جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كليّة الحقوق والعلوم السياسية

إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم
تخصّص: قانون

من إعداد الطالبة
بلاش ليندة

تحت إشراف الأستاذ الدكتور
إقلولي محمد

لجنة المناقشة:

د. يسعد حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ----------**رئيسة**،

د. إقلولي محمد، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ----------**مشرفا ومقررا**،

د. أيت منصور كمال، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية---------- **ممتحنا**،

د. قبايلي طيب، أستاذ محاضر أ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية---------- **ممتحنا**،

د. خلفي عبد الرحمان، أستاذ محاضرأ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ---------- **ممتحنا**.

تاريخ المناقشة: 2017/11/16

بسم الله الرحمان الرحيم

...وَقَالَ رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَدۡخِلۡنِي بِرَحۡمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ١٩

صدق الله العظيم

آية 19 سورة النمل

كلمة شكر

من بعد الشكر والحمد لله عزّ وجلّ،

أسمى عبارات الشكر والتقدير للأستاذ الفاضل

"إقلولي محمد"

الذي مدّنا بالعون والنصح،

جزاه الله عنّا كل خير

الشكر موصول لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم

مناقشة هذا البحث.

إهداء

إلى والديّ مع خالص حبّي وتقديري لمساندتهم لي ولعائلتي

للحضن الدافئ والدتي الحبيبة أطال الله في عمرها

للحب الصادق والأب المثالي رعاه الله

إلى قرة عيني وفلذة كبدي نسرين وأكرم أمين هداهما الله الصراط المستقيم

إلى زوجي الغالي الذي كان لي ذراعي الأيمن

إلى أعزّ النّاس إلى قلبي وأقربهم إلى نفسي أخوتي وأخواتي

إلى روح كل من فارقنا من الأحباء

إلى كل أفراد عائلتي نسبا وصهرا حفظهم الله ورعاهم

إلى كل من علّمني حرفا وأنار لي دربا وكان لي على الصعاب معينا

وإهدائي خاص للأستاذ الزميل "**عيد عبد الحفيظ**" الذي ساندني طيلة بحثي.

الباحثة ليندة بلاش

قائمة أهم المختصرات الواردة في البحث

أولا- باللّغة العربية

ج رج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د.م.ن: دون مكان النشر

د.س. ن: دون سنة النشر.

د.س.م: دوم سنة المناقشة.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة... إلى... الصفحة.

ط : الطبعة.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ثانيا - باللغة الأجنبية

AMINOIL: American Independent Oil company

ARAMCO: Arabian American oil Company

Arch. Phil.dr : Archives de Philosophie du droit et du Sociologie -Juridique(France).

CCI : Chambre de Commerce Internationale.

CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.

CMI : Comité Maritime International.

CNRS: Centre National de la Recherche Scientifique

CNUDCI : Commission des Nations Unies de Droit Commercial International.

DPCI : Droit et Pratique du Commerce International.

Ed : Editions.

IBID : In before indication document

Incoterms : International commercial Terms.

JDI : Journal du Droit International (Clunet).

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

LIAMCO: Libyan American Oil Company.

LITEC: Librairie Technique

McGILL-LAW- JOURNAL ; Revue de droit de McGill

N° : **N**uméro.

NCPCF : Nouveau Code Procédure Civil Français.

O.P.U: Office des Publications Universitaires (Alger).

Op. cit : Opus Citatum (Référence Précitée).

P : Page.

P.U.F. : Presses Universitaires de France.

PP : De la Page à la Page.

RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye.

RCDIP : Revue critique de droit international privé.

Rev Arb : Revue de l'arbitrage.

S : Suite.

T : Tome

UNCITRAL: United Nations Commission of International Trade Law.

UNIDROIT: Institut International pour L'unification du Droit Privé.

Vol :Volume.

WIPO : World Intellectual Property Organization

مقدمة

تطوّرت العلاقات الدّولية ونمت نموا كبيرا في السّنـــوات التي تلت الحرب العالمية الثّانيـــة، بحيث لم تعد أكثر الدّول ميلا إلى العزلة قادرة على تجنّب المدّ الهائل للعلاقات الدّولية في مختلف المجالات، ولقد كان للتقدّم العلمي والفنّي ووسائل الاتّصال الحديثة دورا هاما في هذا النّمو على نحوٍ جعل من العالم وحدة متكاملة بعدما ظلّ لفترات طويلة مقطّع ومجزأ تتحصن فيه كل دولة وراء حدودها الإقليمية.

لعل المشاكل السياسية هي التي كانت الباعث لمحاولات وضع إطار مقبول للتنـظيم الـدّولي، إلاّ أنّ المشاكل الاقتصادية كانت وراء المشاكل السّياسية، لذلك لم يكن غريبا الإلحاح على إيجاد تنظيمٍ متكاملٍ للتّجارة الدّولية، بعدما عجز القانون الدّولي التقليدي عن ذلك بالنّظر لتمسك كل الدّول بسيادتها، وانفرادها بمواجهة مشاكلها الاقتصادية حفاظا على مصالحها بسبب ما كان يهدّد العالم من تنافس وتسابق استعماري قصد الحصول على مكاسب اقتصادية، وبالتّالي اتجهت الجهود إلى تحقيق التّعاون لحل هذه المعضلات، خاصة بعد زوال الاستعمار دون زوال الاقتصاد الذي استمر بواسطة التّجارة والاستثمار.

كان ميدان العلاقات الاقتصادية الدّولية من الميادين الأكثر إثارة للدّراسة والتّحليل الاقتصادي والقانوني في السّنوات الأخيرة نتيجة التغيّرات المعاصرة والمستمرة التي يعرفها النّظام الاقتصادي العالمي، وقد تزايدت دراسة هذه العلاقات على النطاقين المحلّي والعالمي نظرا للآثار المتبادلة التي تنشأ بين الدّول في إطار هذه العلاقات، حيث برزت العديد من الظواهر في المحيط الدّولي أدّت إلى ربط اقتصاديات الدّول بعضها بالبعض الآخر بشكل يفوق ما كان عليه خلال الفترات السابقة، وخاصة في ظل الاتجاه نحو العولمة بكافة أوجهها منها القانونية.

ليس مبالغة إذا قلنا، بأنّ مستقبل العلاقات بين الدّول يخضع تأثيرا وتأثرا لتطور العلاقات التّجارية والاقتصادية فيما بينها والتي غالبا ما تكون مظهرا من مظاهر التّكامل والتّعاون بينها.

مهما كانت طبيعة المتعاملين فإنّ المبادلات التّجارية الدّولية لا تهم الأشخاص الطبيعيين والشّركات فقط بل إنّ الدّول انخرطت بدورها في مجال التعاقـــــــد الدّولي، وأصبح ذلك من أهم الخصائص المميزة للسّياسية الاقتصادية للدّول في العصر الحالي، ولاسيما النّامية منها، التي تراهن على مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها الاقتصادية، سواء كان ذلك في صورة استثمارات أجنبية عامة أو خاصة[1].

لذلك، حتّى تقوم التجارة الدّولية بدورها التّاريخي كمحرك للنمو والتّنمية لا بدّ من توافر بيئة اقتصادية عالمية مناسبة، ونظام تجاري عالمي مساند لعملية التّنمية وتحسين شروط التّبادل الدّولي، حيث تمثل التّجارة الدّولية انعكاسا لمجموعة من العوامـــل تتراوح بين الطّبيعـــة البشريـــة، الاقتصادية والسياسية، فاختلاف العوامل المشار إليها خلال التّاريخ الطويل أفرز صورا متباينة في العلاقات التجارية الدّولية منذ أن بدأت الحضارات القديمة وحتى الوقت الراهن.

بات من المسلم به إذًا، أنّ النّمو الاقتصادي للدّول يعتمد على الزّيادة في إبرام العقود الدّولية، فإذا كان العقد باعتباره وسيلة فنية يلعب في القانون الدّاخلي دورا أساسيا في تبادل الثروات والخدمات، فإنّ ذلك الدّور يزداد أهمية في المعاملات الدّولية، فالعقود أداة هامة في تسيير التّجارة الدّولية والزّيادة في معدّلها، فهي وسيلة المبادلات الاقتصادية والخدماتية والمعلوماتية عبر الحدود، وتتنوع هذه العقود بتنـــــوع موضوعها، فنجد العقود الدّولية التّقليدية كعـــقد البيع الدّولي، عقد النقل والتأمين...الخ، ومع ظهور قوانين الاستثمار الأجنبية والتّنمية الاقتصادية، ظهرت عقودا أخرى لها وزنها الاقتصادي والقانوني كعقود القروض الدّولية، عقـــود نقل التكنـــولوجيا، عقود التّعاون الصناعي وغيرها.

[1]- **الخياط أمينة**، "واقع وآفاق التنظيم القانوني للعقود الدولية في القانون الدولي الخاص المغربي"، **المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية**، العدد الأول، 2011، ص ص 15- 16.

أصبحت حقيقة ثابتة مسألة الاهتمام بالعقود الدولية أمام أهميتها والتدفّق الهائل في إبرامها، هذه الأهمية التي لا تنبع فقط من النّاحية الكمية، أي من حيث تنوعها الكبير وعددها الضخم وقيمتها المالية، بل أيضا من النّاحية الكيفية والدّور الذي تلعبه في الاقتصاد الوطني والدّولي على السّواء، لذلك شكّلت مجالا خصبا لإعمال النّظريات القانونية التّقليدية منها والحديثة في إطار النّظرية العامة للعقود الدّولية بصفة خاصة، وتستمد أهميتها من زاوية أخرى من ارتباطها بأكثر من نظام قانوني.

اهتمت الأنظمة القانونية المختلفة بوضع التّنظيم القانوني للعقد أيّا كانت الصّفة التي يتمتع بها سواء كان عقدا داخليا أو عقدا يتّسم بالصفة الدّولية، وذلك بهدف إزالة العوائق التي تواجه التّجارة الدّولية، لضمان استمرارية هذه العقود وضمان تنفيذها.

تعتبر البنية القانونية إذًا من مقومات التجارة الدّولية ومن وسائل ازدهارها، إذ أنّ فعالية النّظام القانوني لعقود التّجارة الدّولية لا شك أنّ لها أثر في زيادة حجمها واتّساع نطاقها، لذلك نجد أن إقرار المستثمر الأجنبي بالإقدام أو الإحجام عن التعاقد والاستثمار في بلد ما يتأثر بمدى فعالية القواعد القانونية السائدة فيه، بما يضمن التّوازن التعاقدي والأمان القانوني كمسائل أوّلية وجوهرية تقوم عليها الرّابطة العقــدية، وممّا لا شك فيه أنّ العلاقة التعاقدية ذات العنصر الأجنبي بين طرفيها الموجب والقابل والمبنية على أساس الالتزام الذي يجعل منها علاقة تبحث عنصر دخل المعضلة الدّولية يتطلب إيجاد القانون واجب التطبيق على عقود التّجارة الدّولية.

تعدّ مسألة القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدّولية من أهم المسائل القانونية التي تثيرها دراسة هذه العقود، بوصف أنّ تحديد قانون معين لتنظيم وحكم العقد ليس مجرد تفضيل قانون على آخر يتم على نحو نظري دون أن يؤخذ في الحسبان النتائج المترتبة على هذا التحديد، فالدّراسة العلمية تكشف أنّ تحديد القانون واجب التطبيق يرتب نتائج مهمّة ومؤثّرة على مجمل العملية العقدية، بالإضافة إلى الاعتبارات

القانونية هناك عوامل إيديولوجيا وسياسية تنطوي على أبعاد مختلفة نظرا للطبيعة الخاصة لهذه العقود وارتباطها أساسا بنقل الثروات والخدمات عبر العالم.

تعدُّ من أبرز الظواهر التي أدّت بصفة خاصة كذلك إلى زيادة الاهتمام بموضوع عقود التجارة الدّولية وصعوبته، نشوء وحدات اقتصادية كبيرة يغطي نشاطها أكثر من دولة تعرف بالشّركات المتعددة الجنسيات، وهو ما أدى إلى خلق ما يطلق عليه بتدويل الاقتصاد والتّجارة العالمية أو عولمتها، وقد رافق ظهور هذه الوحدات بروز مشاكل قانونية جديدة على الفقه القانوني تمس بكينونة منهج التنازع الأصيل في القانون الدّولي الخاص.

تزداد صعوبة دراسة عقود التجارة الدّولية بسبب تفاوت المراكز القانونية لأطراف الكثير من العقود الدّولية المعاصرة، حيث تبرم بين تلك الشّركات الاقتصادية العملاقة متعددة الجنسيات من جهة، والدّول والأشخاص الاعتبارية العامة من جهة أخرى، إذ لا يؤثر على طبيعة عقود التجارة الدولية التي ارتبطت بنشأة القانون الدّولي الخاص وفقاً لمضمونه الحديث أن تكون الدّولة أو أحد مشروعاتها العامة طرفًا في العقد، كون أنّ الدّولة انتقلت كطرف متعاقد من المتعاقد الحارس إلى المتعاقد المشارك.

تبقى دراسة تنازع القوانين والمناهج في عقود التّجارة الدّولية من أهم موضوعات البحث التي أثارت وتثير جدلا وخلافا في نطاق الدّراسات الفقهية، القضائية والتّشريعية المتعلقة بها، نظرا للتطور والتّنوع الذي أصاب أنماط هذه العقود، وهو ما أدّى إلى أن أصبحت غالبية التّشريعات الوطنية عاجزة عن مجاورة هذا التطور بقواعد ونصوص تعالجها، في الوقت الذي كشفت فيه النّظم القضائية الوطنية عن قصورها في بلوغ حدّ الكفاية لمواجهة هذه العقود والتصدّي لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، إذ لم تعد هناك قيود تقف أمام تطورها الذي يلاحق التطور العلمي والتكنولوجي، والمرتبط بالانفتاح والتّعاون الاقتصادي بين الدول الذي يبرز من خلال فتح الدّول لأسواقها أمام التجارة الدّولية وأمام رؤوس الأموال الأجنبية في شكل استثمارات اقتصادية وتجارية أجنبية.

كان تنازع القوانين في مسائل العقود الدّولية ومازال أحد أهم موضوعات القانون الدّولي الخاص، وأكثرها مشقّة على الباحث بالنّظر إلى تعدد المناهج التّقليدية والحديثة التي حاولت معالجتها و تضارب الحلول وعدم استقرارها، فقد كشفت الدّراسات التحليلية لواقع الروابط الدّولية من حيث تنظيمها الوضعي عن عجز القوانين المعدة للعلاقات الدّاخلية في إيفاء متطلبات وحاجات التجارة الدّولية، وقد باتت الأهداف المتمثلة في تحقيق الأمن واليقين القانوني، واحترام التّوقعات المشروعة للمتعاملين في التّجارة الدّولية أهدافا عزيزة على فقه القانون الدّولي الخاص دون سواه في ميادين القانون في الفروع الأخرى بسبب الطبيعة المميّزة لقواعد هذا القانون والأسلوب الفنّي المتّبع في هذا الفرع لتسوية المنازعات الناشئة عنه.

يكمن الاختلاف بين فقهاء القانون الدّولي الخاص في سعي هذا القانون إلى تحقيق أهدافه السابقة ذات الطابع الدّولي بواسطة قواعد وطنية المصدر والأهداف هي قواعد الإسناد، هذا فضلا عمّا تستند إليه هذه القواعد وهي الأخرى قوانين وطنية وضعت أساسا لتحكم علاقات داخلية في الدّولة التي صدرت فيها، وفي ظلّ هذه الظروف شكّلت هذه القواعد والقوانين حاجزا أمام تحقيق تلك الأهداف، بهذا لم يجد المتعاملون في التّجارة الدّولية مفرا من العمل بقواعد أوجدتها الظّروف والطّبيعة المميزة لكل نوع من النّشاط التّجاري عبر شروط متقابلة وأعراف وعادات تواضع العمل عليها من قبلهم بما يتلاءم وحاجات العلاقات التّجارية العابرة للحدود[2].

لعلّ التطورات المعاصرة في ميدان التجارة الحرة أدّى إلى تزايد القواعد التي تحكم مباشرة العلاقات الدّولية الخاصة، والتي تجد مصدرها ليس فقط في نصوص الاتفاقيات الدّولية التي تحكم مسائل وأنواع من البيوع الدّولية، وعمليات البنـــــــوك، واتفاقيات الاستثمار الأجنبي، وإنّما نجد قواعد أرساها القضاء في بعض الدّول، وتبناها التّشريع في

[2]- **BOUCOBZA Xavier**, « La prise en compte des intérêts de l'état dans le commerce international *», Revue de l'arbitrage*, N°2, PARIS, 2005, p.476.

دول مختلفة فساد منها تنظيما قانونيا وطنيا معدا لحكم العلاقات الدّولية يختلف عن مثيله المعد لحكم العلاقات الوطنية الداخلية.

من هنا يتّضح لنا، أنّ تجاهل قاعدة الإسناد لحاجات وخصوصية المجتمع التّجاري الدّولي يتعارض مع الفكرة الاجتماعية لعلم القانون بوجه عام، حيث يؤكّد علم الاجتماع القانوني أنّ القانون ظاهرة اجتماعية وجد ليواجه مشاكـــل الحياة في المجتمع، ومشاكل مجتمع معين تختلف عن مشاكل مجتمع آخر، الأمر الذي يعني أنّ القواعد التي تحكم كلا من المجتمعين وإن اشتركت في الأساس الفلسفي لها تكون دائما مختلفة، وبالتّالي فإنّه لا يمكن افتراض التطابق بين مشاكل الحياة الدّاخلية ومشاكل الحياة الدّولية لتبرير نقل القواعد الخاصة بالحياة الدّاخلية إلى ميدان الحياة الدّولية[3].

لذلك، تعكس دراسة القواعد الموضوعية في إطار عقود التجارة الدّولية، في ظل الالتزام بإخضاع العقد لحكم القوانين أهمية لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدّولية والتي تتسم بالطابع النسبي، كما يؤكد أحد الاتجاهات الفقهية في القانون الدّولي الخاص الذي بحث الاتفاقية الخاصة بالقانون واجب التطبيق على التزامات التعاقدية الموقعة في روما في 19 يونيو1980 [4].

أظهرت هذه الطبيعة قاعدة التنازع مظهر القاعدة الموضوعية، خاصة عندما ينظر النّزاع أمام التّحكيم الدّولي الذي يؤسس اختيار المتعاقدين لقانون العقد ليس على قاعدة التنازع، وإنّما على حرية التعاقد، وتشير هذه الطبيعة النّسبية إلى حقيقة الدّور المناط بالإرادة، وهل تقوى فعلا على تخليص العقد من سلطان القوانين الدّاخلية وإخضاعه للقواعد الموضوعية، بأن يصبح العقد طليقا دون قانون يحكمه؟

---

[3]-**عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته)، دار النهضـــة العربية، القاهرة، 1998، ص ص295- 296.

[4]- **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص81.

لمّا كانت الحلول المعدّة للعلاقات الخاصة الدّولية حلولا متعددة لكل نوع من أنواع العلاقات والعقود، فلابدّ من تحديد مجال الدّراسة على العقود دون غيرها من العلاقات، وبالتّالي فإنّ **محل الدّراسة يرتكز على العلاقات الخاصة الدّولية**، وفي الوقت ذاته يتم التّركيز على الأنواع المهمّة من العقود التي حظيت بالتّنظيم المباشر بواسطة قواعد موضوعية منها البيع الدّولي والإيجار التّمويلي، وستتمّ الإشارة إلى بعض العقود الأخرى ذات الأهمية الدّولية خاصة عقود النقل الدّولي.

تعتبر دراسة تعدّد المناهج في القانون الدّولي الخاص في حكم وحلّ منازعات عقود التجارة الدّولية **وبصفة خاصة منهج القواعد الموضوعية** شيئا جديدا رغم أنّ هذا الموضوع حظي بدراسة وافية بصفة غير مباشرة عن طريق الدّراسات التي توصلت إليه والمتعلقة بالعقود الدّولية بصفة عامة، وكذلك الدّراسات المتعلقة خاصة بالتّحكيم التّجاري الدّولي.

يحقق اختيار هذا الموضوع أهمية عملية وعلمية معًا، ترتبط الأهمية العملية في كونه يعالج مسألة تتّصل بالعقود الدّولية التي تتنامى بصورة مطردة، فبات ازدياد عددها أمرا ملموسًا في حياة الدّول والأفراد معًا، كما أنّ الأمر يتعلق بعقود لها وزنها في اقتصاديات الدّول بما تتميّز به من قيمة مادية ضخمة، ولما يترتب من عدم تنفيذها من آثار سلبية في الاقتصاد والميزان التّجاري لهذه الدّول.

لذا، لا عجب أن تجد عقود التّجارة الدّولية اهتماما متزايدا من قبل الكثير من الهيئات الدّولية والإقليمية نظرا لارتباطها الوثيق بمجال التّنمية بالنّسبة للدّول التي تلجأ إلى التعاقد كوسيلة أساسية لتحقيق برنامجها الاقتصادي، فالحاجة تبقى ملحة لمتابعة التّطورات التي طرأت على هذه العقود سواء من حيث أنماطها أو المناهج التي اعتمدها الفقه والقضاء والتّحكيم بشأنها، وهو ما يجعل من الصّعوبة بما كان أن تستوعب أي دراسة تمّت في إطار زمني الإحاطة بكل مستجدٍّ يطرأ على هذا الفرع القانوني.

تتجلى الأهمية العلمية والقانونية للبحث، في أنّ موضوعه يناقش مشكلة منهجية في القانون الدّولي الخاص والتي تشكّل جدلية في تاريخ هذا القانون، حيث نجد أنّ فكرة التّنازع التي هي جوهر هذا القانون تكاد ترتبط وجودا وعدما بالمدّ والجزر لحركة رؤوس الأموال والبضائع عبر الحدود، فحيث تزدهر هذه الحركة تزدهر معها العلاقات الخاصة الدّولية، وبالتّالي تثور مشكلة تنازع القوانين.

يقود الاستثمار الأجنبي والتّجارة الدّولية القانون الدّولي الخاص نحو التطور دائما، حيث أنّه إذا كان التّطور الرئيسي في القانون الدّولي الخاص قد تحقق على يد الفقيه الألماني" Savigny " الذي جاءنا في القرن التاسع عشر بمنهجه القائم على تحليل العلاقات الخاصة الدّولية والكشف على القانون واجب التّطبيق من خلال قواعد الإسناد[5]، إلاّ أنّ أهم التّطورات التي لحقت بالقانون الدّولي الخاص حدثت في القرن العشرين، حيث أصبحنا بصدد تعدّد المناهج التي تسعى إلى تلافي أوجه القصور الموجودة في آلية التنازع، مع الرّغبة في محاصرة ازدواجية الحلول الموجودة بين القضاء والتّحكيم، ومن هذه المناهج، المنهج المباشر الذي يحتوي على قواعد موضوعية ذات مصدر داخلي أو دولي.

لا شكّ أنّ هذا التعدّد في مناهج القانون الدولي الخاص أثّر سلبا على منهج الإسناد التقليدي حتّى وإن كان الفقه يرى أنّ فيه الأصل الذي يحتوى على حلول لكافة مشاكل تنازع القوانين، وإن تراجعت مرتبته نتيجة ظهور المناهج الأخرى، في إطار كل هذه المعطيات نتساءل عن ***إمكانية اخضاع عقود التّجارة الدّولية للقواعد الموضوعية، واعتبارها بديلا لمنهج قواعد التنازع؟***

ننتهج لايفاء الموضوع حقه من الدّراسة، وللإجابة على الإشكالية المطروحة منهجا مختلطا، فمقتضيات البحث تلزمنا اعتماد المنهج الوصفي والتحليلي أساسًا والتاريخي أحيانا، لأنّ طبيعة القانون الدّولي الخاص من التّنوع والشمول الذي يجعل الاقتصار على

[5]- عن: **بلقاسم أعراب**، القاانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)، دار هومة للنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2001، ص 61.

منهج دون آخر دراسة قاصرة، و باعتبار أنّ موضوع البحث يتناول مسألة القانون واجب التطبيق على عقود التّجارة الدّولية،فإننا حاولنا مقارنة كيفية معالجتها في العديد من القوانين وما يجري به العمل في العقود النموذجية والاتفاقيات الدّولية، وأيضا القوانين النّموذجية، ويظهر المنهج التأصيلي من خلال الإشارة المستمرة إلى مناهج القانون الدّولي الخاص واجبة التّطبيق في مجال العقود الدّولية والمقصود بذلك منهج تنازع القوانين والأزمة التي وقع فيها، أمّا المنهج التّحليلي فيكمن أنّ البحث يعتمد على تحليل كل جزئية من جزئيات الدّراسة في القوانين والاتفاقيات الدّولية وقضاء التحكيم.

ترتيبا على ما تقدم، فإنّ أهداف البحث اقتضت تقسيمه إلى بابين، نعالج في الباب الأوّل مسألة **تكريس القواعد الموضوعية في العقد الدّولي**، بينما يتركز موضوع الباب الثاني حول **منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدّولي بين الاستبعاد والإسناد.**

الباب الأوّل

تكّريس القواعد الموضوعية في العقد الدّولي

أصبح الحديث عن تعدد المناهج التي تنظيم العلاقات الخاصة الدّولية، هو ما يميز فقه القانون الدّولي المعاصر، بعدما كان يستبعد قبل ذلك كل منازع لهيمنة منهج قواعد الإسناد، ولكن سرعان ما تغيرت الأوضاع نتيجة تظافر عدّة عوامل إنسانية، دولية، منهجية، وما أثاره الفقه من عيوب وآفات شديدة تشوب قواعد منهج التنازع أحدثت انقلابا عليه في علم القانون الدّولي الخاص.

تميّز العصر الحديث بمحاولات لا تزال تبذل في سبيل تنظيم الحياة الدّولية الخاصة، مع ما قد تستحدثه هذه الحياة من علاقات متزايدة كمّا ونوعا، على أنّ هذا التّنظيم سواء كان وطنيا أو إقليميا أو عالميا اصطدم بمعوقات عديدة، من أهمّها عدم التّجانس والملائمة بين القواعد الدّولية التّقليدية من جهة وطبيعة العلاقات المستحدثة من جهة أخرى.

حسب رأي الكثير من الفقهاء، لابدّ من تدويل أو تطوير القواعد التقليدية، أو حتّى ابتداع قواعد دولية جديدة تتميز بسرعة كبيرة في تقديم الحلول، وتكفل خروجا واضحا عن تعقيدات العمليات الفنّية التي تميّز بها القانون الدّولي الخاص، وبهذا أصبح الفقه يرى ضرورة اللجوء إلى مناهج الرّبط الوحيدة الطّرف، عن طريق إعداد قواعد موضوعية جوهرية للقانون الدّولي الخاص، قابلة للتّطبيق مباشرة دون المرور بالمنهج التنازعي[6].

بهذا المعنى، فإنّه لا خلاف أنّ الشك قائم على صلاحية منهج تنازع القوانين في إيجاد مثل تلك القواعد الجديدة، فطبيعة العقود الاقتصادية الدّولية لا تسمح في كل الحالات أن تكون الحلول التي تصل إليها قواعد الإسناد ملائمة وهو ما دفع بعض الفقهاء إلى الحديث عمّا أسموه " **بأزمة المنهج التقليدي**"[7].

---

[6] -**BAUER HUBER**, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue critique de droit international privé*, N°4, octobre- décembre, 1966, p. 533.

[7]- **LEVEL Patrice**, « Le contrat dit sans loi »/ in *travaux du comité français de droit international privé*, Vol 25, 23éme a 25éme années (1962-1964), Dalloz, p. 209.

يتم تحديد القانون واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد، بطريقة مجردة من خلال الربط بين العلاقات القانونية المتصفة بالطابع الدّولي وأحد القوانين الدّاخلية المتزاحمة لحكمها، وذلك بغض النّظر عن مضمون القانون المختص، لذلك ليس غريبا أن تعاني عقود التّجارة الدّولية من عدم ملائمة أغلبية القواعد الوطنية لحكم ما تثيره من مسائل، لأنّها قواعد وضعت خصيصا لمواجهة العلاقات الدّاخلية وليس الدّولية، الأمر الذي مهد لظهور ما أصبح يطلق عليه الفقه اصطلاح "**أزمة منهج التنازع في مجال عقود التجارة الدولية**". وعلى هذا الأساس يتضح لنا أنّ هنالك مجموعة من المبررات كانت الدّافع لتكريس القواعد الموضوعية في العقد الدّولي (**الفصل الأول**)، وأسباب أخرى متصلة بالطابع الخصوصي للقواعد الموضوعية في العقد الدولي (**الفصل الثاني**).

الفصل الأوّل

مبرّرات تكريس القواعد الموضوعية في العقد الدّولي

مرّ القانون الدّولي الخاص باعتباره النّظام القانوني الخاص لحكم ولحل المنازعات الخاصة الدّولية بعوامل مؤثّرة انعكست على مضمونه وعلى التقنية المستعملة في منهجية حل مسائله، فلم تعد نظرية تنازع القوانين والتي حملت في مرحلة سابقة فوائد معيّنة على الساحة القانونية والدّولية ملائمة، ولا كافية بتقنيتها ومفاهيمها لحكم المجتمع التجاري الدولي الراهن ومتطلباته، فالضغوط المرتبطة بحاجات التّجارة الدّولية من سرعة ومرونة القواعد القانونية التي يجب أن تحكمها لم تعد تتوافق مع تقنية التنازع وتعقيداتها.

