التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية ودور التحكيم في إيجاد قواعد موضوعية موحدة لتنظيمها

تاريخ الاستلام:2014/4/27 تاريخ القبول: 2015/3/11

محمد احمد عبدالله الشماسنة (*)

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية وتهدف إلى مواءمة هذه القواعد مع متطلبات وحاجة التجارة الدولية وخصوصا أعراف التجارة الدولية كون قواعد الإسناد التقليدية، وخصوصا مبدأ قانون الإرادة، لم تعد متمشية مع متطلبات التجارة الحديثة؛ إذ إنّ هناك بعض قواعد التجارة الدولية التي من الصعب إخضاعها للقوانين الوطنية، ومن ثم فمن غير الملائم إعمال مبدأ سلطان الإرادة على هذه العقود كونه سيؤدي حتما لتطبيق قانون وطني معين على تلك العقود، وهو أمر لا يتناسب مع ذاتية وخصوصية التجارة الدولية . فلن تجد التجارة الدولية ظروفا ملائمة لتطورها وتقدمها إلا إذا أفلتت من قيود واختلاف

(*) ماجستير قانون/الجامعة الأردنية.

التشريعات والقوانين الوطنية حيث إنّ القلق وعدم الأمان يبقيان ملازمين لتلك العقود في ظل هذه القوانين.

Abstract

Expansion of the Concept of Rules of Reference of Private International law

This study deals with the subject of the expansion of the concept of rules of reference of Private International Law to harmonize them with the requirements and the need of international trade, especially the international trade norms. The traditional rules of reference, especially the principle of the will law, are no longer consistent with the requirements of modern commerce. There are some rules of international trade that cannot be subjected to national laws. Therefore, it is not appropriate to apply the principle of the power of will on such contracts because it will inevitably lead to the application of a certain national law on them. This is not commensurate with the peculiarity and specificity of the international trade. The international trade will not find favorable conditions for development and progress unless it escaped from the constraints and differences of the national legislation where anxiety and insecurity remain inherent in such contracts under these laws.

المقدمة

شهد القرن العشرون ملامح منهج جديد في القانون الدولي الخاص، فحواه الاستعاضة عن إسناد حكم المعاملات الدولية للنظم القانونية الوطنية من خلال ضوابط مستمدة من عناصرها، بإخضاع هذه المعاملات مباشرة لنظام خاص بها تشكل معطياته الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية[1] والواقع أن اللجوء إلى القانون التجاري الدولي هو إحياء لذلك النظام القانوني الذي كان سائدا في العصور الوسطى في أوروبا والمسمى (Lex mercatoria) حيث وجدت جماعة التجار ذات الكيان المستقل والتي كانت تخضع له[2].

فهذه الجماعة لم تكن محصورةً في دولة أوروبية بعينها بل كانت منتشرة في أنحاء القارة، حيث كانت المعاملات التجارية تتم عبرها وفقا لأحكام هذا القانون. فإذا ما ثار نزاع حول أية معاملة من المعاملات السابقة، فإن محاكم التحكيم هي التي تتصدى لحسمه وفقا للأعراف السائدة دونما حاجة لإعمال قواعد الإسناد[3]. وبالمثل فإن المتعاملين في التجارة الدولية الآن قد كونوا مجتمعا قانونيا بالمعنى الدقيق، الأمر الذي يبرّر تطبيق القانون المتقدم عليهم، وذلك بعد أن لبس ثوبه الجديد الذي يتلاءم بطبيعة الحال مع متطلبات الحياة الدولية الحديثة.أضف إلى ذلك، أن هؤلاء الأشخاص يُفضّلون في معاملاتهم عدم الخضوع لأي نظام قانوني وطني، حيث

(1) الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول ، ط1، القاهرة ، حقوق الطبع محفوظة للمؤلفين، ص255.

(2) حزبون ، جورج، (2002) . قواعد تنازع القوانين بين الوصف الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، ص 237

(3) خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، مرجع سابق، ص13.

يرون أن إرادتهم قادرة على خلق النظام القانوني الصالح لحكم علاقاتهم وذلك بفضل ما يوجد لديهم من تنظيم داخلي[4].

فالمتعاملون في التجارة الدولية يقومون بالتعبير عن إرادتهم الذاتية في صورة عقود نموذجية تحتوي على تنظيم شامل وكامل لعلاقتهم وعن طريق الاستعمال المتكرر لهذه العقود في الحياة الدولية، يمكن أن تتحول أحكامها إلى أعراف ملزمة، وسوف يزداد الشعور بالزاميتها لدى هؤلاء المتعاملين، بعد أن تقوم محاكم التحكيم بتطبيقها وتوقيع الجزاء المناسب على من يخالفها[5]، ومما لا شك فيه أن تنوع العقود النموذجية وما يترتب عليه من وجود أعراف متنوعة من شأنه الوصول إلى نظام قانوني متكامل يحكم التجارة الدولية في مجموعها، [6].

يضاف إلى ذلك أن ظهورالدول بالمفهوم المعاصر ترتب عليه تطور المذاهب الاقتصادية والسياسية لديها، وكان لذلك الأمر انعكاسات داخلية ودولية: فمن الناحية الداخلية اتجهت الدول إلى تنظيم بنيانها الاقتصاد والاجتماعي الوطني، وتأكيدا لفعالية ترتيبها بدأت تتدخل بقوانين آمرة، دون أن تفرق في تطبيقها بين الحياة القانونية الوطنية والحياة القانونية الدولية[7].

ومن الناحية الدولية، أدركت الدول أنها لا تستطيع أن تحيا بمعزل عن غيرها، وأن تعاونها وتبادلها المنافع فيما بينها، أمر لا بد منه لإشباع حاجاتها التي يصعب تحقيقه اكتفاء بمواردها الذاتية، فنشطت حركة التجارة الدولية، والمبادلات الاقتصادية، وترتب على الدول أن تتخذ الإجراءات القانونية الكفيلة بتدعيم ذلك

(4) دسوقي، بهاء هلال، (1993). قانون التجار الدولي الجديد، دراسة تحليلية، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، القاهرة، ص2.
(5) دسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص2.
(6) خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، مرجع سابق، ص257.
(7) سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص245.

النشاط، كوضع القواعد التي تتلاءم مع علاقات التجارة الدولية وتحريرها من الخضوع لقيود الحياة الداخلية .

ولقد كان لحركات التوحيد العالمية للقانون الدولي الخاص وأحكام القضاء الوطني والدولي، أكبر الأثر في الدعوة إلى ضرورة تطوير منهج قواعد الإسناد، وسن قواعد موضوعية تلبي متطلبات العلاقات القائمة والمستجدة خصوصاً في مجال التجارة الدولية[8].نتيجةً لعدم كفاية المنهج التقليدي المتمثل في قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، لما قد يشوب هذا المنهج من قصور وجمود يؤديان إلى نتائج غير مرضية، وكذلك للعيوب الخطيرة التي انكشفت يوماً بعد يوم عن هذا المنهج [9]،خاصة أن مفهوم كلمة القانون في تنازع القوانين بمقتضى فقه القانون الدولي الخاص ينصّب على التشريع الداخلي الموضوعي، الأمر الذي يستبعد أي إمكانية لتطبيق أي نظام قانوني ذي مصدر غير وطني[10].

ومن هنا تبرز أهمية تطوير مفهوم هذه القواعد من خلال التوسع في تحديد مفهوم كلمة قانون في ميدان عقود التجارة الدولية.

وبناء على ما تقدم قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين :

المبحث الأول :مبررات التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في ميدان عقود التجارة الدولية.

([8]) المؤيد ، محمد عبدالله(1998). منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية ، ص139

([9]) عشوش ، أحمد عبد الحميد ، (1988) . تنازع مناهج تنازع القوانين " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية، القاهرة ص4 .

([10]) حزبون، جورج، (1989). الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مجلة نقابة المحامين الأردنية العدد العاشر، ص577 وما بعدها

المبحث الثاني: دور المحكم في إيجاد قواعد موضوعية مشتركة تنظم عقود التجارة الدولية.

المبحث الأول:
مبررات التوسع في مفهوم قواعد الإسناد في ميدان عقود التجارة الدولية

تتمثل أسباب الأزمة التي عصفت بالمنهج التقليدي وضرورة التوسع في مفهوم قواعد الإسناد التي تنظم عقود التجارة الدولية بما يلي:

أولا : العامل الداخلي والخارجي :

فعلى مستوى العامل الخارجي: فقد كان من شأن عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات العلاقات الاقتصادية الدولية، وتزامن ذلك مع وجود مجتمع متماسك من رجال التجارة الدولية، أن نشأت قواعد موضوعية لحكم تلك العلاقات[11] ، وهي تتكون بطريقة عرفية داخل المجتمع الدولي لرجال الأعمال والتجار، وهي قواعد متناسقة ومتضامنة، تثير خلق قانون جديد ووجود هذا القانون الجديد، يظهر أن مشرّعي القانون الوضعي قد أخفقوا في السيطرة على عقود التجارة الدولية بسبب عدم قدرتهم على ملاحقة الوثبات السريعة للتجارة الدولية، أضف إلى ذلك أن بعدهم عن واقع تلك العقود والعلاقات، يجعلهم كذلك بعيدين عن تصور الحلول والقواعد الملائمة لها، ولهذا فإن قواعد هذا القانون الجديد القانون التجاري للشعوب (Lex mercatoria)، التي ينظم بمقتضاها الأطراف علاقاتهم التعاقدية، تختلف عن قواعد قانون الدولة

(11) عشوش ، احمد عبدالحميد،(1988). تنازع مناهج تنازع القوانين ، دراسة مقارنة القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص4 .

