يقرر هيدجس (١٣٣) ، **فهناك عنصر دقيق من الحل الوسط لا مناص منه فى كل صيغة من الاجراءات القضائيه** ، وهو أمر مألوف حتى فى محاكمنا المدنيه

٩١ـ وقد قام كل من لابراديل *La Pradelle* وبولتس *Politis* باستعراض شامل للقرارات الصادره عن التحكيم فى النصف الأول من القرن التاسع عشر ، يظهر أنه خلال تلك الفتره ، كان التحكيم بصفه عامه ذو صيغه دبلوماسيه وغالبا ما كانت القرارات تبنى على أساس المصالح الوطنيه أكثر منها توازن حقيقى بين الادعاءات والحجج (١٣٤) .

٩٢ ـ وفى ذات المعنى السابق ، تقرر منكمان (١٣٥) أن قرارات الفصل القضائى الدولى ومن الأمثله المبكره جدا حتى احدث القضايا وبطريقه ظاهره على الأقل تحمل علامات الحل الوسط ، وفى مواجهة تلك القرارات فقد انقسم الكتاب الى ثلاثة اتجاهات مختلفه .

---

(١٣٣) *HEDGES, The Juridical Basis of Arbitration, B.Y.B. 1926, P. 113.*

(١٣٤) هيجز ، المرجع السابق ص ١١٣ .

(١٣٥) منكمان ، المرجع السابق ، ص ٢ .

الاتجاه الأول : يقرر أن الحل الوسط يخرج عن طبيعة الوظيفة القضائيه ويميز فقط الاجراءات الدبلوماسيه لحل المنازعات ، مثل التوفيق والوساطه لذلك فهذا الاتجاه يميل الى قياس تطور الحلول القضائيه بالبعد عن الحل الوسط والنظر الى قضاء المحاكم الدائمه بأنه تفوق فى هذا المجال .

الاتجاه الثانى : يوافق على أن الحل الوسط يجب ألا يكون جزءا من الحل القضائى الصارم للمنازعات ، فى حين أنه يميز قرارات التحكيم ، فهذا الاتجاه الفقهى ينظر الى التحكيم باعتباره منتصف الطريق بين الوساطه والحلول القضائيه التى تتم بواسطة محكمة دائمه ، وهو فى ذلك يقدم قرارا وساطيا أو توفيقيا ولكنه ملزم (١٣٦) .

الاتجاه الثالث : يؤكد أن الحل الوسط فى بعض معناه عنصر عادى أساسى للوظيفة القضائية ، سواء مارسها قاضى أم محكم ، وهم يضعون هذا العنصر فى مصطلحات متباينه ، وعلى سبيل المثال ، التحديد ، توازن الاعتبارات المتعارضه ، ايجاد التوازن الدقيق بين الدعاوى المتعارضه أو باعتباره تطبيقا للانصاف لتعديل القواعد الوضعيه أو تكملتها .

---

(١٣٦) وقريب من ذلك من يقرر أن التحكيم يتم على أساس من احترام القانون وفى ذلك لا يختلف عما هو قائم فى محكمة العدل الدوليه ، وأكثر ما يستطيع المرء أن يقرره هو أن الجو العام الذى يتم فيه التحكيم يكون أكثر مناسبه لفكرة القرار الوساطى من الجو القضائى فى المحكمه .
راجع وايتمان ، المرجع السابق ص١٠٣٤ ـ ١٠٣٥ .

٩٣ - ولا شك لدينا في أن الرأى الثالث هو الراجح ، وذلك أن كافة الحلول القضائية أو الدبلوماسيه تتضمن قدرا من الحل الوسط أو عنصر التقدير المتروك للمحكمه والذى لا مناص منه فى كل عملية قضائيه ، ولكن المهم ، وكما يقرر باوت (١٣٧) هو أن لا يقوم هذا التقرير عليه مبدأ ومنطق وبطريقه مقنعه وألا يتم من خلال معالجة انتقائيه للنتيجة غير متصله بالعوامل المطروحه دون أى تقديرات موضوعيه .

واذا كان الحل الوسط أمرا عاديا فى كل الحلول القضائيه أو الدبلوماسيه ، فان نطاق سلطة التقدير يتسع فى حالة تطبيق مبادئ العدل والانصاف والابتعاد عن قواعد القانون المطبقه على النزاع .

---

(١٣٧) يقرر باوت ، يجب ألا يكون الاعتقاد بأن الحل الوسط من خلال القانون مقصور على محكمة العدل الدوليه أو حتى محكمة تحكيم حيث يبدو ذلك صحيحا لمحكمة عدل المجتمعات الاوربيه ، وأيضا راجع ، باوت المرجع السابق ص ٢٠٠ .

المبحث الثانـــى

(التفرقه بين المنازعات القانونيه وغيرها)

٩٤ ــ تجرى التفرقه أحيانا بين المنازعات الدوليه القانونيه وغيرها على أساس أن الأولى هى التى يمكن عرضها على الفصل القضائى أو التحكيم أما غيرها من المنازعات التى تؤثر على المصالح الحيويه أو الاستقلال وشرف الدولتين المتعاقدتين ، وأى منازعه سياسيه لا يمكن حلها بقرار مبنى بصفه خالصه على المبادئ القانونيه ، فتلك المنازعات الأخيره يجب أن تحل بالطرق الدبلوماسيه (١٣٨) .