اندفع الفقه في حركة دائمة نحو البحث والتحري في معالجة فضلى لمختلف الموضوعات المتصلة بالقانون الدّولي الخاص، وفي مقدمتها مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق، فوجدت تيارات فقهية وزادت الخلافات والإشكاليات في الأسس التي تقوم عليها قواعد هذا القانون، فعلى الرّغم من غزارة هذا العلم، نجد أن بعض الفقه يتحدث عن "**أزمة**" تمّر بها قواعد التنازع في القانون الدّولي الخاص، والتي تشكل خلفية لإعادة بعث قواعد قانون التّجارة الدّولية (**المبحث الأول**) وهو ما يبرر إخراج العلاقات الخاصة الدّولية من نطاقه إلى نطاق المنهج الموضوعي الذي يتميز بذاتية تعمل على تلافي الاختلاف النّاتج عن تباين القوانين الوطنية والذي يعوق تطور التّجارة الدّولية بإعطاء حلول مادية تلاءم المعطيات الجديدة، هذه الذّاتية التي سنحاول إبرازها في(**المبحث الثاني**).

المبحث الأوّل

أزمة منهج قواعد التنازع في العقد الدّولي

أصبح المجتمع الدّولي الخاص التّجاري كدولة دون حدود الأمر الذي بدأ يضغط باتجاه انتاج قواعد تحكم علاقاته دون حواجز وقيود هذه العلاقات التي توحدت فيها المصالح رغم تعدد الجنسيات والحدود أصبحت تستدعي قواعد دولية موحّدة لتحكمها وترعاها.

أصبح ظهور القواعد الموضوعية أمرا واقعيا، ولكن ماهي أهم معطيات وأسباب ظهورها؟ من الطبيعي أن تستجيب قواعد القانون الدّولي الخاص لكل ما هو مستجد، فمن الناحية النّظرية كانت الأسباب المتصلة بمنهج التنازع والتي يسميها جانب من الفقه أزمة أو مشكلة تنازع القوانين هي العامل السّلبي الذي نبّه إلى عيوب هذا المنهج، وهو عامل انتعش داخل المؤسسة القانونية، إلاّ أنّ هناك أسباب أخرى أظهرتها الدّراسات المقارنة.

عملت الدراسات السابقة على ابتكار وخلق الوسائل المساعدة على نشوء القواعد الموضوعية كالتّحكيم التّجاري الدّولي، والعقود النموذجية، فكلها عوامل انتعشت خارج المؤسّسة القانونية، ويربط جانب آخر من الفقه بين نشوء القواعد الموضوعية وبين العولمة التي دفعت إليها أسباب وعوامل جيوسياسيا، وللتّفصيل في هذه الأسباب نتناول المعطيات السّلبية المتّصلة بقصور منهج قواعد التنازع في العقد الدّولي(**المطلب الأول**)، بالإضافة إلى إبراز أسباب ومعطيات أخرى ايجابية مرتبطة بالعولمة وببعض المتغيّرات التي أثّرت في النّظام القانوني لعقود التّجارة الدّولية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

قصور منهج قواعد التنازع في العقد الدولي

ترتبط قواعد الإسناد بعلم تنازع القوانين بصلة وثيقة[8]، إذ يستعمل المصطلحان كمترادفين، فيستخدم مصطلح قواعد تنازع القوانين للإشارة إلى قواعد الاسناد، والوظيفة الأساسية لهذه القواعد هي الإشارة إلى قانون يتولى حلّ النّزاع في العلاقات ذات الطّابع عبر الدّولي، وهي تلك العلاقات التي تشمل على عنصر أجنبي أو أكثر[9]، وهذه القواعد تتعين بواسطة نقاط الاسناد، وبالتّالي فهي **قواعد توجيه وليست قواعد أحكام**، ومن هنا أجاز أن توصف بأنّها ذات صياغة **اسنادية** بمقابلتها بالأحكام التي يصح وصفها بأنّها ذات صياغة **موضوعية** أو **مباشرة**.

تأسيسا على هذه الطّبيعة لقي منهج قواعد التنازع انتقادات عنيفة دفعت باتجاه البحث عن بديل له، وكان من البدائل منهج القواعد الموضوعية، حيث هي قواعد موجودة أصلا أو معدّة خصّيصا لتعطي حلاّ مباشرا ينهي النّزاع أو يتفاداه.

كشفت الدّراسات وأحكام القضاء الوطني والدّولي وكذلك حركات التّوحيد العالمية دعوتها بضرورة تجنب قواعد منهج التنازع، وسنّ قواعد موضوعية تلبي حاجات العلاقات المستجدّة، ولا تتأكد صلاحية القواعد الموضوعية إلا من خلال إبراز عيوب منهج قواعد التنازع كأسباب سلبية أو داخلية للتحول في القانون الدّولي الخاص، تتعلق بتركيبة قاعدة الإسناد وبخصائصها أي تحديد جوانب القصور في منهج قواعد التنازع (**الفرع الأوّل**)

---

[8]- حول تعريف تنازع القوانين، أنظر: **التغدويني محمد**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط2، مطبعة آنفو برانت، فاس، 2009، ص ص 218-221. أنظر كذلك:

-**HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques, DE GOUFFRE Géraud**, *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987, p.171.

[9]- يرى جانب من الفقه أنه يعتبر من العنصر الأجنبي وجود همزة وصل أو قناة اتصال بين هذه العلاقة وبين نظام أو أنظمة قانونية أخرى غير النظام القانوني لدولة القاضي.أنظر:

- **مسيحة أشرف شوقي**، القاعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2008، ص 113.

بالإضافة إلى تحديد دور المساهمة الفقهية في تعميق أزمة منهج قواعد التنازع بالدّعوة إلى هجره (**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

جوانب القصور في منهج قواعد التنازع

يقوم حلّ مشكلة تنازع القوانين في ظلّ المنهج التقليدي على نظام الإسناد لمختلف الطوائف القانونية المعروفة في قانون القاضي، ويعدّ هذا المنهج منهجا عالميا في انتشاره وذيوعه، حيث يجرى استخدامه في كافة الدّول مع بعض الاختلاف النّاجم عن اختلاف النّظم القانونية في تلك الدّول[10]، وعماد هذا المنهج تطبيق القانون المختص الذي تحدده آلية التنازع الوطنية المتمثلة في قاعدة الإسناد لمختلف طوائف النّظم القانونية، حيث يتحدد على ضوئها القانون واجب التطبيق، فيتّضح أنّه من خصائص هذا المنهج أن حلّ التنازع في ظله يتّسم بطابع الوطنية حتّى وإن كانت العلاقات الدّاخلة في نطاقه تتصف بالأجنبية، فيطبق القاضي ما يقضي به قانونه في نظام التنازع باعتبار أنّ له اختصاصا آمرا لتعلقه بالسّيادة الوطنية، كما يعتبر قانون القاضي في قواعد منهج التنازع هو المرجع والحكم في نفس الوقت لتحديد الأوصاف القانونية للمراكز القانونية، وتتم عملية التكييف حسب قانون القاضي[11].

---

[10]- فهناك الدّول الأنجلوسكسونية التي يقترب فيها إلى قدر معين الاختصاص القضائي والاختصاص التّشريعي، حيث تختلف نظرتها لما ينبغي اعتباره من الإجراءات وما ينبغي اعتباره من الموضوع، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع طائفة الإجراءات ويقود بالتبعية إلى تزايد حالات تطبيق قانون القاضي.

- أنظر:

- **MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, 10eme Ed, Lextenso, Paris, 2010, p. 23.

[11]- إن خصوصية المرجعية والأولوية لقانون القاضي تفترض فيه الكمال والشمول لكل النظم وتجعل من تطبيق القانون الأجنبي الذي يثبت له الاختصاص مجرد مجاملة وتفضل، ولو أنّها مجاملة من طرف المشرع عند وضع قواعد الإسناد التي اقتضتها ضرورات الحياة الدولية المشتركة، وليس من طرف القاضي عند تطبيق القانون.راجع:

-**زروتي الطيب**، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية**، الجزء 35، رقم 01، 1997، ص 74.

كان منهج قواعد التنازع التّقليدي مستهدفا بالنّظر إلى مجموع من الخصائص التي يمتاز بها، حيث تعتبر قواعده **قواعد تصنيف** أو **توزيع الاختصاص التشريعي** دون أن تعطي حلا مباشرا للنزاع، فوصف بأنه منهج يحتضر، وشكك في قدرته على حلّ مشاكل الحياة الخاصة الدّولية، وانتقد على أنّه منهج تجاوزته الأحداث ويمكن أن نجمل أهم الانتقادات الموجة لهذا المنهج ضمن ثلاثة طوائف تتصل كل طائفة بالتعقيد المفرط للمنهج التنازعي(**أولا**)، افتقاد منهج قواعد التنازع للأمن واليقين القانوني(**ثانيا**) وكذلك عدم ملائمة الحلول الوطنية لحكم العلاقات الخاصة الدّولية(**ثالثا**).

أوّلا- التّعقيد المفرط لمنهج قواعد التنازع

يتمثل الهدف التّقليدي لتنازع القوانين كما تصوره "Savigny" في وجوب تسوية النّزاع من خلال تطبيق القانون ذاته أيا كانت المحكمة التي تنظر في النّزاع يبقى هدفا خياليا على النّطاق الواسع، يقوم على فكرة فلسفية أكثر من التّقييم الواقعي للحالة، فضلا عن استخدام الفقه تعابير ونظريات يجدها جانب آخر صعبة وغامضة، كنظرية المسألة الأولية[12]، ونظرية صراع النّظم ونظرية تجزئة العقد، وفي هذا الصّدد يرى الدكتور"**عبد الحميد عشوش**" أنّ هذا النّقد لا يمس المنهج ذاته بقدر ما يمسّ موقف بعض فقهاء القانون الدّولي الخاص أصحاب النّظريات السّابقة، الذين يتحملون إلى قدر معيّن مسؤولية هذا التعقيد[13]، ممّا يجعل من منهج التنازع منهجا صعبا حتى على القضـــــــاة، وهذا ماجعل الفقيه بروسيه Prosset يصفه بلغة لم تألفها الدّراسات القانونية بالقول بأنّه"مستنقع كئيب يسكنه علماء" غريبو الأطوار يدرسون مســائل غامضة، مستخدمين تعبيرات ومصطلحات يستعصى فهمها[14].

---

[12]-Voir : **LAGARDE Paul**, « Question préalable », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-4.

[13]- **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنـازع مناهج تنازع القوانين (دراسة مقارنـــــــة)، مؤسســـــة شباب الجـــــــــامعــة، الإسكندرية، 1989، ص 13.

[14]- مشار إليه في مرجع: **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، 12.

لعلّ الانتقاد الموجه من قبل الفقيه الأمريكي Currie يعدّ أكثر شدّة في هذا النطاق إذ يقول لقد أنشأنا ماكنة لحلّ تلك المشاكل، مفترضين بأنّ وحدة النتائج سوف تسمو على كل الاعتبارات الأخرى، ولأجل هذه الغاية فإننا قد اعددنا ماكنة لكي يكون قانون دولة واحدة فقط واجب التطبيق من قبل كل الدّول الأخرى في شأن حالة مفترضة، لا يفترض بالمحكمة أن تلم أو تعلم سبب أو سياسة أو تاريخ القوانين المعنية، لأنّ تطبيقها على المسألة المعروضة أمامها يكون لغرض تحقيق العدالة وفق القانون، وأنّ دور المحكمة هو تغذية الماكنة باستخدام إجراءات معينة ومن ثمة تثبيت النتائج دون التساؤل عن حكمة أو عدالة النتيجة[15]، وفضلاعن ذلك فقواعد منهج التنازع تبدو غير سهلة الإعـــمال، حيث ذلك يتطلب القيام بمجموعة من العمليات الفنية في سبيل الوصول إلى ذلك القانون[16].

ينفرد القانون الدّولي الخاص باستعمال وسيلة فنّية غير مألوفة في فروع القانون الأخرى وهي قواعد الإسناد، وبموجب هذه القواعد يقوم المشرع في مختلف الدول بتوزيع الاختصاص التشريعي بين القوانين التي تحكم طوائف من العلاقات أو المراكز القانونية تسمى بالفكرة المسندة، ويتم هذا التّوزيع على أساس آلي يأخذ في الاعتبار بالحلول الموضوعية لكل نوع من أنواع العلاقات أو المراكز القانونية [17].

---

[15]- كما انتقد الفقيه الأمريكي(دافيد كيفرز) قاعدة التنازع أنها تقود إلى عدالة عمياء وأن الحلول المتوصل إليها مرضية هي من قبيل الصدفة، فقاعدة التنازع هي قاعدة آلية مناطها التركيز المحلي والجغرافي للعلاقات القانونية دون النظر إلى محتواها ومضمونها.

-راجع في أفكار كيفرز: **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها.

[16]- تناول فقهاء القانون الدّولي الخاص موضوع تنازع المناهج في القانون الدولي منذ النصف الثاني من هذا القرن بالبحث والتنقيب والدراسة التحليلية واعتبروه موضوعا يستحق الدراسة لأكثر من سبب فهو يطرح إشكاليات وتساؤلات منهجية ولا يكتفي بالحلول الموضوعية، بل وذهب البعض إلى القول بضرورة إعادة النّظر في حلول المنهج السابق (المنهج التقليدي) والآليات التي يعتمد عليها.

- أنظر: **زروتي الطيب**، " مناهج تنازع القوانين في العقود الدّولية"، مرجع سابق، ص64.

[17]- وعلى سبيل المثال تنظم الأنواع المختلفة للعقود تحت طائفة أو فكرة " الالتزامات العقدية " فيقرر المشرع إخضاع كل أنواع العقود تبعا لما تقرره قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات العقدية، سواء كان ذلك العقد عقد بيع أو إيجار أو نقل ولا يختلف الأمر كثيرا في الطوائف و الأفكار المسندة الأخرى.

توصف كذلك قواعد الإسناد بأنها جامدة، وهو ما أدّى إلى تضليل المحاكم ووصولها إلى تطبيق قانون القاضي تذرعا بأفكار مختلفة كالتّكييف والإحالة وعدم إثبات القانون الأجنبي والغش نحو القانون والنّظام العام وذلك كلّه لتلافي النتائج السيّئة لتلك القوالب الجامدة[18]، فضلا عن احتمال عدم التوصل إلى تحديد القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد، أو أنّ العلاقة قد لا تغطيها قاعدة إسناد واحدة ممّا يبرر إخراجها إلى نطاق قواعد أو مناهج أخرى، لعلّه يكون منهج القواعد الموضوعية، ومن المناسب أن نشير بإيجاز إلى العمليات الفنية التي أدت إلى تعقيد منهج قواعد التنازع وتعوق تطبيقه كالآتي:

1- التكييف

يتم من خلال التكييف تصنيف المسألة محل النّزاع ضمن طائفة من طوائف الإسناد الوطنية والتي خصّها المشرع بضابط إسناد محدد تمهيدا لتحديد القانون واجب التطبيق عليها، ومن مقومات حلّ التنازع في المنهج التقليدي هو اختيار قاعدة الإسناد الملائمة فهناك ضوابط إسناد متعددة منها قانون الجنسية، قانون محل إبرام التّصرف... الخ[19].

يتوجّب على القاضي ابتداء أن يكّيف العلاقة ويحدّد طبيعة ووصف العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لغرض إدخالها ضمن أحد الأفكار القانونية المسندة بغية إسنادها لنظام قانوني[20] وتخضع هذه العملية وفق الرأي الراجح لقانون القاضي، ولكن

[18]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، علم قاعدة التنـــازع و الاختيار بين الشرائع أصـــــولا ومنهجا، مكتبـــة الجلاء الجديـــدة، المنصورة، 1996، ص 250

[19]- **DUSAN Kitic**, *Droit international privé*, Ed Ellipses, Paris, 2003, pp. 21-22.

[20]- **SFEIR Raul**, *Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé (conflits de lois et de systèmes)*, Ed DELTA, BRUYLANT, L.G.D.J, Paris, 2009, p. 220. Voir aussi :

-**ANCEL Bertrand**, « Qualification », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, p.02.

-BOUKHRI Ridha, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, vol 51, N°1, 2010, pp. 159-193. http://id.erudit.org/iderudit/044139ar.

هذا القانون لا يكون معلوما في المراحل الأولى من العلاقة بل وحتى بعد انتهائها ما لم ترفع بشأنها دعوى أمام القضاء[21]، والصّعوبة هنا تكمن في عدم وجود أساس موحّد في قوانين جميع الدّول لتحديد وصف وطبيعة العلاقات القانونية، فيستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضع قواعده بحرية، ممّا يخلق نوعا من التنازع يتعلق بالوصف[22].

فما يعدّ متعلقا بالشكل في بلد مثل فرنسا قد يعدّ متعلقا بالأهلية في بلد آخر مثل هولندا (وصية الهولندي)، وقد يعدّ متعلقا بالإجراءات في بلد ثالث أو متعلقا بالموضوع في بلد رابع وهكـــــذا، وفضلا عما سبق تخرج بعض المسائل من نطاق قـــانون القاضي كحالة الأموال المنقولة، ووجود نصوص خاصة تقضي بإخضاع التكييف لقانون آخر غير قانون القاضي[23].

يأخذ كل مشرّع بضابط الإسناد الذي يلاءم ظروف بلده في كل طائفة من طوائـــف الإسناد[24]، وعن طريق هذه الضوابط يتحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وبهذا المعنى فإنّ إعمال قواعد منهج التنازع يؤدّي إلى عقد الاختصاص التّشريعي دائما لقانون داخلي لدولة معينة، وعملا بنظام الإسناد يستبعد اللّجوء إلى القواعد القانونية الدّولية والأعراف والعادات، كما يقتضي إعمال قاعدة

---

[21]- **الهداوي حسن و الداودي غالب علي**، القانون الدّولي الخاص (تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الكتب للطباعة والنشر، د م ن، 1988، ص 49.

[22]- **الداودي غالب على**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة)، ط 5، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص ص 108-109.

[23]- راجع في الموضوع: **أبو صيبع عبد الرسول كريم**،"التكييف في تنازع القوانين، دراسة في قانـــون العلاقات الخاصة الدولية"، **مجلة مركز دراسات الكوفة**، العدد 07، 2008، ص ص221-232.

[24]- قد تختلف التشريعات فيما بينها من حيث تقسيم الفكرة المسندة، وتحديد مضمونها، رغم أنها قد تستعمل اصطلاحات مشتركة للدلالة على تلك الفكرة، ففكرة الأهلية مثلا أو الميراث هي أفكار تعرفها كل التشريعات، ولكن ما يدخل في فكرة الأهلية في قانون معين قد يعتبر من الشكل في قانون آخر، وما قد يندرج تحت فكرة الميراث في قانون يعتبر من النظام المالي للزوجين في قانون آخر.

- أنظر في هذا المعنى مرجع: **محمد كمال فهمي**، أصول القانون الدولي الخاص(الجنسية، الموطن، مركز الأجـــــانب، مادة التنازع)، ط02، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 397.

الإسناد تلازم الاختصاص التشريعي الدولي والقضائي الدولي، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، فكثيرا ما يميل القاضي المعروض عليه النّزاع إلى إعمال قواعد التنازع في قانونه ويميل بالفطرة إلى تفضيل قانونه خاصة في ظل الأنظمة القانونية التي يعتبر فيها القانون الأجنبي مجرد واقعة، ولكن قد يكون سبب تطبيق قانون القاضي هو تطبيق لفكرة النّظام العام الاستبعادي أو الإسناد ذو الوظيفة الحمائية، حيث يرفض القاضي تطبيق القانون الأجنبي حفاظا على نظامه الوطني، وحماية له من الأحكام التي تتعارض تعارضا صارخا مع مفاهيمه.

2-الإحالة

تتضمن هذه الفكرة تطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة وفق قاعدة الإسناد الوطنية في حالة التنازع السلبي، والإحالة إما أن تكون بسيطة ذات درجة واحـــــــدة، ويسميها أحد الفقهاء بالإحالة الحقيقية أو بالرجوع، وقد تتعدد بتعدد القوانين التي يحال عليها[25].

يشير الفقه في الانتقاد الموجه[26] في هذا الشأن بالقول أنّ تحقيق التناسق بين قوانين التنازع يتم في وضع غريب لأنّ الإحالة لا تكون فعّالة إلاّ بين مجمـــــوعتين من الدّول، تأخذ الأولى بالإحالة من الدرجة الأولى بينما ترفض دول المجموعة الثانية الإحالة أو الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، فيؤدي في معظم الأحيان إلى طريق مسدودة أو حلقة مفرغة[27].

[25]- Le renvoi au premier degré fut admis pour la première fois dans une affaire *Forgo* (Civ. 24juin 1878). La cour de cassation n'a eu l'occasion d'utiliser le mécanisme du renvoi au deuxième degré que dans des circonstances équivoque.

- **MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, Op, Cit, p. 163.

[26]- **SFEIR Raul**, Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé, op.cit, p 220.

[27] -**MUIR WATT Horati**, « Droit public et droit privé des rapports internationaux (vers le publicisation des conflit de lois) », *Arch.- Phil .Droit*, 41- 1997, p.209. Voir :

- http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/169.pdf

تظهر الإحالة كفكرة تفسح المجال لإمكانية تطبيق قانونين مختلفين في موضوع واحد، وبالتّالي اختلاف النّتيجة، ما يجعل وحدة الحلول هدفا بعيد المنال، بينما تهون هذه المشكلة في العقود الدّولية إذا توجهت إرادة المتعاقدين نحو تطبيق قانون موضوعي محدّد[28].

3- استبعاد القانون واجب التطبيق لعدّة اعتبارات

إذا توصّل القاضي إلى تحديد القانون واجب التطبيق، وكان قانونا أجنبيا فإنّ هذا القانون تعترضه الكثير من العراقيل التي تمنع تطبيقه، كأن يتعارض مضمونه مع جوهر نظام المجتمع لدولة القاضي، فيتم استبعاده باسم النّظام العام[29]، ويحلّ محلّه قانون القاضي، فمفهوم النّظام العام مفهوم وطني خاص بكل دولة، يختلف من حيث المكان والزمان، ويتم تقديره من القاضي وقت طرح النزاع عليه، هنا تكمن صعوبة إعمال القانون الأجنبي.

يخلق أطراف العقد في حالات معينة الظروف الخاصة التي تسمح لهم بإسناد العلاقة لقانون معين قد لا يمت إلى العقد بصلة مع وجود نية للتحايل على القانون، كما لو اختار الطرفان الوفاء في دولة معينة لا صلة لها بالعقد بقصد التهرب من السعر الإلزامي.

4- ضرورة أن يكون القانون الأجنبي من القوانين التي تحكم العلاقات الخاصة

تتكون قاعدة التنازع من عناصر خارجية هي الفكرة المسندة، وضابط الإسناد والقانون المسند إليه، وعناصر داخلية مثلها مثل أي قاعدة قانونية من عنصرين هما الفرض والحكم أو الأثر القانوني، يتعلق الفرض بشروط انطباق القاعدة، أمّا الحكم فهو

[28]- Voir: **LEQUETTE Yves**, « renvoi », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-12.

[29]- راجع في مسائل الأحوال الشخصية، **بوسهوة نور الدين**، "مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقاتها بالنظام العام"، مداخلة في اطار الملتقي الدولي حول:" التحول في فكرة النظام العام، من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، المنعقد يومي 08/07 ماي 2014، والمنشور في **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، عدد خاص، 2015، ص 324 وما بعدها.

الحلّ الذي يقرره القانون متى توفرت الشروط والظّروف المحدّدة في الفرض، متى توفرت شروط الفرض وجب إعمال الحكم، وبهذا المعنى فهي قاعدة مجرّة ومحايدة.

تتحقق صفة التجريد في قاعدة التنازع من خلال الرّبط المجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة دون اعتبار لطبيعة القوانين الدّاخلية الموضوعية المتنازعة، ويتحقق ذلك من خلال تفاعل ضابط الإسناد وهو العنصر الخارجي مع الحكم الذي يشكل العنصر الداخلي.

يعنى الطّابع المجرّد لقاعدة الإسناد أنّ تلك القاعدة لا تحدّد قانون دولة معينة بالذّات، وإنّما تتكفل بالرّبط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة، أمّا صفة الحياد فتتحقق على افتراض تساوي جميع القوانين المتنازعة والعمل الآلي لقاعدة الإسناد اعتمادا على فكرة الإسناد الإجمالي، أي إعطاء الاختصاص التشريعي للقانون الملائم في مجموعه وليس في بعض قواعده دون البعض الآخر.

قاعدة الإسناد ليست إلاّ وسيلة لتعيين واختيار قانون معين لأجل ذلك سميت بالقواعد النّاخبة تمييزا لها عن القواعد الأخرى ذات التطبيق المباشر، فهي ليست معيارا للتفرقة بين قواعد ذلك القانون حسب طبيعتها قواعد قانون عام أم قواعد قانون خاص[30]، بخلاف الفقه التقليدي الذي يرفض تطبيق بعض قواعد القانون الأجنبي المختص إذا كانت من قواعد القانون العام، لأنّ التنازع لا يتصور إلاّ بين قواعد القانون الخاص وفروعه[31].

[30]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية تطبيقية) دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 163.

[31]- لاسيما الفقيه الفرنسي (هنري باتيفول H.Batiffol) الذي قال بأن" الوسيلة العامة لحلّ مشكلات القانون الدولي الخاص – أي قاعدة الإسناد – جوهرها، ليس حل تلك المشاكل مباشرة بنصوص تشريعية خاصة، ولكن فقط تعيين **القواعد الداخلية في القانون الخاص** التي ستطبق على العلاقات بين الأفراد". =

دفعت صعوبة إدراج بعض فروع القانون إلى أيٍّ من الفرعين، وكذلك عدم وجود هذا التقسيم في بلاد القانون العام كالقانون الانجليزي الذي يجهل حتى الآن وجود هذه التفرقة، إلى إيجاد منهج خاص بتنازع قواعد القانون العام هو منهج القواعد ذات التّطبيق الضروري إذ يقول الفقيه الفرنسيNIBOYEY أنّ القانون الدّولي الخاص ليس مخصصا لحل تنازع القانون الخاص ولكن للتنازع عموما.

ثانيا- افتقاد منهج قواعد التنازع للأمن واليقين القانوني

تحت تأثير الظروف المتغيرة لعلاقات التجارة الدّولية، والدّور الذي لاينكر لهيئات وأجهزة تعمل على إيجاد قانون متميز يحكم مباشرة العلاقات ذات العنصر الأجنبي تداركا لقصور المنهج التقليدي في تنازع القوانين، يعيب الفقه على هذا المنهج ما يقود إليه من عدم إمكانية توقع الحلول بسبب أنّ القضاء في بعض الدّول يعتبره مصدرا لها أكثر من التّشريع، فتأتي حلول التنازع مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة مجردة، ومثل هذا الانتقاد تزيد أهميته في مجال التّجارة الدّولية التي تتطلب نوعا من اليقين والأمان القانوني وهو المجال الذي يتأثر أكثر من غيره بانعدام الأمان القانوني الذي قد يصبه من جراء اللجوء إلى قواعد التنازع لحل مشاكله[32].

تؤدي خاصية السّرعة في مجال التّجارة الدّولية، وتطبيق منهج الإسناد على العلاقات المترتبة عنها إلى عدم توقع الأحكام، وبالتّالي انعدام الأمن القانوني، وذلك لعدم قدرة المتعاقدين معرفة القانون واجب التطبيق عند إبرام العقد، وقد يفصل في النّزاع محكمة من غير الممكن توقعها مع قواعدها الخاصة بتنازع القوانين وأسلوبها الخاص في حلّ القضايا الدولية، وحتى إن تمت معرفة المحكمة عند إبرام العقد فإنّ القانون الواجب

-عن: **عبد الكريم سلامة أحمد**، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخـــاص، مرجع سابق، ص 16، وقد ورد في نفس الصفحة في الهامش رقم (2) أن هذا الفقيه عدل عن رأيه في إحدى كتاباته وحذف عبارة **القانون الخاص** واكتفى بعبارة "تعيين القواعد الداخلية التي ستطبق على العلاقات بين الأفراد".

[32]- **المحاسنة محمد أحمد علي**، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 2006، ص 139.

التطبيق يبقى غير معروف في ضوء اختلاف الحلول المقررة بناء على اختلاف ضوابط الإسناد لنفس الفكرة المسندة من قبل المشرعين[33].