بأصلها ومضمونها[12]. حيث يضم منهج القواعد الموضوعية قواعد موجودة أصلاً أو معدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع، وهي قواعد محددة المضمون، دولية القلب والقالب، واضحة المعالم، معلومة النتائج، سهلة التطبيق، وقد تأثر منهج القواعد الموضوعية بالمشرع الوطني والدولي، وكذا القضاء المنوط به تطبيق هذا المنهج وابتداع الحلول، وذلك كله من أجل الوصول إلى ما يحقق العدالة والأمن القانوني، وتيسير المعاملات الدولية عبر الحدود، وذلك لأن منهج قواعد الإسناد التقليدي يقود إلى تطبيق قواعد وطنية، و هي قواعد تواجه في الأصل معاملات داخلية، وهي لا تتلاءم بطبيعة الحال مع طبيعة العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ولذلك لا بد من تجنب مخاطر منهج قواعد الإسناد، والذي يجب أن يختفي لصالح القواعد الموضوعية . [13]

وقد قامت هذه العوامل بسبب تطبيق بعض القوانين بتطبيق مباشر أو فوريّ أو اعتناق القواعد الانفرادية، وهي تلك القواعد التي تجعل قانون القاضي بشأن المنازعات الخاصة الدولية قانوناً لا يقبل أي مزاحمة من قبل أي قانون أجنبي، ذلك أن تلك القواعد على عكس حال قواعد التنازع تتسم بالطابع الانفرادي، وذلك من حيث دلالاتها إلى القانون الواجب التطبيق، كذلك لأنها لا تحدد سوى حالات الاختصاص التشريعي للدولة التي قامت بإصدار تلك القواعد، فهي لا تبالي بالحالات التي يعقد فيها الاختصاص لقانون أجنبي [14]، ومثال تلك القواعد ما ورد في المادة (15) من

([12]) سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص257 وما بعدها

([16])المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ، ص14 .

([14]) ناصف ، حسام الدين فتحي ، (1994) . مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية " دراسة مقارنة " ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص25 .

القانون المدني الأردني رقم (14) لسنة 1976 التي تتعارض في مضمونها مع نص المادة (13) تعارضا جذريا لا يقبل من المشرع الوقوع فيه، وبالرغم من أهمية القواعد الانفرادية في الدفاع عن مقدرات النظام القانوني ضد تطبيق القانون الاجنبي الذي قد يهددها، إلا أن هذه القواعد قد تعرضت لانتقادات حادة من قبل الفقه المناصر للأسلوب التنازعي الازدواجي المتسم بالحيادية، حيث قيل إنّ وجود مثل هذا النوع من القواعد يهدد بشن نوع من الحرب الأهلية يكون طرفها الثاني قواعد التنازع المزدوجة، حتى إنّ بعض الذين ينتظرون هذه الحرب قرروا أن فقه الانفرادية يحفر قبر تنازع القوانين، وإذا قدر له الانتصار أدّى ذلك إلى زوال منهجية التنازع الثنائية في الاجل القريب. [15]

ولأن مجال تطبيق القواعد الانفرادية هو مجالٌ إقليمي، قرر البعض إظهار العداء المتبادل بين الأسلوب الانفرادي والاسلوب الازدواجي في حل المشكلات الخاصة الدولية بالقول إنّ " العلاقة بين تنازع القوانين والإقليمية كالعلاقة بين الماء والنار، فإما أن يطفئ ماء الإقليمية نار الاعتبارات المستلهمة من تنازع القوانين، وإما أن تبخر تلك الاعتبارات مبدأ الإقليمية . [16]

إن الازمة التي يواجهها المنهج التقليدي تعود إلى عدة عوامل من ابرزها تزايد التيارات الفقهية والاتجاهات العملية المنادية بضرورة تجدد خصوصية القانون الدولي الخاص، ووضع حد للمشاكل التي تنتج عن استقلال كل دولة بوضع حلول خاصة بها لمشاكل تنازع القوانين، مما يؤدي بالتالي إلى تضارب الحلول، وإذا كنا نرى في

[15] ناصف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، مرجع سابق، ص3 .
[16] عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص5 وما بعدها .

تجدد خصوصية القانون الدولي الخاص كما يرى البعض[17] ، أزمة منهج قواعد الإسناد، فإنه يوجد في الجانب الآخر القواعد الموضوعية، التي هي ليست من صنع الدول، ومثالها القانون التجاري الدولي الذي يضع حداً لمشكلة تنازع القوانين في مجال التجارة الدولية التي يكتنفها الكثير من المشاكل والصعوبات .

أما فيما يتعلق بالعامل الداخلي فلم تقتصر أزمة منهج قواعد الإسناد على العامل الخارجي لقاعدة التنازع، إنما هبت موجه من التيارات المعاكسة، التي بدأت تقتطع من نطاق اختصاصها، بل تحاول أن تبعدها تماما على الأقل من ميدان العقود الدولية، فمن من الغريب أن يكون المشرع الذي وضع قاعدة الإسناد، بهدف تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، قد ساهم في تضييق الخناق على منهج قاعدة الإسناد، وذلك عن طريق وضعه لقواعد آمرة واجبة التطبيق، على جميع العلاقات التجارية الداخلية وكذلك العلاقات التجارية المقترنة بعنصر أجنبي ،وقد تزامن ذلك مع زيادة تدخل الدولة في ظل المذهب الاشتراكي عن طريق إصدار قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي، كقوانين الأسعار، وعمليات البنوك والنقد والعمليات الجمركية، والقوانين الخاصة بحماية المستهلك، الأمر الذي ترتب عليه أن تقوم الدولة بأنشطة كانت فيما قبل من صميم النشاط الفردي أو الخاص[18].

وكان لا بد للمشرع في ظل مذهب التدخل، أن يؤكد الصفة الآمرة للقواعد القانونية، التي يفرضها في هذا الخصوص فظهرت في مجال القانون الدولي الخاص منهج القواعد ضرورية التطبيق التي يقصد بها القواعد التي قد تلازم تدخل الدولة،

---

(17) المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية ، تنظيم الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق ، ص141 .

(18) سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص197.

وتهدف إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية، الاقتصادية والاجتماعية للجماعة التي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تصبو إليه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها، أيا كانت طبيعتها وطنية، أم ذات طابع دولي[19] ونلاحظ أن وجود قاعدة من قواعد التطبيق الضروري يؤدي إلى استبعاد قاعدة الإسناد من المجال الذي تطبق فيه تلك القواعد حيث إن هذه القواعد يكون لها الأولوية في التطبيق على قاعدة الإسناد. [20].

2: القواعد الموضوعية:-

يعتبر منهج القواعد الموضوعية أو المادية في القانون الدولي الخاص من أهم المناهج التي تحاول تحييد قاعدة الإسناد، وخصوصا في مجال العقود الدولية[21]. وقوام هذا المنهج هو وجود بعض القواعد التي تشتمل على حلول موضوعية لمنازعات العلاقات الاقتصادية الدولية بحيث إذا عرض الأمر على القضاء فإنه يطبقها مباشرة وذلك دون حاجة إلى إعمال قاعدة الإسناد، وهذه القواعد لا تطبق سوى على العلاقات ذات الطابع الدولي وتهدف إلى حماية مصالح التجارة الدولية[22].

ثانيا: عيوب منهج قواعد الإسناد ونتائجه: لقد تزايدت الطعنات الموجهة إلى المنهج التقليدي، التي يوجهها أنصار المناهج الأخرى، كما نتفهم محاولة إثبات

([19]) سلامة القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص41 وما بعدها.

([20]) المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق، ص467 وما بعدها.

([21]) سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص200.

([22]) هشام، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، مرجع سابق، ص3.

صلاحية وكفاية المناهج الأخرى، وتفضيلها في بعض المجالات، مثل قانون التجارة الدولية، ويستند معارضو المنهج القائم على قاعدة التنازع في بلوغ هدفهم النهائي وهو استبعاد قاعدة التنازع، أو هدفهم الأكثر تواضعاً وهو تجريدها من مركز صدارتها وشمولها إلى ثلاثة انتقادات رئيسية، وهي أن هذا المنهج يتسم بشدة تعقيده، وأنه يؤدي إلى عدم القدرة على توقع الحلول، حيث يؤدي ذلك إلى انعدام الأمن القانوني، كما يؤدي هذا المنهج إلى تطبيق قانون لا يتفق مع طبيعة العلاقة القانونية، وسألقي الضوء على هذه الانتقادات.

1 : شدة التعقيد لمنهج قواعد الإسناد

على خلاف الحال في المناهج الأخرى لفض تنازع القوانين، التي تقدم حلا مباشرا وموضوعيا، فإنه يلاحظ أن منهج قاعدة التنازع معقد من عدة جوانب، من ناحية، يلاحظ أن قاعدة التنازع لا فائدة ترجى منها إلا إذا رفع بشأن العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي دعوى أمام القضاء وهنا يظهر عجز هذا المنهج، لأنه يفتقد الوظيفة الوقائية، أي الحيلولة دون وقوع النزاع بين الأفراد، وهي الوظيفة الأولى لقواعد القانون بصورة عامة، ولا شك أن قاعدة تنعدم فائدتها قبل وقوع النزاع تعد أمراً مثيراً للقلق، مما يدعو إلى هجرها، لأنها لا تتفق ومتطلبات السرعة والثبات الذي تتطلبه معاملات التجارة الدولية والأمن القانوني لها[23] .

وأيضاً حتى نتمكن من الاستفادة من قواعد منهج التنازع، لا بد من القيام بمجموعة من العمليات الفنية قبل أن نتوصل إلى القانون الواجب التطبيق' من ذلك: تفسير ضابط الإسناد، التكييف القانوني للمسألة، تحديد القاعدة واجبة التطبيق في

([23]) المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ، ص15 .