ولا تجرى هذه التفرقه فقط بين فقهاء القانون الدولى ، ولكن العمل الدولى يسير على الاعتراف بها وتكريسها فى معاهدات دوليه عديده وفى مشارطات التحكيم ، بل أن المادة ٣٨ من اتفاقية لاهاى سنة ١٩٠٧ للحل السلمى للمنازعات الدوليه ، تقرر فى فقرتها الأولى " أنه فى المسائل ذات الطبيعه القانونيه .. " كما تشير المادة ٣٦ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدوليه مسألة التفرقه بين المسائل التى تخضع للحل القضائى وتلك التى تناسب التحكيم ، كما أن المرسوم العام للحل السلمى للمنازعات الذى اعتمدته جمعية عصبة الأمم فى ٢٦ سبتمبر ١٩٢٨ يقوم على هذه التفرقه .

---

(١٣٨) راجع فى هذه التفرقه B.S. MURTY فى مؤلف سورنسن ، السابق الاشارة اليه ص ٧٧٧ ــ ٧٧٨ ، لويس سوهن ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

٩٥ - ويستند انصار هذه التفرقه الى أن طبيعة العلاقات الدوليه توجد أنواعا من المنازعات لا يصح أن يكون موضوع تسويه قضائيه . ويفسر أستاذنا الدكتور محمد طلعت الغنيمى ذلك بقوله ، لعل أصحاب هذه المذاهب يقصدون بها التوفيق بين المطالب غير المتفق عليها للسياده ومطالب الرأى العام ، ويقسم أهم هذه المذاهب الى مجموعتين ، المجموعه الاولى هى التى تخرج المنازعات ذات الأهميه من نطاق القضاء الدولى ، والمجموعه الثانيه تقول بأن مالا توجد قاعدة صريحه بخصوصه لا يكون من اختصاص هذا القضاء (١٣٩) .

ويفسر هيدجز (١٤٠) التحفظ الذى يرد فى معاهدات التحكيم باستبعاد الامور التى تعد من المصالح الحيويه ، بأنه يعنى وجوب أن يكون هناك أكثر من مجرد مشكله قانونيه حتى يمكن أن توصف باعتبارها قابله للحل ، فيجب أن يكون هناك بالاضافه الى ذلك رغبه من جانب الدول فى تطبيق طريقة التحكيم كطريقة مناسبه لعلاجها ، أى أن هناك عنصر نفسى لا يجب اهماله ، وأرى أن ذلك العنصر النفسى ما هو الا اعتبارات السياده والرأى العام سواء فى داخل الدوله أم خارجها .

٩٦ - ونلاحظ أن التحفظات المذكوره تصاغ فى مصطلحات من الاتساع والغموض بحيث تترك الدول بكامل حريتها فى تقدير ما اذا كانت المنازعه تعرض على التحكيم أو القضاء أم لا ، فما هو المقصود بالمنازعات الحيويه أو الهامه ؟ .

---

(١٣٩) أ.د . محمد طلعت الغنيمى ، الأحكام العامه فى قانون الأمم ، مرجع سابق ص ٧٥٠ وما بعدها .

(١٤٠) هيدجز ، المرجع السابق ص ١١٩ - ١٢٠ .

ذلك أمر نسبى ، فقد تعتبر المسأله هامه أو حيويه ، من وجهة نظر الدولـه لا لذات المسأله ولكن للظروف المحيطه بها " أو لمطالب الرأى العـــام " وكذلك الأمر بالنسبة للمنازعات التى تؤثر على مصالح الدوله الحيويـــه أو المنازعات السياسيه ، فلا شك أن كل منازعه تتضمن عنصرا سياسيا كما أن كل منازعه سياسيه تتضمن عنصرا قانونيا .

٩٧ ـ لـذا ، فقد أتبعت الدول اسلوبا آخر فى تحديد المنازعات التـى تعرض على التحكيم الدولى ، هى أن تضع قائمه تلك المسائل أو ما يستبعد منها (١٤١) وقد ورد هذا التعداد فى المادة ١٣ من عهد عصبة الأمم والمادة ٣٦ مـن

---

(١٤١) ففى خلال مؤتمر لاهاى سنة ١٩٠٧ اقترحت عديد من الدول قوائم مختلفه للمسائل التى ترغب فى أن تعرضها على التحكيم دون تحفظ ، وعلـى سبيل المثال اقترح الوفد الانجليزى القائمه التاليه : ـ

(أ) تفسير وتطبيق نصوص المعاهدات المتعلقه بالمسائل الآتيه : ـ

١ ـ التعريفات الجمركيه ٢ ـ قياس السفن ٣ ـ أجور وممتلكات رجـال البحر الموقوفين . ٤ ـ مساواة الوطنيين والاجانب فى تحمل الضرائب

٥ ـ حق الاجانب فى حيازة وتملك الممتلكات . ٦ ـ الحماية الدولية للعمال .

٧ ـ وسائل منع المصادمات فى البحر . ٨ ـ حماية الأعمال الأدبيه الفنيه .

٩ ـ الملكيه الصناعيه . ١٠ ـ تنظيم الشركات التجاريه والصناعيـــه .

١١ ـ تنظيم شركات التأمين . ١٢ ـ التعليمات الصحيـه .

١٦ ـ القضاء الدولى الخاص . ١٧ ـ الاجراءات المدنية والتجاريه .