يزداد التعقيد شدّة إذا علمنا أن بعض الدّول تتخذ من القضاء مصدرا لقاعدة الإسناد، مما يعدم الأمن القانوني ويجعل من قاعدة التنازع وسيلة تحكمية بيدّ القضاء أكثر من كونها قاعدة مجردة ومنضبطة [34]، كما يفتقد منهج الإسناد للأمن القانوني، كذلك إذا علمنا أنّ المعاملات التجارية الدّولية تخضع في معظم النظم القانونية إلى ضابط قانون الإرادة، حيث يشوب تطبيق هذا الضّابط في حالة غياب الإرادة الصريحة تخمين القاضي وإحلال آرائه الشخصية تحت ستار الإرادة الضمنية، والإرادة المفترضة، وتركيز العقد والمخالفة للنظام العام والأخذ بنظرية الإحالة محل القانون الذي أراده المتعاقدان.[35]

ينتقص عدم تحديد مضمون قواعد منهج التنازع وشدّة تعقيده وإخلاله بتوقعات الأطراف من ضرورة الأمن واليقين القانوني ممّا يجعل ضرورة البحث عن بديل له.

كما يقول الاستاذ "**أحمد عبد الحميد عشوش**" أنّ: "السّعي إلى توفير اليقين القانوني أي كفاية القاعدة القانونية في مجال القانون الدولي الخاص من الأمور الأكثر صعوبة عنه في أيّ مجال قانوني آخر إذا تتضافر عدّة عوامل للحيلولة دون تحقيقه"[36].

لهذا وجد جانب من الفقه هذا قواعد منهج التنازع بأنّه بدون أساس معقول، لهذا لم يكن غريبا أن يؤكّد الفقه على أهمية القواعد الموضوعية الموحّدة التي تتولى التّنظيم المباشر لروابط التّجارة الدّولية.

---

[33]- **GUILLEMAND Sylvette et PRIJINER Alain**, « La codification international du droit international privé :échec ? », *Les Cahiers de droit*, vol 46, N° 1-2, 2005, p.176. http://id.erudit.org/iderudit/043834ar

[34]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي(دراسة تأصيلية)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص153.

[35] - **الطيب زروتي**، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، مرجع سابق، ص 81.

[36]- **عشوش أحمد عبد الحميد**، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990 ، ص 17.

ثالثا- عدم ملائمة الحلول الوطنية لحكم العلاقات الخاصة الدّولية

تتعلق هذه الفكرة بمدى دولية قواعد منهج التنازع وبتجاهل قاعد الإسناد خصوصية العقد الدّولي وطابعها التّحكمي، فالمفروض أنّ القانون الدّولي الخاص هو قانون علاقات دولية خاصة، وهو قانون له قابلية واستعداد لحكمها مهما كانت الطريقة لذلك، ولكن قد لا يعتبر دوليا في حقيقته إذا ما نظرنا أنه يستخدم قواعد تنازع وطنية غالبا.

يتساءل الأستاذ "محسن شفيق ويقول:" كيف يطمئن أطراف علاقة تجارية ذات طابع دولي على حقوقهم إذا كانوا لا يعلمون مقدّما إلى أي قضاء يقدمون ما يثور بشأنها من نزاع وأي قانون يطبق عليها؟، **وبفرض إمكانية تعيين هذا القانون واجب التطبيق مقدّما، فإنّه سيكون على أي حال قانونا وطنيا غير معدّ لمواجهة التجارة الدّولية**، غريبا على أحد طرفي النزاع إن لم يكن غريبا عليهما معا، ويستطرد ويقول:"**هذا القلق ليس لصالح التجارة الدولية بل من معوقاتها**"[37].

تأسيسا على ما سبق، فإنّ القانون الذي يتقرّر تطبيقه هو دائما قانون وطني أُعدّ في الأساس ليحكم علاقات وطنية بحتة فهو يؤدّي إلى وضع حلول داخلية لمنازعات دولية، وبالتّالي يكون البدء بتطبيق هذا المنهج ونتيجة التطبيق لا تتناسب حتما مع الطّبيعة

[37] - **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في القانون التجارة الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 05.

-يكون مرد هذا القلق حسب نفس الكاتب إلى أنّ قواعد الإسناد في قواعد منهج التنازع قواعد تفتقد إلى الوظيفة الوقائية، أي الحيلولة دون وقوع النّزاع بين الأفراد وهي الوظيفة الأولى لقواعد القانون بوجه عام، لأنّها لا يمكن إعمالها إلا بواسطة القضاء، وبعد عرض النّزاع عليه، فضلا عن أنّ إعمالها يتطلب القيام بمجموعة من العمليات الفنية التي تسبق تحديد القانون الواجب التطبيق من ذلك تفسير قاعدة الإسناد، التكييف القانوني للمسألة المعروضة، تحديد القواعد الواجب تطبيقها في القانون المختص بحكم النزاع، وقد لا يتم التوصل إلى القانون واجب التطبيق، أو أنّ العلاقة قد لا تغطيها إلا قاعدة إسناد واحدة بصورة يصعب أو يستحيل معها إخضاع كل الجوانب القانونية لذلك العقد لقانون واحد فيكون من الضّروري البحث عن قوانين أخرى تحكم جوانب النزاع، ممّا يعني أن تجزئة المسألة المعروضة هو أمر يمكن تصوره فيما يتعلق بقواعد الإسناد، ممّا قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في العلاقات الخاصة الدولية، وهنا مكمن القصور في قواعد منهج التنازع خاصة في الوقت الذي تعاظمت فيه حركة التجارة وظهور أنماط جديدة من العقود.

الدّولية للعلاقات ذات الصلة، فهنا يتجلى النقص عبر تجاهل أو إهمال خصوصية العلاقات الدولية الخاصة.

يعاب على قاعدة التنازع من هذه الزاوية افتقارها للدولية ممّا يجعلها قاصرة على تقديم حلول مرضية لبعض العلاقات الخاصة الدولية وفي هذا المعنى يقول BATIFFOL أنّ منهج تنازع القوانين قد أضحى زائفا لأنه يؤدي إلى تطبيق قواعد موضوعة أساسا لأوضاع داخلية على أوضاع دولية، وتلك القواعد الوطنية ليست قادرة على حكم التجارة الدولية والأمر هنا يتعلق ب " انعدام القدرة المسبقة لحكم الأوضاع الدّولية "[38].

لا يمكن تحقيق التوازن بين القوانين بتجاهل خصوصية طبيعة هذه الـــــــعلاقات، لذلك فالحلّ يكمن في جعل القانون الدولي الخاص أكثر دولية من خلال مصادره[39].

ما يزيد في ضرورة الأخذ بالحلول الجديدة الطبيعة التي آلت إليها العقود الدولية- كأداة فنية لتبادل الثروات عبر الحدود وتسيير التجارة الدولية لذلك- من تنوع في أنماطها، وبسبب تركيبها المعقّد فإنّ هذه العقود كما يرى الفقه المسمى بقانون التجار الجديد لا يمكن تصنيفها بين التصرفات المعهود تنظيمها للقوانين الوطنية.

يتميز تطبيق القانون الدّاخلي على مسائل التّجارة الدّولية بعدم الملائمة للعلاقة المطبق عليها، لذلك نجد اتجاها متزايد لدى مشرعي بعض الدّول لسن قوانين خاصة تتعلق بالتجارة الدولية على اعتبار أن الفقه نفسه لا يتردد في القــول بوجود مجتمع للتجار، وبالنّظر لتطور هذا المجتمع وخصوصيته التي ينعكس أثرها بوضوح في المجال القانوني.

[38]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدّولي، مرجع سابق، ص 241.

[39]- Le meilleur remède serait évidemment de s'attaquer à la racine du mal, et de rendre le droit international privé plus international par sa source.

- **MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, op, cit, p. 24.

يستند هذا المجتمع إلى تنظيمات متخصصة تقوم بإعداد قانون خاص بها ذي طابـــع جماعي، يقدم عقودا نموذجية ويعطي الأفضلية لنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، وهو نظام يتمتع فيه المحكم بقدر من الحرية في استبعاد تطبيق القانون الوطني لدولة ما، ويقود في النهاية إلى خلق قواعد مشتركة بين دول العالم لتحكم علاقات التجار.

يعدّ افتقار قواعد التنازع للدّولية أصدق مدلول على عدم استجابتها لما تتميز به العلاقات الخاصة الدّولية من خصوصية، وما تتمتع به من ذاتية، الأمر الذي يستدعي في بعض الأحيان تجاوزها واخضاع المسائل التي تثيرها لقواعد وضعت من أجلها، ومن هنا كانت أهمية القواعد الموضوعية، وبخاصة عادات وأعراف التّجارة الدّولية التي استقر عليها العمل في نطاق الأسواق الدّولية. نشير في هذا الصدد، إلى أن تدويل الرّوابط والعلاقات العقدية يستتبع بالضّرورة تدويلا للقواعد القانونية التي تحكمها، وبغياب هكذا تدويل سيبقى قواعد منهج التنازع منهجا غريبا وفريدا[40].

[40]- يعيب البعض الآخر على هذا المنهج إفراط طابعه الدّولي أحيانا أخرى والواقع يفيد أنّ الإفراط مرده ازدواجية قاعدة التنازع، إذ يتساوى القانونين الذي أشارت بتطبيقهم القاعدة الإسنادية: قانون القاضي والقانـــــون الأجنبي، ويأتي =الإفراط هنا نتيجة انعقاد الاختصاص في مجال معيّن لقانون أجنبي في الوقت الذي يكون من الأنسب إعمال قانون القاضي على اعتبار أنها بسيطة لا تستدعي تحريك نظام دولي لحكمها، أو لشدة اتصال العلاقة بدولته.

-راجع حول الفكرة: **الشماسنة محمد أحمد عبد الله**، مواءمة قواعد الإسناد لأعراف التجارة الدّولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجامعة الاردنية، عمان، 2005، ص 70. كذلك:

المغربي محمود محمـــــود، في إشكالية تقنين القـــانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتـــــاب، بيروت، 2007، ص48.

الفرع الثاني

دعوة الفقه لهجر منهج قواعد التنازع

أصبح دور المنهج التقليدي محلّ جدل بين الفقه الذّي يدعو لهجره، فقسّم عوامل وأسباب الأزمة التي وقع فيها إلى أسباب داخلية نشأت في ظلّ المنهج ذاته بمعنى أنّه **منهج احتـــوى بذور أزمته**، والتي عبّر عنها الفقه من خلال صياغة مناهج أخرى كمنهج القواعد ذات التّطبيق الضروري الذي يعدّ ظهوره غريبا من حيث أنّ **المشرع نفسه قد ساهم في تضييق الخناق على منهج قاعدة الإسناد عن طريق وضعه لقواعد آمرة واجبة التطبيق** على كافة الرّوابط التي تدخل في مجال سريانها أيّا كانت طبيعتها داخلية أم دولية.

نجد بجانب منهج التنازع، منهج القواعد الموضوعية لحلّ المشاكل التي تثيرها العلاقات الخاصة الدّولية لما يشوب منهج التنازع من قصور وجمود، بينما تمثلت أخرى في عوامل خارجية أتت من الولايات المتّحدة الأمريكية تحت لواء فقه المنهج الواقعي الذي يقوم على رفض قاطع للمنهج التنازعي، وبالتّالي ظهور اتجاه معاصر نحو التّوسع في مفهوم القانون الدّولي الخاص ليشمل على القواعد الموضوعية المباشرة.

القانون الدّولي الخاص لابد له من التّطور حتى يواكب احتياجات المجتمع الذي يحكمه، فرغم التّساؤلات الكثيرة بشأن جدوى قواعد الإسناد بمعناها التقليدي وإمكانية تحويلها من مفهومها الكلاسيكي إلى مفهوم مستحدث قادر على استيعاب التّطورات، كان من اللافت غياب مفهوم موحد حول سبيل تطويره[41] إنّما كان هناك شبه إجماع حول

[41] - رغم ذلك لم يتخل الأوروبيون عن قاعدة الإسناد كمنهج لحل تنازع القوانين بصورة مطلقة ، وإنّما عملوا على نقد أساليبها وتهذيب آليتها، فكانت ولادة **استثناءات تقويم الإسناد** كأسلوب مستحدث لتقويم قاعدة الإسناد التقليدية بالتخفيف من الطابع الآلي لها والسعي نحو تحقيق مرونة أفضل، وبمقتضى فكرهم الجديد، إذا أشارت قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق إلى قانون ما، بينما هناك قانون آخر يعبّر عن مركز الثقل أو ذات صلة أوثق مع النزاع المطروح فينبغي برأيهم عدم الاعتداد قصدا لما أشارت إليه قاعدة الإسناد، والعمل على تطبيق القانون الآخر الذي يعبّر أكثر من غيره على تركيز العلاقة في مقرها الطبيعي نظرا لقوة ارتباطه بالنزاع.

المغربي محمود محمود، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 51 - 56.

الهجر التاّم لهذا المنهج إلى حد تعبير الفقيه Francescakis عن أمله في اختفاء قواعده والرّغبة أن يتم ذلك مبكرا[42]، فالمسيرة التاريخية للقانون الدولي الخاص تنضج باختلافات في التّوجه وانقسامات في المواقف، وأزمات هكذا كان ولا يزال منذ نشأته الأولى، وما يسمى بالأزمة مرتبط بالوجود والمصير، وهي أزمة مرتبطة بالصراع القائم بين فكر قانوني حديث يؤمن بالتغيير أنجلو- أمريكي المنشأ يسعى إلى تثبيت وجود فرع وليد ذو طابع ذاتي استقلالي كحقيقة وضعية يصعب تجاهلها(**أوّلا**)، وفكر قانوني تقليدي أوروبي المنشأ يؤمن بالتّطوير(**ثانيا**)، ومن ثمة سنحاول الموازنة بين الطرحين(**ثالثا**).

أوّلا-طرح الفقه الأمريكي التّغييري ومشكلة تنازع القوانين

كان سعي فقه القانون الدّولي الخاص حثيثا لإيجاد مناهج جديدة تتلافى أوجه القصور في آلية التنازع، وكان في مقدمتها منهج القواعد الموضوعية، وهذا كردّ فعل لتعصّب الغرب في فرض الصّورة التي استقر عليها منهج التنازع حتى النّصف الأوّل من القرن العشرين وتبرير مفاهيم أوربية، فضلا عن النُّصرة القومية المتجسدة في عدم تصور امكانية قيام التنازع بين قوانين أوروبية وأخرى غير أوربية، وكردّ فعل لعجز المنهج على حلّ تلك المشاكل[43].

ظلّت مشكلة تنازع القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية تحل عبر منهج قواعد الإسناد حتى منتصف القرن الحالي، ومرد ذلك أنّ نظام السوابق القضائية لم يكن قد اكتمل في أعقاب نشأة الولايات المتحدة الأمريكية، ممّا كان يستلزم استعارة حلول التنازع الأوروبية، أمّا وقد تكونت هذه السوابق بمرور الزّمن كان من الصعب أن يحتفظ الفقه الأمريكي بنظام غريب عنه، حيث لم يقتصر موضوع أزمة قواعد منهج التنازع على هجمات

[42]- عن: **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 11.

[43]- **هشام خالد**، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص07.

فردية بل سرعان ما تحوّل محلاّ لهجمات فقهية جماعية مهّدت لها الدّراسات العامة في هذا الموضوع منذ زمن قريب[44].

لم يتردد بعض الفقهاء أن يكتب عمّا أسماه بـــأزمة تنازع القـــــــــوانين، مثل الفقيـــــه، KEGEL، كما دعّم انتقاد هذا المنهج في مجال قانون التّجارة الدّولية، الفقه المؤيد لما يسمى بقانون التجارة الدّولية.

لقد دعا الأمريكيون إلى إهدار قاعدة الإسناد الجامدة، والتي تعتبر العمود الفقري للقانون الدّولي الخاص وشجّعوا على إطلاق يد القاضي في البحث عن الحلول الملائمة للمنازعات المثارة عبر استخدام أساليب مرنة، بحيث تبارى كبار فقهاء القانون الدّولي الخاص في القارة الأمريكية في إظهار عيوبها وإبداء ما يصحّ أن يكون بديلا عنها، إلى حدّ أنّ الأستاذ الأمريكي Lawrence Lessig يقول أنّ تنازع القوانين كأحد مناهج القانون الدولي الخاص قد مات وانتهى، حيث قتلته الحقيقة التي أراد أن يؤكدها ممّا يستوجب البحث عن بديل له[45].

1-الفقيه CAVERS

ينتقد هذا الفقيه بشدة قواعد منهج التنازع المنقول عن الفقه الأوروبي منذ كتاباته الأولى عام 1933 لمخالفته للتقاليد القضائية الأنجلو أمريكية والتي تقضي أنّ يحسم

---

[44]- فقد كانت أزمة تنازع القوانين عنوان الدراسات العامة بأكاديمية لاهاي 1964، ومنذ ذلك الوقت عالجت هذه الظاهرة دراسات وأبحاث كثيرة منه تلك التي قدمت في الذكرى 50 لنشأة الجمعية الفرنسية للقانون الدولي الخاص سنة 1989 تحت عنوان شامل لكل موضوعاتها (المشاكل الحالية للمنهج في القانون الدّولي الخاص).

- CAVERS: "A critique choice of laws problem", 47 Harvard Law Review 1933, pp.178-208.
- CAVERS: "Contemporary conflicts law in American perspective", RCADI, Tome 131, Année 1970, p.140.

- عن: **المغربي محمود محمود**، في إشكالية تقنين القانون الدولي، مرجع سابق، هامش رقم 35، ص85.

[45]- **أشار إليه: طالب حسن موسى**، قانون التجارة الدوليـة، ط 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 82.

القاضي النّزاع المطروح عليه مراعيا ظروف وملابسات الحالة المعروضة عليه تحقيقا للعدالة، واصفا قواعد التنازع بأنّها قواعد عمياء تعمل بشكل آلي[46].

حسب رأي CAVERS أنّه لا سبيل لتطوير القانون الدّولي الخاص إلاّ بإهدار قواعد الإسناد التي تكتفي بتحقيق عدالة شكلية أو حسابية بينما المطلوب هو تحقيق عدالة موضوعية، فبدلا من أن تبحث المحكمة عن أنسب قاعدة موضوعية تطبقها على النّزاع فأدى بها الأسلوب التقليدي في تنازع القوانين إلى البحث عن أنسب اختصاص تشريعي دون اعتداد بمضمونه[47].

يسعى الفقيه CAVERS إلى حلّ التنازع من خلال اختيار القانون الأفضل للمسألة، وعنده فإنّ الأسلوب الصّحيح هو أن تقوم المحكمة بالمواءمة بين مختلف النتائج المترتبة على تطبيق مختلف القوانين في اختيار القانون ليس لأنّه القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، ولكن لأنّه يحقق أفضل النتائج فهو بالتّالي أفضل قانون طالما أنّه يقدم أفضل حلّ للنّزاع من النّاحية العملية فيسمى منهجه "**انتقاء النتيجة** " ، فبدلا من التساؤل عن أفضل قاعدة إسناد يتعين التركيز على مسألة أخرى هي أفضل نتيجة أو حلٍّ للقضية[48].

لكن ما يعاب على توجه CAVERS أنّه قد يكون مستحيلا تطبيق فكرة القانون الأفضل لما يتطلبه من القاضي من جهد في الفحص المسبق للقوانين، ويتعقد دور القاضي

---

[46]- **المغربي محمود محمود**، في إشكالية تقنين القانون الدولي، مرجع سابق، ص58.

[47]- **المرجع نفسه**، ص 58.

[48]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص158.أنظر كذلك:

- **بيار مير وفانسان هوزيه**، القانون الدولي الخاص، ترجمة **علي محمد مقلد**، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ،2008، ص ص 135- 136.

- يلاحظ البعض أن نظرية **Cavers** تختلف عن النظريات الأمريكية الأخرى - التي سنوردها في حينها – التي ترى أن القاضي هو مجرد مراع العدالة في كل حالة على حده ، **Cavers** يتيح للقاضي الكشف عن مضمون كل من القوانين المتنازعة ليدرك نتائج تطبيقها، ولكنه لا يخول المحكمة مع ذلك كل الحرية في اختيار القانون الذي تراه أكثر تحقيقا للعدالة، وإنما يتعين عليها أن تراعي في هذا الشأن السياسات و المصالح المتنازعة بما يكفل للخصوم معاملة عادلة مع عدم الإخلال بتوقعاتهم المشروعة.

بزيادة القوانين المرتبطة بالعلاقة، وكذلك غياب معيار واضح للكشف عن القانون الأفضل[49]، ومن ناحية تحقيق العدالة بين الأطراف بالنظر إلى أن فكرة العدالة مرنة غير منضبطة تختلف من قاص لآخر، وعليه تفتقر حلول CAVERS إلى الأمان القانوني لأنّ هذه الحلول سيحدّدها القاضي في كل حالة على حدى ممّا يتعذّر حماية التوقعات المشروعة للأفراد، فضلا عن ذلك ترك الأمر للقاضي سيفضي غالبا إلى تفضيله لقانونه بوصفه عنوانا للعدالة.

1-الفقيه CURRIE

يتّسم القاسم المشترك الذي يجمع فقهاء المدرسة الامريكية بطابع سلبي وليس ايجابيا، وهو الاتفاق على نبذ منهج قواعد التنازع، حيث هاجم الفقيه CURRIE بدوره قواعد الإسناد بغية هدم صرحها والاستغناء عنها كوسيلة فنية لحلّ تنازع القوانين، ووصفها كآلة صماء تعمل دون أن تتيح للقاضي فرصة مناقشة أهداف القوانين المتزاحمة لحكم النزاع المعروض عليه، معتبرا بذلك أن تنازع القوانين هو تنازع بين مصالح حكومية[50].

[49]- نظرا لبداهة هذا الانتقاد نلاحظ أن **Cavers** عاد بعد ثلاثين عاما وفي مؤلفه المنشور عام 1965 ليضع ما أسماه بمبادئ المفاضلة التي يمكن للقاضي أن يسترشد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق، وكأن الفقيه انتهى إلى اعتناق بعض قواعد الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق بعد أن تبين له صعوبة تطبيق معاييره المقترحة في البداية في البداية لتحديد هذا القانون وهو ما أوقعه في التناقض، ذلك أن نظريته التي وضعها عام 1933 تتعارض لاشك مع التمسك بقواعد إسناد مسبقة كتلك التي انتهى إليها عام 1965، على أن **Cavers** قد اضطر في بعض الفروض إلى العودة لقواعد الإسناد ذات الطابع المحايد والتي رأى إعمالها بطريقة آلية بصرف النظر عن مضمون القانون الذي تشير باختصاصه. أنظر:

- **هشام على صادق**، القانـــــــون الواجب التـــــــطبيق على عقود التـــــجارة الدولية، دار الفكـــــــر الجـــــامعي، الإسكندرية، 2001، ص ص 645-646.

[50]- **عن: عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 125.

لن تصلح من وجهة نظره قاعدة الإسناد لحل مثل هذا التنازع، والفكرة البديلة التي تقوم عليها نظريته هي فكرة مصلحة الدولة، فكل قاعدة قانونية لها هدف أو سياسة تشريعية والدول لها مصلحة في تحقيق سياستها التشريعية من خلال تطبيق قوانينها[51].

اعتبر CURRIE أنّ وسيلة حل التنازع بين المصالح الحكومية تكمن في ضرورة قيام القاضي بتحليل القواعد المادية المتزاحمة لحكم العلاقة المطروحة عليه للكشف عن هدف كل قاعدة آخذا بعين الاعتبار الأبعاد السياسية التي يرمي المشرّع إلى تحقيقها، فلا يتصور الفقيه CURRIE قيام مشكلة التنازع لمجرد تعدّد القوانين المرتبطة بالنّزاع، بل يتعين فوق ذلك أن تكون لكل دولة من الدّول التي تتزاحم قوانينها لحكم النزاع المطروح مصلحة في تطبيق قانونها[52].

نكون إذا تعددت القوانين دون أن تتعدد الدّول التي يكون لها مصلحة في تطبيق قانونها بصدد ما أسماه الفقيه **بالمشكلة الكاذبة** حيث لا يملك القاضي سوى تطبيق قانون الدولة التي لها مصلحة في هذا التطبيق.

---

[51]- **SFEIR Raul**, « Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé », Op.Cit, p 229.

-=يؤدي إعمال النظرية إلى ترتيب الفروض التالية:

- إذا كانت الدولة لها مصلحة في تطبيق قانونها ولا توجد للدول الأخرى مصلحة وجب على القاضي تطبيق قانونها سواء كان القانون هو قانون القاضي أم قانون أجنبي.

- إذا انتهى القاضي إلى وجود أكثر من دولة لها مصلحة في تطبيق قانونها، وكان قانون القاضي من بين هذه القوانين يجب تفضيل قانون القاضي.

- إذا انتهى القاضي إلى وجود أكثر من دولة لها مصلحة معقولة في تطبيق قانونها ولم تكن دولة القاضي من بين هذه الدول عليه أن بتجنب تنازع القوانين عن طريق تحوير تبرر مصلحة دولة أو أخرى في تطبيق قانونها. عن: **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 124.

[52]- **المغربي محمود محمود**، في إشكالية تقنين القانون الدولي، مرجع سابق، هامش رقم 36، ص59.

لكن يبدو للوهلة الأولى استحالة قيام القاضي بهذه المهمة، فكيف يتسنى له التعرف على أهداف مختلف الدول في إصدار قوانينها، فضلا عن صعوبة التحقق من المصلحة المشروعة.[53]

الملاحظ على المعيار الذي اقترحه CURRIE لحلّ التنازع وفقا لنظريته أنّه معيار أحادي مفرد الجانب، حيث أن معيار مصلحة الدّولة كعنصر لصيق بالقاعدة القانونية يتحدّد بناء عليه نطاق تطبيقها، وهو معيار يحدد هذا النّطاق دون الاعتداد بمجال تطبيق القوانين المنتمية للدّول الأخرى.

يعتبر التنازع لدى هذا الفقيه، تنازع بين قواعد موضوعية وليس بين أنظمة قانونية، ومن ثمة فهو لا يرى أنّ القانون الدّولي الخاص هو قانون حدود، وإنّما هو قانون وظيفي[54]، فنطاق تطبيق القاعدة الموضوعية تحدده هذه القاعدة ذاتها حسب CURRIE وبهذا تتفق نظريته مع فقه المدرسة الأحادية في أوربا أي نظرية القوانين الضّرورية التطبيق أو قوانين البوليس، التي يتحدد نطاق تطبيقها هي الأخرى وفقا للمنهج الأحادي ذلك في كونها لا تتصور تطبيق قاعدة موضوعية في قانون القاضي أو في قانون أجنبي إلا إذا كانت المسألة تدخل في نطاق تطبيقها كما حدّده مشرع هذه القاعدة.

يرى الفقيه Kegel أنّ معيار المصالح الحكومية أو مصلحة الدولة يعدُّ معيارا خاطئا لحلّ التنازع بين القوانين، لأنّ القانون الدّولي الخاص يسعى إلى حماية المصالح المشروعة للأفراد في مجال التجارة الدّولية، ويضف قائلا أنّ أساس الخلط لدى CURRIE

---

[53] - راجع بشأن أفكار CURRIE :

- **AUDIT Bernard**, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit», *RCADI*, T 186 , Année 1986, p. 9 et s.

-**BUCHER Andreas**, «Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? », *CNRS*, DALLOZ, Paris, Année 1994-1995, p209 et s.

[54] - بهذا يعتبر CURRIE من أنصار النظرية الأحادية التي لا تعتد بحلول التنازع التقليدية أو المزدوجة الجانب، مع الملاحظة أن الأحادية لدى كوري تؤدي دورها على مستوى القواعد الموضوعية وليس على مستوى قاعدة الإسناد وهو الفرق الجوهري بينه وبين الفقيه الايطالي Quadri والذي يبقي على قاعدة الإسناد وإن طبقها بطريقة أحادية أو مفردة الجانب.

- أنظر في أوجه الفرق بين نظريتي الفقيهين: **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها.

هو عدم وجود حدود فاصلة بين القانون الخاص والقانون العام في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا، خلافا لما عليه الحال في البلاد الأوروبية، لقد افترض CURRIE في القاضي القدرة على تحليل القوانين المتزاحمة لحكم المسألة المعروضة في ضوء المصالح السياسية لمشرعي هذه القوانين، وإذا كان من الممكن استيعاب هذه الفكرة في مجال التنازع الدّاخلي بين قوانين الولايات، فإن الأمر قد يتعذر على القاضي في مجال التنازع الدّولي للقوانين.

تأسيسا على ما ذكر، نقول أنّ هذه النظرية كسابقاتها تؤدّي إلى الإخلال بوحدة العقد وبالأمان القانوني وحماية توقعات الأفراد، وهو ما يناهض الاستقرار المتطلب في التّجارة الدّولية.

3- الفقيه EHRENZWEIG

كان هجوم الفقيه EHRENZWEIG[55] أشدّ قسوة من زملائه، حيث اعتبر أنّ القانون الدّولي الخاص قد انحرف عن مساره الطبيعي فإذا كان الأصل سيادة قانون القاضي والاستثناء القانون الأجنبي الذي يطبق من خلال قاعدة الإسناد، انقلبت الأمور وأصبح الاستثناء أصلا والأصل استثناء، واقترح بنظريته قانون القاضي العودة إلى الأصول التاريخية بجعل « قاعدة قانون القاضي » القاعدة الأصلية، بدلا من مواجهة المشكلة باللّجوء إلى أساليب معقدة كالتّكيف والإحالة وعدم إثبات القانون الأجنبي وموانع تطبيق

[55]- يعتبر هذا الفقيه من أنصار المدرسة الأمريكية المعاصرة لتنازع القوانين التي أخذت على عاتقها إبراز قصور الفكر التقليدي للتنازع والعمل على هدم قواعد الإسناد التي تضلل المحاكم وتقيد القضاة بتطبيق قواعد مفروضة عليهم ممّا جعلهم عاجزين على أداء العدالة.