القانون الأجنبي، القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد فيه، هذا فضلا عن احتمال عدم التوصل إلى تحديد القانون المذكور[2]، وقد تم وصف قواعد الإسناد، بأنها قواعد جامدة أدت إلى تضليل المحاكم، ووصولها إلى تطبيق قانون القاضي، تذرعاً بأفكار مختلفة كالإحالة، والتكييف و عدم إثبات القانون الأجنبي والغش في القانون والنظام العام، وذلك كله لتلافي النتائج السيئة لتلك القواعد الجامدة [24]، ولكن ما سبب هذا الهجوم ؟ هل لأن قواعد الإسناد قفزت فجأة إلى موقع الصدارة في علم تنازع القوانين، واغتصبت زمام الأمور في القانون الدولي الخاص، حتى جاء منهج القواعد الموضوعية لكي يرد الأمور إلى نصابها، ويسلب من قواعد الإسناد هذا الموقع المتميز ؟. [25]

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، لا بد لنا أن نبين أن قواعد الإسناد لعبت في البداية دوراً للخروج من مبدأ إقليمية القوانين، ثم أخذت بالتبلور نتيجة للاستثناءات التي لحقت بمبدأ تطبيق قانون القاضي، حيث أسفرت عن نتائج غير منطقية كتغير المركز القانوني للفرد لمجرد انتقاله من بلد إلى آخر . [26]

ومن العيوب الأخرى التي وجهت إلى منهج التنازع، أن العلاقة القانونية قد لا تكفيها قاعدة إسناد واحدة لتغطيتها، بحيث يكون من الضروري البحث عن قوانين أخرى تحكم باقي جوانب النزاع، فعلى ما يبدو أن تجزئة المسألة المعروضة أمر وارد فيما يتعلق بقواعد الإسناد، وهو ما قد يرتب أثاراً غير مرغوبة في بعض مجالات الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي، حيث يبرر إخراجها من نطاق قاعدة الإسناد إلى

---

[24] ناصيف، مركز قانون القاضي أمام القضاء الأجنبي، مرجع سابق، ص265 .

[25] ابراهيم ، أحمد ابراهيم ، (1990) . اسلوب الإسناد في الميزان " دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص الامريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، ص211 .

[26] المرجع نفسه ، ص212 .

نطاق منهج القواعد الموضوعية، حيث إنه جدير بخصوصية هذه العلاقات ذات الطابع الدولي [27].

2 : عدم امكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني

تتخذ قواعد الإسناد في بعض الدول من القضاء مصدراً لها أكثر من التشريع، وهو ما يفقدها الوضوح نسبياً، وبالتالي تؤدي إلى عدم المقدرة على التنبؤ بالحلول، أو بعدم القدرة المسبقة لحكم الأوضاع الدولية، فتأتي حلول مسائل التنازع في بعض الأحيان مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة، أكثر من كونها أعمالاً لقاعدة مجردة ومنضبطة، وهذا الأمر يؤدي إلى تحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة.[28] ذلك أن قاعدة التنازع هي قاعدة ميكانيكية أو آلية، حيث يتم إعمالها إذا توافرت الصفة الدولية في المسألة محل النزاع، أيا كان القانون الذي يقود إليه هذا الإعمال بغض النظر عن جوهره ومضمون أحكامه[29].

ولا بد لنا من ملاحظة أن هذا النقد أخذ منحناه بالتصاعد في مجال التجارة الدولية، ذلك المجال الذي يتسم بسرعة ايقاعه ويتطلب لذلك نوعاً من الأمن القانوني، ونوعاً من اليقين، حيث إن هذا المجال يتأثر أكثر من غيره بانعدام الأمن القانوني الذي قد يصيبه من جراء اللجوء إلى قواعد التنازع لحل مشاكله، والتجارة الدولية أحوج إلى الاستقرار والثقة، فأطراف العملية التجارية ذات الطابع الدولي لكي يطمئنوا على حقوقهم، فلا بد أن يعلموا مقدماً أي قانون يطبق عليهم، حتى لو أمكن تعيين هذا

([27]) سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص251.

([28]) عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص16 . وأنظر أيضاً سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص249.

[29]) سلامة، علم قاعدة التنازع ، مرجع سابق، ص249.

القانون المطبق عليهم مقدماً، فإنه سيكون بلا شك قانوناً وطنياً غير معد لمواجهة التجارة الدولية المتغيرة بأثواب جديدة[30].

فالعقود التجارية التي تمثل – سواء في بلاد الاقتصاد الحر أو في الاقتصاد والمركز في يد الدولة – الوعاء الذي يحوي كافة العمليات التجارية، ويتم إخضاع هذه العقود في معظم النظم التشريعية لقانون الإرادة، حيث يشوب تطبيق قانون الإرادة بعض الغموض وعدم اليقين، وذلك في الحدود التي يلجأ فيها القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية والمفترضة، وهي البحث الذي يعتمد بقدر معين على تخمين القاضي[31].

ولذلك ظهرت أهمية القواعد المادية الموحدة (القواعد الموضوعية)، التي تتولى التنظيم المباشر لروابط التجارة الخارجية، على خلاف منهج التنازع الذي يؤدي إلى إخضاع روابط التجارة الخارجية لقواعد وضعت لتنظيم التجارة الداخلية[32] .

فإذا كان من الجائز أن تسري في شأن التجارة الداخلية قوانين التجارة الوطنية التي وضعت خصيصاً لها، وتراعي حاجات وظروف التجارة الداخلية[33]. فمن غير المقبول أن تطبق هذه القوانين نفسها على التجارة الخارجية، التي تجري في مجال دولي فتواجه ظروفا مختلفة[34].

([30]) صادق ، هشام ، (1989). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشاة المعارف بالاسكندرية، ص567.

([31]) عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص16 .

([32]) سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص247 وما بعدها

([33]) صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص567 .

([34]) شفيق ، محسن ، (1988) . اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع " دراسة في قانون التجارة الدولية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص5 .

3 : تطبيق نصوص قانونية لا تتفق مع طبيعة النزاع

إن القواعد الوطنية ليست قادرة على حكم التجارة الدولية والأمر يتعلق هنا بنوع من انعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية.

ومن العيوب التي تواجهها قواعد الإسناد، نقص دوليّتها في بعض الأحيان، وتارة أخرى إفراطها في تلك الدولية، مما يؤدي بطبيعة الحال إلى تطبيق نصوص قانونية لا تتفق مع طبيعة النزاع .

فبالنسبة لإفراط قواعد الإسناد في دوليتها، فهذه صفة لصيقة بالطبيعة المتعدية لقاعدة الإسناد، والتي تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي على قدم المساواة، وبذلك تقود الطبيعة المتعدية إلى قصور ناجم عن أن قاعدة الإسناد تعقد الاختصاص في مجال معين لقانون أجنبي، بينما يكون من المناسب بل ومن المتعين الاعتراف بعقد الاختصاص كاملاً لقانون القاضي، وذلك في المجالات التي يزداد اتساعها بتطور الدور الذي تقوم به الدولة في العلاقات الخاصة الدولية، مثل حماية ناقص الأهلية[35].

أما بالنسبة لافتقار قواعد الاسناد للدولية، فيكون ذلك في اخضاع مسألة دولية لقانون داخلي، حسبما تقضي به هذه القواعد، ولا شك أن ذلك ينطوي على تجاهل لخصوصية وطبيعة بعض العلاقات الدولية . إذ إنّ أنصار قواعد الاسناد ينظرون للبيع الدولي كما لو كان بيعاً داخلياً، وبالتالي يخضع للقانون الداخلي، غاضين الطرف عن مقتضيات الحياة الخاصة الدولية[36].

([35]) عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص17 .

([36]) سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق،ص294.

ولا بد لنا أن ندرك أن تجاهل قاعدة الإسناد، لحاجات وخصوصيات الحياة الدولية يتعارض مع الهدف الاجتماعي لعلم القانون بوجه عام، فالقانون ظاهرة اجتماعية، يوجد ليواجه مشكلات الحياة في المجتمع، حيث إنّ المشكلات التي توجد في مجتمع معين تختلف عن تلك التي توجد في مجتمع آخر . وبالتالي فإن القواعد القانونية في كلا المجتمعين تكون دائما متباينة، فإذا كان الأمر كذلك فكيف يمكن بالتالي إقامة التطابق بين مشكلات الحياة الداخلية و مشكلات الحياة الدولية للأفراد، إن الاختلاف والتباين بين نوعي تلك المشاكل، لا يمكننا معه نقل القواعد القانونية الخاصة بالحياة الداخلية، إلى ميدان الحياة الدولية، وإن خصوصية روابط وعلاقات تلك الأخيرة، يقتضى إيجاد حلول وقواعد تتفق وتتلاءم ومعطياتها الذاتية[37]، حيث إن خروج منهج قاعدة الإسناد عن هذه المسلمات يجعل منه منهجا غريبا لتنظيم الروابط الدولية، لأنه يفتقد إلى الصفة الدولية، لأن تدويل الروابط القانونية يقتضي تدويل القواعد القانونية التي تحكمها[38].

وبذلك نستطيع القول إنّ الانتقادات التي وجهت إلى منهج قواعد الاسناد، عادت عليه ببعض الفوائد، حيث أظهرت انه في الحدود التي يفرط فيها منهج قواعد الاسناد في دوليته أو يفتقد لتلك الدولية، فإنه يجدر التخلي عنه وخاصة عندما يبدو عدم ملاءمته لها، إلا أنه يجدر التفرقة الدقيقة بين إفراط منهج قواعد الإسناد في دوليته، أو افتقاده لتلك الدولية، وذلك لاختلاف المعالجة في كل حالة[39].

([37]) سلامة نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارية الدولية، مرجع سابق، ص194

([38]) سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص249 .