١٨ ـ الضرائب على السفن . ١٩ ـ حق الاجانب فى ممارسة التجاره والصناعه

يلفت نظرنا فى هذه القائمه ما ورد فى الفقره ٢ منها " المنازعات المتعلقـــه

= / = = / =

النظام الأساسى لمحكمة العدل الدائمه ، تكرر فى مجموعة من المعاهـــدات الثنائيه (١٤٢) . ومن أصحاب نظرية التعداد Morizault Hubart الذى يحصر التسوية القضائيه فى فحص الوقائع وتسوية المنازعات القضائيـــه وهى طلبات المفاوضه ، المنازعات الاقليميه وشرح وتفسير وتطبيق المعاهـدات (١٤٣)

٩٨ ـ الا أنه من الملاحظ أن الدول لا تسير على وتيره واحدة فى هـذا الشأن ، فما تعده بعض الدول داخلا فى التحكيم فى وقت ما لا يعد كـذلك فى وقت آخر أو لدى مجموعه أخرى من الدول ، وهناك أمثله عديده لحـالات لجأت فيها الدول الى التسويه القضائيه فى منازعات سياسيه أو فيها ما يؤثـر على مصالحها الحيويه (١٤٤) أو الاحجام عن عرض منازعات ذات صفـــه قانونيه خالصه تصلح للحل بتطبيق قواعد القانون الدولى (١٤٥) كمـا أن

= / = بتحديد الحدود متى كانت تلك الحدود لا تتصل بالاجزاء المسكونه من الاقليم أو تلك ذات الأهميه الخاصه من وجهة النظر الاقتصاديـــه أو الاستراتيجيه .

راجع لويس سوهن ، المرجع السابق ص ٢٨ .

(١٤٢) راجع ، منكمان ، المرجع السابق ص ٩

(١٤٣) أ.د . محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ص ٧٥٢ ـ ٧٥٣

(١٤٤) المرجع السابق ص ٧٥٦

(١٤٥) المرجع السابق ص ٧٥٦ بالحاشيه .

ممارسات الدول قد تغيرت فى هذا الشأن (١٤٦) .

٩٩ - ويدعونا ما سبق الى تقرير أنه ليست هناك منازعات بطبيعتها غير مناسبه للتحكيم ، أو القضاء ، فكل المنازعات يمكن عرضها على التحكيم ، وقد أخذت لجنة القانون الدولى بوجهة النظر هذه ، حيث أن كل المنازعات دون استثناء ، بما فى ذلك المنازعات السياسية ، وحتى تلك المتعلقه بالاختصاص الخالص للدول ، يمكن أن تعرض على التحكيم اذا وافق الأطراف (١٤٧) ولا حاجه للمحكمه عند ئذ أن تتحرى ما اذا كانت المنازعه قابله للحل أم لا (١٤٨) ، فالعامل الحاسم هو مدى رغبة الدول فى عرض منازعاتها على وسيله أو أخرى من وسائل الحل السلمى للمنازعات ولا يمكن فى طبيعة المنازعه أو مناسبتها .

ولكن يبقى التساؤل ، لماذا تحجم الدول عن عرض منازعتها على القضاء الدولى رغم ذلك ؟

وهذا ما نعالجه فى المبحث التالى .

---

(١٤٦) يقرر لويس سوهن أن ما كان يعتبر مبادئ هاديه قبل ١٩١٤ وبطريقة أقل فى العشرينات قد تغير الآن كثيرا ، لويس سوهن المرجع السابق ص ٢٤ - ٢٥ .

(١٤٧) *Year Book of international law commission Vol II, P. 4.*

(١٤٨) لويس سوهن ، المرجع السابق ، نفس الموضع ، منكمان ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

المبحث الثالث

(أسباب عزوف الدول عن اللجوء للقضاء الدولى)

---

١٠٠ ـ لماذا تبدد الدول عازفة عن اللجوء الى التحكيم والقضاء الدولى ؟ يشير الفقهاء الى عدد من الأسباب التى تكمن وراء احجام الدول عن عرض منازعاتها على التحكيم والقضاء الدوليين نلخصها فيما يلى (١٤٩) :ـ

ـ قد يقال أن هناك وسيله أخرى أكثر مناسبه ، وذلك عامل هام يجب أن يؤخذ فى الاعتبار ، حيث يجب مراعاة استنفاذ طرق الطعن الداخليه المتاحه فى الانظمه القانونيه الداخليه .

ـ وقد يقال أن الاعلان عن الوقائع قد يضر حالا أو مستقبلا بالوسائل السياسيه للحل وهذا أيضا عامل هام يجب أخذه فى الاعتبار ، اذ يجب أن تستنفذ الطرق الدبلوماسيه فى البدايه وفى مقدمتها المفاوضات أو الوساطه اذ أن اللجوء الى القضاء الدولى مازال يشكل حساسيه معينه للدول كما هو الشأن بالنسبه لأفراد المجتمع الداخلى .

ـ وقد يقال أنه لا أمل فى علاج شافى أو جدوى من الحل الذى يمكن الوصول اليه عن هذا الطريق ، ويعبر ذلك عن عدم الثقة فى القانون الدولى بصفه عامه ، أو فى بعض قواعد خاصه تنطبق على النزاع .