- لقد كان الفقه الأمريكي بانتقاده لمنهج التنازع يستهدف قواعد الإسناد الجامدة التي تبنتها المدونة الأولى للقانون الدولي الخاص الأمريكي التي نشرت عام 1934 متأثرا بفقه Stor الموروث عن الفقيه الهولندي Huber في شأن نظرية إقليمية القوانين التي تقوم على فكرة أن قانون الدولة لا يطبق إلاّ داخل إقليمها، ومن هنا تمسك الفقه الأمريكي بأن الأصل هو تطبيق قانون القاضي، وأن تطبيق القوانين الأجنبية لا يطبق إلاّ على سبيل الاستثناء، على أنه كان أساس الاستثناء في الفقه الهولندي هو فكرة المجاملة الدولية بينما عند الفقه الأمريكي هو احترام الحقوق المكتسبة الذي نقله عن الفقيه البريطاني Dicey

- راجع: **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية، رجع سابق، ص ص 637-638.

القانون الأجنبي[56]، ويعتبر هذا الفقيه أكثر الفقهاء الأمريكيون تحيّزا لقانون القاضي، وأكّد أنّ تطبيقه على العلاقات الدّولية الخاصة هو الأصل والرّجوع إلى القانون

الأجنبي هو الاستثناء، إلاّ إذا كان ذلك انصياعا لقاعدة أسمى يقرّرها الدّستور أو الاتفاقيات الدّولية أو بمقتضى قاعدة إسناد حقيقية في قانون القاضي، أي قاعدة ذات أصل تشريعي أو مقررة بمقتضى قضاء مستقر[57].

رغم النّقد الذي وجهه هذا الفقيه للمنهج التّنازعي ووضعه بديلا عنه، إلاّ أنّه يظل يستعين بقواعد الإسناد وأنّ نظريته تصطدم بالقانون الدّولي الخاص الذي يتطور ليتجنب إعمال قانون القاضي، كما تفتقر للتأصيل الفقهي للقانون الوضعي أو اقتراح نظام يقوم على اعتبارات السياسية والتشريعية، وممّا لا شك فيه أنّ نظريته تعيد بالقانون الدّولي الخاص إلى الوراء، فهناك من الفقه من أشار إلى أن نظرية Ehrenzweig لا تستحق وصفها بأنّها نظرية عامة في القانون الدّولي الخاص، لأن الأصل فيها هو تطبيق قانون القاضي، وهو ما يخالف التوجه المعاصر للقانون الدولي الخاص.

4- الفقيه RESSE

عاد التصعيد الهجومي على قواعد الإسناد مع الفقيه RESSE الذي اعتبرها لا تأتلف مع المجالات التي تستدعي قواعد تفصيلية أكثر مرونة وتكون بطبيعتها بعيدة عن الجمود والعمومية على اعتبار أنّ علم تنازع القوانين يحتاج إلى التبسيط والتأكيد القانوني، مؤيدا بذلك ترك مهمة اختيار القانون الواجب التطبيق للقاضي حتى يتمكن من

[56]-**SCHWIIND Frits**, Aspects et sens du droit international prive, RCADI.1987, 1984, pp.56-57.

[57]- في غير هذه الحالات يتعين على القاضي أن يطبق قانونه ما لم يتبين له أن القاعدة الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون قد حددت مجال سريانها المكاني على نحو يتعارض مع على النّزاع المطروح.

- أنظر في هذا المعنى: **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، الهامش رقم 315، ص ص 649 – 650.

الفصل في كل نزاع بأفضل حلّ، مستعينا في ذلك بجملة من الاعتبارات كالمحافظة على توقّعات الأفراد، التأكيد القانوني، اختيار القانون الأفضل...الخ[58].

لم تكن الثّورة التي قادها هذا الفقيه ضد قواعد التنازع من الفراغ، فهي وإن انطلقت من الدّعوة إلى هجر قاعدة الإسناد لجمودها ولطابعها الآلي، إلاّ أنّ من نتائجها أن أصبح الطرح الأمريكي التغيري المستجدّ يشكل أزمة حقيقية للمنهج التنازعي[59]، ولكن ما يؤخذ على نظرية الفقيه RESSE والاعتبارات التي يجب مراعاتها لتطبيقها، هو التناقض والغموض الذي يكتنفها بالإضافة إلى عدم إمكانية تحقيق كل أهدافها في كل قضية.

كان تحقيق الأمن القانوني وحماية توقعات الأفراد هو هدف القانون الدّولي الخاص الأمريـــكي، وقد ظهرت هذه الميزة عند وضع المدونة الأمريكية الأولى عام 1935 بأن تبنى واضعوها قواعد الإسناد التقليدية ذات الطابع الإقليمي، ولكن المدرسة الواقعية الحديثة أطاحت بهذا الهدف ورفضت إعمال قواعد التنازع بصفة آلية، وهو ما ظهر في المدونة الثانية عام 1969، حيث راجع الفقه الأمريكي مواقفه وحاول وضع حل وسط بين جمود الإسناد التقليدي الذي اكتنف المدونة الأولى والتراجع الكامل عنه، فدعا CAVERS إلى

---

[58]- كذلك اعتبارات أخرى منها أنه:

- على القاضي أن يتّبع ما يمليه عليه مشّرعه.. حتى يعتبر الحكم صحيحا.

- يجب أن تكون قواعد اختيار القانون بسيطة وسهلة التطبيق، وحسب الفقيه RESSE النتيجة المنطقية لهذا الهدف تكون بتطبيق قانون القاضي.

- يجب على القاضي أن يطبق قانونه طالما لا توجد مبررات قوية لتطبيق قانون أجنبي آخر باعتباره الأصل وواجب يقوم عليه.

يجب أن يسعى القاضي إلى تطبيق قانون الدولة التي يتحقق الهدف الرئيسي في تنظيم المسألة، فالقوانين التي تهدف إلى حماية المقترضين من الفوائد المبالغ فيها بوضع حد أقصى للفائدة وتختلف القوانين من حيث تحديد الحد الأقصى.

- يجب أن يسعى القاضي لتحقيق التوقعات المشروعة للأفراد بحيث يتمكنوا من التفكير المسبق في النتائج القانونية لمعاملاتهم.

- يجب أن تهدف قواعد اختيار القانون إلى تحقيق توافق الحلول بحيث تكون القاعدة متفقة مع ما تطبقه الدول والولايات الأخرى و التأكد من علاقات الأفراد وإمكانية التنبؤ بها.

[59]- إلى حد دفع الفقيه الفرنسي Loussouarn إلى أن يدعو ربه بأن يحميه والفقه الفرنسي من عدوى الفقه الأمريكي:
«Dieu nous garde sur ce point de la contagion des doctrines américaines »

- راجع:

-**LOUSSOUARN Yvon**, « la règle de conflit est-elle une règle nature ? », *CNRS*, Dalloz, Paris, 1981-1983, p.43 et s.

اختيار قانون أكثر تحقيقا للعدالة الموضوعية[60]، بينما تصدى CURRIE لحل التنازع من خلال تحليل القواعد الموضوعية المتنازعة، باعتناق مبدأ إخضاع المسألة محل النّزاع لقانون الدولة التي ترتبط مصالحها بأوثق صلة بالمسألة.

يعدّ المنهج الأمريكي، منهجا تحليليا لا يواجه موضوعات عامة، وإنّما يتصدى لكل مسألة على حدى بحثا عن القاعدة الموضوعية التي تحكمها من خلال إسناد المشكلة لقانون دولة صاحبة المصلحة الأكبر في هذا التطبيق، أو التي ترتبط مصالحها بأوثق صلة بالنزاع، وتيسيرا لمهمة القاضي تم وضع قواعد مزدوجة ذات طبيعة إرشادية لا تلزم القاضي إلاّ في ظل غياب قاعدة موضوعية تهدف إلى تحقيق غاية تعبّر عن مصلحة دولـــــة، وهي قواعد تتسم بالدقة لمواجهة فروض واقعية، ولكن استعمال هذا المنهج يصلح لمواجهة التنازع الداخلي، لأنّ الوضع يختلف عند إعمالـه في مجـــــال التنازع الدولي، أين يعجز القاضي عن تحليل قواعد غريبة عنه، وعلى هذا الأساس يصعب التسليم بتوجه الفقه الأمريكي.

ثانيا- تأثير الفكر الأمريكي على الفقه الأوروبي التطويري في النّظرية التقليدية لتنازع القوانين

يصّر الفقه الأوروبي ومن سايره على المحافظة على قاعدة الإسناد التقليدية مفضلا إدخال تعديلات عليها كلّما دعت الحاجة لذلك حتى تكون أكثر ملائمة لمتطلّبات الحياة المعاصرة.

[60] - يرى بعض الفقهاء أن حرص الفقه الأمريكي على الاهتمام بالعدالة الموضوعية للحل النهائي للنّزاع هو أمر لصيق بنظام السوابق القضائية، وهو ما يبرره أن تنازع القوانين يبدو أمام القضاء الأمريكي كتنازع داخلي في معظم الفروض، وهكذا عجز الفقه الأمريكي عن إدراك المفهوم الخاص لعدالة القانون الدولي الخاص في إطار التنازع الدولي للقوانين، وهي عدالة يكفي لتحقيقها أن تسعى قواعد التنازع إلى تحديد القانون الأقرب صلة بالنّزاع، باعتبار أن هذا التحديد يعبر في ذاته عن العدالة الحسابية التي تسعى هذه القواعد لتحقيقها.

وفي نطاق أكثر خصوصية فيما يتعلق بالحياة القانونية في أمريكا، يقرر " كفيرز" أنه ينبغي أن تؤدي وظيفة القانون الدولي الخاص إلى تحقيق التناسق بين قوانين الولايات المتحدة الأمريكي. راجع في الموضوع:

-**عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 118.

لم يستمر الفقه الأوروبي بالتباهي باعتبار قاعدة الإسناد الوسيلة الفنيّة الأمثل والأكثر فعالية لحلّ مشكلة تنازع القوانين، بل اصطدموا بواقع جعلهم يغيّرون نظرتهم لهذه القواعد أمام التناقض الذي حملته لفترة من الزّمن، وكذلك دعوات فقهية مقابلة تطالب بتوفير المرونة الكافية للقواعد المقنّنة تأمينا لعدالة أفضل تتّفق مع معطيات النّزاع، أمام هذا الوضع عمل الفقه الأوربي على تهذيب آليات قواعد الإسناد فكان ميلاد ما يسمى "**باستثناءات تقويم الإسناد**".

يقصد "**باستثناءات تقويم الإسناد**" ذلك الأسلوب الذي يخفّف من الطّابع الآلي لقواعد الإسناد، فوسائل التّقويم التقليدية لم تعد كافية كالدّفع بالتحايل على القانون في مرحلة تطبيق قاعدة التنازع، والدفع بالنّظام العام في مرحلة تطبيق القانون الأجنبي، بل صنّفت على أنّها مجرد حيل لتطبيق القانون الوطني والتهرب من القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد[61].

بمقتضى هذا الفكر الجديد، فإنّه إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى قانون ما، بينما أنّ هناك قانون آخر يعبّر عن مركز الثقل أو ذات صلة أوثق مع النّزاع المطروح فينبغي برأيهم عدم الاعتداد قصدا وعمدا لما أشارت إليه قاعدة الإسناد، والعمل على تطبيق القانون الآخر نظرا لقوة ارتباطه بالنزاع، فهذه هي الفكرة التي تقوم عليها ظاهرة تقويم الإسناد[62].

تعتبر فكرة "**استثناءات تقويم الإسناد**" الجديد الذي اتى به الفقه الأوروبّي الذي انتشر في مختلف الدّول الأوروبية[63]، وقد تبنى الظاهرة أغلبية التّشريعات واعتمدتها

---

[61] - راجع في استثناءات تقويم الإسناد: **المغربي محمود محمود**، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 51 – 56.

[62] - راجع في هذا المعنى: **الهواري أحمد محمد**، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد، دراسة تحليلية تأصيلية في تشريعات القانون الدولي الخاص وبوجه خاص التشريع السويسري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 06 وما بعدها.

[63] - وجدت هذه الظاهرة صداها لدى الفقه والقضاء السويسري الذي حاول تكريسها في أحكامه في مختلف مجالات تنازع القوانين، بل أن المشرع السويسري قننها صراحة في المادة 15 من القانون الدّولي الخاص السويسري لسنة 1987 والتي تنص:
- « le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifesté que la cause n'a qu'un lien très lâche avec un autre droit.. Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit». Voir : http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=270807

المحاكم المحلّية لدرجة فرضت نفسها على النّظرية العامة لتنازع القوانين عامة، ويفسر عدم انتشار تقويم الإسناد في التشريعات الانجلوسكسونية في أنّ هذه الاستثناءات المستحدثة لا تطبّق إلا عندما يكون ضابط الإسناد جامدا، وبالنسبة لهذه الدّول حيث يعتمد القاضي تطبيق قانونه كقاعدة عامة، ويعتمد كذلك وسائل أخرى تؤدّي نفس وظيفة تقويم الإسناد خاصة في مجال الاختصاص القضائي الدّولي كنظرية المحكمة الملائمة في الولايات المتحدة الأمريكية.

تسمح الوسائل السابقة بحدّ ذاتها إضفاء المرونة على منهج التنازع، وبالتّالي لا مكان لتقويم الإسناد هذا من جهة، فضلا عن ذلك كيف يمكن لدولة يأخذ فيها القاضي بمنهج القانون الدّولي الخاص الموضوعي أن يتبنى منهجا آخر يحقق نفس أهداف منهجه[64].

نبّه أنصار فكرة استثناءات تقويم الإسناد - رغم أهميتها- إلى أخطارها حيث أنّها ستهدد قاعدة الإسناد المحدّدة سلفا لحساب فكرة فضفاضة تعتمد على تخمين القاضي في مهمته عند البحث عن القانون الواجب التطبيق،على أساس **مبدأ الصلة الأوثق** الذي يعتبر معيارا غير واضح لمعالم،[65] فضلا عن ذلك قد يتحول إلى وسيلة لمحاباة قانون

وفضلا عن سويسرا لاقت الفكرة رواجا مشهودا لدى القضاء الهولندي وفي النمسا وفرنسا ثم أخذت بالانتشار في مختلف التشريعات الأوروبية، ولكن نشير إلى أن مولد الظاهرة يعود إلى اقتراح تقدم به واضع التقنين المدني اليوناني Maridakis إلى مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في أمستردام 1957، راغبا بتطبيقها على حالة الأشخاص وأهليتهم بديلا عن الإحالة ولكن لم تلقى آنذاك ترحيبا من الفقه.

-أنظر في هذا المعنى: **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 665 – 666.

[64] - اختلف الفقهاء حول تحديد مفهوم استثناءات الإسناد ولكن المؤيدون لها يرون أنّ أهميتها الكبرى تكمن في أنّها تؤدي وظيفة مزدوجة، وظيفة مباشرة تقوم على استبعاد القاضي القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد الذي تظهر الظروف الواقعية ضعف ارتباطه بالعلاقة وإحلال قانون أكثر صلة بالنزاع، أمّا الوظيفة غير المباشرة فتتمثل في تأمين الاندماج والملائمة بين هذه الاستثناءات وقواعد التنازع وقد يؤدي العمل بها طويلا إلى صياغة قاعدة إسناد جديدة . **المغربي محمود محمود**، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

[65]-راجع في هذا المعنى:

F. SCHNITZER Adolf, « Les contrats internationaux en droit international privé Suisse », *RCADI*, T123, Année 1968, p.573 et s. =

القاضي والتوسع في تطبيقه على حساب القانون الأجنبي أو استبعاد قانون أجنبي لصالح قانون أجنبي آخر.

مازال الفقه الأوروبي رغم هذا يرى أنّ ظاهرة تقويم الإسناد تمثّل توجه هام نحو التّخفيف من الطّابع الآلي لقواعد التنازع التقليدية، ولعل أهمية هذا الاختراع تظهر في تبنّيها من قبل العديد من التّشريعات الأوروبية وحتى في إطار الاتفاقيات الدّولية، وهذا دليل على صداها الإيجابي،[66] وقد نبه الفقه إلى ضرورة حصر هذا الاستثناء في موضعه حفاظا على وحدة العقد وعدم تجزئته[67]، إذ ينبغي لاعتبار جانب من العقد قابلا للانفصال

AUBERT Jean François, « les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence Suisse », RCDIP, Anée 1962, p.19 et s.

[66]- ومن الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك في المادة 5/4 التي تتضمن استثناء للإسناد يسري على عدد غير محدد من العقود، حيث تقضي هذه المادة: « يستبعد تطبيق الفقرة الثانية، عندما لا يمكن تحديد الأداء المميّز للعقد: كذلك تستبعد القوانين التي تضمنتها الفقرات 3،4،5 عندما يتضح من مجمل الظروف أن العقد يرتبط بروابط أكثر وثوقا مع بلد آخر.

راجع أحكام الإتفاقية على الموقع:

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29

[67]- اعتبر البعض أن تدخل استثناءات تقويم الإسناد قد يؤدي إلى **تجزئة العقد**، ولقد أخذت اتفاقية روما بهذه التجزئة بمعنى إسناد جزء من العقد إلى لأوثق القوانين صلة به ’على أن يكون هذا على سبيل الاستثناء وأن يحصر في موضعه ويبقى الأصل هو إسناد العقد في مجموعه للقانون الأوثق صلة به، حيث انحازت هذه الاتفاقية لمبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد، ويظهر هذا في المادة 4/1 التي تقضي: «إذا كان جانب من العقد يقبل الانفصال عن الجوانب الأخرى وكان هذا الجانب على أوثق صلة مع دولة أخرى، فإنه يجوز تطبيق قانون هذه الدولة بصفة استثنائية على هذه الجوانب.»

« Si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays ; il pourra être fait application à titre exceptionnel, a cette partie de contrat de loi de cet pays ».

وأخذ بفكرة تجزئة العقد القانون الألماني كذلك في المادة 1/28 التي تنص

- « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n’a pas été choisie conformément aux dispositions de l’art 27, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente des liens les plus étroits ; toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application à titre exceptionnel, a cette partie du contrat de la loi de cet autre pays. »

راجع: **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 581 وما بعدها.

كذلك:

-**LAGARDE Paul**, Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé, *Recueil des cours* 196, Année 1986.

عن مجموع الرّابطة العقدية، أن يكون لهذا الجانب القدرة على أن يصبح موضوعا لحلّ مستقل للتنازع، يختلف عن الحلّ المقرر لباقي جوانب الرّابطة العقدية.

ثالثا- الموازنة بين التّغيير الأمريكي والتطوير الأوروبي في مشكلة تنازع القوانين

يميل القضاء الأمريكي إلى إخضاع العقد عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد، إلى القانون الذي يكون أكثر ارتباطا بالمسالة المتنازع عليها، وللوهلة الأولى يبدو أن هذا القضاء يقترب من الحلول التي انتهى إليها القضاء الأوربي في شأن إسناد الرابطة العقدية للقانون الأوثق صلة بهذه الرّابطة، وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي متأثّرا بنظرية Batiffol في شأن التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وتحديد القانون الأوثق صلة في ضوء ظروف وملابسات التعاقد، وعلى هذا النحو فإنّ مثل هذا المنهج في الإسناد يقترب من فكرة تجميع نقاط الاتّصال التي يستخدمها القضاء الأمريكي كأساس لتحديد للقانون الواجب التطبيق على النّزاع.

نشير إلى الحكم الرائد في القضاء الأمريكي الصادر عن محكمة نيويورك في 1963/05/09 في قضية Jackson وBabock[68]، حيث طبّق القاضي قانون ولاية نيويورك

(يرىPaul Lagarde أنّ نظرية الأداء المميّز هي إعمال لنظرية التركيز الموضوعي كما عرفها الأستاذ باتيفول).

[68]- تتلخص وقائع هذه القضية أنه بتاريخ 1960/09/16 غادرت الآنسة "جورجيا بابوك" موطنها بمدينة " روشستر" بولاية نيويورك لقضاء رحلة نهاية الأسبوع في كندا بصحبة أصدقائها السيد« وليام جاكسون » المتوطنين معها في نفس المدينة، وخلال الرحلة التي تمت على سيارة السيد جاكسون الذي كان يقودها بنفسه، انحرفت السيارة عن مسارها واصطدمت بحائط صخري على جانب الطريق المار بمقاطعة" أونتاريو" بكندا مما أدى إلى إصابة الآنسة«بابوك » بإصابات خطيرة دفعتها بعد العودة إلى موطنها إلى رفع دعوى أمام محاكم هذه الولاية على قائد السيارة لمطالبته بالتعويض عمّا لحقها من ضرر جراء إهماله في القيادة.

دفع المدعى عليه «وليام جاكسون »، بأن قانون مقاطعة « أونتاريو »الكندية مكان وقوع الحادث لا يلزم قائد السيارة بأداء تعويضات للراكب المسافر معه بالمجان، وهو ما أيدته محكمة أول درجة ، على أن محكمة الاستئناف قد رأت مع ذلك تطبيق قانون ولاية نيويورك الذي لا ينطوي على قاعدة مماثلة لتلك المقررة في مقاطعة « أونتاريو » الكندية التي تحرم المسافر بالمجان من حقه في التعويض.

لقد اعتمد القاضي Fuld في حكمه بتطبيق قانون ولاية نيويورك على عدة أسانيد من بينها أن فكرة تجميع نقاط الاتصال كما تشير بها ظروف وملابسات الدعوى تؤكد اختصاص قانون هذه الولاية لحكم النزاع، فجميع الركاب من بينهم المصابة يتوطنون في ولاية نيويورك، كما أن السيارة مرخصة في نفس الولاية وتم التأمين عليها من شركة تأمين تتخذ الولاية مركزا لها ،

لتعدد نقاط اتصاله بالنّزاع عكس قانون مقاطعة أونتاريو الواقع فيها الحادث، وهو حكم يقترب من منهج التركيز الموضوعي للرابطة العقدية المتبع في القضاء الأوروبي الذي يقوم بتحليل الوقائع للكشف عن القانون الذي يرتبط بالعقد بأكثر عدد من نقاط الاتصال، ونشير في هذا الصدد إلى حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر عام 1952 الذي تجاهل تطبيق القانون الألماني باعتباره قانون محل الأداء المميّز في عقد القرض والحكم باختصاص القانون السويسري بوصفه القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية[69].

يلتقي المنهج الأمريكي والمنهج الأوروبي في فكرة **تجميع نقاط الاتصال** وتحديد مركز ثقل الرابطة العقدية، ويجب الإشارة إلى أن استخدم القضاء الأمريكي منهج تجميع نقاط الاتصال لا يكون بغض النظر عن مضمون القوانين المتصلة بالرابطة العقدية، وإنما هو قد قام بتحليلها في ضوء السياسات والمصالح التي تسعى إلى إدراكها حتى يتوصّل إلى تطبيق القانون الذي يعبّر عن مصلحة الدّولة الأولى متأثرا بنظرية CURRIE في تحليل المصالح الحكومية، فاعتد بنقاط الاتصال بالرابطة العقدية على أساس تجميع كيفي وليس على أساس تجميع كمي أو عددي، وقد أشار القاضي Fuld في قضية ackson و Babock أن مصلحة ولاية نيويورك في تطبيق قانونها واضحة لأنه يرفض حرمان الراكب المضرور من التعويضات حتى ولو كان النقل بالمجان.

أضف إلى ذلك فإن ولاية نيويورك هي مكان بدء ونهاية الرحلة، وهو ما يؤكد أن نقاط اتصال النزاع بهذه الولاية أكثر عددا من نقاط الاتصال بمقطعة أونتاريو الكندية مكان وقوع الحادث، ممّا يشير إلى الطابع العرضي للرابطة بين قانون هذه المقاطعة و النزاع المطروح على المحكمة. عن:

- **عن: هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص672.

[69]- وتتعلق هذه القضية بعقد قرض أبرم بين شخص سويسري الجنسية، مقيم بصورة مؤقتة في بلدة ألمانية واقعة على الحدود السويسرية بانتظار التصريح له بالدخول إلى موطنه الأصلي سويسرا، وبين شخص آخر ألماني الجنسية له صفة المقترض مقيم في نفس البلدة ينتظر نفس التصريح . وفي هذا النزاع رفض القضاء السويسري تطبيق قانون محل إقامة المدين بالأداء المميّز في العقد وهو القانون الألماني، ويطبق بدلا عنه القانون السويسري معللا ذلك بأن ظروف وملابسات التعاقد تبيّنت من خلال تعداد نقاط الاتصال قد كشفت عن ارتباط النزاع بسويسرا أكثر من ارتباطه بألمانية نظرا لكون سويسرا كان متوقعا لها أن تكون بلد رد القرض، كما أنها بلد جنسية المقرض والموطن المستقبلي للطرفين معا، أما ألمانيا فلا ترتبط بالعقد إلا برابطة تقوم على محض الصدفة حسبما يتبيّن من ظروف وملابسات العقد، الذي يستبعد معه أية إمكانية لتطبيق القانون الألماني .

أخذت نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية لدى الفقه الأوربي، بفكرة التجميع الكيفي لنقاط الاتصال بالرابطة العقدية، وفي الحقيقة اختيار قانون العقد على هذا الأساس لا يخرج عن مفهوم الإسناد التقليدي أي بالاعتماد على معايير إسناد مع التركيز على أهميتها الذاتية وليس العددية في الكشف عن القانون الواجب التطبيق دون بحث مسبق عن مضمون هذا القانون أو تقدير مدى مصلحة كل من الدول المرتبطة بالعقد في تطبيق قانونها كما يفعل القضاء الأمريكي [70].

نقول على هذا الأساس، أنّ تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا للاتجاه الأمريكي لا يكون إلاّ بتحليل القواعد الموضوعية التي تتنازع لحكم النزاع، وهو ما يخرج قاعدة الإسناد القائمة على فكرة الاتصال والبحث عن مركز الثّقل في العلاقة من حيادها التقليدي، فضلا عن ذلك فإنّه إذا كان الاتجاه الأمريكي يقبل تطبيق أكثر من قانون واحد على العقد، لأنّه يميل إلى حل كـــــــل مسالة في ضوء الفروض الواقعية التي تحيط بها، ويحدد مدى مصلحة الدولة في تطبيق قانونها في كل مسألة على حده وهو ما يؤدي إلى تجزئة العقد، فإنّ المنهج الأوروبي يميل بصفة عامة إلى الحفاظ على وحدة العقد، فلا يلجأ القاضي إلى تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون واحد يطبق على الرّابطة العقدية عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا في فروض استثنائية[71].

المطلب الثاني

تأثير المتغيّرات الجديدة في النّظام القانوني للعقد الدّولي

لا تمثلّ أسباب قصور المنهج التقليدي إلاّ العامل السّلبي في نشوء القواعد الموضوعية، حيث أنّ هناك عوامل أخرى ايجابية تتجسّد في ذاتية القواعد الموضوعية والتي تلاءم التغيّرات التي طرأت على العلاقات الخاصة الدّولية التي تمخضت عن العولمة الاقتصادية، والحاجة إلى تسيير التجارة الدّولية.

[70]- **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص679.

[71]- راجع الأمثلة المذكورة في الهوامش السابقة من الأطروحة.

طرأت على طبيعة وهيكلة النّظام العالمي ملامح وتطوّرات جديدة اتضحت بسقوط المنظومة الشيوعية، بالإضافة إلى النّهضة العارمة في نظـــــم الاتّصال والمعلومات، وبروز قوى لتكتلات اقتصادية عملاقة، فبات من الضّروري على أيّة دولة التكيّف مع هذا العالم الجديد.

بقي العالم في ظل هذه الظروف يشهد سلسلة متواصلة من التّغييرات على مختلف الأصعدة محليا، إقليميا وعالميا وسط حيز مكاني أخذ بالانكماش والتقارب واستقطب تعريفات جديدة كالعولمة[72]، فقد أضحت العولمة الهاجس الطاغي في المجتمـــعات المعاصرة، والتي تستقطب اهتمام الحكومات والمؤسسات ومراكز البحث وقد تعاظم تأثير دور العولمة على أوضـاع الدّول وأسواقها وبورصاتها وكـل أنشطـــتها[73]، وحتى على منظوماتها القانونية.