([39]) المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم الحياة الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص149 وما بعدها.

فعندما تفتقد قاعدة التنازع الدولية، فإنه يجب استبعادها واحلال تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص[40] .

وعلى خلاف ذلك، فعندما تكون قاعدة التنازع مفرطة في الدولية، فإنه يوجد علاجٌ لذلك باللجوء إلى ما يسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس)، حيث ظهرت هذه القواعد كعلاج لمغالاة منهج قواعد الاسناد في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية، وهذه القواعد هي عبارة عن قواعد قانونية تتولى بنفسها تحديد نطاق تطبيقها المكاني، بهدف تثبيت الاختصاص الإقليمي لقانون القاضي في بعض الحالات، وهو نفس الدور الذي كانت تلعبه فكرة النظام العام في ثوبها التقليدي قبل التطور الذي لحق بها، حتى أضحت وفقاً لمفهومها الحديث أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في دولة القاضي حين يتعارض والمبادئ الأساسية في هذه الدولة . [41]

4 : العيوب المتصلة بحياد قواعد منهج التنازع وتجريدها

يركز منهج قاعدة الإسناد على العنصر الأجنبي الذي تحتويه العلاقة القانونية محل النزاع، حيث يعتبر نقطة الانطلاق في اختيار القانون الملائم والأصلح لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، وبالتالي فهو يعتمد في فض التنازع على هذه العلاقة، وردها إلى إحدى الأفكار المسندة تمهيداً لتطبيق القانون المختص، سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً، فلا يقتصر إعمال قاعدة الإسناد على بيان حالات تطبيق قانون القاضي فقط، وإنما تقوم بدور أخر على قدر من

(40) عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص23 .
(41) ياقوت ، محمود محمد(200) ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، الإسكندرية ، منشأة المعارف . ص168 .

الأهمية، وهو بيان الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي،وذلك لأنها قاعدة مزدوجة الجانب [42]، كما أشرنا إلى ذلك سابقاً .

وكذلك، فإن منهج قاعدة الإسناد يعتمد على اختيار أنسب القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظر المشرع الوطني . [43] دون نظر إلى المضمون الموضوعي لأحكامه ويتم تقدير تلك الملاءمة بالنظر إلى عناصر خارجية فقط، قوامها وزن أوجه الصلة بين العلاقة والقوانين المعروضة، بحيث يتم اصطفاء القانون الذي توجد معه أكثر الروابط وثوقا وجدية[44]، كما أن قاعدة الإسناد قاعدة تشريعية وطنية ملزمة أي تقوم بعملية تفاضل بين القوانين بحياد وموضوعية متجردة، حيث إنها تسعى إلى تلبية مصالح وواجبات الدول ذاتها أو مصالح أحد الأطراف في الروابط الخاصة ذات الطابع الدولي، إلا أن واضعي قاعدة التنازع في كثير من الأحيان يأخذون مصالح دولهم بعين الاعتبار، وخير دليل على ذلك هو الاختلاف والتباين بين قواعد التنازع في النظم القانونية الوطنية، نظراً للتباين والاختلاف في مفهوم ومدى تلك المصالح، حيث يعتبر ذلك أمراً نسبيا يختلف من دولة لأخرى[45].

كذلك، فإن تنوع واختلاف قواعد التنازع في النظم القانونية الوطنية يؤدي إلى اختلاف القوانين الوطنية الواجبة التطبيق على ذات المسألة .

وعندما يصل القاضي إلى مرحلة تتطلب منه إعمال القانون المختار، فإنه لا يتمكن من أن يتركه إذا تبين له عدم ملاءمته ومناسبته للعلاقة محل النزاع، وذلك

(42) ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص173 .
(43) صادق ، هشام ،(1983) . تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، ط2 ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، مرجع سابق ، ص3 .
(44) سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص246.
(45) المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق ، ص144.

تأكيداً للصفة الملزمة لقاعدة الإسناد التي توجب احترامه وتطبيقه بالرغم من عدم ملاءمته، كذلك فإن العلاقة القانونية قد لا تغطيها قاعدة إسناد واحدة، بحيث يصبح من الضروري البحث عن قوانين أخرى، وذلك لكي تحكم باقي جوانب النزاع، بحيث يترتب على ذلك آثار سلبية في بعض مجالات الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي، بحيث يبرر إخراج هذه العلاقة من نطاق قاعدة الإسناد المطبق عليها[46] وتراعي قواعد الإسناد، وذلك وفقاً للمنهج التقليدي في تنازع القوانين، وتحديد القانون الداخلي المختص بحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، بحيث يتم اختيار القانون الأقرب إلى الرابطة والأكثر اتصالاً بعناصرها المختلفة، وذلك دون الاعتداد بمضمون هذا القانون أو أثار تطبيقه على النزاع. [47]

ولهذا قيل إنّ قواعد الاسناد بمثابة التردي إلى هاوية لا يعرف لها قرار أو القفز إلى المجهول، ذلك لأن القاضي لا يستطيع أن يتنبأ بالحكم الذي يفرضه القانون الأجنبي في اللحظة الذي يتم فيها تحديد هذا القانون على اعتبار أنه القانون المختص بحكم العلاقة القانونية، بل تتراخى معرفته الأكيدة لحكم هذا القانون إلى لحظة تطبيقه[48]، وسبب ذلك أن المشرع الوطني لم يقم بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بذات الوجه الذي نظم فيه العلاقات الوطنية المحضة، معنى ذلك أنه لم يضع لها تنظيماً قاعدياً يكفل في ذاته إيجاد حل مباشر وواضح لكل حالة، وإنما اكتفى المشرع الوطني بأن عين للعلاقات ذات العنصر الأجنبي قانوناً يمكن أن

([46]) سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص191.

([47]) الطروانة ، مصلح أحمد ، (2001) ، قانون التجارة الدولي " دراسة نظرية تحليلية لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص ، دار رند للنشر والتوزيع ، عمان ، ص114

([48] ناصيف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، مرجع سابق ، ص454 .

تجد حكمها فيه من خلال ضوابط الإسناد [49]، فتلك هي الطريقة التي تتناسب مع اشتمال تلك العلاقة على العنصر الأجنبي، والقفز إلى المجهول يعني السماح بتطبيق قانون أجنبي إذا كانت قد حتمته مقتضيات الحياة الدولية والتعايش بين النظم القانونية المختلفة . [50]

ويرى الباحث, أن القول السابق يصعب الأخذ فيه على إطلاقه، لأنه من شأنه هدم قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، لاسيما وأنها وسيلة مهمة لتسوية المنازعات الخاصة الدولية, وتحقيق التعايش بين المجتمعات و الدول ذات القوانين المختلفة.

وقواعد الإسناد هي أيضاً أداة تحكمية بين يدي القاضي، والسبب في ذلك أن قواعد الاسناد قواعد ميكانيكية يتم إعمالها أياً كان القانون الذي ترشد إليه هذه القواعد واياً كان جوهره ومضمونه .

لذلك، فإن الجانب الغالب من فقه قانون التجارة الدولي، يرى أن اللجوء إلى منهج قواعد الإسناد، وما يترتب عليه من تطبيق قانون داخلي لدولة ما على العقود التجارية الدولية، قد يكون غير ملائم، أو غير عادل، أو غير عملي، ويعود ذلك لعدة أسباب تتعلق بمجملها بماهية وخصائص العلاقات الخاصة الدولية، وهي تختلف بطبيعة الحال عن العلاقات الداخلية البحتة مناط تطبيق القوانين الوطنية، ولذلك تعالت الدعوات المنادية بالتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية في التجارة الدولية أي قانون التجارة الدولي (Lex mercatora) باعتبار أن هذا القانون يتمتع بكونه قواعد دولية ملائمة تنظم روابط عقدية ذات طبيعة دولية أيضاً . [51]

---

[49] منصور ، سامي بديع ،(1994) الوسيط في شرح القانون الدولي الخاص ، حلول النزاعات الدولية الخاصة ، ط1، لبنان ، دار العلوم العربية ، ص133 .

[50] رياض ،عبد المنعم وراشد سامية ، (1994). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص208 .

[51] الطراونة ، قانون التجارة الدولي ، مرجع سابق ، ص115 .

إن " منهج القوانين قد أصبح مشوهاً أو زائفاً تماماً، لأنه يؤدي إلى تطبيق قواعد وضعت أساساً لحالات داخلية على أوضاع دولية " [52]، فكيف بنا أن نساوي على سبيل المثال بين عقد بيع دولي وأخر داخلي، فالأول له سماته ومقتضياته الذاتية التي تختلف اختلافاً جوهرياً عن عقود البيع الداخلية، حيث إن عقود البيع الدولية أداة تبادل الثروات والخدمات عبر الحدود يتم تكليفه بمهام توثيق روابط التعاون والتبادل بين الأفراد من مختلف الدول، وهو مالا نراه في عقد البيع الداخلي، مما يؤكد أن منهج تنازع القوانين لا يتفق وحاجات التجارة الدولية الحديثة كماً ونوعاً، مما يؤدي إلى عجز هذا المنهج عن تغطية المشكلات المستجدة على صعيد التجارة الدولية . [53]

ثالثاً: الدعوة إلى هجر قواعد الإسناد: من خصائص القواعد الموضوعية أنها تعالج القصور الذي يشوب منهج قواعد الإسناد الذي يكمن في افتقار هذا المنهج للصفة الدولية، حيث يرى أنصار تطبيق القواعد الموضوعية أنّ إعمال قاعدة التنازع يؤدي إلى عقد الاختصاص لقانون داخلي، وفي أغلب الأحيان لا يتلاءم ذلك القانون مع طبيعة العلاقة الخاصة الدولية وخصوصيتها الذاتية [54]، وكذلك فإن الاعتداد بتلك الخصوصية يدعو إلى صياغة قانون يحكم العلاقات الخاصة الدولية، بحيث يتضمن قواعد موضوعية موحدة تتبناها كل دولة في تشريعها الداخلي تطبق مباشرة على هذه العلاقات بواسطة القضاء فيها، والهدف من ذلك هو الوصول تدريجيا لاحلال وتطبيق

[52] سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص193.
[53] صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص148 .
[54] عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص25 .