---

(١٤٩) ، باوت ، المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها ، وراجع أيضا ، منكمان المرجع السابق ص ١٠ أ٠د ٠ محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ص ٧٥٥ ، هيدجز ، المرجع السابق ص ١١٩ ـ ١٢٠ ، وأيضا

Dr. Ian Brownlie . The Justiciablity of disputes and issues in international relation . B.Y.B. 1967. PP. 123 - 143.

ـ وقد يقال أن كلامن ممارسة الاختصاص أو تنفيذ القرار سيكون تجاوزا لحدود القانون المتعلق بالأمر ، ويعنى ذلك فى بعض الأحيان أن الأطراف يعتقدون فى نقص قواعد القانون الدولى ، وقد ناقشنا ذلك فيما سبق وانتهينا الى نفى ذلك النقص المزعوم (١٥٠) .

ـ وقد يقال أن المسألة محل النزاع يمكن حلها فقط بالطرق السياسيه ، وقد ناقشنا فيما سبق التفرقه بين المسائل القانونيه وغيرها وانتهينا الى أنه لا معنى للقول بها لنبنى عليها امكانية الفصل القضائى للمنازعات (١٥١)

ـ وقد يقال أن المسأله لا تحل قضائيا لغياب طرف هام وضرورى فى المنازعه ، وفى رأينا أن ذلك يعد سببا وجيها ولكنه يعود بنا الى ذات التساؤل ، ولماذا يغيب هذا الطرف ؟

ـ وقد يكون الأمر فى العلاقات الدوليه أن المسأله لا تحل قضائيا لأنها تتعلق بشخصية أطراف المنازعه ، ولا شك أن ذلك أمر نسبى يختلف من منازعه الى أخرى ومن طرف الى آخر ، وهو فى النهاية انما يعبر عن عدم الثقه فى الفصل القضائى الدولى ، وهو ما نعالجه فيما يلى : ـ

---

(١٥٠) يقرر أستاذنا الدكتور محمد طلعت الغنيمى ، أما وقد انتهينا الى أن النظام الدولى نظام مكتمل لا نقص فيه ولا فراغ ، وأنه بذلك يصلح لتسوية كافة المنازعات ، فانى لا أرى معنى للقول بأن نوعا ما من المنازعات يخرج من اختصاص القضاء الدولى ، وليس مؤدى ما أقول به أن نهدم مبدأ السياده أو نحاربه ..

راجع ، المرجع السابق ص ٧٦٧ ـ ٧٦٨

(١٥١) ايان براونى ، المرجع السابق ص ١٢٤ .

١٠١ ـ **أزمة الثقه** : يقرر أستاذنا الدكتور محمد طلعت الغنيمى ، أن انعدام الثقه فى القانون الدولى والشك فى حيويته والتمسك التقليدى بالسيادة كل هذا يوجد فى قاع الزعم بعدم قضائية المنازعات الهامه (١٥٢ ، ويقرر جنكز Jenks أن العامل الهام الذى يؤثر على قبول الدول للحلول السلميه للقانون ، هو الثقه (١٥٣) ، **فجوهر المسأله هو الثقه ، الثقه فى ثبات وكفاية القانون والثقه فى كمال المحاكم والقدرة على التنبؤ** .

ويرجع انعدام الثقه من جانب الدول الجديده خاصة فى افريقيا وآسيا ، الى أن معظم قواعد القانون الدولى التقليديه قد وضعت من قبل الدول الاستعماريه الغربيه وفى الفتره التى سادت فيها تلك السياسات الاستعماريه .

١٠٢ ـ الا أن باوت قد أوضح **أن مسألة الثقه ليست قابله للتعليل فى كثير من الحالات** التى أقدمت فيها الدول الافريقية والآسيويه على القضاء أو التحكيم الدولى (١٥٤) أو أحجمت فيها دول أوربا الشرقيه والغربيه عن مثل هذا الاسلوب (١٥٥) ، وان السبب الرئيسى لهذا هو رغبة الدول فى الاحتفاظ بسيطره على عملية الحل للتأكد من أن الحل الذى سيتم الوصول اليه يكون مقبولا منها والا فلا حل . وأن الوسائل السلميه الدبلوماسيه هى التى تتيح للدول مثل هذه السيطره .

---

(١٥٢) أ.د . محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ص ٧٥٥ .

(١٥٣) باوت ، المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها .

(١٥٤) يضرب مثلا بليبيا وتونس ومالطه .

(١٥٥) يضرب مثلا بفرنسا والبانيا وتركيا وايسلندا .

١٠٣ - ولا شك أن هناك قدرا من السيطره تمارسه الدول فى الوسائل القضائية الدوليه ومثال ذلك سلطة الأطراف فى وضع مشارطة التحكيم واختيار القضاه والمسائل محل البحث والوقت المتاح ومكان المحكمه ... الخ .

كما تدل الممارسه الدوليه الحديثه ،على أن الدول تمارس قدرا من السيطره فيما يتعلق بعرض منازعاتها على القضاء الدولى ، ففى النزاع بين ليبيا وتونس ، طلبا من المحكمه أن تأخذ فى حسابها فى مسألة الرصيف القارى بينهما ، الاتجاهات الحديثه فى مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار ولم تجد المحكمه اعتراضا على هذه المسأله ، وشعرت أنها كانت ستأخذ فى حسابها هذه الاتجاهات على أى حال وبناء على سلطتها الخاصه (١٥٦) واذا كانت الدول يمكن أن تتفق على أن يعلن اليها القرار قبل اصداره ويتاح لها فرصة التعليق عليه (١٥٧) ، فان ذلك لا يبدو متاحا أمام محكمة العدل الدوليه التى تقررت قواعد الاجراءات أمامها فى النظام الأساسى لها ولا يمكن الاتفاق على ما يخالفه .