إذا كانت الظروف المشار إليها تتغيّر فلابدّ للقانون أن يتغيّر[74]، فكان طبيعيا أن تستجيب قواعد القانون الدّولي الخاص لكل ما هو مستحدث وجديد، لأنّ ثمة رابطة قوية بين القانون الدّولي الخاص والعوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية، خاصة وأنّ هذا القانون يقوم في الأصل على ظاهرة الحدود السياسية التي تفصل بين الدول، والتي تعد أساسا له، وتأسيسا على ما ذكر سنحاول تحديد أثر المتغيرات المشار إليها خاصة ظاهرة

---

[72]- يعتبر العالم الكندي السوسيولوجي مارشال ماك لوهان Marshall Mc Luhan أوّل من أطلق مفهوم العوامة في نهاية عقد الستينات من القرن المنصرم في معرض صياغته لمفهوم القرية الكونية في كتابه المشهور«**الحرب والسلام في القرية الكونية**» وبعده يأتي دور زبغنيوبريجنسكس ZbigniewKazimierzBrzezinski مستشار الرئيس الأمريكي جيمي كارتر لشؤون الأمن القومي في السنوات 1977-1981، الذي فضل استعمال مصطلح المدينة الكونية -Global City- بدلا من مصطلح العولمة في كتابه بعنوان "أمريكا والعصر الالكتروني" فقد بيّن الكتابان الاتجاه الذي بدأ يفرض نفسه على صعيد العلاقات الدولية فيما يتعلق بالتأثير المتبادل بين دول العالم بفضل تقدم التكنولوجيا والمواصلات.

- **ميمون الطاهر**، عولمة الاقتصاد/ عولمة الأزمات: الوجه الحقيقي للقرية الكونية، مقال متوفر على الموقع:
globalisation.montadarabi.com/t8-topic

[73]-**ألكفري مصطفى العبد الله**، العولمة الاقتصادية وفرض هيمنة الرأسمالية ، مقال متاح على الموقع:
http://www.ahewar.org /debat /show.art.asp?aid=34276

[74]- **عبد الكريم أحمد سلامة**، عبد الكريم سلامة أحمد، علم قاعدة التنـــازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مرجع سابق، ص07.

العولمة في النّظام القانوني للعقـــــد الدّولي(**الفرع الأوّل**)، وظهور الحاجة أمام هذه المتغيرات لضبط وتوحيد أحكام عقود التجارة الدّولية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

تأثير العولمة في النّظام القانوني للعقد الدّولي

يعتبر من بين العوامل التي تؤثّر في النّظام القانوني للعقد الـــدّولي الأسباب الجيوسيـــــاسية، حيث يؤكّد فقه القانون التجاري الدّولي على العوامل الاقتصادية والجيوسياسية كأحد الأسباب الكامنة وراء وجود القواعد الموضوعية الموحدة، فالعولمة هي التداخل الواضح لأمور السياسة والاقتصاد والاجتماع والثقافة والسلوك دون اعتداد يذكر بالحدود السياسية للدول ذات السيادة، أوالانتماء إلى وطن محدد أو إلى دولة معينة، ودون الحاجة إلى إجراءات حكومية.

تفرض العولمة على المستوى الاقتصادي أنّ العمليات وشروط المبادلات الاقتصادية[75] تجري على نطاق عالمي بعيدا عن سيطرة الدّولة الوطنية بل أنّ الاقتصاد الوطني يتحدد بهذه العمليات[76].

لم تقتصر ثمار هذا التطور على مجرّد التنويع والتّغيير في الأنشطة التجارية، وإنّما امتد إلى إعطاء العولمة مفهوما جديدا[77]وبعدا آخرا يتمثل في **عالمية السوق**، حيث أنّ

[75]- المتتبع لتطورات الاقتصاد الدولي يلاحظ أن شروط التبادل التجاري قد توافرت بدرجة معينة في الفترة الممتدة ما بين نهاية الحرب العالمية الثانية وبداية السبعينات بفضل الدور الهام الذي لعبته المنظمات الدولية النقدية و التجارية والمالية المنبثقة عن مؤتمر بروتنوودز B. Woods لسنة 1994من جهة وعزم الولايات المتحدة الأمريكية على إعادة بناء أوروبا الرأسمالية من جهة أخرى.

[76]-كما أنّ التقدّم الحاصل على كافة المستويات لم يقتصر أثره على هذا التيسير، وإنّما ساهم في تطبيق سياسات التحررية الاقتصادية العالمي والتي بدأت منذ منتصف القرن الماضي، وتطبيق هذه السياسات في إقامة نظام اقتصادي جديد جعل من العالم قرية صغيرة وسوقا واحدة مترامية الأطراف.

-أنظر في الموضوع: **التكريتي هيفاء عبد الرحمن ياسين**، آليات العولمة الاقتصادية و آثارها المستقبلية في الاقتصاد العربي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،2010، ص385.

[77]- **موسى محمد إبراهيم**، انعكاسات العـــــولمة على عقـــــود التجارة الـــدولية، دار الجامعة الجديـــــــــدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 8.

الرأسمالية في المرحلة المعاصرة تسعى لإدماج العالم كله في سوق رأسمالية عالمية واحدة أي تحويل الرأسمالية بشكل تدريجي إلى نظام عالمي، وهذا هو هدف العولمة الاقتصادية الرأسمالية المتقدمة صناعيا واقتصاديا تعبيرا عن ظاهرة التدويل الاقتصادي[78].

عبّر بعض الفقه عن هذه الأسباب من خلال التنظير القانوني للعولمة الاقتصادية القائمة على توفير الأساس القانوني للشركات المتعددة الجنسيات[79]الممثّلة لمصالح الدّول الرأسمالية، وذلك بواسطة القواعد الموضوعية على حساب القوانين الدّاخلية للدّول النّامية المطبقة من خلال منهـــج التنازع[80]، يعد ظهور هذا النّوع من الشركات من بين عوامل أزمة قواعد منهج التنازع[81].

لعلّ من أهم الصعوبات التي تثيرها دراسة هذه الشركات[82]هو التفاوت الهائل بين القانون والواقع، فهي شركات عالمية ذات كيان يتعدى الحدود الإقليمية للدول التي تعمل فيها في حين أنّ القانون إقليمي ووطني، فكان القانون في تطوره غير متوازي مع هذه الكيانات الجديدة ومن ثمة افتقاد النظام القانوني للدول لعنصر الفعالية[83].

لقد عجزت المفاهيم والأدوات الفنية القانونية القائمة على استيعاب هذه الظاهرة ذات الطابع العالمي، وعليه لا يوجد أيّ نظام وطني يستوعب هذه الظاهرة، كما أنّه لا يوجد هذا النّظام حتى على المستوى الدّولي، والملاحظ أنّ الشركات المتعددة الجنسيات

---

[78]- **الفخري عوني محمد**، التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية والعولمة، د.د.ن، بغداد، 2002، ص 185.

[79]- تعدّ هذه الشركات من القوى الرئيسية التي تلعب الدور القيادي في التطور والتدويل الاقتصاديين، فهي ومحرك وحامل وناقل للتدويل إلى البلدان المتقدمة والمتخلفة على السواء، والملاحظ أن هذه الشركات تتحكم في ثلاثة موارد رئيسية هي التكنولوجيا ورأس المال والتسويق.

[80]- **الفخري عوني محمد**، التنظير القانوني الداعم للعولمة الاقتصادية الرأسمالية، بحث مقدم إلى ندوة بغداد الموسومة (العولمة وأثرها في الاقتصاد العربي) التي نظمها بيت الحكمة للمدة 14-2002/04/16 الجزء الخامس، ص 139.

[81]- خاصة بعد الحرب الباردة والصراع بين دول الشمال والجنوب وتهيئة المناخ الملائم لثقافة الاندماج العالمي التي تنشأ من أنشطة الشركات المتعددة الجنسية وحدوث الاندماجات الضخمة والزيادة المثيرة لهذه الشركات.

[82]- **عبد العزيز أحمد، الطحان جاسم زكريا وفراس عبد الجليل**، "الشركات المتعددة الجنسيات وأثرها على الدّول النـــامية"، **مجلة الإدارة والاقتصاد**، العدد 85، 2010، ص ص 113-135.

[83]-**الفار عبد الواحد**، المصلحة الدولية المشتركة كأساس لتطوير النظام الاقتصادي الـــــــــدولي، دار النهضـــة العربيـــة، القاهرة، 1998، ص 98.

تستفيد كثيرا من الوضع القائم على **التفاوت بين الواقع والقانون**، وهي تسعى للإبقاء عليه بوجه عام، لذلك سنحاول تحديد كيف أثّر البعد الاقتصادي لظاهرة العولمة في ظهور القواعد الموضوعية (**أولا**)، ودورها في تجاوز هيمنة الدّول لخلق قواعد فـــــوقية (**ثانيا**)، ومن ثم تحديد دور بعض الأدوات التي برزت بشكل واضح كالدّور الذي لعبه التحكيم التجاري الدّولي في عولمة النّظام القانوني للعقد الدولي(**ثالثا**).

أولا-تأثير البعد الاقتصادي للعولمة في النظام القانوني للعقد الدولي

أصبحت العولمة في شقها الاقتصادي أمرا واقعيا، فلم يعد الحديث عن الاقتصاد الوطني ممكنا بمعزل عن الحديث عن الاقتصاد الدولي أو الجانب الدولي في العملية الاقتصادية أي التجارة الدولية، لذلك يعتبر البعد الاقتصادي للعولمة الأرضية الواقعية للقواعد الموضوعية التي تحكم التجارة الدولية، حيث يقوم هذا البعد[84]على مبدأ أساسي ومقدّس يتمثل في "**حرية الإستثمار والتجارة الدّولية**" وتحريرها من القيود والعـــــــوائق، وهومبدأ أرساه المشرع الجزائـــري في المادة 43 من الدستور، والتي تنص على أنّه: "حرية التجارة والإستثمار معترف بها، وتمارس في إطار القانون"[85].

يعتبر البعد الاقتصادي للعولمة هو البعد الأكثر وضوحا واكتمالا وأهمية وهو يؤثر على الأبعاد الأخرى وقد يطغى عليها[86].

---

[84]- راجع في مؤشرات العولمة الاقتصادية:

- **فليح حسن خلف**، العولمة الاقتصادية، عالم الكتب الحديث، عمان، 2010، ص 16 و ما بعدها.

[85]- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام1437، الموافق ل 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الـــدستوري، ج رج ج عدد 14، صادر بتاريخ 07 مارس 2016.

[86]- في تحديد الوظيفة السياسية للدولة هناك من يرى التوجه نحو السوقنة، بمعنى سيطرة الاقتصاد على السياسة حيث تسير السياسة بقوانين السوق ويتحكم منطق حرية السوق في الدولة وهذا الأمر يعني في المرحلة الأولى تجاوز الدولة ثم تهميشها وأخيرا انحسار دورها في الشأن الاقتصادي و الاجتماعي والثقافي ومن ثم السياسي على الصعيد العالمي لذلك هناك من الفقه مثل هانس بيتر وهار الدشومان في كتابهما - فخ العولمة- من يرى أن المهمة المستقبلية للدولة هو استعادة الإدارة السياسية أي إعطاء الأولوية للسياسة على الاقتصاد.

- راجع: مقال **منصر جمال**، الدولة في عصر العولمة: رؤية من المنظار الوظيفي، مجلة الديمقراطية، ص ص 1-8. مقال متوفر على الموقع:http://democracy.ahram.org.eg/UI/Front/InnerPrint.aspx?NewsID=129

خضع دور الدّولة في الشؤون الاقتصادية أوعدمه لجدلية تاريخية طويلة عبر مسيرة الرأسمالية، فقد أسهمت الدّولة الحديثة منذ قيامها في تطور الرأسمالية فساعدت على تحقيق التراكم الرأسمالي وإقامة الصناعات على نحو مباشر أوغير مباشر في البداية، فتوسع نطاق تدخل الدّولة في الحياة الاقتصادية وأخذ إجراءات واتجاهات متعددة تصب في خدمة استكمال بناء مرحلة التراكم الرأسمالي، ممّا أدّى إلى تزايد تدخل الدّولة في شؤون العلاقات الخاصة الدّولية[87].

دخل دور الدّولة بعد ذلك مرحلة جديدة، حيث أصبح تدخلها في الحياة الاقتصادية عبأ وقيدا على الرأسمالية ممّا أدى إلى تقليص هذا الدور، وبذلك ظهر تعبير الدّولة الحارسة الذي يشير إلى اختصار وظيفة الدّولة في تهيئة المناخ المناسب للأفراد ولجلب الاستثمار الأجنبي، وبمعنى آخر فهي تهيئ الإطار القانوني والتنظيمي للمبادلات الاقتصادية العابرة للحدود، ولم تعد الدّولة حارسة فحسب بل خرجت عن ذلك الدّور التقليدي، بأن أصبحت تظهر بمظهر الشخص العادي بائعة ومشترية، مقرضة أو مقترضة، وهنا يظهر العامل المعقد بالنسبة للتبادلات الاقتصادية العابرة للحدود من أنّ الدّول فضلا عن كونها وحدات قانونية ذات استقلال سياسي، فإنّها تحاول أن تجعل من نفسها وحدات اقتصادية

---

[87]- **BOUCOBZA Xavier**, « La prise en compte des intérêts de l'état dans le commerce international », *Rev, Arb* , N°2, Paris, 2005, p. 472.

-إنّ تزايد تدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية لم ينل من طبيعة عقود التجارة الدولية، فقد تكون الدولة أو أحد مشروعاتها العامة طرفا في العقد، ومن الأمثلة الهامة لنماذج متعددة من العقود المبرمة بين المشروعات الوطنية والشركات الأجنبية عقود الاستثمار، عقود الإنشاءات ...الخ، ورغم أن فقه القانون الدولي الخاص المعاصر يميل إلى إدراج عقود الدولة ضمن مباحث هذا الفرع من فروع القانون، وهو ما دفع البعض إلى حد القول أن القانون الدولي الخاص هو قانون عقود الدولة، إلا أن طبيعتها تقتضي في بعض الأحيان الخروج عن مبادئ تنازع القوانين، خاصة في الحالات التي يبرم فيها العقد بقصد تحقيق إحدى وظائف الدولة الأساسية.أنظر: **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقـود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص14- 15.

-أنظر أيضا حول عقود الدولة:

- **رياض فؤاد، راشد سامية**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 1992، ص 339، حيث يشير إلى أنه من غير المستساغ أن تخضع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى ما لم تكن قد ارتضت ذلك صراحة. وقد كانت الطبيعة الخاصة لعقود الدولة هي السبب الذي تصدى من أجله مجمع القانون الدولي لدراسة القانون الواجب التطبيق في شأن هذه العقود في دورة انعقاده عام 1979.

مستقلة[88]، وهنا تكمن أهمية البحث في موضوع العلاقات الاقتصادية وبالذّات في ظل التطورات المعاصرة في الاقتصاد الدّولي[89].

فضلا عن ذلك، هناك دعوة إلى إحلال الشـــركات المتعددة الجنسيات محل الدّولة، إذ لم تعد حدود الدّولة الوطنية هي حدود السوق الجديدة بل أصبح العالم مجالا للتسوّق، وهو ما أدى إلى ظهور مجتمع مجاور لمجتمع الدولة أعضاءه التّجار، رجال المال والصناعة، هذا ما يدفعنا إلى الحديث عن نظام قانوني جديد قوامه القواعد الموضوعية من صنع هؤلاء، يمكن أن يخضع له العقد الـدّولي، ويقتضي منّا التسليم أنّ النّظام القانوني للدّولة ليس هو الوحيد الذي يحكم ويضبط الحياة الاقتصادية، وهو ما يشكل في النهاية **نظام القانون الخاص الدّولي كبديل مرتقب للقانون الدولي الخاص**، وللإشارة فإنّ من الفقه من يعتبر القواعد الموضوعية أداة من أدوات العولمة[90].

يجب أن نشير إلى أنّ الحاجة إلى القانون الدّولي الخاص قد ولدت لفض مشكل التنازع بين قوانين الدّول المختلفة لحكم العلاقات القانونية التي نشأت عبر الحدود، غير أنّ هذا المنهج القائم على مرتكزات مكانية لا يتلاءم مع مقتضيات العولمة القائمة على تحرير أسواق التجارة ورأس المال ومبدأ إهمال الحدود الجغرافية في كل تعامل اقتصادي وتجاري، بما يسمح إذن بانتشار تطبيق القواعد الموضوعية لكون أنّ قواعد الإسناد في القانون الدّولي الخاص أصبحت دون مفعول وبالتالي يتعذر إعمالها[91].

---

[88] - **الحويش ياسر**، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العـالمية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2005، ص 47.

[89] - **فاضل رائد**، "النظرية الحديثة في التجارة الخارجية"، **مجلة الدراسات التاريخية و الحضارية**، المجلد 5، العـــدد 17، 2013، ص ص 123- 125.

[90] - « Il est claire que La lex Mercatoria est devenue un outil de la mondialisation entendu comme l'unification du monde, vu comme un vaste marché régi par les règles uniformes inspirées par l'idiologie capitale libérale et tendues vers la maximisation du profit des entreprises ».voir :
-PELLET Alain, « La lex mercatoria,"tiers ordre juridique "?, Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public, p. 54.
http://pellet.actu.com/wp-content/uploads/2016/02/PELLET-2000-Lex-mercatoria-tiers-ordre-juridique.pdf.

[91] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، القانون الدّولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 39.

ساهمت العولمة في بيان الكيفية التي يتم من خلالها تجاوز هيمنة الدّول لخلق قواعد فوقية بعد تنامي الفكر الداعي إلى عولمة قانون التجارة الدولية، وفي هذا الجانب بالذات يتضح لدينا أنّ ظاهرة الحدود السياسية كأصل للقانون الدّولي الخاص وتنازع القوانين تتنافى مع العولمة[92].

ثانيا- العولمة وتجاوز هيمنة الدّول لخلق قواعد موضوعية فوقية

لقد أثّر التطور الذي لحق بالنظام العالمي على الفكر القانوني وعلى القواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الدولية، فنظرا لوجود علاقة تبادلية بين المتغيرات العالمية وبين القواعد القانونية، فقد اتجه الفكر المسيطر إلى ضرورة تجاوز الدول وهيمنتها من أجل خلق قواعد قانونية تعتمد بالدّرجة الأولى على ممارسات الأشخاص المهيمنين على حركة التجارة الدولية وعلى ما ينتج عن تنظيماتهم المهنية من قواعد السلوك[93].

إذا كانت القواعد القانونية لا يقتصر دورها على تجسيد المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها المجتمع[94]، وإنّما تشكل أيضا الغطاء الذي يكفل لها تحقيق أهدافها، فإنّه من الضروري أن يكون هذا الغطاء على قدر تلك المستجدات، فتماشيا مع ما لحق بعقود التجارة الدولية من تطور وما أصابها من تغيّر في الشكل والمضمون اتجه الفكر القانوني إلى تجاوز القواعد الحالية، والبحث عن الوسائل التي تحقق العولمة القانونية[95].

---

[92]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، القانون الدّولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 32.

[93]- **BOUCOBZA Xavier**, La prise en compte des intérêts de l'état dans le commerce international, op.cit. p467.

[94]- وهذا ما يعرف **بمبدأ الواقعية**، أي التوافق بين القانون والواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، حيث يستمد القانون مضمونه من الظروف الواقعية للحياة وليس من ذاتيته وبالتالي يجب أن يكون متطورا غير جامد ومواكب لكل المتغيرات، **عبد الكريم سلامة أحمد**، القواعد ذات التطبيق الضروري، مرجع سابق، ص5.

- أنظر كذلك لنفس المؤلف: **عبد الكريم سلامة أحمد**، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص07.

[95]-**FOUCHARD Philipe**, L'arbitrage et la mondialisation de l'économie /in philosophie du droit économique, quel dialogue ?, Mélanges à l'honneur G .FARJAT, Ed FRIOH-ROCH, 1998, p.8.

يتركز السبب الرئيسي في الأخذ بهذا التوجه، في الرغبة في تجاوز القوانين الوطنية والحيلولة بينها وبين منازعات التجارة الدّولية، فضلا عن الاستجابة لأماني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركة تلك التجارة وتطبيق ما استقرت عليه من قواعد وأحكام.

يهدف الاتجاه إلى العولمة القانونية إلى الاعتماد بصورة كلية على ممارسات الشركات الدّولية النشاط في خلق قانون مستقل بالتجارة الدّولية، ينشأ عن قواعد السلوك التي تقررها عند تنظيم ما تقوم به من أنشطة، وتبرز أهمية اعتماد العولمة القانونية بالنّظر إلى الأسباب التي أسلفنا ذكرها في عناوين سابقة، خاصة منها عدم ملائمة القواعد الوطنية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، فلا يغيب عن البال افتقارها لصفة الدولية، وهو دليل على عدم استجابتها لما تتميز به تلك العقود، إذ لا يمكن التعرف على ما تقرره من نتائج إلا عندما يثور النزاع بين الأطراف[96].

يمكن الاستشهاد بما سجله القضاء[97] الفرنسي من عدم ملائمة العديد من قواعد القانون الفرنسي لحكم بعض العقود الدولية التي تدخل في نطاق تطبيقها، فهذا القضاء لم يسلم بإعمال هذه القواعد، خاصة ذات الطابع الآمر منها، عندما برز عدم توافقها مع

---

[96]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص18.راجع كذلك :

BATIFFOL. H, La loi appropriée au contrat,

في مجموعة أعمال GOLDMAN، باريس عام 1983، ص1-6.

L'auteur décide que : « La méthode des conflits de loi est 'aveugle' : déclarant applicable la loi … elle ne tient aucun compte du contenu de cette loi, qui peut se révéler complètement inappropriée a l'espèce considérée ».

-نقلا عن: **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، الهامش رقم 2، ص18.

[97]- ولقد سجل قضاء التحكيم أيضا عدم ملائمة القواعد الوطنية لتسوية ما تثيره العقود الدولية من منـــــازعات، أنظر في ذلك حكم التحكيم الصادر عن (C.I.R.D)، منشور في مجلة القانون الدولي (JDI) 1994 صفحة 229 ، تعليق ايمانويل جيارGAILLARD، ويرى بعض الفقهاء أن هذا المسلك من جانب المحكم ليس مرده عدم ملائمة القواعد القانونية وإنما عدم موضوعية بعض المحكمين، ويدلل بعض الرأي على وجهة نظره ببعض القضايا الشهيرة والتي كتلك الخاصة بالشيخ شخبوط شيخ أبو ظبي أو تلك المعروفة بقضية أرامكو، ففي الأولى قام المحكم بتطبيق القانون الإنجليزي بدلا من القانون الإماراتي بدعوى أنه يمثل تجسيدا للمبادئ العامة للقانون، أما في الثانية فلقد قامت هيئة التحكيم بإعمال القانون الدولي العام، على الرغم من أتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للقانون السعودي، بدعوى أن إعمال هذا الأخير ليس سوى تطبيق للشريعة الإسلامية والتي لا تكفي أحكامها لتنظيم وتسوية المنازعات التي تثيرها عقود البترول

- **ابراهيم أحمد إبراهيم**، " اختيار طرق التحكيم ومفهومه" ، **مجلة المحاماة**، العدد الأول،2001، ص565.

ما تتميز به العقود الدّولية من ذاتية كتلك المتعلقة بشرط الدفع بالذهب، أو باستقلالية شرط التحكيم، والتي سنعود إليها في حينها.

يعدّ في هذا الصدد الحكم الصّادر من محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1993 في قضية Dalico مثالا واضحا، حيث قررت المحكمة أنه:« وفقا لإحدى القواعد المادية التي يقررها قانون التحكيم الدولي، يعد شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأساسي الذي يحتويه إما مباشرة أو بالإحالة وكذلك وجوده وفعاليته لا يمكن إنكارهما وذلك دون المساس بالقواعد الآمرة التي يقررها القانون الفرنسي أو تلك التي تعد من النّظام العام الدولي دون أن يكون ضروريا الإحالة إلى قانون وطني معين»[98].

يرى الأستاذ GOLDMAN أنّ استقلالية شرط التحكيم يشكل قاعدة مادية من قواعد القانون الدّولي مستقلة عن أحكام القانون الواجب تطبيقه على العقد الأصلي، ولا يستبعد إذن اعتبارها واحدة من القواعد العرفية الدّولية التي كرستها المحاكم الفرنسية آخذة في الحسبان حاجات التجارة الدولية[99].

يمكن الاستشهاد بقضايا نظرت فيها المحاكم الفرنسية لتوضيح استقلال شرط التحكيم، فقد استوردت شركة كوسييت الفرنسية بضاعة من شركة ايطالية، وبسبب عدم حصولها على إجازات الإدخال من الجمارك الفرنسية، دفعت ببطلان العقد وشروطه ومن بينها التحكيم غير أن قرار التحكيم الصادر لصالح الشّركة الايطالية، والقاضي بدفع تعويض لها، ولدى طلب تنفيذ قرار التحكيم بفرنسا، دفعت الشركة الفرنسية ببطلان عقد البيع، وبالتالي بطلان شرط التحكيم بالتبعية غير أنّ محكمة التّمييز الفرنسية قضت ببقاء شرط التحكيم نافذا ولو بطل العقد وسواء أورد شرط التحكيم في ذات العقد أم في اتفاق مستقل، وهذا ما عبّر عنه البعض بانعدام التضامن بين العقدين.

---

[98]- راجع الحكم منشورا في مجلة القانون الدولي، 1994، ص 432. وتعليق ايمانويل جيار، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1994، ص 613، وكذلك تعليق Pierre Mayer، مجلة التحكيم، 1994 ص 116.

[99]- **ديب فواد**، " المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية "، **مجلة جامع دمشق للعلوم الاقتصادية والقانـــونية**، المجلد 24، العدد2، 2008، ص 37.

يُبرز القانون الفرنسي بشأن البيع الدولي للبضائع بجلاء عدم ملائمة القواعد الوطنية لحكم عقود التجارة الدولية، فهذا القانون يحرم الشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات التي يبرمها مهنيين من تخصصات مختلفة، وهذا التحريم لا يتناسب مع الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الدولية[100]، نظرا لأنّه لا يأخذ في الاعتبار بما فيه الكفاية ما تتميز به تلك العقود من ذاتية وما تلعبه تلك الشروط من دور فاعل في تحقيق التوازن بين التزامات الأطراف، ولمّا نتحدث عن فكرة التوازن العقدي فمعناها أنّ الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد هي ثمرة مفاوضات[101] حرة وعادلة بين الأطراف، والتي تعبّر على أنّ كل طرف قد حصل على مقابل لما حصل عليه الآخر من ميزة[102].

ثالثا-دور التحكيم التجاري الدّولي في عولمة النّظام القانوني للعقد الدّولي

يعتبر تجسيد الوسائل البديلة لفض المنازعات في مجال القانون الخاص خاصة قضاء التحكيم من بين العوامل التي ساعدت على تكريس المنهج الموضوعي، على اعتبار أن المحكم يلجأ إلى تطبيق القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية المستقلة عن

---

[100] - على العكس تعتبر المادة 178/2 من ق م ج متوافقة مع الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الدولية والتي تقرر مبدأ عاما وفقا له يجوز :"***الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، إلاّ ما =ينشا عن غشه، أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه*** ".

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[101] - أنظر في موضوع تنظيم المفاوضات في العقد الدولي مرجع: **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 58 وما بعدها.

[102] - راجع في هذا المعني حكم التحكيم الصادر في 1975 في النزاع 2291 حيث أكدت المحكمة أن:

-« Toute transaction internationale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial international un contrat aléatoire, fonde sur la spéculation ou le hasard .c'est une règle de lex mercatoria que les prestations restent équilibrées sur un plan financier ». (*JDI* 1978, p.989).

عن: **موسى محمد إبراهيم**، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 88، أنظر الهامش رقم 1.

التشريعات الداخلية الوطنية للفصل في النزاع، وهذا ما حاول المشرع الجزائري تكريسه في المادة 1050 من ق إ م إ[103].

أضحى التحكيم الدّولي القضاء الطبيعي للمنازعات التي تثور في نطاق عقود التجارة الدّولية الحديثة[104]، فلا يكاد يخلو عقد من العقود المتصلة بهذا النّوع من التّجارة من شرط يحيل بموجبه الأطراف جميع خلافاتهم التي قد تقع بينهم بشأن تفسير أو تنفيذ العقد المبرم بينهم إلى قضاء التحكيم للفصل فيها، فقد اقترنت انطلاقة التحكيم أصلا بنمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد والدّول، فمن الطبيعي إذن أن يصبح التحكيم في عصر الانفتاح الاقتصادي أهم الظواهر القانونية المعاصرة.[105]

تعبّر هذه الظاهرة على نزعة فكرية مختلفة وهي ترمي إلى الإفلات كلية من القواعد التقليدية، حيث اتسع نطاق اللجوء إليه مسجلا بذلك اتجاها متصاعدا نحو الإفلات من سلطان قضاء الدولة والقانون الذي تصنعه[106]، إلى قانون خاص ينصّبه أطراف النّزاع بأنفسهم وإلى نظام قانوني تشكل ملامحه الممارسات العملية.