القواعد الموضوعية محل قاعدة التنازع، أو استخدام هذه القواعد في ميدان تأخذ فيه المعطيات الاجتماعية أهمية بارزة كميدان التجارة الدولية، حيث يعتبر إحياء قانون التجارة (Lex marcatoria) تعبيراً عن هذا الاتجاه، الذي يدعو إلى التمسك بتطبيق القواعد الموضوعية[55]، وهجر منهج قواعد الإسناد .

ولا نبالغ إذا قلنا إنه لا يكاد يخلو نظام قانوني وضعي من وجود عدد، غير قليل، من القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية، وهي على نوعين:-

النوع الأول: القواعد الموضوعية، ذات الأصل التشريعي الداخلي وهي تلك القواعد التي يتكفل بوضعها المشرع في النظم القانونية الوطنية، في كل دولة، وتكون خاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، ومثالها القانون التشيكوسلوفاكي الصادر في 4 ديسمبر 1963 والمتعلق " بالروابط القانونية في العلاقات التجارية الدولية، والذي بدأ العمل به في ابريل عام 1964 ويعرف باسم " تقنين التجارة الدولية" وهو يحتوي على 726 مادة،، تعالج وتنظم علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية الوطنية البحتة[56].

النوع الثاني : القواعد الموضوعية ذات الأصل الاتفاقي، وهي تلك القواعد التي تم الاتفاق عليها بين الدول بخصوص أحد جوانب علاقات التجارة الدولية، التي تطبق مباشرة على العلا قات التي تدخل في مجال سريانها ومثالها اتفاقيات جنيف المبرمة في عام 1930 وعام 1931 والمتعلقة بالنظام القانوني للكمبيالة، والسند الأذني والشيك. وفي إطار مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، أبرمت العديد من

(55) خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، مرجع سابق، ص13 .
(56) صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص536 وما بعدها .

الاتفاقيات التي تضع القواعد الموضوعية التي تنظم مباشرة العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ومنها اتفاقية لاهاي المبرمة في عام 1964 التي تتضمن قانونا موحدا للبيع الدولي للمنقولات المادية، كما تم في إطار الأمم المتحدة اتفاقية مبرمة عام 1980 خاصة بالبيوع التجارية الدولية[57].

وسواء تعلق الأمر بقواعد مادية وضعية أو اتفاقية، فإن كلاهما يتضمن تنظيما موضوعيا للمسائل التي تدخل في نطاق تطبيقها، ولا يكون هناك حاجة لإعمال منهج قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص[58].

أما فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي، فإن المحكم لا يملك قانوناً وطنياً يعد بمثابة قانون اختصاصه على غرار قانون القاضي، الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار القانون التجاري الدولي القانون المختص، وبالتالي يقوم المحكم بتطبيقه تطبيقاً مباشراً دون إعمال منهج قواعد الاسناد[59].

وبذلك نستطيع القول إنّ ظهور القواعد الموضوعية وتزايد عددها، وتنوع مصادرها ليس سوى نتيجة طبيعية لأزمة منهج قواعد الاسناد، لذلك استمر تعرض هذا المنهج لهجمات عنيفة أتت من الخارج عبر البحار والمحيطات[60] وقادها الفقه الأمريكي، حيث عارض هذا الفقه ما أسموه بتطرف المنهج التقليدي لحل مشكلة تنازع القوانين، حيث انطلق الفقيه الأمريكي (دافيد كفرز) من ملاحظة انتقادية مفادها أن قاعدة التنازع التقليدي القائمة على منهج التنازع والتي تسعى لتحديد القانون الواجب

([57]) سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص272 وما بعدها.

([58]) المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم الحياة الخاصة الدولية ، مرجع سابق، ص155 وما بعدها.

([59]) سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص231 وما بعدها

([60]) سلامة، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق، ص301.

التطبيق باستخدام ضوابط خاصة لا تستطيع التوصل إلى حلول سلمية مُرضية، حيث لا تهتم هذه القاعدة بالحل الموضوعي للنزاع، وذلك نظراً لطبيعتها غير المباشرة، فتقتصر هذه القواعد على نطاق تطبيق القانون، حيث إن هذه القواعد التي توجد في تقنينات القانون الدولي الخاص الوطنية، ويستخدمها القضاء أيضاً، تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق، وهي مغمضة العينين[61] .

حيث إن منهج قواعد الإسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق دون أن يكترث بمعرفة مضمون هذا القانون، وعندما يقوم بهذه الوظيفة، يبدو وكأنه مجرد أداة للتصنيف، يجري توزيع العلاقات القانونية بين مختلف القوانين السارية، وعلى خلاف ذلك تقوم باختيار أحد هذه القوانين لتطبيقها على علاقة ما. [62] وفي ميدان العقود، اثيرت فكرة القانون المناسب للعقد، وهذا ما سنبحثه في المطلب اللاحق .

المبحث الثاني : دور المحكم في إيجاد قواعد موضوعية مشتركة تنظم عقود التجارة الدولية.

ما زال الخلاف مستمراً حول هذا الموضوع، حيث يرى أنصار (قانون التجار الجديد) من التحكيم التجاري الدولي الأداة الرئيسة لمحاولة إحياء قانون التجار (Lex marcatoria) ويلقون بالتالي على عاتق المحكم مهمة خلق قواعد تجارية مشتركة بين الدول، ذلك لأنه لا يقع على عاتق المحكمين خلافاً للقضاة احترام وتطبيق النصوص القانونية الصادرة من مشرع ما، وإلى جانب ذلك ومن الناحية العملية، فإن

(61) عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص129 .
(62) سلامة، علم قاعدة التنازع ، مرجع سابق، ص98 .

إعطاءهم تلك المكنّة يعطيهم القدرة على استبعاد القوانين الداخلية التي يقدرون نقصها وعدم ملاءمتها للعلاقات التجارية الدولية كما يسمح أيضاً لهم بتطبيق نصوص مستمدة من قوانين مختلفة، وهو ما يؤدي بالتالي إلى ايجاد قواعد موضوعية في القانون الدولي الخاص مشترك بين كل الدول [63]، هذا الاتجاه الذي يدعو إلى منح المحكم القدرة على استبعاد اللجوء إلى قانون داخلي ما، تدعمه بعض النصوص المستمدة من المعاهدات والقوانين الدولية كما نصت المادة (1/33) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي على ما يلي " تطبق هيئة التحكيم القانون الذي اختاره الطرفان على موضوع النزاع، فإذا لم يحددا قانوناً يطبق القانون الذي يستند إليه قواعد الإسناد واجبة التطبيق " . وفي هذا المجال لا بد من استعراض الدور الذي يلعبه المحكم في استبعاد منهج التنازع، وفي هذا الخصوص تنص الفقرة الأولى من المادة (28) من القانون النموذجي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة 1985م، بما يلي " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على انه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك "، فالنص صريح إذاً في أن ما يختاره طرفا النزاع هو تطبيق قواعد قانون معين وقت الاختيار وليس اختيار تطبيق هذا القانون بصفة

[63] عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص44 .

مطلقة بما يتضمنه من نصوص قائمة عند الاختيار ونصوص معدلة أو جديدة تصدر بعد ذلك.[64]

هذه النصوص السابقة تتعلق بحالة اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب على موضوع النزاع .

أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد ذلك القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فنلاحظ أن هناك توجهاً سائداً في كثير من مؤسسات التحكيم العالمية، ومثال ذلك نجد أن المادة (33) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة صناعة وتجارة دبي تنص على أنه " إذا لم يتفق الأطراف صراحة أو ضمناً على القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم قوانين الدولة وأعرافها السائدة، إذا كان موضوع النزاع داخلياً وبين أطراف مقار أعمالهم الرئيسية في الدولة، وفي غير هذه الحالة تطبق الهيئة القانون / القوانين الأوثق ارتباطاً بموضوع النزاع . وبمقتضى الفقرة الأولى من نص المادة (17) من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية التي وضعت موضع التنفيذ اعتباراً من 1 يناير /كانون الثاني 1998، تقضي الفقرة الأولى من هذه المادة أنّه في حالة عدم اتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون الذي تراه مناسباً، وبمقتضى الفقرة الثانية من المادة (17)، فإن على هيئة التحكيم أن تأخذ بعين الاعتبار نصوص العقد والأعراف التجارية ذات الصلة .

أما المادة (28) من القانون النموذجي فإنها تنص في الفقرة الثانية على أنه " إذا لم يعين الطرفان أي قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره

---

[64] الشرقاوي ، محمود سمير ، (2000) ، القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي ، مجلة التحكيم اليمنية ، العدد 8 ، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، ص16 .

قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق "، ويقضي هذا النص أنه في حالة عدم اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب صراحة أو ضمناً، فعلى المحكم أن يطبق القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع (قواعد الاسناد) التي يرى المحكم أنها مستوجبة التطبيق . [65]

ونلاحظ على هذا النص أنه يقيد سلطة المحكم، لأنه يجعله في مركز متساو مع مركز القاضي، دون أن يسمح بتجاوز المحكم إلى تطبيق أحد القوانين التي قد لا تتصل بموضوع النزاع بصلة مادية، وتنحصر سلطة هيئة التحكيم هنا في تحديد قواعد تنازع القوانين واجبة التطبيق.[66]

ويتضح من خلال النصوص السابقة ان تطبيق القانون الذي يتفق عليه الاطراف في شان موضوع النزاع يستند إلى مطلق إرادة المتعاقدين التي تعلو على القانون بل إنّ اساس إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القواعد التي يجدونها مناسبة لحكم علاقاتهم التعاقدية تشكل احد مبادئ القانون الدولي الخاص التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، لذا نجد أن استقلال إرادة الأفراد وحرية التعاقد تلعب دوراً أساسياً في خلق هذه القاعدة لتنظم للأطراف علاقتهم الخاصة[67].

وقد يتم تأسيس أو اختيار القانون عن طريق أحد نصوص العقد مثار النزاع، أو بمقتضى مشارطة مستقلة للتحكيم، وقد يكون هذا القانون وطنيًا أو مجموعة قواعد جرى العرف التجاري الدولي على تثبيتها أو يتضمن العقد مباشرة بنوداً تحوي هذه

---

(65) حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الاجرائي والمستحدث الموضوعي،مرجع سابق، ص243.

(66) الشرقاوي ، القانون الواجب التطبيق على اجراءات وموضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص18 .

(67) سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص9.

النصوص القانونية ذات الشأن[68].وعلى هذا النحو، فإذا كان للمتعاقدين أن يختاروا القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية فإنه يتعين أن تكون حريتهم في هذا الشأن طليقة، ومن ثم لا يجوز للمحكم أن يصحح مسارهم ويطبق قانوناً آخر على موضوع النزاع، بدعوى أن القانون المختار لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية أو أنه يفتقر إلى الصلة المتطلبة بينه وبين هذه العلاقة، ذلك أن مثل هذا المسلك يخل بالأمان القانوني ويتنافى أيضاً مع الاحترام المتطلب لتوقعات الأفراد، بوصفه من أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر. [69]

وايضاً تقر هذه الطريقة في اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم منازعتهم التي تطرح على التحكيم بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي مثل اتفاقية نيويورك 1958 بشان الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، فقد اعترفت بمبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بتكوين اتفاقية التحكيم وقررت في الفقرة الاولى من المادة الخامسة أن عدم صحة الإرادة يعتبر أساساً لعدم الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه طبقاً للقانون الذي أخضعه الأطراف له [70].

وكذلك اتفاقية جنيف 1967 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت في فقرتها الأولى من المادة السابعة منها على ما يلي " الأطراف هم أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع المنازعة وفي حالة غياب إشارة

([68]) عطروش ، شرط التحكيم والقانون واجب التطبيق في عقود البضائع عبر البحر ، مرجع سابق ، ص12 .

([69]) صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص333 .

([70]) الصلاحي، أحمد بن ناجي، (2000). تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، مجلة التحكيم اليمنية، العدد العاشر، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ص31.

الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق، فيجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة "[71] .

كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965، المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى، إذ تنص المادة (42) على ما يلي " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون المختارة من الاطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمنازعة[72] ".

وكذلك تقر حرية اختيار الخصوم لقانون وطني يحكم موضوع النزاع لائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة 1966، إذ تنص المادة (38) منها على أنه " مع مراعاة حكم المادة 39 (وهي المتعلقة بالتحكيم الدولي إذا كان ذلك هو رغبة الاطراف) فإنه يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي يحدده الاطراف لحكم موضوع النزاع وفي حالة عدم الاستدلال على هذا الاختيار فإنه يكون للمحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة "[73].

كذلك يقترب من هذا الحكم ما تقضي به المادة (7/4/أ) من لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول آسيا المعروفة باسم لائحة (C.E..A.E.O)، حيث تنص على أن " يؤسس قرار التحكيم على القانون

([71]) الشرقاوي، القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص16.

([72]) حزبون، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص581 .

([73]) حزبون، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص581.

الذي يختاره الأطراف لحكم موضوع المنازعة، وإذا لم يعين الأطراف القانون الواجب التطبيق فإنّ المحكم أو المحكمين يطبقون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في هذا الخصوص"[74] .

كذلك تم إقرار هذه الطريقة فيما يتعلق بالأولوية بين القوانين المحتملة لحكم موضوع النزاع الذي يطرح على التحكيم التجاري الدول في نص المادة (33) من لائحة قواعد التحكيم الخاصة الصادرة عن الأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1976 والتي اقرّت بتطبيق محكمة التحكيم القانون الذي يحدده الأطراف لحكم موضوع النزاع، وفي حال غياب مثل هذا الاختيار فإن المحكمة تطبق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي تعتبر ملائمة في هذا المجال[75] " .

مما تقدم يتبين أنه في اساس حل قضية القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في المعاهدات المذكورة يكمّن مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعترف بهذا القدر أو ذلك فيما يخص العقود المتعلقة بالتجارة الدولية في مجال التشريع والقضاء والفقه في جميع الدول تقريباً، ومع ذلك فلم تشترط اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف، بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958م، أو الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف 1961 لزوم التعبير الصريح في إشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق، ولذلك تقوم إمكانية لتحديد القانون الذي ينظم اتفاقية التحكيم استناداً إلى تصرفات الأطراف الضمنية أي التصرفات التي تفصح بوضوح عن إرادة الأطراف[76].

([74]) الصلاحي ، تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم مرجع سابق ص32 .

([75]) المؤيد ، عبد الله (2001) الطبيعة القانونية لمنهج القواعد الموضوعية والعوامل التي أدت إلى تطوره أمام قضاء التحكيم ، مجلة التحكيم اليمنية ، العدد 21 المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ص 9 .

([76]) الصلاحي،تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، مجلة التحكيم اليمنية، العدد العاشر، مرجع سابق، ص31 .

وفي حال عدم إمكان تعيين القانون الذي يحكم قواعد اتفاقية التحكيم بالطريقة المذكورة، قضت بإعمال إسناد معين، وبهذا تدحض الأساليب السائدة حالياً في البلدان الغربية في مجال الفقه والقضاء بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، وعلى سبيل المثال البحث عن الإرادة المفترضة للأطراف، وكذا توطين العقد تبعاً لإرادتهم، وانطلاقاً من جملة ظروف القضية المعروضة بدون استخدام أية قرائن، ولذلك قد يكون اختيار الأطراف لقانون وطني لحكم موضوع منازعتهم المطروحة على التحكيم اختياراً تفرضه ظروف وطبيعة العقد مثار المنازعة، بمعنى أنه قد يكون تطبيق المحكم لقانون وطني من اختيار الخصوم ليس إلا إعمالا لإرادة الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية، وإذعاناً من الطرف الآخر، كما هو الحال في كثير من العقود الدولية[77].

ويلاحظ أنه في تطبيق قاعدة الإسناد إلى محل إبرام العقد، توجد صعوبات غير خافية ذلك أنه ليس ثمة مفهوم موحد لهذا المصطلح، فمثلاً القانون الأنجلو سكسوني في إطار ما يسمى بالقانون العام (Commune law) يستند إلى فكرة في صندوق البريد عند ابرام العقد في غياب الاطراف، وطبقاً لهذه الفكرة فإن الاتفاقية تعتبر قد انعقدت في لحظة ومكان ارسال القبول. [78]

ومن الناحية التشريعية نجد أن القوانين الوطنية أيضاً بدأت تعدل من المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد، والقانون الواجب التطبيق ويتجلى ذلك في ميادين التحكيم والقانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع في قضايا التجارة الدولية[79].

([77]) رضوان ، أبو زيد ، (1981) الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 134 .

([78]) المؤيد، محمد عبدالله، (2000). التكييف القانوني لاتفاق التحكيم تمهيدا لتحديد القانون الذي يحكمه ، مجلة التحكيم اليمنية، العدد11، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، ص13 وما بعدها .

([79]) حزبون، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص579 وما بعدها.

بحيث أصبحت تنظر إلى العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً، نظرة خاصة، وذلك في الحالات التي تمس هذه العلاقات مصالح التجارة الدولية، بحيث تخرجها في بعض الاحيان من نطاق قواعد الإسناد،والقواعد الموضوعية الداخلية لتخضعها لقواعد عرفية تجارية وطنية أو دولية، وهذا ما أوضحه المشرع الفرنسي وذلك بمقتضى المادة (1492) وما يليها من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي[80] .

كما أوضحت المادة (1496) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي أن المحكم يحكم وفق قواعد القانون الذي اختاره الاطراف، وفي حال عدم وضوح إرادة الأطراف، فوفقاً للقانون الذي يراه مناسباً،وفي جميع الأحوال يتعين على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية[81].

أما في تشريعات أخرى، فإن الموقف من القانون الواجب التطبيق خارج نطاق القوانين الوطنية أقل وضوحاً، حيث ترك المجال للتوسع في مفهوم القانون في بعض الحالات تحت عنوان قانون الإرادة وأحياناً أخرى قانون القاضي، كالتشريع المصري (المادة 19 مدني لسنة 1949)، حيث أخضع العقد لقانون الإرادة[82].

ولكن السؤال الذي يُثار هنا: ما هي القيود التي يمكن أن تحيط باختيار الأطراف، وهل هذا الاختيار مطلق أو مقيدٌ ؟ .

ونستطيع القول إن الحرية المطلقة للأطراف في العقد في اختيار القانون بالمعنى الواسع يمكن أن ينسحب ليؤخذ بمفهوم النظام القانوني للدولة التي يتم اختيار قانونها وليس قانوناً بعينه، سواء أكان أطراف العقد من أشخاص القانون الخاص، أم

([80]) حزبون ، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي والمستحدث الموضوعي ، مرجع سابق ، ص240.