---

(١٥٦) باوت المرجع السابق ص ١٨١ - ١٨٢ .

(١٥٧) باوت ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ حيث يقرر أنه لا بد فى هذا الشأن من مراعاة القواعد الآمره فى القانون الدولى ، كما أن طرفين فى اتفاقية جماعيه لا يستطيعان الاتفاق فى معاهدة تتضمن اللجوء الالزامى الى محكمة العدل أن يحيلا منازعه بينهما بناء على اتفاق خاص اذا كان هذا الاجراء غير متاح لباقى أطراف الاتفاقيه ، وهذا ما نجده فى المادة ٤١ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات .

١٠٤ - بل أن الدول تستطيع وفقا لقواعد محكمة العدل الدوليه التى تعدلت ١٩٧٢ أن يكون لها دور استشارى فى تكوين الغرف الخاصه بمنازعاتهم بل تستطيع سحب موافقتها على احالة النزاع الى المحكمة اذا أرادت املاء تكوين معين للغرفه .

ولا شك أن الأطراف فى هذا الشأن انما يعملون فى مجال التنبؤ بالقرار، ذلك أنهم يدققون فى اختيار المحكمين أو القضاه على اعتبار أنهم سيكونون أكثر ميلا نحو الاقتناع بدعاواهم ويستدلون على ذلك فى بعض الأحيان من أحكامهم السابقه أو كتاباتهم أو مراكز دولهم بالنسبه لأى قاعدة خاصه من القانون ،ويبذلون العنايه الفائقه فى ذلك الاختيار .

١٠٥ - ويشك باوت وبحق (١٥٨) ، فى قدره الدول رغم ذلك على التنبؤ ، فاذا كان الشائع أن مقارنة الحلول القضائيه بالوسائل الدبلوماسيه تتيح قدرا أقل من حرية الاختيار فى الاولى عن الثانيه ، وعلى ذلك يمكن التنبؤ بالقرار المبنى على قواعد قانونيه ثابته ، فاذا علمنا أن التوفيق يعتمد على القانون أكثر مما يفترض عادة ، كما أن العمليات القانونيه تقدم على الحل الوسط أكثر مما يفترض عادة ، اذاً فقد ضل البحث عن الحقيقه وأصبح التنبؤ بالنتيجه وهما .

واذا درسنا طبيعة المسائل التى تعرضها الدول على الوسائل القانونيه ، نجدها مسائل هامه وفشلت الدول فى حلها بالتفاوض ، واذا كانت النتيجه يمكن التنبؤ بها ، فان ذلك يثير التساؤل لماذا تلجأ الدول الى الوسائل

---

(١٥٨) باوت ، المرجع السابق ، ص ١٩١ - ١٩٢ .

القانونيه اذا كانت النتيجة المحتملة في غير صالحها ؟

ان التفسير الاكثر قبولا هو أن الدول تلجأ الى تلك الوسائل لأن النتيجه التى يمليها القانون ليست واضحه ٠

ومع ذلك ، قبل لجوء أية دولة الى الحل القضائى فانها تجرى تخمينها حول النتيجة المحتمله ، وعليها أن تأخذ فى اعتبارها عاملين منفصلين ، الأول تكوين المحكمة أو هيئة التحكيم ، والثانى القواعد التى ستطبقها المحكمه ، بل والاكثر أهميه كيف ستطبق المحكمه هذه القواعد على وقائع النزاع ٠

وكما قلنا من قبل ، فان الدول تبذل ما فى وسعها كى تتحرى عن القضاة الذين يكونون المحكمة لمعرفة آرائهم السابقه واتجاهاتهم من واقع كتاباتهم أو أحكامهم أو حتى اتجاه الدول التى ينتسبون اليها وموقفها من مبادئ قانونيه معينه ٠

نتائج البحث

١٠٦ ـ تناولنا فى هذا البحث التعريف بالوسائل السليمه لحل المنازعات الدوليه ، حيث الوسائل السياسيه أو الدبلوماسيه وهى المفاوضه والوساطه والمساعى الحميده والتحقيق والتوفيق ، والوسائل القضائيه ، التحكيم والفصل القضائى ، كما تناولنا دور المنظمات الدوليه باعتبارها وسيله حديثه وتساهم بقدر كبير سواء على نطاق المنظمات الاقليميه أم المنظمات العالميه وان كانت فى النهاية تلجأ الى تلك الوسائل التقليديه لحل المنازعات الدوليه .

وقد كان التساؤل هو اذا كانت الوسائل الدبلوماسيه تتسم بأنها غير ملزمه للأطراف فيما يصدر منها من قرارات أو حلول فان الوسائل القضائية ومن بينها التحكيم تخرج عن هذه الصفه ، ويعد قرارها ملزما ، فهل يصلح لحل المنازعات التى تؤثر على المصالح الحيويه للدوله ؟

١٠٧ ـ فى سبيل ذلك ، تناولنا بعض خصائص التحكيم مقارنه بالقضاء الدولى ، خاصة ما يتعلق بالقانون واجب التطبيق ، أو بمعنى أدق مدى سلطة تطبيق مبادئ العدل والانصاف وسلطة المحكمه فى التشريع ، وقد رأينا أن مبادئ العدل والانصاف قد تقوم باحدى الوظائف الآتيه :ـ

١ ـ تعديل القانون القائم .