---

[103] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 26 فيفري 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج. ر.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

[104] - يعرفه الأستاذ تركي نور الدين التحكيم بأنّه " إجراء خاص لحل الخلافات، فهو نظام لعدالة خاصة يسمح بسلب الاختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة وإسناده إلى أشخاص خاصة، يختارون نبدئيا من قبل الأطراف أنفسهم أو بمساعدتهم "

«D'une manière générale, l'arbitrage peut être défini comme un procès privé de règlement de différends. Il s'agit d'un système peu banal de justice dans lequel un litige est soustrait ou ravi à la compétence des tribunaux de l'état pour être confié à des personnes privées, de surcroît choisies en principe par les parties ou avec leur concours».

- TERKI Noureddine, *L'arbitrage commercial international en Algérie* , O P U, Alger, 1999, P. 01.

[105] - تفيد الموسوعة الأمريكية Encyclopaedia Americana في الجزء الثاني من World Book وكذلك موسوعة HutchinsonEncyclopedia2000، أنه من المرجح أن التحكيم قد بدأ في الدولة الإغريقية في العصور القديمة وتذكر المراجع التاريخية أن الحضارة اليونانية القديمة قد عرفت التحكيم كوسيلة من وسائل فض النزاع، وقد اعتمدت القرعة في تعيين المحكمين للقضايا العامة، و أعطت الخيار للمتخاصمين في القضايا الخاصة.

-أنظر: **عباس عبد الهادي، هواش جهاد**، التحكيم: التحكيم الاختياري، التحكيم الإجباري، التحكيم في المنازعات الدولية، التحكيم في التجارة الدولية، د. د. ن، 1982، ص 10.

[106] - راجع: **أبو زيد رضوان**: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، د م ن، 1981، ص 125.

كان التّمييز واضحا بين القاضي والمحكم، فإذا كان قضاء التحكيم أداة لتحقيق العدالة كما هو شأن قضاء الدولة، إلاّ أنه يتميز عن هذا الأخير في نطاق التجارة الدّولية بميزة هامة هي قدرته على حسم المنازعات عن طريق ابتداع حلول مستلهمة من واقع التجارة الدّولية وعن طريق الاستعانة بما تزخر به من أعراف وعادات ومبادئ عبر دولية وفقا لمنهج يخدم مصالح التجار، ويحقق لهم الأمان واليقين القانونيين في نطاق مجتمعهم، فأصبح بذلك الوسيلة المثلى لتدويل النظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية[107].

نجد آثار هذه النّزعة واضحة في بعض الاتفاقيات الدّولية والتّشريعات الوطنية والنّظم المؤسساتية التي فضلت استخدام تعبير droit applicable بدلا من loi applicable، في صدد تحديد القواعد التي تحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، فقد عبر بعض الفقهاء عن تمييزهم بين تعبيرLOI أي القواعد القانونية الوطنية لدولة ما، وبين تعبير DROIT أي مختلف القواعد التي تكونت عـــلى صعيد المجتمع الدولي، أيا كان مصدرها سواء من صنع هيئات وتجمعات أو أشخاص تهتم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية[108].

مثال ذلك، ما أخذت به المادة *1496* من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد لعام 1981، والتي تقابلها المادة 1511 بعد تعديل 2011 بتقريرها " *تفصل المحكمة*

[107]-**STRENGER IRINEU**, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, RCADI, 1991-II, p. 221.
- «La méfiance à l'égard des juges nationaux conduit naturellement à l'arbitrage, La méfiance à l'égard des droits nationaux à l'élaboration d'un droit spécifique du commerce international».

[108]- حسب البعض، فإن استعمال المشرع الجزائري لمصطلح قواعد القانون عوض القانون الواجب التطبيق فتح المجال وأوّله البعض على أنه أخذ بالمبادئ العامة للقانون، و لكن حسبه ما يميز النص الجزائري (م 458 مكرر 14) عن القانون الفرنسي، أنّه جعل الأعراف التجارية مسألة تخضع لتقدير المحكم الذي يقرر ملاءمتها من عدمها، بينما المشرع الفرنسي جعل تطبيقها تلقائيا، عملا بالنظرية الواسعة لأعراف التجارة الدولية .

- راجع: **تراري الثاني مصطفى**، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية"، **مجلة دراسات قانونية**، عدد 1 جـوان، 2002، ص ص 46-47.

التحكيمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وإلا فوفقا للقواعد التي تراها مناسبة، وفي جميع الأحوال يتعين الأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية "[109].

سلكت الاتفاقيات الدّولية هذا المسلك بمنحها قاضي العقد هذه المكنة، ويعد مثالا واضحا على ذلك نص المادة 07 من الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم الدولي المعروفة باتفاقية جنيف1961 بتقريرها في حالة تطبيق المحكم لقانون الإرادة أو القانون الذي تحدده قواعد الإسنـــاد الملائمة للنزاع، يتعين عليه في كلتا الحالتين أن يأخذ في الاعتبار عادات التجارة الدولية[110]، وقريب من هذا المعنى نص المادة 2/17 من اللائحة الجديدة

---

[109]-L'article 1496 *(inséré par Décret nº 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981.*
-*http://www.lexinter.net/NCPC/l'arbitrage_international.htm*

- وللعلم فإنّ قانون التحكيم الفرنسي عدل في 2011 بموجب:

Le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, entré en vigueur en France le 1er mai 2011, a réformé le droit français de l'arbitrage interne et international. Voir : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id

- *وتنص المادة 1511 باللغة الفرنسية على أنه:*

« Le tribunal arbitrale tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ». Voir: http://codes.droit.org/cod/procedure_civile.pdf

-Pour plus d'information voir : **FORTIER Yves**, « La nouvelle loi française sur l'arbitrage : vues d'Outre-Atlantique », la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre, à Paris,2011. Sur : http://www.arbitrationicca.org/media/4/06432899300901/media113282757006560la_nouvelle_loi_francaise_sur_larbitrage.pdf

[110]- تنص المادة 7 من اتفاقية جنيف 1961على أنه:

« Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce… ».

- راجع نصوص الإتفاقية على الموقع:

www.ohadac.com/.../convention-europeenne-sur-l-arbitrage-commercial-international

لهيئة تحكيم غرفة التجارة الدّولية بباريس، حيث تقرّر أنّه: "***يجب على هيئة التحكيم أن تأخذ في جميع الأحوال بعين الاعتبار أحكام العقد والممارسات التجارية ذات الصلة***"[111].

يساعد بهذا المعنى المحكم على خلق وترسيخ القواعد الموضوعة لعدم وجود قانون اختصاص له، لذا فهو يستمد اختصاصه من إرادة الأطراف[112] وفي هذا الصدد يقول العميد BATIFFOL أنّه في النطاق الذي يكون فيه وســـط التجار متماسكا بصـــورة كافية فإنــه يشبه شركة تحت التكوين"، وبالتالي يمكن أن نتصور بأن هذه الشركة تطور قانونها الخاص على النطاق الدولي من خلال التحكيم، وتتأكد لنا هذه الفكرة من خلال أن المحكم لا يصدر قراره باسم سيادة وطنية لذا فمن الممكن له إذا أن يخلق عند الحاجة القواعد المادية المناسبة للتجارة الدولية أو لفرع خاص من هذه التجارة.

يشيرGoldman إلى دور التحكيم في إرســاء قواعد جديدة في القانون التجاري الدولي، والقول بأن التصنيف الصريح والعام لإمكانية تطبيق هذه القواعد ومضمونها يبقى منعزلا أمام قضاء التحكيم.[113]

فضلا عن ذلك فإنّ امتياز التحكيم بالسرعة والسرية وانخفاض تكاليفه وعدم المساس بالعلاقات التجارية بين الأطراف أو الإخلال بها كما يدعي جانب من الفقه، كل ذلك يجعل من التحكيم الوسيلة المثلى لتسوية منازعات التجارة الدّولية، إلى جانب الأسباب التي تجعل من بعض الأنظمة القضائية خطرا يهدّد التجار والشركات على السواء، إذ يشير Bonell إلى أنّ أهم دوافع الشركات اليابانية في اللجوء إلى التحكيم هو خشيتها من القانون الأمريكي ومحاكم المحلفين والأضرار العقابية والتعويضات المترتبة عليهما.

---

[111]- راجع في هذا المعنى: **نعيمي فوزي قدور**، الراوي مطفر جابر، " النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة"، **مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية**، المجلد 3، العـــدد 10، السنة 3، ص14وما بعدها.

[112]- **بن أحمد الحاج**، "العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية"، **مجلة القانون والمجتمع** الصادرة عن جامعة أدرار، العدد الثالث، جوان 2014، ص 97.

[113]- **GOLDMAN Berthold**, « La lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *clunet*, 1979, p. 487.

تجدر الإشارة إلى أنّ الميدان الذي يخلق فيه المحكم قواعد قانونية مادية ذات قيمة دولية حقيقية فهو التحكيم مع التفويض بالصلح، وهو نوع من التحكيم يماثل التحكيم بالقانون باستثناء أنّ المحكم يمكنه أن يحسم النزاع بقرار ملزم وفق قواعد العدالة دون التقيّد بأحكام القانون وهو النّظام الذي تأخذ به أغلبية اتفاقيات وقوانين التحكيم[114].

بهذا المعنى، يساعد المحكم في تدويل النّظام القانوني لعقود التجارة الدولية، وذلك إذن باعتماده المنهج العقلي الذي يمنح له القدرة على مجابهة الفروض التي تفرزها الحياة العملية، فلا ينكر الفقهاء منح المحكم مكنة إعمال الذهن والعقل لاستنباط قواعد قانونية قادرة على إدراك ما تعجز عن مواكبته القواعد الوطنية وبذلك سد النّقص الذي يحدثه عدم وجود قاعدة قانونية لحكم النّزاع وذلك بأسلوب تطويري.

إذا كان القاضي الداخلي مقيد بمجموعة من النصوص التي تغل يده عن الاستعانة بوسائل غير منصوص عليها، فإن المحكم عكسه إذ يملك حرية واسعة عند مجابهة المسائل، وله إعمال القواعد التي استقرت على صعيد الحياة التجارية أو القواعد عبر الدّولية والتي يطبقها تطبيقا استئثاريا على موضوع النزاع المطروح أمامه نتيجة تضمين الأطراف عقدهم شرطا صريحا يفيد رغبتهم في إعمال تلك القواعد لحل ما قد ينشأ بينهم من نزاعات وحيث لا يتصور إلمام الأعراف والمعاهدات الدولية بكافة الجوانب التنظيمية

التي تثيرها تلك العقود الدولية [115]، فيجب أن يفسح المجال للمحكم الدولي للاجتهاد في خلق وإيجاد القواعد التي تواكب خصوصية المسألة المعروضة عليه[116].

---

[114]- كالاتفاقية الأوروبية أو اتفاقية جنيف لعام 1961 (المادة 2/7) واتفاقية واشنطن 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى(المادة 3/42) واتفاقية عمان العربية (المادة 2/21) بالإضافة إلى قواعد العديد من مراكز التحكيم الفرنسية والبلجيكية... الخ.

[115]- راجع حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بجنيف في النزاع 7585 لسنة 1995(مجلة القانون الدولي 1995) حيث أبرزت هيئة التّحكيم عدم معالجة اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع لفروض كثيرة كتلك المتعلقة ب .compensation fee.

[116]- **موسى محمد إبراهيم**، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 10

الفرع الثّاني

الحاجة لضبط وتوحيد أحكام عقود التّجارة الدّولية

يشهد العالم تطورات وتحولات سريعة تجسدت في الإزالة التدريجية للحدود الجغرافية للدول بحيث أصبح يسود الاتجاه نحو توحيد القوانين التي تحكم معظم الأنشطة الاقتصادية، ولعلّ من بين مظاهر التشابه بين الماضي والحاضر مسألة تحرير التجارة، فالفكر وكذلك التطبيقات آمنت بحرية التجارة كأساس لعمل السوق على المستوى المحلي والدولي، وهو وضع تؤكده وتدعمه الاتجاهات الليبرالية المعاصرة ولكن لا يمكن تحقيق ذلك ما لم تتحقق العولمة القانونية[117]، لأن ترك التجارة لسلطان القوانين الوطنية من شأنه إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي وهو أحوج إلى الاستقرار والثقة.

تعدّدت على هذا الأساس، وسائل العولمة الاقتصادية والقانونية، إلاّ أنّ أهمها هي المنظمات الفوقية ومؤسسات التّوحيد، بالإضافة إلى مراكز التحكيم الدّولية، فلقد كان للمنظمة العالمية للتّجارة الفضل الأكبر في إرساء العولمة في مجال التجارة والمبادلات الاقتصادية عبر الحدود، بل والسهر على وضعها موضع التنفيذ، وللتطور الذي حصل حتى في مفهوم العقود الدولية أثر في تكريس القواعد الموضوعية بالنظر لعدم انسجامها مع القوانين الوطنية(**أوّلا**)، هذه القوانين التي غالبا ما تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين أطراف العلاقات العقدية ممّا يعني ضرورة تجاوزها والبحث عن نظام يحقق هذا التوازن (**ثانيا**)، وباجتماع كل هذه الأسباب ظهرت حركات شجعت على توحيد أحكام عقود التجارة الدّولية والقانون الدّولي الخاص بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بالتوحيد عبر التقنين القانوني(**ثالثا**) أو التوحيد عبر التقنين العلمي(**رابعا**).

[117]-Voir: **KANCHANACH (PH)**, *L'unification du droit de la vente internationale*, règles de conflictuelles et droit matériel, Thèse de doctorat, Strasbourg, 1989, p. 75.

أوّلا-تطور النّظرة حول حقيقة عقود التجارة الدّولية وعدم انسجامها مع القوانين الوطنية

إذا كانت العقود الدّولية كأداة من أدوات العولمة تلعب دورا هاما ورئيسيا في رواج التجارة الدولية، فإنه من الضروري أن تتأثر بما لحق هذه الأخيرة من تطور وما أصابها من تغيير، فأمر منطقي أن يمتد التغيير إليها وأن يلقي بظلاله عليها سواء لحق ذلك بمـــفهومها، أو امتد إلى القواعد التي تسري عليها، ولكن إذا كان من المنطقي أن تؤدي كل المستجدات إلى تغيير في مـــفهوم عقود التجـارة الدولية، وتحدث عليها أثرا إيجابيا، فإنّ الأمر يحتاج إلى نظرة موضوعية عندما تلقى هذه المستجدات بأثرها على قانون تلك العقود، وهو الأمر الذي يتحقق بالتخلي عن الأفكار السائدة والتحلي بروح العصر[118].

أحدثت ظاهرة العولمة[119] انعكاسات فعّالة وواضحة على عقود التجارة الدولية باعتبارها أداة تسيير التّجارة الدّولية، فإّنها تأثرت بما طرأ على الساحة الدّولية من متغيرات فتنوعت إلى عقود تقليدية وحديثة، كما اتّسع مفهومها ليشمل صورا لأعمال رأسمالية غير تجارية صناعية كانت أم زراعية وأمام هذه المستجدات لم يقتصر الأمر على تغيّر مفهوم هذه العقود، وإنّما امتد أيضا إلى النّظرة إلى دوليتها.

لحق من حيث المفهوم التغيّر بالعقد ذاته، فلم يقتصر على مضمون العقد وإنما امتد إلى الشكل الذي يكون عليه، فرغم التطور في مجال العقود الدّولية إلاّ أنّ الصّعوبة في تحديد تجاريتها مازالت قائمة، وإزاء هذه الصّعوبة العملية في تحديد الصّفة التجارية للعقود الدّولية، لم تقتض الاتفاقيات الدّولية الحديثة في مجال العقود الدّولية لانطباق أحكامها أن يكون العقد تجاريا سواء من حيث الصّفة، أو من حيث الطّبيعة، وهذا ما تبرزه بوضوح المادة 1/3 من اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، بعدم اعتدادها

[118] - **موسى محمد إبراهيم**، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص14.

[119] - راجع في موضوع العولمة: **بولوناس عبد الله**، "عولمة الاقتصاد – الفرص والتحديات، "**مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 24، العدد 1، 2008 .

بصفة أطراف عقد البيع أو بالطبيعة المدنية أو التجارية للعقد عند تحديد نطاق تطبيقها[120]، ولقد استحسن الفقه هذا المأخذ نظرا لما تثيره نظرية الأعمال التجارية من تعقيدات من الناحية العملية.

أحدثت من حيث الشّكل الثورة المعلوماتية انقلابا حقيقيا للمفهوم التقليدي للشّكل الذي يمكن أن تكون عليه الوثيقة العقدية [121]، فلقد تطور الشّكل الذي تكون عليه العقود التجارية الدّولية نتيجة للمتغيرات المصاحبة لظاهرة العولمة، والتي أحدثت انعكاسات واضحة عليه، على إثرها ظهر العقد الالكتروني كبديل ونموذج متطوّر للعقد الورقي.

كما استحدث التوقيع الالكتروني بدلا من التوقيع الخطي ليتلاءم مع هذه الصورة الجديـــدة، ولكن لا يعني التطور في هذا المجال تجاهل أهمية التعامل الورقي السائد لحد الآن وهذا ما يفسره المختصون بإصدار القانون الخاص بالتجارة الالكترونية إلى جانب قانون التجارة التقليدي.

كان من تداعيات العولمة كذلك، أن تغيّرت النّظرة الفقهية والتّشريعية إلى المعيار الذي يعتد به لتحديد دولية العقود التجارية، فتراجع على إثرها المعيار القانوني وأفسح المجال للمعيار الاقتصادي والذي يتفق في مضمونه مع الفكرة الحديثة لمفهوم عقود التجارة الدولية[122].

---

[120] - اتفاقية فينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، المبرمة في فينا في 11 أفريل 1980.
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

[121] - **موسى محمد إبراهيم** ، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص 38.

[122] - وقد استمر الخلاف بين الفقهاء حول ما إذا كان من المتعين التفرقة في هذا الصدد بين قواعد تنازع القوانين من ناحية والقواعد المادية في القانون الدولي الخاص من ناحية أخرى، بحيث يقتصر الأخذ بالمعيار الاقتصادي عند إعمال هذه القواعد الأخيرة بينما يعتد بالمعيار القانوني عند إعمال قواعد تنازع القوانين، أم أنه يتعين توحيد المعيار الواجب الإتباع للكشف عن دولية العقد بصرف النظر عن طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستخضع لها الرابطة العقدية.

راجع في الموضوع كل من :

-**LEBOULANGER Philippe**, « La notion (intérêts) du commerce international », *Revue de l'arbitrage*, N°2, Paris, 2005, PP. 492-493.

كان من ثمار سياسة التحرير الاقتصادي كذلك، أن تبنت التّشريعات الغربية الحديثة عند تحديدها لدّولية العقود التّجارية فكرة اقتصادية تدور حول اتصال تلك العقود بمصالح التّجارة الدّولية[123]، وبالمقابل يعدّ التحكيم في هذه العقود دوليا إذا اتصل هو كذلك بمصالح التجارة الدولية، وهو ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد في المادة 1492[124]، الشيء الذي أكّده القضاء الفرنسي[125]، ويجب أن لا يوحي مصطلح التجارية استثناء عقود الاستثمار، وهو ما يفهم من ق إ م إ الجزائري، أين استعمل المشرع مصطلح آخر غير التجارية، بما يوحي بأنه أخذ بمعيار واسع في تحديد الدولية، حيث استعمل المشرع مصطلح " **المصالح الاقتصادية لدولتين**" في المادة 1039.[126]

أخذت اتفاقية فينا لسنة 1980 بشأن البيع الدّولي للبضائع بمعيار التجارية كأساس لإسباغ الصفة الدولية على عقود بيع البضائع، وذلك باعتدادها باختلاف مكان وجود مراكز أعمال الأطراف عند تحديدها لنطاق تطبيقها، هذا ما تبنته المادة **1/1** منها بتقريرها: "*تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة وذلك ...*"[127].

= كذلك: **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص71.

[123]-**Rebelle, par essence**, a toute définition juridique, la notion d'"intérêts" du commerce international a été << découverte>>, dès 1927, par la Cour de cassation, qui en a fait de multiples applications en matières de contrats internationaux. Le recours à cette notion est fondé sur le postulat que, pour pouvoir satisfaire *les besoins* du commerce international.
-voir : LEBOULANGER Philippe, « La notion (intérêts) du commerce international », op.cit, p. 487.

[124]- NCPC FRANÇAIS
http://www.lexinter.net/NCPC/l'arbitrage_international.htm, Aussi ?
-Décret nº 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981.
http://www.lexinter.net/NCPC/l'arbitrage_international.htm

[125]- COUR D'APPEL DE Paris -1ère Chambre-Section C , ARRET DU 22 NOVEMBRE 2007, Voir
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018671778

[126]- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 26 فيفري2008، يتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

[127]- نص الاتفاقية متوفر على الموقع:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf.

قضت كذلك الفقرة الثانية من نفس المادة لتطبيق أحكام الاتفاقية أن تكون واقعة وجود مراكز أعمال طرفي العقد في دول مختلفة ظاهرة عند ابرم العقد وليس بعد ذلك، سواء ظهر هذا من نصوص العقد أو من المعاملات السابقة بين الأطراف أو من أي بيانات يدلي بها أطراف العملية.

درست الدكتورة *"طرح البحور علي حسن فرج"* مسألة مدى التّلازم بين فكرة الدّولية وفكرة تنازع القوانين عند تحليلها لأحكام الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 1980، فتطرقت لمبررات استبعاد الاتفاقية صيغة العقد الدّولي الذي استبدل في مشروع الاتفاقية بمصطلح" *مراكز ذات طابع دولي*"، ثم استبدل في صيغة النّهائية للاتفاقية بمصطلح "*الالتزامات التعاقدية* " حيث أشارت إلى أنّ الأستاذ LAGARDE بيّن في تقريره المقدم إلى لجنة القانون الدولي الخاص أسباب هذا الاستبعاد، فربط الأوّل بالرغبة في توسيع نطاق تطبيق قاعدة الإرادة في المشروع إلى حالات لا يتوفر فيها وصف الدّولية والسبب الثاني مرتبط باستحالة تعريف العقد الدولي[128]، نظرا لعدم وجود معيار محدد لدولية العقد، ومن ناحية أخرى لم تفلح محاولة تعريفه بطريقة سلبية كما فعلت معاهدة لاهاي لعام 1955 الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات المادية.

ثانيا-تجاوز إهدار القوانين الوطنية للتوازن العقدي

يعتبر اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية من بين العوامل التي تساهم في عرقلة تطور العلاقات الخاصة الدّولية، وأن إهدار هذه الأخير بما تتضمنه من قواعد التنازع للتوازن العقدي في مجال عقود التجارة الدّولية يعدّ سببـــــــا أساسيا في تجـــــــاوزها، وخلق قواعد خاصة بها، الأمر الذي يقتـــــــضي تقدير هذا التـــــوازن

[128] - **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص ص 152- 153.

بدقة بالنـــــــظر لما يلعبه من دور محـــــــــوري في هذه العقود[129]،وتظهر أهميـــــة المفاوضات[130] في تحقيق التوازن العقدي من حيث استعانة واضعو الاتفاقيات الدّولية بهذه الفـــكرة، فقد استعانت الاتفاقيات الدّولية في مجال نقل البضائع بفكرة التوازن العقدي عند صياغة قواعد موحدة لهذا النوع من العقود، فإذا كانت هذه الاتفاقيات تضع حدا قانونيا لمسؤولية الناقل الدّولي، فإنّها حاولت إيجاد نوع من التّوازن بين الالتزامات التي تفرضها على الأطراف، وذلك بتصريحها للناقل بفرض تحديد تكميلي لمسؤوليته عندما يتم النقل بأسعار مخفضة.

تُبرز هذه الفكرة بوضوح المادة 45 من اتفاقية برن لسنة 1890 بشأن النقل الدّولي للبضائع عن طريق السكك الحديدية، إذ تقرر أنّه عندما توافق هيئة السّكك الحديدية على نقل البضائع بشروط خاصة وبأسعار مميزة واستثنائية، تتضمن تخفيض واضح وأكيد للثمن مقارنة بالتعريفة العامة، يحق لها تحديد مقدار التعويض المستحق في حالة تجاوز ميعاد التسليم، شريطة بيان هذا التحديد في التعريفة، وعلى هذا الأساس تتضح لنا النزعة الفردية التي تتسم بها العلاقات التجارية والاقتصادية والتي تدفع كل طرف إلى تحقيق مصالحه، وهو ما يتعارض مع ما تسعى إلى تحقيقه القوانين الوطنية من تغليب مصلحة الجماعة.

يعتبر التوازن العقدي هو المحرّك الأساسي الذي ترتكز علية الشركات المتعددة الجنسيات لإقناع الأطراف بضرورة خلق قانون خاص بالعلاقات الدّولية من صنع القائمين على قيادة ظاهرة العولمة القانونية، لأنّ القوانين الوطنية تتضمن بعض القواعد التي تتنافى في جوهرها مع ما يساير الواقع العملي للتجارة الدّولية، وبالتّالي يتعين تجاوز هذه القواعد

[129] - راجع في فكرة التوازن العقدي: **سلامة فارس عرب**، معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999، ص 152 و ما يليها.

[130] - أنظر:**منصور محمد حسين**، العقود الدولية (ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه مضمونه وآثاره، وانقضائه، الصياغة التقنية الائتمانية والالكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم وقانون التجارة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

والبحث عن حلول أخرى، وقواعد تلاءم المعطيات الجديدة الملازمة للتطور بما يسمح بتجنب معوّقات تطور تلك التجارة.

يجزّم الفقه الحديث بأنّ الواقع قد أثبت وجود قواعد موضوعية في شكل صيغ نموذجية [131] وشروط عقدية صيغت لمواجهة مواقف واقعية دولية تتضمن تنظيما مباشرا للعلاقات الخاصة ذات الطابع الدّولي، فيتضح بذلك للفقه التقليدي في إطار القانون الدولي الخاص أنه طالما تجاهل هذا الواقع بإصراره على أنّ قواعد الإسناد هي الوسيلة الوحيدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدّولية [132].

ثالثا-تنامي فكرة توحيد أحكام العقد الدّولي عبّر التقنين الدّولي للقانون الدّولي الخاص

تعدّ من بين الأسباب التي ساهمت في عملية التوحيد ظهور مؤسسات ساعدت على بلورة القواعد الموضوعية[133]،لأنّ اختلاف هذه الأخيرة في قوانين الدّول المختلفة أدّى إلى قيام التنازع بينها لحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، ولقد عكفت كل الدّول على نفسها لوضع حلول لهذا التنازع، فجاءت حلولها في كثير من الأحيان مغايرة لتلك التي قررتها الدّول الأخرى[134]، وهو ما أدى إلى التّعاون فيما بينها لتقنين قواعد التنازع تقنينا دوليا يحقق لها ميزة التوحيد، وكذلك الثبات في العلاقات القانونية الذي لا يمكن تحقيقه بواسطة التقنينات الداخلية.

---

[131]- أشار إلى هذه الظاهرة العميد هنري باتيفول بقوله " إن شيوع استعمال هذه الصيغ النموذجية دفع إلى القول بأن الرأي العام تنبه منذ خمسين عاما إلى مظاهر الحياة القانونية خارج النطاق الحكومي ، في النمو الاقتصادي والاجتماعي الذي نشأ عقب الثورة الصناعية التي انبثقت عن التقدم العلمي أحدث احتياجات قانونية جديدة وعاجلة لم يتمكن المشرع من تلبيتها وإنما ظهرت بوادرها في العقود النموذجية والاتفاقات الجماعية والأعراف التجارية ... الخ".

- عن: **طالب حسن موسى**، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص33.

[132]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص135.

[133]-**PAMBOUKIS Caralambos**, « La lex Mercatoria Reconsidérée », in le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, p. 638.

[134]- **جابر جاد عبد الرحمان**، تنازع القوانين، ملتزم النشر والطبع مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص634.

تلافيا لأيّ إهدار للحقوق ومنعا لأي تناقض بين الأحكام، تنبهت أذهان الباحثين إلى ضرورة وجود قواعد مشتركة بين الدّول تكفل وحدة الحلول بالنّسبة للمنازعات ذات الطابع الدّولي أيا كانت الدّولة التي يرفع النزاع أمام محاكمها، ومن هنا ظهرت فكرة التقنين الدّولي للقانون الدولي الخاص وأضحت حركة عالمية انطلقت في المجتمع الدّولي منذ المنتصف الثاني من القرن التاسع عشر[135].

رابعا-تبلور فكرة التقنين العلمي للقانون الدّولي الخاص

يعتبر تاريخ علم القانون الدّولي الخاص تاريخ فقه منه تاريخ نظم، حيث يصعب علينا تعداد مراحل تطور هذا القانون دون أن نصادف اسم فقيه معيّن تأثرت به كل مرحلة من مراحل هذا التّطور، وبالتّالي بلورة هذا الفرع القانوني، فلا ينبغي أن ينكر للفقه الدّور الذي يلعبه في التّحليل والتّأصيل والتّهذيب وتخريج الحلول التي ساهمت في التّغيير من النّظم القانونية بغية تأمين مجاراتها مع مقتضيات الحياة الدّولية المعاصرة، وهو ما بيّناه في المطلب الأوّل من خلال تحديد دور المساهمات الفقهية في الترويج لمنهج القواعد الموضوعية من خلال أهم الانتقادات التي وجهها لمنهج التنازع.