([81]) رفعت ، ولاء ، (1984) التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية الغرفة التجارية الصناعية جدة ، ص166 .

([82]) حزبون ، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ص581 .

كان أحدهم من أشخاص القانون العام، كالدول أو إحدى مؤسساتها العامة، وسواء اختار الأطراف القانون الوطني أو أي قانون آخر[83].

وسواء تم الاختيار صراحة أو ضمناً، فنجد أن نطاق إدارة الأطراف بالاختيار تكون أوسع في ميدان العقود الدولية التي تخضع للتحكيم منها في العقود الدولية التي تخضع للقضاء الوطني، والسبب في ذلك يعود إلى أن القاضي الوطني يأخذ في معرض تطبيقه للقواعد القانونية لقانون اختصاص القاضي (Lex fori) مفهوماً قانونياً مضيقا للاهتداء إلى القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال إعماله لقواعد تنازع القوانين[84] .

وهذه نتيجة حتمية، وذلك لأن القاضي الوطني مُقيّدُ باتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه أي لقانون دولته، التي يصدر باسمها أحكامه، ويجب عليه بالتالي اتباع قواعد الإسناد التي بينها هذا القانون للإرشاد إلى القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح عليه[85].

إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي، حيث إنه ليس له قانون اختصاص ولا يصدر قراره باسم هذه الدولة، أو تلك، ومن ثم فلا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كانت هي او أحد رعاياها طرفاً في المنازعة التي تطرح على التحكيم[86].

([83]) حزبون ، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي المستحدث والمستحدث الموضوعي ، مرجع سابق ، ص245 .

([84]) الصلاحي، تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم ، مرجع سابق، ص36 وما بعدها .

([85]) رضوان ، ابو زيد ، (1981). الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، ص32 .

([86]) سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص332

إلا أنه من الصعب القول بتخلص التحكيم التجاري الدولي تماماً من تدخل القانون الوطني، ولا سيما بالنسبة لقانون الدولة التي تم فيها إبرام اتفاق التحكيم، أو قانون دولة مكان إجراء التحكيم باعتباره أحد القوانين التي يعد، وفقاً لنظرية المؤشرات، واجب التطبيق ككاشف للإرادة الضمنية للمتعاقدين[87].

وبذلك، نستطيع القول بأن حرص أطراف التجارة الدولية في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ بينهم مستقبلاً يرجع إلى أن التحكيم يحرر المحكم عادة، – وخلافاً للقاضي العادي – من القيود الآمرة المفروضة من قبل القوانين الوطنية المختلفة والتي قد لا تتطابق مع طبيعة التجارة الدولية، فالمحكم بناء على ذلك، يستطيع باسم إرادة الاطراف الصريحة او الضمنية أن يطبق على ما يطرح أمامه من منازعات القواعد الموضوعية التي جرى متعاملو التجارة الدولية على اتباعها في هذا الإطار[88].

وأكثر من ذلك، فإنه عند غياب هذه الإرادة يستطيع المحكم إعمال إما القواعد العرفية التي تتضمنها العقود النمطية والتي لا ترتبط شروطها العامة بقانون دولة او دول معينة، أو القواعد الدولية الخاصة بتفسير مصطلحات التجارة الدولية والمعروفة باسم (INCOTERMS) والصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس (والموقعة في فينا 1953 مع تعديل جوهري في عام 1980)، وكان لذلك دور في تعليق آمال عظمى على دور التحكيم التجاري الدولي كطريقة لايجاد قواعد ما يسمى بـ (Lex marcatoria)، أي القانون التجاري المشترك بين الامم[89].

([87]) إبراهيم ، أحمد إبراهيم ، (1997). التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص173 .

([88]) رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص165 .

([89]) سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص283

ولعل مؤشرات هذا التطور في مجال العلاقات التجارية الدولية ترجع في بدايتها إلى الطبيعة الخاصة لهذه العلاقات، إذ لا جدال في أن إعمال الاحكام الموضوعية الموحدة التي جرى أطراف التجارة الدولية على اتباعها، إنما يوفر لعقود هذه التجارة الاستقرار اللازم في معاملاتهم وهو أمر صعب التحقيق في مجال التنظيم التقليدي لتنازع القوانين، والذي يؤدي تطبيقه إلى إخضاع العلاقات الدولية التجارية للتشريعات الوضعية المختلفة السائدة في البلدان المختلفة تبعاً لما تشير به قواعد التنازع المختصة[90] .

وعلاوة على ذلك، فإن الطبيعة الخاصة بالمعاملات التجارية الدولية قد تتعارض مع إخضاعها للأحكام الوضعية السائدة في بلد معين طالما أن القوانين السائدة في البلدان المختلفة ما هي إلا انعكاس لظروف المجتمعات الداخلية في تلك البلدان، وتعبير عن الاتجاهات والمذاهب الفكرية المتباينة التي تحكم تلك المجتمعات، الأمر الذي لا يؤهلها لمواجهة طبيعة العلاقات الدولية في مجتمع التجارة الدولية .

مما أدى بالتالي إلى زيادة الدعوات المنادية باستقلال ما يسمى بالمجتمع الدولي للبائعين والمشترين، مع عدم التفرقة بين ما إذا كان هؤلاء من الأشخاص الخاصة أو الأشخاص العامة، كالدول والمنظمات والمؤسسات التجارية التي نما نشاطها الخاص التجاري في العقود الأخيرة نظراً لانتشار فكرة تدخل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي في العصر الحديث.

(90) الصلاحي، تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم ، مرجع سابق، ص37 .

الـخاتــمة

تناولت هذه الدراسة موضوع تطوير مفهوم قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص وقد خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها :

أولا : النتائج :

- أن خضوع العقد الدولي للقوانين الوطنية، تصيب العقود الدولية بأضرار بليغة، بسبب ما تتطلبه حركة التجارة الدولية عبر الحدود، وظهور أنواع من العقود الدولية التي بحاجة إلى نوع من التنظيم، لذلك كله كان لا بد من دراسة امكانية تطوير قاعدة الإسناد من مفهومها التقليدي باعتبارها القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، والهدف الذي تسعى قاعدة الإسناد إلى تحقيقه، هو تحديد أكثر القوانين ملاءمة لحكم العلاقة، التي تتنافس على حكمها مجموعة القوانين المعنية، والقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، هو أكثر القوانين، تحقيقا للعدالة من وجهة نظر المشرع الوطني الذي أصدر قاعدة الإسناد المعنية، حيث إن هذا الأمر لا ينطوي على تنازع حقيقي بين القوانين، بل إنّ حقيقته تتمثل في تنافس مجموعة من القوانين، كل واحد منها يأمل أن يحكم العلاقة محل النزاع بين نظرة جديدة تهدف إلى استيعاب التطورات الحديثة على الصعيد الدولي ووجود قواعد عرفية شائعة تترجم في

بعض الأحيان على شكل اتفاقيات دولية تتضمن قواعد موضوعية معدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع، بعيدا عن قواعد الإسناد؛ فالأعراف الدولية، تلعب دوراً هاماً في إمدادنا بالعديد من القواعد المادية المنظمة للعديد من عقود التبادل التجاري الدولي التي من شأنها تحديد الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقود الدولية، ولا نكون بحاجة إلى أية قاعدة إسناد، وهذه القواعد الموضوعية ذات المصدر العرفي تؤدي دورا فاعلا في تنظيم العلاقات بين المتعاملين في ميدان عقود التجارة الدولية، كذلك فإن كثيراً من الدول رأت من مصلحتها الاعتراف بوجودها، سواء في نصوص تشريعاتها الوطنية وأحكام القضاء، أم في المعاهدات الدولية التي تنضم إليها، فمثلا القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية يتم التعامل بها في أكثر من 170 دولة مما يمكن القول بأنها أصبحت قانونا للعالم بأسره في هذا المجال.

- مع التطورات الحديثة، والمتسارعة في مجال التجارة الدولية لم يعد ممكنا اعتماد النظرة التقليدية على إطلاقها، لذلك ظهر اتجاه آخر يدعو إلى قبول القواعد الموضوعية، وهي مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي، الموجودة أصلا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي، ويكون ذلك أيضا بمعزل عن قواعد الإسناد.

ونتيجة لهذين الاتجاهين كان لا بد من التفكير في قاعدة توفيقية، مفادها أن لا نهمل قواعد الإسناد مع القول بأن مفهومها لم يعد يرتكز على الفكرة التقليدية من تنازع بين قوانين داخلية، بل يتم التوسع في ذلك ليشمل هذا التنازع تنازعا بين أنظمة

قانونية بما تشتمل عليه من تشريعات وأعراف تجارية دولية، ومبادئ قانونية، وسوابق قضائية. ويتضمن ذلك النظم القانونية الداخلية والنظام القانوني عبر الدول، والذي يشمل من ضمن ما يشمل قانون التجار (Lex mercatoria) وهو عبارة عن قانون عبر الدول يتضمن مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية، كما يتضمن قواعد خاصة تقتضيها التجارة الدولية . وهو نتاج مجتمع متماسك تقوم بين أعضائه علاقات ومبادلات لها خصوصيتها وتنظيمها الذاتي، كذلك يعد قانون التجار نتاجا للقانون المقارن، فكثير من قواعد الأنظمة القانونية قد تم التنسيق بينها، واستبعدت منها الخصوصيات الوطنية وقد تم استخلاص النواه المشتركة لهذه القواعد وأدرجت في القواعد الجديدة لهذا القانون.

– أن مبدأ سلطان الإرادة قد لعب دورا متعاظما في ميدان التجارة الدولية، حيث بات هو المهيمن في نطاق العقود الدولية، سواء في مرحلة تكوينها، أو تنفيذها أو إنتاجها لآثارها، حيث يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة، أو ضمنا، أو الذي يحدده القاضي استخلاصا من ظروف الحال ووقائع القضية المعروضة.