٢ ـ تكملة القانون القائم .

٣ ـ الحلول محل القانون اذا كان غير موجود أولا يوافق عليه الأطراف .

وانتهينا الى أن جوهر ما تتضمنه سلطة تطبيق مبادئ العدل والانصاف هى سلطة المحكمه فى أن تضع قاعدة جديدة لحالة معروضه عليها ، وهذه مهمة تشريع ، بمعنى وضع قاعدة قانونيه لحالة خاصة لها ظروفها وملابساتها .

١٠٨ - فاذا ما انتهينا الى أن سلطة التشريع هذه متاحه لكل محكمة ، فان التساؤل عن المعايير التى تتبعها المحاكم للوصول الى قرارها قد انتهى بنا الى القول بأنه لا توجد معايير محدده مقصوره على القضاء وأخرى مقصوره على الوسائل السياسيه أو الدبلوماسيه ويجب أن تؤخذ جميعا فى حساب المحكمه عند اصدار قرارها وأنه لا توجد قاعده للوزن الدقيق لكل عنصر فى القضيه .

وتعول المحاكم الدوليه على عديد من الاعتبارات التى يقدمها الأطراف أمامها أوالتى يتفقون على الأخذ بها فى مشارطات التحكيم أو المعاهدات ومنها المعايير المتعلقه الروابط الاداريه والجغرافيه والاجتماعيه والاقتصاديه والتى تستخدم عادة بمعرفة الهيئات السياسية لحل المنازعات الاقليميه ، فهى تستخدم أيضا لتأييد دعاوى الأطراف فى الحلول القضائيه والتحكيم واذا كانت تلك المعايير لا تتوقف على الوسيله المتبعه فى الحل الا أنها تتوقف على نوع المنازعه وما اذا كانت تتناول - فى نطاق منازعات الحدود مثلا ، اقليما أرضيا مأهولا بالسكان أم خاليا ، وما اذا كان أرضا أم بحرا أم قطاعا فى القطب الشمالى أو الجنوبى أو اقليما بين بين تشترك فى تكوينه المناطق الأرضيه والمناطق البحريه .

١٠٩ - واذا كانت المحاكم ملزمه باصدار قرار فى النزاع ، فانها يجب ألا تعتد الا بالاعتبارات والمعايير التى أثارها الأطراف أمامها صراحة أم ضمنا ، ولا يمكن للأطراف الادعاء بأن القرار قد يبنى على اعتبارات لم يصرح بها فى الحالات الاتيه :-

(أ) اذا كانت الاعتبارات المطبقه قد جرى التعبير عنها صراحة أو ضمنا فى اتفاق .

(ب) اذا كان الأطراف قد استشهدوا بها خلال الاجراءات أو صرح بأن تكون في نطاق سلطة المحكمة ٠

(جـ) اذا قبل القرار صراحة أو ضمنا بأن لم يتم رفضه خلال مده معقوله ٠

١١٠ - وفي بحث دور التحكيم والقضاء في حل المنازعات تناولنا طبيعة القرار وعلاقته بالحل الوسط ثم التفرقه بين المنازعات القانونيه وغيرها ثم تناولنا أسباب عزوف الدول عن اللجوء للقضاء ٠

وقد تبين لنا في هذا الشأن أن كافة الحلول القضائية أو الدبلوماسية تتضمن قدرا من الحل الوسط أو عنصر التقدير المتروك للمحكمه والذى لا مناص منه في كل عمليه قضائيه ولكن المهم هو أن يقوم هذا التقدير على مبدأ ومنطق وبطريقه مقنعه ولا يتم من خلال معالجة انتقائيه غير متصله بالعوامل المطروحه ودون تقديرات موضوعيه ٠

وأن نطاق هذا التقدير يتسع في حالة تطبيق مبادئ العدل والانصاف والابتعاد عن قواعد القانون الوضعى المطبق على النزاع ٠

١١١ - في ضوء ما سبق انتهينا الى أنه ليست هناك منازعات بطبيعتها غير مناسبه للتحكيم أو الفصل القضائى فكل المنازعات يمكن عرضها على التحكيم والقضاء والعامل الحاسم هو مدى رغبة الدول في عرض منازعاتها على وسيله أو أخرى من وسائل الحل السلمى للمنازعات وأن جوهر المسأله هو وجود أزمة ثقه في القضاء الدولى وفي القانون الدولى الى جانب تمسك الدول بسيادتها ورغبتها في السيطرة على القرارات الصادره من الأجهزه القضائية والتنبؤ بتلك القرارات ٠

١١٢ - ونرى أن علاج أزمة ثقة الدول في القانون الدولى والقضاء يتمثل في زيادة مشاركة الدول في صياغة قواعد القانون الدولى وتمثيلها

فى الاجهزه القضائيه الدوليه وهذا أمر يتحقق بصفة تدريجيه ، حيث أن حركة تقنين قواعد القانون الدولى تسير سيرا حثيثا بمشاركة عديد من الدول بما فى ذلك الدول الناميه التى تشكل غالبية أعضاء المجتمع الدولى والتى يظهر لديها هذا التخوف أكثر من غيرها .