تبلغ أهمية الفقه أوجها في مجال تنازع القوانين، والذي يعدّ بحق علم فقهي في المقـــام الأوّل، ولنا أن نبرز في عناوين آتية دور الفقه عبر مراحل تطور المنهج الموضوعي محل الدّراسة.

الواضح إذن، أنّ للفقه في القانون الدّولي الخاص دوران أساسيان متوازنان لا يقلّ أحدهما أهمية عن الآخر، دور **التفسير** ودور **الإنشاء** والإبداع، فمن المعلوم أنّ الفقه لا يشترك في إنشاء القواعد القانونية بصورة مباشرة، وما آراؤه إلاّ تفسيرات لما كرّسه المشرع في القوانين المحلية، وبعد تأمل يبدأ دوره الطبيعي في التفسير والاستنباط والتّأصيل،

[135] - سنحاول في عناوين لاحقة التطرق إلى أهم الهيئات التي اهتمت بعملية توحيد القوانين الخاصة بالتجارة الدولية.

والتّفسير يقتضي التأمل وهذا الأخير يستدعي الانتظار والتّأني إلى حين انتهاء المشرع من صياغة التشريعات الوطنية[136].

لكن قد يخرج الفقه عن دوره التفسيري في حالات، ليقوم بدوره الإنشائي لقـــواعد القانون، وهو ما سنبحثه عند دراستنا لمصادر القواعد الموضوعية، حيث نلتمس هذا الدور أكثر فأكثر في مادة القانون الدولي الخاص أين تتداخل المعطيات القضائية مع البناء القانوني للقواعد[137]، وإزاء النقص والقصور التشريعي يقوم الفقه بدور مميّز في خلق ما تيسر من القواعد التي تحكم الحياة الخاصة الدولية، فيعلن عن ميلاد نظام قانوني من صنع أفكاره وتصوراته، فيقرّر بذلك عجز النظم القانونية القائمة كما فعل لمّا قرر عجز نظام التنازع عن مواكبة التطور الحاصل في الحياة التجارية الدولية، والعــقود المرتبطة بها، وهذا ما اتفق على اعتباره التقنين العلمي للقانون الدولي الخاص.

[136]- **المغربي محمد محمود**، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 80.

- وقد ورد في المرجع نفسه ، ص 81 ما قاله:

-(Bruno Oppetit) :" Les auteurs, si éminents soient-ils, ne créent pas le droit positif dont ils ne sont aucunement des agents d'élaboration : ils le constatent, le commentent, l'interprètent ou l'apprécient mais sont évidemment impuissants a le créer n'ayant pas reçu compétence a cette fin d'un organe étatique ou interétatique quelconque »

[137]"- Il y a une interaction entre la théorie et la pratique dans le monde des réalités juridiques et le monde de savoir et dans la vie du droit international privé ".(Bruno Oppetit).

المبحث الثّاني

ذاتية القواعد الموضوعية في العقد الدّولي

تقع إشكالية تنازع القوانين وتعدّد مناهج في فضّ المنازعات الخاصّة ذات الطّابع الدّولي في الوقت الحاضر في قلب مشاكل القانون الدّولي الخاص، وقد تصاعدت هذه الإشكالية كما أسلفنا بعد أن تزايدت الانتقادات الفرية والجماعية لمنهج قواعد الإسناد لصالح مناهج أخرى وفي مقدمتها منهج القواعد الموضوعية.

الواقع أنّ اللجوء إلى القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية هو إحياء لذلك النّظام القانوني الذي كان سائدا في العصور الوسطى في أوروبا والمسمى Lex Mercatoria حيث وجدت جماعة التجار ذات الكيان المستقل والتي تخضع له، فيفضّل هؤلاء الأشخاص في معاملاتهم عدم الخضوع لأي نظام قانوني وطني، حيث يرون أنّ إرادتهم قادرة على خلق النّظام القانوني الصالح لحكم علاقاتهم، وذلك بفضل ما يوجد لديهم من تنظيم داخلي.

فرض ظهور القطاع المهني بصورته المنظّمة نفسه دون شكٍ على الواقع القانـــــوني، بحيث أمكن التساؤل حول مدى جدوى تمسك الفقه التقليدي بحرفية التحليل المبني على طبيعة قواعد الإسناد[138] باعتبارها تؤدي إلى فض تنازع القوانين بين الدّول، حيث تشير إلى أنسب القوانين لحكم العلاقات القانونية من وجهة نظر المشرع الوطني.

تأسيسا على ما سبق، فإن تحديد ذاتية القواعد الموضوعية لا يكتمل إلا بتبيان مجموعة من المسائل التي سيغطيها هذا العنوان والتي تشكل مدخلا لدراسة القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية من هذه المسائل الحاجة لتحديد تاريخ نشأة القواعد الموضوعية، ودور الفقه في تكريسها عبر محطات تاريخية متعاقبة(**المطلب الأوّل**)، وبالنّظر إلى أنّ مفهوم كلمة قانون في تنازع القوانين بمقتضى فقه القانون الدّولي الخاص ينصب

[138] - **جورج حزبون حزبون**، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الاجرائي والمستحدث الموضوعي"، **مجلة الحقوق الكويتية**، السنة السادسة والعشرون، العدد الثاني، 2002، ص 238.

على التّشريع الدّاخلي الموضوعي، الأمر الذي يستبعد أي إمكانية لتطبيق أيّ نظام قانوني ذي مصدر غير وطني[139]، ومن هنا تبرز أهمية تحديد المضمون المفاهيمي للقواعد الموضوعية من خلال التوسع في تحديد مفهوم كلمة قانون في ميدان تنازع القوانين(**المطلب الثاني**).

المطلب الأوّل

التّكريس الفقهي للقواعد الموضوعية في العقد الدّولي

نُبرز التّكريس الفقهي للقواعد الموضوعية من خلال دراسة المحطّات التّاريخية لتطور علم تنازع القوانين وأصل القواعد الموضوعية، وقد دفع تطوّر مجال المعاملات التّجارية الدّولية وعدم تقيّدها بالأحكام والقوانين الدّولية المتدخلين في هذا المجال إلى وضع أحكام وقواعد قانونية موضوعية تنظّم كل المسائل المتعلقة بالتّجارة الدّولية.

ممّا لاشكّ فيه، أنّ دخول الدّولة في الحياة التّجارية الدّولية عن طريق إبرام العقود كما يبرمها أشخاص القانون الخاص يجعل من الدّولة تخضع نفسها إلى القواعد التي تحكم الأشخاص الخاصة في مجال التجارة الدّولية[140]، بالتّالي أصبحت القوانين الدّاخلية غير صالحة لتنظيم وحكم العلاقات التجارية الدّولية، من ثم تم إخضاعها إلى قواعد موضوعية دون العمل بقواعد منهج التنازع القائم على إعمال قواعد الإسناد[141].

---

[139]- **جورج حزبون حزبون**،"الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص" **مجلة نقابة المحامية الأردنيين**، العدد العـــاشر، 1989، ص577.

[140]- راجع في هذا المعنى: **علي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلـقايد تلـمسان، 2011/2010، و كذلك:

- **اقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار،التجربة الجزائرية نموذجاً، رسالة دكتوراه، كلية الحـــقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر،2006.

[141]- أنظر: **عز الدين عبد الله**، "فلسفة المشرع المصري في تنازع القوانين"، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، السنة الأولى، العدد الأول، جامعة عين شمس، يناير 1959، ص 15-16. يرى: أن الظروف الاقتصادية والقانون التي برزت في العقدين الماضيين، أكدت أن ما ذهب إليه الفقه الإيطالي من التنبؤ بازدواجية النظام القانوني بدأ يتحقق في صورة قواعد قانونية تشريعية وعرفية دولية كانت أم داخلية .

وجدت مسألة التنازع كظاهرة منذ القدم مع اتصال الشعوب وارتباط أفرادها بعلاقات تقتضيها الطبيعة الإنسانية وحاجتها للتعامل والالتقاء، وتعتبر نظرية تنازع القوانين التي يقرها الفقه ويعتمدها التّشريع والقضاء المعاصرين وليدة محطّات ومراحل ومسار تطوري ساهم في بلورتها[142].

تفيد الحقيقة التاريخية، أنّ دراسة ما هو مستحدث من الأفكار لا يكون إلا بفهم القديم منها وتفهّم أسباب ظهوره وتطوره والوقوف على أسباب نشوئه ووجوده، وهذه الحقيقة تبدو جليّة في مادة تنازع القوانين حيث لا يمكننا الفهم بعمق أسباب الأزمة التي يمّر بها قواعد منهج التنازع والتي كانت خلف ظهور القواعد الموضـــوعية، إلاّ باستعراض هذه المراحل، فهذه القواعد التي تعتبر ظـــاهرة قديمة، تعاقبت عبرها الحضارات القديمة

(**الفرع الأول**) وقد كان المولد الحقيقي للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية في غرب أوروبا وحوض البحر الأبيض المتوسط في القرن الحادي عشر إلى غاية القرن السابع عشر أين بدأت في الاندثار، وهي الحقبة التي تشكل العصر الوسيط(**الفرع الثاني**) لتبعث من جديد في العصر الحديث في القرن التاسع عشر(**الفرع الثالث**).

الفرع الأوّل

نشأة القواعد الموضوعية في العصور القديمة

تعتبر غالبية القواعد الموضوعية عرفية النشأة حيث تكونت في الأوساط المهنية بين التجـــار، وتمهيدا لمعرفة هذه القواعد يجب معرفة خلفيتها التاريخية وهو ما يتطلب منّا التطرق إلى مراحل تطور نظرية تنازع القوانين ذات الأصول العميقة والتي تعد وليدة تطور

[142]- راجع هذه المراحل باختصار: **كمال إبراهيم**، التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، دار النشر العربي، القاهرة، 1991، ص 34 وما بعدها.

تاريخي متعدد المحطات[143]، حملت كل واحدة منها عناصر مؤثرة ساهمت في إنضاج وبلورة النظرية العامة للتنازع التي نعرفها اليوم والتي كانت خلف ظهور القواعد الموضوعية.

أوّلا- مرحلة الحضارات القديمة

إذا كان من الضروري وجود تنظيم قانوني يسري على العلاقات التي تتم داخل الأسرة والمدينة والدولة، فإنه لابد كذلك من وجود تنظيم آخر يحكم العلاقات الخارجية للأفراد، فقد تردد صدى اهتمام الحضارات القديمة بقواعد التجارة في تلك القواعد التي دونها "حمورابي" في القانون الذي عرف باسمه[144]، سواء تلك القواعد المتعلقة بالشركة أو القرض أو غيرها من الأعمال[145].

كان يسكن حوض البحر الأبيض المتوسط شعوبا بلغت درجة من المدنية كالمصريين والفينيقيين في لبنان، فكانوا عمداء التجارة حتى القرن السابع قبل الميلاد، بالإضافة إلى الإغريقيين في اليونان، حيث قامت بين كل هذه الشعوب علاقات تجارية تبادلوا فيها السلع والخدمات، وقد ازدهرت في عهد الإغريق الملاحة البـــــــــحرية، وخضعت التجارة في البحر الأبيض المتوسط إلى سيطرتهم بفضل الرحلات التجارية البحرية، وكذلك بإقامتهم مستعمرات مما دفع بالتجار في البلاد الأخرى إلى التدفّق على المدن الإغريقية، وعلى هذا الأساس نستنتج أنّ القواعد التجارية التي وصلت إلينا من الحضارة الإغريقية قد وضعت في إطار التجارة الدولية.

[143]- يعدّ الهدف من دراسة هذه المحطات التاريخية ليس الاطلاع على كافة النظريات والتفصيلات المختلفة التي تصدت لمشكلة تنازع القوانين، وإنما محاولة التعرف على بذور وعناصر النظرية العامة لتنازع القوانين كفقه دولي والأساس لتطور قواعد الإسناد، بالإضافة إلى تحديد أنه عبر هذا التنازع كان منذ القدم التجار يحاولون البحث عن قواعد تحكم علاقاتهم بعيدا عنه.

[144]- نظام حمورابي الصادر في عام 195 قبل الميلاد.

[145]- **فواز سالم كبارة**، قانون التجارة الدولية (النظام الاقتصادي المعاصر وعولمة القانون)، الجزء الأول، مكتبة صادر ناشرون، لبنان، د س ن، ص 55.

ثانيا - مرحلة الإمبراطورية الرومانية والقانون الروماني للشعوب

ليست نشأة المنهج الموضوعي بالحديثة[146]، حيث تعود إلى العهد الروماني القديم حين استشعر الفقه عدم ملائمة القانون المدني الخاص بالرومان civil"jus " مع تنامي العلاقات التي تتم بين الأجانب والمواطنين الرومان من جهة والأجانب بعضهم ببعض من جهة أخرى.

أسّس قانون الشعوب *JusGentium* لقواعد موضوعية تتجانس مع متطلبات العصر، وقد كان لهذا القانون قواعد تعامل خاصة من ضمنها قاعدة التمثيل التجاري وقاعدة التعاقد البحري مع ربان الباخرة، واستحدث قانون الشعوب نظام الضّمان المالي[147]، واعتبر بهذا قانون الشعوب نواة القانون التجاري الدّولي، ومن ميزات هذا القـانون، رجحان الصّفة التجارية، حيث جاء مرنا بعيدا عن الشكليات التي أثقلت القانون المدني وجعلته غير مناسب لمواجهة حاجات التجار[148].

أصبح التحّول القانوني في روما نتيجة طبيعية لتحول الاقتصاد الرّوماني نحو التجارة، وما تقتضيه من انتقال التجار إلى الخارج، واستقبال روما للتجار، وشكلت هذه الاعتبارات سببا مباشرا لتراجع الرومان عن شكلياتهم في التعامل، لأنّها تتنافى مع مقتضيات التجارة الدولية لما تقوم عليه من سرعة وائتمان[149].

لقد كان لمبادئ الفلسفة الإغريقية فضل على الرومان كمبدأ الوفاء بالتعهدات سواء كانت في صيغـة رسميـة أو غير رسمية، مما مهّـد الطريق نحو نشأة العقود

---

[146] - حيث يشير GOLDMAN إلى أنه:

-" Ce ne fut pas, bien sûr, une découverte, mais une renaissance car ce droit coutumier transnational pouvait trouver un illustre ancêtre dans le *jus gentum* de Rome ; … "

- نقلا عن: **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجـامعي، الإسكندرية، 2002، الهامش رقم 1، ص 114.

[147] - عبد الكريم سلامة أحمد، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 184.

[148] - **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القـواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص21.

[149] - **هشام علي صـادق**، تاريـخ النظم القانـونية والاجتماعية، دار الجـامعة الجديدة للطبـاعة والنشر، القاهرة، 1982، ص246.

الرضائية الأربعـــة الشهيرة، الـــبيع، الإيجار، الوكالة والشّركة، وكذلك مبدأ حسن النية في التعامل وتغليب قصد المتعاقدين على الشكل، وانتهى الأمر بفقهاء الرّومان إلى تغليب الإرادة على الشكل ممّا أخرج القانون الروماني من جموده التقليدي[150].

تحوّل قانون الشعوب بسقوط الإمبراطورية الرومانية إلى قانون عام يحكم الرّومان والأجانب على السواء، ومنح الأجانب صفة المـواطنين وتوحيد الحقوق في عهد "جوستنيان"، وبهذا انتهى قانون الشعوب بصدور دستوركـ*راكلا* لعام 212 قبل الميلاد[151] وهو التاريخ الذي اندمج فيه قانون الشعوب في القانون المدني الروماني، وبالتالي بداية لاختفاء ظاهرة القواعد الموضوعية أو العبر دولية[152].

حتى بداية العصور الوسطى تدهورت التجارة في أوربا فحكم على القانون التجاري بالركود إلى أن نشأت الجمهوريات الإيطالية وإزدهار التجارة بين شعوب البحر الأبيض المتوسط، فكان ميلاد القانون التجاري الدولي بأن تكونت قواعده الموضوعية.

---

[150]- **الأسيوطي ثروت أنيس**، الصراع الطبقي وقانـــون التجار (دراسة تـــــاريخية فلسفية)، دار النهضة العربية، القـــاهرة، 1965، ص 19. (مع ذلك هناك من يذهب إلى أنه لم يثبت في العصر الحديث استناد مضمون القواعد عبر الدولية إلى أية قاعدة من قواعد قانون الشعوب الروماني ، لذلك فهناك من يرفض أن يكون قانون الشعوب مصدرا تاريخيا لمضمون القواعد عبر الدولية، خاصة في ظل الثابت من ضيق دور مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حسن النية في القانون الروماني بصفه عامة، عكس ما هو عليه الأمر في القواعد عب الدولية الحديثة التي تعتبر مبدئي سلطان الإرادة وحسن النية بمثابة أعمدتها الأساسية).

-راجع: **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي مرجع سابق، بند 238، ص 202.

[151]- "En toute hypothèse, L'édit de Caracalla ; en 212, accordant la citoyenneté romaine a l'ensemble des sujets libre de l'empire, entraine dans le même temps la première disparition de cette *lex mercatoria*".

-voir : **BUREAU Dominique**, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse de doctorat d'état en droit, université panthéon, Assas, Paris II, 1992 , p. 167.

[152]- **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 116.

الفرع الثّاني

القواعد الموضوعية في العصور الوسطى

يتحدد لنا وضع القواعد الموضوعية في هذا العصر بالتطرّق إلى مراحل هذه الحقبة التّاريخية.

يتحدد لنا وضع القواعد الموضوعية في هذا العصر بالتطرّق إلى مراحل هذه الحقبة التّاريخية.

أوّلا-المرحلة العرفية

بدأت هذه المرحلة منذ القرن الحادي عشر في غرب أوروبا وحوض البحر الأبيض المتوسط وتعتبر المولد الحقيقي للقانون التجاري الدولي، باعتباره من القواعد التي تعارف على تطبيقها التجار الذين ينتقلون من مرفأ لآخر، والملاحظ أنّه في هذه الفترة كان هذا القانون يمتـــاز بالطابع الدولي وكذلك بالطابع الشخصي، حيث يعَدُّ من التجار ومن أجلهم، بمعزل عن السلطة المحلية[153].

أهم ما تميزت به هذه المرحلة، ظهور **مبدأ شخصية القوانين** وظهور بعض قواعد التنازع وكان هذا بسقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية في حوالي الربع الأخير من القرن الخامس الميلادي على يد البربر الجرمان، فتشكلت دويلات وممالك مستقلة تخضع لسلطة وقوانين الجرمان، وأضحى الرومان الذين وقعوا تحت سيطرتهم أجانب لا يحق لهم الاستفادة من القانون الجرماني، فبقوا محكومين بقوانينهم الأصلية[154].

لم تكن العلاقات ذات العنصر الأجنبي، التي تتم بين الجرمان وغيرهم من رعايا الدويلات الخاضعة لسلطتهم، أو بين رعايا الدويلات فيما بينهم، توجد إلاّ قواعد تنازع قليلة

[153] - **سعد الله عمر**، قانون التجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، دار هومة، الجزائر،2007، ص 41.

[154] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 175. و كذلك:
MAYER Pierre, HEUZE Vincent, *Droit international privé*, op, cit, p. 40.

تحدد القانون الواجب التطبيق منها ما يتعـــــــلق بخضوع أهلية الأداء للقانون الشخصي، خضوع نقل ملكية الأموال لقانون البائع والناقل ...الخ، غير أنّها قواعد لم يستقر العمل بها طويلا بالنّظر لتزايد العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وهو ما أدّى إلى تقارب القواعد والأعراف التي تشكل قانونا مختلطا يجمع مزيجا من بقايا القانون الرّوماني وأعراف الدويلات القائمة ومبادئ القانون الجرماني، وهو القانون الذي صار القانون العام للإمبراطورية المقدسة التي ضمت ألمانيا وسويسرا وفرنسا وايطاليا، وزالت إمكانية قيام تنازع القوانين[155].

بقي نظام شخصية القوانين سائدا حتى العصور الوسطى، ثم ظهر على أنقاضه نظام يخالفه وهو الإقليمية.

حدث ذلك باضمحلال وتفكك الدولة الجرمانية بوفاة شارلمان، وإحلال محلها دويلات مستقلة شكلت إقطاعيات، فتمسك رئـــــــيس كل إقليم بسلطته التامة في إقليمه، وبهذا أصبحت كل إقطاعية وحدة إقليمية وسياسية مقفلة لها عاداتها وقوانينها، والتي لا يقبل امتداد تطبيقها خارج إقليم الإقطاعية، وبالموازاة لا يقبل تطبيق أي قواعد أجنبية عليها، وهذا هو **مبدأ الإقليمية المطلقة للقوانين** في كامل صورته، ومعه تحقق التـــــــلازم بين القاضي المختـــــص والقانون واجب التطبيق، وبتطبيق هذا المبدأ ضعفت التجارة بين شعوب الإقطاعيات الذين لا يعترف حتى بشخصيتهم القانونية خارج إقطاعياتهم[156].

زال النّظام الإقطاعي سريعا، بإقامة دولة مركزية انصهرت فيها الإقطاعيات المختلفة، فظهرت الملكية في فرنسا، والمدن المستقلة في ايطاليا، حيث ظهرت فيها

---

[155] - راجع: **البستاني سعيد يوسف**، القانون الدولي الخاص/ تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية(تنازع القوانين – المعاهدات – التحكيم التجاري الدولي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 75 وما بعدها.

[156] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 186. و كذلك:

- **MAYER Pierre , HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, op, cit, p. 41.

جمهوريات صغيرة استهوت التجارة مدنها الشمالية وتوفرت فيها العوامل اللازمة لنشؤ قواعد تنازع القوانين[157]، حيث كان هناك قانون عام وهو قانون الشعوب تشمل سيادته الإمبراطورية الرومانية، وقد كان من شأن كل ذلك زيادة نشاط المعاملات فيما بين المدن الإيطالية، وهو ما أنتج قانونا خاصا لكل مدينة كان يطلق عليه كلمة (أحوال)[158] وتشكل هذه الحقبة التاريخ الوسيط لقاعدة التنازع، حيث ازدهرت العلاقات التجارية خلال هذه الفترة ممّا أدى إلى التساؤل بالنسبة للقانون الذي يخضع له الفرد في هذه الحالات، أهو قانون بلده أم قانون البلد الذي حلّ فيه، هل يتعلق الأمر بقانون بلده أم قانون الإمبراطورية المقدسة أم القانون الروماني الذي اختلطت به بعض القواعد والأعراف الجرمانية؟هل يؤخذ بمبدأ شخصية القوانين أم بمبدأ إقليمية القوانين؟

فكّر فقهاء القانون أمام هذه الصعوبات في أواخر القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر في إيجاد حلول للتنازع، وبتأثير مجهوداتهم انطلقت نظريات علمية في تنازع القوانين، مازالت القوانين المعاصرة تأخذ بها حتى اليوم نعرض لها بإيجاز فيما يلي:

---

[158]- كان شائع سابقا تسمية القانون الدولي الخاص بقواعد تنازع الأحوال...فعلى إثر استقلال بعض المدن عن الإمبراطورية الرومانية في صورة دويلات و جمهوريات ،تتمتع كل مدينة فيها بقانون خاص يفيض في الغالب من العرف الذي ساد خلال القرن 13 م كان يطلق عليه تسمية قانون الأحوال statue إلى جانب القانون الروماني الذي كان سائدا في المدن الايطالية باعتباره القانون العام droit commun وهو قانون الشعوب droit des peuples وكان التنازع يثور بين هذين القانونين، على أن تسمية تنازع القوانين انتشرت عبر يد الفقهاء الهولنديين إلى أن وصلنا إلى التسمية الحالية واستخدام مصطلح القانون الدولي الخاص، وكان ذلك على يد الفقيه الأمريكي story، مع الإشارة أن الفقه في الدول لأنجلو أمريكية يرفض استخدام مصطلح "تنازع القوانين" مفضلا مصطلح "اختيار القانونchoice of Law ".

1- مرحلة ظهور المدارس الفقهية القديمة

ساد النظام الإقطاعي في إيطاليا وفرنسا حتى نهاية القرن الحادي عشر، ولم تكن الظروف مهيأة بعد لنشأة تنازع القوانين بفعل مبدأ الإقليمية المطلقة حتى بداية القرن الثالث عشر أين تحللت إيطاليا من القوانين الإقطاعية بفعل مجموعة من العوامل، وفي القرن السادس عشر وعلى أساس تحليل المدرسة الإيطالية أخرج الفقهاء الفرنسيون والهولنديون نظرياتهم الخاصة.

أ- المدرسة الإيطالية

تميّزت المدن الإيطالية في القرون الوسطى بالاستقلال القانوني الكامل نتيجة مجموعة من العوامل[159]، ولكنها تحتفظ بعلاقات تجارية وثيقة بين أفرادها، ممّا اقتضى إيجاد الحلول الملامة للمنازعات التي تنشأ عنها، فقد حاول شرّاح القانون الرّوماني رد ما يقترحون من حلول للتنازع إلى قواعد ونصوص القانون الرّوماني باعتباره القانـــــون العام، عالمي التطبيق.

ازدهرت حركة البحث العلمي بعد أن نشأ فقه جديد أخرج قواعد فقهية أكثر ملائمة ومواجهة لتزايد المعاملات بين مختلف المدن وقد تميزت تلك القواعد بالطّابع التحليلي العلمي، أي أنها قواعد تعالج مختلف حالات التنازع دون محاولة ربطها بعضها ببعض، فتميز هذا الفقه الجديد بأنه فقه جزئيات، وكان عندما تعرض على القاضي مشكلة القانون الواجب التطبيق ودون أن يرجع إلى مبادئ قانونية معدة مسبقا، يبحث عن القانون الأفضل ليطبقه عليها وهو ما عرف بالطريقة التحليلية، حيث أنها الطريقة التي تضع الأنظمة القانونية المتنازعة على درجة واحدة من التكافؤ وتقوم بتحليل كل نظام لمعرفة ما إذا كان يتضمن قوانين إقليمية تطبق على الإقليم أم شخصية تتبع الشخص

[159] - تضافرت في تلك الحقبة ثلاثة عوامل ساعدت على ظهور نظرية الأحوال الإيطالية، يتمثل الأول في العامل السياسي وهو استقلال مدن إيطاليا على شكل جمهوريات، ويتمثل الثاني في العامل الاقتصادي وهو قيام نهضة اقتصادية أدت إلى ازدياد التعامل بين المدن، والأخير عامل قانوني حيث أصبح لكل مدينة قانونها الخاص.

أينما وجد[160]. والملاحظ أن هذه المدرسة طبقت مبدأ المساواة بين قانون القاضي وقوانين الأنظمة الأخرى[161]

رسم هذا الفقه خصائص لنفسه تتمثل في أنه فقه تحليلي عالمي وأنه فقه متخير أي لا يتقيد سلفا بمبدأ معين بل يختار الحل المناسب لكل حالة بذاتها.

ب- المدرسة الفرنسية

تأثر الفقه الفرنسي بمدرسه فقه الأحوال الإيطالية ذات الطابع التّحليلي حين انصبت اهتماماته بالقانون الروماني، في وقت أخذ فيه النّظام الإقطاعي يضعف ويتوطد النّظام الملكي في فرنسا، غير أن اندماج الإقطاعيات دخل المملكة لم يحل دون تعدد الأعراف والأحوال الخاصة بكل إقليم.

يعتبر الفقيه D'ARGENTRE أحد مؤسّسي المدرسة الفرنسية، واعتبر أنّ الأصل هو تطبيق القانون الإقليمي، بحيث يجب على القاضي أن يطبق قانون الوطني مهما كان موضوع النّزاع أو أطرافه، اعتبر هذا الفقيه الرائد لهذه المرحلة ونسب إليه التّقسيم العلمي للأحوال "الأعراف أو القوانين" إلى عينية وشخصية ومختلطة، رغم ما توصل إليه الفقيه DUMOULIN من قبله من التلميح لهذا التقسيم[162].

اعتبر الأحوال العينية هي الأساس، لأنّ موضوعها تنظيم الأشياء والأموال، والقاعدة العامة أنّها إقليمية التطبيق،أما الأحوال أو القوانين الشّخصية فهي التي تخضع لها جميع العلاقات التي موضوعها الأشخاص، وهذه القوانين يتعدى أثرها خارج الإقليم الذي شرّعت فيه حيث تتبع الأشخاص في أي مكان يتواجدون فيه، لأنّ العدالة تقضي بذلك أمّا

---

[160] - **المصري محمد وليد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 36.

[161] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ص197- 198.

[162] - برأي الكثير من الفقهاء فإن هذه النظرية تقوم على جهود فقهين بارزين هما DUMOULIN و D'ARGENTRE، ولأن DUMOULIN اعتنق كثيرا من الحلول التي توصلت إليها المدرسة الإيطالية القديمة، اعتبره فريق من الشرّاح منتسبا إليها رغم أنه حسب آخرون يعتبر الممثل الأوّل للمدرسة الفرنسية وأوّل من قال بتقسيم الأموال إلى عينية وشخصية.
-**MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, op, cit, P. 47.