إلا أن مبدأ قانون الإرادة، بالمعنى السابق لم يعد متمشيا مع متطلبات التجارة الدولية الحديثة، لأن عقود التجارة الدولية، كالقروض الدولية، والعقود الدولية للإنتاج والتوريد مثل عقد نقل التكنولوجيا وعقود المساعدة الفنية وعقود التعاون الصناعي، أضحت الأداة الفنية لتبادل الثروات عبر الحدود، وتسيير التجارة الدولية فإنه من الصعب اخضاعها للقوانين الوطنية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، أصبح من غير الملائم إعمال مبدأ سلطان الإرادة على هذه العقود، فهو كقاعدة اسناد تقليدية سيؤدي حتما إلى تطبيق قانون وطني معين على تلك العقود، بمعنى تطبيق قانون يحكم في الأصل العقود الداخلية وهذا لا يتناسب مع ذاتية وخصوصية عقود التجارة الدولية

المعاصرة، ولن تجد التجارة الدولية ظروفاً ملائمة لنموها وتقدمها إلا إذا أفلتت من قيود واختلاف التشريعات، والقوانين الوطنية، حيث القلق وعدم الأمان، يبقى ملازما، للعقود التي تتم بين رجال الأعمال والتجارة عبر الحدود في ظل هذه القوانين.

ولذلك يمكن القول إن مبدأ سلطان الإرادة هو في الأصل قاعدة عرفية دولية، تم إدراجها ضمن النظم القانونية الوطنية تشريعا أو عرفا أو اجتهاد قضائيا، ولكنها بقيت محتفظة بصفتها الدولية ولهذا جاز القول بإمكانية ان تشير إلى نظام قانوني داخلي أو إلى نظام عبر الدول، بما في ذلك قانون التجار (Lex mercatoria) وذلك من أجل أن تكون قاعدة الإسناد هذه موائمة لمتطلبات وحاجات التجارة الدولية وخصوصا أعراف التجارة الدولية.

ثانياً : التوصيات:-

1- لا بد من التوسع في الإسناد بحيث لا يقف عند تحديد قانون داخلي لدولة معينة بوصفه القانون الواجب التطبيق على العقد، وإنما يجوز إسناد العلاقة العقدية إلى قواعد ليست مأخوذة عن نظام وطني معين، وإنما هي قواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية التي نشأت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية، وبناء عليه فيحق للخصوم إخضاع العقد لهذه الأعراف التجارية عملا بقاعدة التنازع التي تُخّولهم حق اختيار قانون العقد . وأجد أن المشرع الأردني أخذ بهذا الاتجاه في قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 حيث نصت المادة 36/أ على ما يلي: تطبق " هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين" .

فاستخدام المشرع لعبارة (قواعد قانونية) في صدر هذه المادة بدلا من اصطلاح "القانون" يُعطي للمتعاقدين الحق في اختيار قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي لدولة معينة بدليل أن النص أضاف قوله "وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة. وهو ما يجيز أيضا للمتعاقدين الحق في اختيار قانون دولة معينة. هذا مع مراعاة أعراف وعادات التجارة الدولية وذلك في الحالة الأخيرة – حال اختيار قانون دولة معينة – حسبما نصت عليه المادة 36/ج من قانون التحكيم الأردني المذكور.

2- سن قواعد موضوعية وتوحيدها في المجالات الحديثة التي لم تحظ بالتنظيم في التشريعات الوطنية والدولية كمرحلة المفاوضات والمرحلة التحضيرية لإبرام العقود خصوصا العقود طويلة المدى ومثالها وسائل الإنتاج الصناعي وطرق التسويق الحديثة، وكذلك سن قواعد موضوعية في مجال وسائل الاتصال الحديثة في تلك المفاوضات، وتوسيع مدلول الكتابة في العقود الاقتصادية في ظل التطورات العلمية الحديثة بحيث يشتمل اللفظ التلغراف والفاكس والانترنت، كما هو الحال في القانون التجاري الأمريكي الموحد.

3- نشر أحكام التحكيم أو على الأقل المبادئ التي ترسيها هذه الأحكام باعتبار العلانية ضرورة لخلق القواعد الجديدة، للعقود الاقتصادية الدولية وهذا هو الطريق الأمثل للكشف عن القواعد التي تلائم مقتضيات التجارة الدولية والمالية والاستثمارات القائمة والمتطورة.

4- لا بد من تركيز الاهتمام والتعمق في مناهج القانون الدولي الخاص وخصوصاً منهج القواعد الموضوعية، حيث أنه بحاجة إلى دراسات أكثر

تعمقاً حتى يأخذ هذا المنهج حقه بالدراسة والبحث بوصفه من المناهج الحديثة نسبياً في مجال القانون الدولي الخاص .

قائمــة المـراجع

أولاً : الكتب القانونية :-

- خالد، هشام، (2001) . **العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي .
- الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، (1998) . **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، الجزء الأول،ط1، القاهرة، حقوق الطبع محفوظة للمؤلفين .
- دسوقي، بهاء هلال،(1993) . **قانون التجار الدولي الجديد**، دراسة تحليلية، القاهرة . حقوق الطبع محفوظة للمؤلف .
- سلامة، احمد عبد الكريم، (1996) . **علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع** " اصولاً ومنهجاً "، ط1، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة .
- المؤيد ، محمد عبد الله محمد، (1998) . **منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي**، القاهرة دار النهضة العربية .
- رياض، عبد المنعم وراشد سامية، (1994) . **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**، القاهرة، دار النهضة العربية .
- سلامة، أحمد عبد الكريم، (1985) . **القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص**، القاهرة، دار النهضة العربية .
- سلامة، احمد عبد الكريم، (1989) . **نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية** " دراسة تأصلية انتقادية "، القاهرة، دار النهضة العربية .
- منصور، سامي بديع، (1994) . **الوسيط في القانون الدولي الخاص**، حلول النزاعات الدولية الخاصة، ط1، لبنان، دار العلوم العربية .
- ياقوت، محمود محمد، (2000)، **حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي**، الإسكندرية، منشأ المعارف .

- الحداد، حفيظة السيد، (1996) . **الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي .
- عشوش، احمد عبد الحميد، (1988) . **تنازع مناهج تنازع القوانين** " دراسة مقارنة "، القاهرة، دار النهضة العربية .
- ناصف، حسام الدين فتحي (1994) . **مركز قانون القاضي في حكم النزاعات الخاصة الدولية** " دراسة مقارنة "، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية .
- إبراهيم، احمد إبراهيم،(1990) . **أسلوب الاسناد في الميزان** " دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية، القاهرة، مكتبة سيد عبد الله وهبة .
- شفيق، محسن، (1988) . **اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع** " دراسة في قانون التجارة الدولية "، القاهرة، دار النهضة العربية .
- الطراونة، مصلح أحمد، (2001) . **قانون التجارة الدولي** " دراسة نظرية تحليلية لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص، عمان، دار رند للنشر والتوزيع .
- رضوان، أبو زيد، (1981) . **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، القاهرة، دار الفكر العربي .
- رفعت، ولاء، (1984) . **التحكيم التجاري الوطني والدولي في المملكة العربية السعودية**، جدة الغرفة التجارية الصناعية .
- إبراهيم، أحمد إبراهيم، (1997) . **التحكيم الدولي الخاص**، القاهرة، دار النهضة العربية .
- حزبون، جورج، (2002) . قواعد تنازع القوانين بين الوصف الإجرائي والمستحدث الموضوعي، **مجلة الحقوق**، العدد الثاني، الكويت، مجلس النشر العلمي .
- حزبون، جورج، (1989) . الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص، **مجلة نقابة المحامين الأردنية**، العدد العاشر .
- عطروش، عبد الكريم محسن، (2002) . شرط التحكيم والقانون واجب التطبيق في عقود نقل البضائع عبر البحر، **مجلة التحكيم اليمنية**، العدد 25، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم .

- الشرقاوي، محمود سمير، (2000) . القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، **مجلة التحكيم اليمنية**، العدد الثامن، المركز اليمني للتوفيق والتحكيم .
- الصلاحي، أحمد بن ناجي، (2000) . تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، **مجلة التحكيم اليمنية**، العدد العاشر، المركز اليمني .
- المؤيد ، عبد الله (2001) الطبيعة القانونية لمنهج القواعد الموضوعية والعوامل التي أدت إلى تطوره أمام قضاء التحكيم ، مجلة التحكيم اليمنية ، العدد 21 المركز اليمني للتوفيق والتحكيم
- رضوان، أبو زيد، (1981) . الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، **مجلة الحقوق والشريعة**، السنة الرابعة، العدد الثاني في الكويت .

ثانياً : القوانين والاتفاقيات :-

- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 .
- قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 .
- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة 1958 .
- قواعد القانون النموذجي لعام 1985، الذي وضعته لجنة القانون التجاري بالأمم المتحدة .
- قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) لعام 1998، الصادرة عن غرفة التجارة الدولية .
- نظام التوفيق والتحكيم بغرفة تجارة دبي، الصادر في دولة الامارات .
- اتفاقية جنيف المتعلقة بالتحكيم الدولي لعام 1967 .
- اتفاقية لاهاي 1964
- لائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة لعام 1966 .

ثالثاً : المجلات القانونية المتخصصة :-

- **مجلة التحكيم اليمنية**، الصادرة في الجمهورية اليمنية .

- **مجلة الحقوق والشريعية الكويتية**، الصادرة في الكويت .
- **مجلة الحقوق الكويتية**، الصادرة في الكويت .
- **مجلة نقابة المحامين الأردنية**