تم بحمد الله

ثبت المراجع

- القرآن الكريم
- صحيح البخارى الامام عبد الله بن اسماعيل بن ابراهيم بن برد زبه الجعفى البخارى المتوفى ٢٥٦هـ - صحيح البخارى - الجزء الرابع المجلس الأعلى للشئون الاسلاميه ، ١٩٧٠ .
- سنن أبى داود الامام الحافظ المصنف أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدى - سنن أبى داود - راجعه محمد محى الدين عبد الحميد ، الجزء الثالث ، مطبعة مصطفى محمد ،
- نيل الأوطار الامام محمد بن على بن محمد الشوكانى ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار ، التزام عثمان خليفه ، الطبعه الأولى ، المطبعة العثمانيه المصريه ، ١٣٥٧ هـ.

أولا باللغة العربيه :

١ - الكتب أ - فى الفقه واللغه :

- الامام محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى
  مختار الصحاح ، ترتيب محمود خاطر بك المطابع الأميريه بالقاهره ١٩٢٥ م.
- الامام فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى
  تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، المجلد الخامس ، دار المعرفة لبنان ، الطبعة الثانيه دون تاريخ .
- الشيخ زكى الدين شعبان
  أصول الفقه الاسلامى ، مطبعة دار التأليف ١٩٦٤-١٩٦٥م

- الامام شهاب الدين الصنهاجى القرافى

الفروق ، وبهامشه عمدة المحققين وتهذيب الفروق والقواعد السنيه فى الأسرار الفقهيه ، المجلد الرابع- دار المعرفه لبنان - دون تاريخ .

- الامام موفق الدين ابن قدامه وشمس الدين

المغنى والشرح الكبير ، المجلد ١١ ، دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٧٢ .

- الامام علاء الدين أبى بكر الكاسانى الحنفى

بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع الناشر زكريا على يوسف ١٩٧١م.

- أبو يحيى زكريا بن شرف النووى

معنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب على متن المنهاج ، الجزء الرابع ، شركة ومطبعة ومكتبة مصطفى البابى الحلبى ، ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م.

ب - الكتب القانونيه والمقارنه :

أ.د. ابراهيم العنانى

- العلاقات الدوليه ، جامعة عين شمس ١٩٨٥ دون ناشر .

- الأمم المتحده ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٣ ، دون ناشر .

- اللجوء الى التحكيم الدولى ، رساله ، جامعة عين شمس ١٩٧٣ .

أ٠د ٠ بطرس بطرس غالى — الجامعة العربيه وتسوية المنازعات المحليه ، معهد البحوث والدراسات العربيه ، القاهره ١٩٧٧ ٠

أ٠د ٠ جعفر عبد السلام — ـ مبادئ القانون الدولى العام ، الطبعة الثانيه ، دار النهضه العربيه ، ١٩٨٦ ٠
ـ المنظمات الدوليه ، دار النهضه العربيه ١٩٨٠ ٠

جيمس باروس — الأمم المتحدة ، ترجمة نور الدين الزرارى ، مراجعة د ٠ ابراهيم عبده ، مؤسسة سجل العرب ، ١٩٧٩ ٠

أ٠د ٠ حسن ابراهيم حسن
د ٠ على ابراهيم حسن — النظم الاسلاميه ، الطبعه الثالثه ، مكتبة النهضه المصريه ١٩٦٢ ، ص ٢٧٥

أ٠د ٠ حامد سلطان — أحكام القانون الدولى فى الشريعة الاسلاميه مركز تبادل القيم الثقافيه بالشعبه القوميه لليونسكو ، الهيئه المصريه العامه للكتاب ١٩٨٧ ٠

أ٠د ٠ حامد سلطان ، أ٠د ٠ عائشة راتب

أ٠د ٠ صلاح الدين عامر — القانون الدولى العام ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربيه ، ١٩٧٨ ٠

د ٠ صلاح عبد البديع شلبى — ـ التضامن ومنظمة المؤتمر الاسلامى ، القاهره ١٩٨٧ ٠
ـ الوجيز فى التنظيم الدولى القاهره ، ١٩٨٧

أ٠د ٠ عائشة راتب - التنظيم الدولى ، الكتاب الثانى ، التنظيم الاقليمى والمتخصص ، دار النهضه العربيه ، ١٩٧١٠

عبد الرحمن بن خلدون مقدمه بن خلدون ، تحقيق الدكتور على عبد الواحد وافى الجزء الثانى ، الطبعة الأولى لجنة البيان العربى ، ١٩٥٨ ٠

أ٠د ٠عبد العزيز سرحان القانون الدولى العام ، المجتمع الدولى والمصادر ونظرية الدوله ، ١٩٨٦م،دون ناشر

د ٠ عبد الوهاب كلزيه الشرع الدولى فى عهد الرسول ، دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٨٤م٠

أ٠د ٠ على صادق أبو هيف القانون الدولى العام ، الطبعه الثانيه عشر منشأة المعارف بالاسكندرية ٠

د ٠ فتحى عثمان الفكر القانونى الاسلامى بين أصول الشريعة وتراث الفقه ، مكتبة وهبه ، دون تاريخ ٠

كولين ليجوم الجامعة الافريقية ، دليل سياسى موجز ، ترجمة احمد محمود سليمان مراجعة د ٠ عبد الملك عوده ، الدار المصريه للتأليف والترجمه سلسلة دراسات افريقيه ، يونيو ١٩٦٦م ٠

أ٠د ٠ محمد طلعت الغنيمى - الاحكام العامه فى قانون الأمم ، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧١م٠

- التسويه القضائيه للخلافات الدوليه ، الطبعه الأولى ، مطبعة البرلمان ، ١٩٥٣ م٠

محمود بن محمد بن عرنوس كتاب تاريخ القضاء فى الاسلام ، المطبعه المصريه الأصليه الحديثه ١٣٥٢هـ-١٩٣٤م٠

٢ ـ المقـــــالات :

أ٠د ٠ابراهيم أحمد ابراهيم تنفيذ أحكام التحكيم الاجنبيه ، المجلـه المصريه للقانون الدولى ، المجلد ٣٧، ١٩٨١ ، ص٣٠ ٠

٣ ـ الوثـــــائق :

تقرير اللجنه الخاصه المعنيه بميثاق الأمم المتحدة وتعزيز دور المنظمـــه المؤرخ ١٤ مايو ١٩٨٤ ٠ الوثائق الرسميه للجمعية العامه ، الدوره التاسعه والثلاثون ـ الملحق ٣٣ ٠

ثانيـا باللغات الاجنبيـــــه :

١ ـ الكتـــــب :

-Bowett

The law of internatiomal institutions . LONDON. STEVENS 1982 .

- CHARLES G. FENWICK

international Law, FEFEERRAND PRIVATE L.T.D.1955

- MANLEY O. HUDSON

A TREATISE ON THE PERMANENT COURT OF INTERNATIO--NAL JUSTICE. NEW YORK, THE MACMILLAN CO. 1934.

_ INTERNATIONAL TRIBUNALS . PAST AND FUTURE CARNE--GIE ENDOWMENT, WASHINGTON, 1944 .

- LAUTER PACHT , OPPENHEIM'S
  INTERNATIONAL LAW. 7th ed. 1952.

  H. LAUTERPACHT.

  The Development of international law by the international Court.

- PHILIPSON

  international law amd custom of ancient Greece and Rome VOL. 11. citted in charles Fenwick op. cit.

- B.S. Murty

  in Max Srensen

  Manual of Public international law.

  Macmillan . LONDON . 1968.

- Max Sørensen

  Manual of public international law .

  Macmilan . LONDON . 1968 .

- Dr. J. H. W. VERZIJL

  international law in Historical perspective .

VOL. I. A.W. sijthoff . LEyden. 1968.

٢ - بحوث ومقـــــالات :

- D. W. Bowett

  Contemporary Development in Legql techniques in the settlement of Disputes . R. D. C. 1983. 11.

PP. 180. 197.

_ Dr. Ian Brownlie

The Justiciablity of disputes and issues in international relation. B. Y. B. 1967 PP. 123-143.

_ MANLEY O. HUDSON

The permanent Court of Arbitration AMJ.I.L VOL27 (1933) P. 440

_ HEDGES

The Juridical Basis of Arbitration.B.Y.B. 1926 P. 113

_ IBRAHEM EL ANANY

REVUE EGYPIENNE DE DROIT INTERNATIONAL VOL. 36. 1979. PP. 99 - 148.

_ PHILIP C. Jessup

a half century of efforts to substifute law for war. R. C. D. 1960 VOL .1. PP. 3 - 20.

_ KELESEN

Collective security under international law. U.S. Naval war College. international law studies 1954 (1956) PP. 181 - 182.

_ Jacques Meurant.

Peaceful settlement of disputes, international Humantarian law and the red Cross practice,

second Egyptian seminar on internationnal Humantarian law . Cairo 17 - 22 November 1984 P.2.

_ A. L. W. Munkman

adjudication and adjustment . international judicial decision and the settlement of teritorial and Boundary Disputes . B. Y. B. 1972 P..

_ Louis B. Sohn

The Function of international Arbitration Today R.D.C. 1963 - 1 Tome 108 P. 42 .

_ Julius Stone

non liquet and the function of Law in the intrnational Community , B.Y.B. 1959 PP. 124 - 161 .

٣ ـ دوريات وثـــــائق :

_ INTERNATIONAL LAW REPORTS

VOL 53. Edited by E. Lawtwr Pacht. CAMBRIDGE GROTIUS PUBLICATION LIMITED . 1979.

BP EXPLORATION COMPANY (LIBYA) LIMTED V. GOVERNMENT OF THE LIBYAN ARAB REPUBLIC . PP. 297. - 388

_ YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW COMMISSION . VOL 11. P.4.

_ U N. G.A. OFF Rec. 20 th sess Annexes Agenda 1 tem 90. 44/A 5746 Nov. 16, 1964. PP 11-108-109.

_ INTERNATIONAL LAW COMMISSION DO ?ument of the tenth session. including the Repot of the commission to G. A. Arbitral procedure (agenda itme 2 Do c. A/C. N.4 / 113.6 march 1958 P. 12 Artiele Y .)

_ P. C. I. J. Series A No 2 P. 11
The Mavromatis Palstine concession (Greece V. Britain) Judgment Aug 30. 1924.
P.C.I.J. series A No 24 P. 40

_ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. DOCUMENT A/ CN.4 / 113 .