القوانين المختلطة فهي التي تحكم العلاقات القانونية التي موضوعها الأشخاص والعقـــــارات في وقت واحد كما في الـــــوصية، ومشارطات الزواج وما تعلق بأهلية التصرف في العقار وهذه القوانين اعتبرها D'ARGENTRE إقليمية كالقوانين العينية لأنها تطبق داخل الإقليم الذي شرعت فيه فقط[163].

لم تلق نظرية D'ARGENTRE نجاحا في فرنسا غداة ظهورها في القرن السادس عشر لأنّ النّظام الإقطاعي كان قد أدرك الانهيار قبل ظهوره، وعلى العكس لقيت النّجاح في هولندا وخضعت لتطورهام.

ج-المدرسة الهولندية

تقوم هذه النّظرية هي الأخرى على مبدأ إقليمية القوانين، وتقسم القوانين إلى شخصية وعينية، ويرى أنصارها من بينهم الفقيه Huber أنّ تطبيق القوانين الأجنبية يعتبر استثناء، فيتسع نطاق تطبيق قانون القاضي ويضيق نطاق تطبيق القانون الأجنبي[164]، بل أنّ الفقهاء في هولندا كانوا يرفضون تطبيق القانون الأجنبي كلّما كان في تطبيق قانون القاضي محققا للصالح الوطني، وهو ما يشكل بذور الـــــدفع بالنّظام العام، وقد وضع الفقه الهولندي فكرة جديدة في فقه تنازع القوانين، واعتبر أوّل من جعل فكرة المجاملة الدّولية السّند القانوني لامتداد القوانين، ويعني أنّ المشرع لا القاضي ليس عليه التزام قانوني بتقرير انطباق قانون أجنبي[165]، وإنّما هو يفعل ذلك في سياسته التّشريعية متأثرا باعتبارات المجاملة الدّولية، أما القاضي فعليه التزام بتطبيق قاعدة الإسناد التي يقررها المشرع، ولكن لا يجب أن يفهم من هذا أن الأمر يتوقف على مطلق حرية دولة القاضي في تطبيق القانون الأجنبي من عدمه، وإنما مصلحة التجارة بين الشعوب، واحترام الحقوق المكتسبة تقف وراء ذلك ن ورغم هذا فقد وجه انتقاد لفكرة المجاملة الدولية باعتبارها

[163] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ص 206-212.

[164]- **MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, op, cit, p.50.

[165] - **البستاني سعيد يوسف**، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 77.

تتضمن هدم البناء القانوني كله في شأن تنازع القوانين، باعتبار البناء قام على مجرد المجاملة لا الالتزام.

2- المدارس الفقهية الحديثة

تعتبر هذه المدارس امتداد وتطوير للمدارس القديمة، وقد ظهرت في صورة جديدة منذ بداية القرن التاسع عشر، ويعتبر ظهورها بداية لنهاية نظم المدن والاتجاه نحو مولد الدّول بالمفهوم المتعارف عليه في القانون الدّولي الوضعي، وتعتبر هذه الفترة بداية لظهور التقنينات، وفقه عالمي جديد يحاول صياغة حلول لمشكلات تنازع القوانين بين اعتبارات العدالة وحاجات التجارة ، ورغم أهمية المذاهب الفقهية في هذه الحقبة إلاّ أنّنا سنتوقف عند التي كان لها تأثير في الاتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعية السائدة.

أ- مدرسة "مانشيني" والفكر الاجتماعي السّياسي

اعتبر الفقيه الإيطالي MANCINI أنّ الجنسية هي أساس القانون الدّولي العام ومن ناحية أخرى هي أساس القانون الدّولي الخاص، وبالذّات نظرية تنازع القوانين وبهذا اعتبر القانون ظاهرة اجتماعية لا تناسب أحكامه إلاّ أفراد الدّولة التي وضع لها، ويترتب على ذلك وجوب تطبيقه على هؤلاء سواء على إقليم دولتهم أو خارجه[166].

يتضح أنّ هذه النّظرية، تقوم على أساس الأخذ بشخصية القوانين، فالقانون الواجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص، لذا تعتبر شخصية القوانين هي الأصل ولا يؤخذ بقانون غير القانون الشخصي إلاّ في حالات استثنائية [167]، وهذا عكس فقه SAVIGNY وأسلافه مؤسّسي نظرية الأحوال

[166]- MAYER Pierre, HEUZE Vincent, *Droit international privé*, op, cit, pp. 54-55.

[167]- تتلخص ثلاثة استثناءات وهي :

- فكرة النظام العام الدولي، فالدولة التي تقبل بتطبيق قوانين دولة أخرى يكون ذلك القبول بقدر احترام تلك القوانين للمؤسسات الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع الإقليمي لتلك الدولة.

- فكرة المكان يسود العمل وذلك لاعتبارات عملية ولتسهيل التعامل.

الإيطالية[168]،التي كانت تقوم على التحليل، وعليه فهو سلك الطريق المضاد كذلك لفقه D'ARGENTRE، فإذا كان SAVIGNY قد اهتم بالرابطة القانونية ذاتها،فإن الفقيه MANCINI قد اهتم بأطرافها وجنسيتهم[169]، فتبنى الجنسية بدلا من الموطن لأول مرة في التاريخ المعاصر لنظرية تنازع القوانين، متأثرا بقانون نابليون الذي أخضع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم وعلى كل فإنه لا يمكن إنكار دور MANCINI في إرساء دعائم نظرية تأثر بها العديد من القوانين في العالم، ولكن رغم ذلك لم تسلم من النقد حيث لا يمكن اعتبار مبدأ شخصية القوانين من صالح الدول المهاجر إليها حين تجد قوانين أجنبية تزاحم قوانينها الوطنية

ب- مدرسة "سافيني" والفكر التحليلي الموضوعي

يعتبر SAVIGNY أوّل من استعمل تعبير تنازع القوانين من حيث المكان في كتابه المعنون "نظام القانون الروماني الحالي" عام 1849[170]، وقد تحرّر SAVIGNY من مبدأ

- مبدأ الإرادة الذي يسود مؤسسة العقد. أنظر: **منصـــــــــور سامي بديع والعجوز أســـامة**، القانون الدولي الخـــاص، منشورات زين الحقوقية، د م ن ،2009، ص ص58 - 59.

[168] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 232.

منصور سامي بديع والعجوز أسامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص58.

[169] - يرتكز فكر مانشيني على ثلاثة أسس رئيسية : الجنسية ، السيادة والحرية ، وعن كل أساس تتفرع عدّة قواعد تنازع

- **الجنسية**: وتعني الأخذ في مجال تنازع القوانين بمبدأ شخصية القوانين ، وبهذه المثابة فالقوانين تصاحب لشخص حتى خارج وطنه، لأنها وضعت أصلا للأشخاص وليس للإقليم ، ومن هذا الأساس صيغت قاعدة تنازع خضوع حالة الشخص وأهليته لقانون جنسيته.

- **الحرية**: أي الاعتراف للأشخاص بحق اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم المالية ذات العنصر الأجنبي ، وهي حرية لا يحرم منها حتى ولو تخطى حدود دولته، بل هي مصاحبة له وإذا اختار قانون أجنبيا فذلك بمقتضى تصريح من قانونه الشخـــصي، ومن هذا الأساس يمكن الخروج بقاعدة تنازع خضوع التصرفات الإرادية للقانون الذي يختاره الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية .

- **السيادة**: أي التوفيق بين السيادة الشخصية للقوانين الأجنبية والسيادة الإقليمية للقانون الوطني الذي يجب تطبيقه كلّما تعلق الأمر بالصالح العام للدولة وكيانها الاقتصادي والاجتماعي ومن هنا صيغت قاعدة خضوع الأموال ونظم الملكية لقانون موقع المال، والمسؤولية عن الفعل الضار لقانون بلد ارتكابه ... الخ، ويمكن أن يلحق بتلك القواعد، القاعدة التي صارت عرفا دوليا، ويمليها التيسير على الأفراد وحمايتهم وهي خضوع الشكل الخارجي للتصرفات للقانون المحلي.

- راجع: **عبد الكريم سلامة أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص231 وما بعدها.

[170]- **MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, op, cit, p.52.

إقليمية القوانين ولم يركز على تحليل الأنظمة القانونية، بل ركّز اهتمامه لدراسة العلاقة الحقوقية بحد ذاتها بهدف تحديد القانون الأنسب لحكمها.

لم يعتنق SAVIGNY التفرقة بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية وهو ما يميزه عن سابقيه، فعنده يجب البحث عن أكثر الحلول واقعية وملائمة مع طبيعة الرّابطة القانونية، وليس البحث هل للدّولة مصلحة في أن يطبق قانونها على إقليمها أو على مواطنيها خارجها، وبالتّالي فإنّ حلّ تنازع القوانين ينبغي أن يتم على نحو يؤدّي إلى التنسيق الدّولي للحلول، وهو ما يقتضي أن يكون ضابط الإسناد واحدا لدى كل الدّول التي يضمها الاشتراك القانوني[171].

حسب SAVIGNY حتّى تحلّ قضايا التصادم يجب أن يحدد لكل رابطة قانونية نطاق القانون الأكثر اتفاقا مع الطبيعة الذاتية والجوهرية لتلك الرابطة[172]، وهذا ما لا يعطي الأولوية العمياء لقانون القاضي، وإعمال فكر SAVIGNY قد يقود إلى تصور حل تنازع القوانين بالنسبة للأشخاص والأموال والالتزامات.

يكون بهذا، SAVIGNY قد ساهم في إبراز فكرة التكييف التي تقوم على وضع العلاقة المطروحة ضمن طائفة قانونية محددة بهدف إيجاد القانون الواجب التطبيق عليها، فتخضع حالة الشخص وأهليته لقانون الموطن، بينما أخضع العلاقات الحقوقية التي تقوم على الأموال العقارية منها والمنقولة إلى قانون موقعها، أمّا الالتزامات التعاقدية فتخضع لقانون محدد بحسب طبيعة المسألة المتعلقة بها.

---

[171]- **MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, op, cit, p.54.

- راجع كذلك: **اسعاد موحند**، القانون الدولي الخاص (الجزء الأول / قواعد التنازع)، ترجمة د/ فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص ص73-72.

[172]- فكرة تركيز العلاقات القانونية التي قال بها Savigny مستند في بحثه على الخضوع التلقائي الإرادي لكي يبرز تطبيق قانون مركز العلاقة نجدها في التوجهات الحديثة لنظرية تنازع القوانين، فيتحدث جيرك عن مركز الثقل في العـــــــــلاقة، وباتيفول عن توطين موضوعي للعلاقة لتحقيق مختلف المصالح منها استقرار النظام العام الدولي والمصلحة الخاصة لأطراف العلاقة، مستندا في تحديده إلى معيار موضوعي يكمن في ربط العلاقة بموضوعها المادي. **عبد الكريم سلامة أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 221وما بعدها.

اعتمادا على أفكار SAVIGNY فإنّه يتعيّن على القاضي أن يطبق القانون المحلي للرابطة القانونية محلّ النّزاع دون أن يفرّق بين ما إذا كان القانون هو قانون بلده أو قانون بلد أجنبي، وهنا يبدو أن تطبيق القانون الأجنبي لا يعد مجاملة دولية وإنما هو يفضل قانون القاضي في تقديم الحل الأكثر توافقا وطبيعة الرابطة محل النزاع، وبذلك عدّ فقه SAVIGNY فقها عالميا متحررا وشاملا،لأنه وضع نظاما كاملا متجانسا لا يرتبط بمبدأ الإقليمية ولا مبدأ شخصية القوانين، وتناول لأول مرة جميع قواعد الإسناد[173].

ج- الفقه الفرنسي تنازع السيادات

تمّ تأسيس مدرسة الفقه الفرنسي في نهاية القرن التاسع عشر على يد الفقيه PILLET الذي رفض أن يجعل من شخصية أو إقليمية القوانين قاعدة لحل تنازع القوانين، وإنّما حل هذا التنازع ورسم النطاق المكاني لتطبيق القوانين يكون بالكشف عن الغرض الاجتماعي الذي يهدف إليه القانون وهو حماية الفرد والمجتمع، ويتم تحقيق هدف القانون بتغليب إحدى صفتيه الديمومة والعمومية، فتقضي ديمومة القانون أن يتم تطبيقه أوّل ما ينشر إلى حين إلغائه، وتفترض صفة العمومية للقانون بتطبيقه على كافة الأشخاص الخاضعين لسلطة الدولة والموجودين على إقليمها[174].

لكن لا يمكن أن تحتفظ القوانين من النّاحية الدّولية بهاتين الصفتين، لذا يدعو PILLET إلى التمسك بالغاية من القانون وذلك عن طريق استبعاد أقل القوانين مصلحة في حكم العلاقة محل النّزاع، وكما يقول الفقيه أقل القوانين تضحية، فإذا كانت غاية القانون حماية مصلحة الجماعة والنّظام العام، فيجب أن يضحى بوصف الدوام فيه لصالح العمومية كما في القوانين التي تنظم الملكية، المسؤولية، أمّا إذا كانت الغاية هي حماية المصلحة الفردية فيجب أن يضحى بوصف العمومية.

[173]- **المصري محمد وليد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص39.

[174]- **MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, op,cit, p. 55

يدرك المتأمل في الإطار العام لفقه PILLET، أنّه يرتكز على اعتبار تنازع القوانين بمثابة تنازع سيادات الدول التي على صلة بالعلاقة محل النزاع[175]، وحل هذا التنازع يكون بتحديد مدى السيادة التشريعية لدولة تجاه السيادة التشريعية للدول الأخرى بشأن تلك العلاقة، ويقول PILLET أنّه يجب مراعاة قواعد القانون الدّولي العام عند الفصل في هذا التنازع لأنها هي التي تقر السيادة وترسم حدودها، فضلا عن أن القانون الدولي الخاص هو غصن ينبثق من جذع القانون الدولي العام[176].

لم تسلم هذه النّظرية بالرغم من النجاح الذي حققته من النقد، وأهم نقد وجه إليها هو صعوبة معرفة الغرض الاجتماعي من القانون، فأكثر القوانين تهدف إلى منفعة الفرد والمجتمع في وقت واحد ومن ثمة يصعب التمييز بينهما[177].

من البداهة، أن نشير إلى أنّ كل حقبة من الزمن صاحبها تيارات فقهية مختلفة أحدثت هزات كبيرة وصل صداها إلى أعماق الفكر القانوني، فمن النّزعة الإقليمية الوطنية للقوانين، إلى النّزعة الشخصية العالمية إلى فكرة المجاملة الدّولية، إلى سواها من النزعات أغنت بعمق دراسة تنازع القوانين وقدمت بذلك حلولا تختلف باختلاف نزعة الفقيه وكيفية تحليله للمسألة المعروضة عليه.

أخيرا نقول، أنّ لنشأة الجمهوريات الإيطالية وازدهار التّجارة فيها وكذا اطراد التعامل فيما بينها وبين الشعوب الأخرى أكبر الأثر في وضع أسس القانون التجاري الدّولي

---

[175]- PILLET rattache étroitement le droit international privé au droit international public.
« Si notre science, écrit-il, a pour objet les rapports de droit privé, elle emprunte ses lois aux relations existant entre souverainetés, c'est-à- dire au droit public international… » -
[175]- MAYER Pierre & HEUZE Vincent, *Droit international privé*, op, cit, p.55.
- **أيضا: اسعاد موحند**، القانون الدولي الخاص، مرجع السابق، ص 77.

[176]-« Le droit international privé est en somme un rameau issu du tronc du droit international public »
- MAYER Pierre, HEUZE Vincent, *Droit international privé*, op, cit, p.55.
-**عبد الكريم سلامة أحمد**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص241.

[177]- **Horati MUIR WATT**, « Droit public et droit privé des rapports internationaux (vers le publicisation des conflit de lois) », op.cit, p. 211.
- http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/169.pdf

بالمفهوم المعاصر حيث اعتبرت هذه الحقبة من الزّمن المولد الحقيقي لقواعد قانون التجارة الدّولية، إذ نشأ في الأسواق العالمية قواعد وأعراف استقرت ورسخت مع مرور الزّمن حتّى صارت أصولا يحترمها التجار ويبرمون عقودهم في كنفها [178]، وقد أطلق على مجموع هذه القواعد (Lex mercatoria)، وهي أوّل مجموعة للقواعد الموضوعية والتي تسري على التجارة الدّولية.

ثانيا- القواعد الموضوعية في العصور الإسلامية

اعتبر هذا العصر ذهبيا بالنّسبة للمسلمين، حيث كان الطابع الحضاري للقانون الإسلامي نيّرا يقدم للشعوب عصارة هذا الفكر في النّظام والتنظيم، فظهر الإسلام في الشرق وظهر النظام الإقطاعي في أوروبا، وقد نظمت العلاقات ذات العنصر الأجنبي في الشريعة الإسلامية بطريقة مغايرة لما كان سائدا في أوروبا في عصر الإقطاع، فبموجب أحكام الشريعة الإسلامية كان العالم مقسما إلى دارين دار الإسلام ودار الحرب[179] ، فالأولى يقصد بها البلاد التي تخضع لحكم الدولة الإسلامية، أمّا دار الحرب فيقصد بها البلاد التي لا تسودها الشريعة الإسلامية .

لم تكن تسمح العلاقة بين هاتين الدارين بقيام علاقات أسرية أو تجاري، ممّا سبب غياب ظاهرة التنازع بين القوانين بمفهومها الدولي الراهن بين القانون الإسلامي من جهة وقوانين الدول المؤلفة لدار الحرب من جهة أخرى، وإن كانت دار الحرب تشكل بنظر الدولة الإسلامية كيانا سياسيا معترفا به وبقوانينه الخاصة[180]، وهذا باعتبار الشريعة الإسلامية ذات نزعة عالمية لا تعرف حدودا سياسية أو طبيعية أو بشرية أمام تطبيقها فكان تطبقها تطبيقا إقليميا على مختلف الأقاليم التي تخضع لسلطان المسلمين، ممّا يعني

[178]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الـطابع الدولي، مرجـــع سابق، ص22.

[179]- **صلاح الدين جمال الدين**، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 131.

[180]- **المصري محمد وليد**، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 34.

قيام نظام إقليمية القوانين في دار الإسلام على اعتبار الشريعة الإسلامية لم تكن تقيم تمييزا على الأساس الشّخصي.

وفرت العلاقات بين المسلمين وغير المسلمين أتباع دار الإسلام مناخا لقيام تنازع داخلي بين الشرائع الشخصية المطبقة في دار الإسلام، وبذلك عرفت الشريعة الإسلامية نظام شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين في دار الإسلام كاستثناء على مبدأ إقليمية القوانين الذي كان سائدا فيها ، ومثال ذلك إخضاع المعاملات المالية للذميين ومن في وضعهم لفقه المعاملات الإسلامية،باعتباره فقها وقانونا إقليميا يسري على الجميع لعدم لارتباطه بالعقيدة، أمّا ما يرتبط بعقيدة الذمي فيترك لشرعه [181].

لا يعرف الفقه الإسلامي قواعد الإسناد في حقيقة الأمر أسلوبا لفض التنازع بين القوانين وخاصة بينه وبين القوانين الوضعية والشرائع الأخرى، وذلك لأنه يعتمد على دين سماوي لا يتساوى بالتّشريعات الأخرى، ومتى انعدم التكافؤ بين التّشريعات انعدم معها التنازع على صورة قواعد إسناد أو إحالة وغيرها، وليس معنى هذا أنّ العلاقات ذات العنصر الأجنبي لم تكن منظمة، وإنما كان ذلك بموجب قواعد موضوعية مباشرة ترد في كتب الفقه الإسلامي تحت عناوين معبرة كالأحكام الخاصة بغير المسلمين.

يمكن إذن، تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدّولي التي طرفها مسلم في صلب الاتفاقيات الاقتصادية بحيث لا يتعارض القانون الإسلامي مع غيره من القوانين، فتسري أحكامه على المسلم حيثما كان،ونفس الحكم بالنسبة للأجنبي، ففي مسائل الأحوال الشخصية لم تكن الشريعة الإسلامية إقليمية في مواجهتهم، ومن القواعد ذات التطبيق

[181] - حيث فرقت الشريعة الإسلامية ما بين الذمي والمستأمن، فالأول يعيش على أراضي المسلمين بصفة دائمة ومستقرة وله ما للمسلمين وعليه بعض الذي عليهم ولا يعد أجنبياً، والآخر فهو الذي جاء من دار الحرب ودخل إلى دار الإسلام بمقتضى عقد الأمان ليقيم فيها فترة معينة قابلة لتجديد، حيث اعترفت له الشريعة الإسلامية بكامل حقوقه، والأصل في المنازعات التي تقع بين الذميين والمستأمنين من جهة والمسلمين من جهة أخرى أن تطبق الشريعة الإسلامية، أما إذا تعلق الأمر بالنزاع الذي يقع بين الذميين فيما بينهم أو مع المستأمنين فقد تطبق شرائعهم مالم تتعارض مع الشريعة الإسلامية. راجع: عمروشي عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص 22.

العالمي التي كانت معروفة في الشريعة الإسلامية نجد العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، حرية الإثبات وغيرها من القواعد[182].

يمكننا القول، أنّ الشّريعة الإسلامية قد سبقت كل المحاولات الصادقة والواقعية والعالمية القديم منها والمعاصر الوطنية والدولية ويشهد بذلك الدكتور" أحمد عبد الكريم سلامة" بقوله : "وهنا نقرر أنّ منهج القواعد الموضوعية الذي عرفته الشريعة الإسلامية منذ زمن طويل في تنظيم العلاقات بين المسلمين وغيرهم من الأجانب هو المنهج الذي يرى فيه فقهاء القانون الدّولي الخاص التّنظيم المستقبلي المنشود لعلاقات الأفراد عبر الحدود، والذي أضحى ينافس بدرجة كبيرة الوسيلة التقليدية لحل التنازع الدّولي بين القوانين لقيامه على قواعد أكثر اتفاقا مع الطبيعة القانونية للتجارة الدّولية"[183].

ثالثا- مرحلة ذيوع التقنينات الوطنية

بدأت ملامح هذه المرحلة تنمو مع نهاية القرن السادس عشر وبداية القرن السابع عشر وهي المرحلة التي ضعف فيها دورالتّجار وفقدان إيطاليا سيادتها التّجارية[184]، وانتقال النّشاط التّجاري إلى دول أخرى كفرنسا وهولندا وانجلترا، وتميّزت هذه الحقبة بظهور شركات رأسمالية كبرى كشركة الهند الشرقية وشركة إقليم هدسون إثر اكتشاف أمريكا ورأس الرجاء الصالح .

تميّزت هذه المرحلة بانقسام القانون التجاري على نفسه، فقنّنت قواعده، وتشتّت نتيجة للنزاعات الإقليمية لدى الدّول التي تقوم على الرّغبة في الوحدة التشريعية، وهو الأمر الذي جعل القواعد العرفية تندحر، وبدأت العادات التجارية تتراجع نتيجة تدوينها

[182] - وفيما يتعلق باعتماد الوساطة والتحكيم لتسوية المنازعات الدولية، فقد أقرّتها الشريعة الإسلامية كطرق سلمية أخرى لتسوية المنازعات ساء كانت في مجال القانونين العام والخاص .

[183] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، مبادئ القانون الدولي الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 154.

[184] - **الطراونة مصلح أحمد**، قانون التجارة الدولي (دراسة نظرية تحليلية لقانون التجار الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص)، دار رند للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 32.

وإصدار قوانين خاصة في عدّة دول أوروبا[185]، التي عملت على التوطين الإقليمي للقواعد التي تحكم المعاملات التجارية، فضعف القانون التجاري أمام الحواجز الإقليمية للدول الذي استتبع إدخاله في القوانين الوطنية.

كانت انجلترا المبادرة في هذا الشّأن، كما كان لعرفها ولنفوذها الممتد جغرافيا دور في إرساء قواعد التجارة العالمية واستقلال قواعدها وتطورها، حيث شاركت انجلترا بشكل فعّال في الحركة التجارية العالمية، والملاحظ أنّ القانون التجاري قد تطور بصورة تدريجية في انجلترا بسبب الصفقات بين الشعوب، إلى حد ما فإنّها قد شكلت الصيغة البدائية للقانون الدّولي الخاص،ويعتبر الملك جون عام 1215 أوّل من أبرز ووضع أسس حرية التجارة والقواعد التنظيمية والقضائية، وكان التجار منذ ذلك الحين يتعاملون ضمن إطار قانوني تجاري عرفي موحد خاص بهم أطلق عليه مصطلح Law Merchant وهو التعبير الإنجليزي المرادف لمفهوم Lex Mercatoria ، وقد أثبت التّاريخ أنّ مصدر هذه القواعد هو العادة الدّولية وفي وقت من الأوقات كانت هذه القواعد تكاد تكون متشابهة في جميع دول العالم المتمدن، فلماذا لا يتحقق هذا اليوم؟

يعود اندماج القانون التجاري Lex Mercatoria في القوانين الدّاخلية في القارة الأوروبية إلى أهداف سياسيـــة، غير أنّه في انجلترا كان لأسباب مختلفة منها تلبية رغبة رجـــال التّجارة الإنجليز، رغبة منهم في إيجاد إطار قانوني معلن وواضح لمعاملاتهم.

أمّا فرنسا فقد قامت في النصف الثّـــاني من القرن السابع عشر بإصدار مرســـومين ملكيين، أوّلهما يتعلق بالتجارة البرية سنة 1673، وثانيهما يتعلق بالتجارة البحرية عام 1681 ثم عقبهما التقنين التجـــاري الذي صدر في 1807 عقب الثـــورة

[185] - فقد انتهى استقلال القانون التجاري (LexMercatoria) في فرنسا عن القانون الفرنسي في أواخر القرن السابع عشر وذلك بصدور الأمرين الملكيين المتعلقين بالتجارة البرية عام 1673، والتجارة البحرية عام 1681، حيث استمدت أحكام هذين الأمرين من القواعد التي دونتها طوائف التجار، وفي ألمانيا انتهى القانون التجاري بصدور القانون البروسي عام 1794، أما في ايطاليا فانتهى مع ما شهدته من نهضة في الحركة التشريعية في عام 1865. أنظر: **الدسوقي بهاء هلال**، قانون التجارة الدولي الجديد، مرجع سابق، ص 16.

الفرنسيـــــة التي دعت إلى تحرير التجارة والـصناعة [186]، وبظهور التقنينات في مختلف الدّول صاحب ذلك اختلاف في القوانين ممّا جعل ضرورة العودة مرة أخرى إلى نظرية تنازع القوانين في القانون الدّولي الخاص الأمر الذي أدى إلى تداخل قانون التجارة الدّولي مع القانون الدّولي الخاص، كذلك فقدانه لبعده العالمي المتحرر.

المتأمّل في مادة القانون الدّولي الخاص يدرك أنّه لم ينشأ كامل التقنين والنّطاق ولا حتى محدّد الملامح، بل كان من الصّعب أن يضبط بنص تشريعي، وهو ما جعل الفقه يسطّر المشكلات المثارة في كنفه، ويقدم تصورات للحلول التي يراها مناسبة، ومنه بدأت الدعوات المتواصلة للفقه القانوني لوضع تقنين مرن لهذا الفرع، يحدّد الحلول ويقضي على حالة الفوضى الدّولية تمهيدا لتحقيق ميزة التوحيد ويؤمّن التوازن بين مختلف الأنظمة الوطنية، ويوفر الانسجام والتعايش بينها، فيكون بذلك تقنينا لا يتمرد على الحداثة فيصغي للمشرع والقاضي في آن واحد، وتكون فيه سلطة الفقه القانوني مصدرا له.

بهذا، كان هدف التقنين في هذه المرحلة هو صدور تشريع من قبل هيئة صاحبة اختصاص في كل بلد يجمع كل ما يتصل بمادة القانون الدّولي الخاص من أحكام مهما كان مصدرها، العرف أو التشريع أو القضاء [187]، فأخذت بهذه التجربة أغلبية الدول وسلكت لذلك مسارات مختلفة، بين التقليدي والمستحدث، فيتحقق الأوّل بتضمين الدّول قوانينها المدنية بعض القواعد الدولية الخاصة التي تكون كفيلة بحل منازعات يتدخل فيها عنصر

---

[186] - **الطراونة مصلح أحمد**، قانون التجارة الدولي، مرجع سابق، ص 33.

[187] - يعتبر تقنين القانون الدّولي الخاص موضوع تجاذب بين مختلف النّظم القانونية، لأنّه حتى ولو تمّ التسليم من البعض بضرورة تقنينه فماذا نقنّن؟ القانون الدولي الخاص بمنهجيته التقليدية المعقدة؟ أم القانون الخاص الدّولي بمنهجيته الاستقلالية المستجدة التي هي موضوع دراستنا؟ أم كلاهما معا ممّا يؤدّي إلى التعايش، وهذه الوجهة الثالثة هي التي يروج لها بعض الفقه الدّولي ويدعمها وفي طليعتهم الفقيه الفرنسي Jean- Michel Jacquet الذي يدعو إلى ما أسماه «قواعد التنازع الموجهة Règles de conflits Orientées" القائمة في تركيبتها على مزيج من قاعدة التنازع والقواعد الموضوعية، وبذلك تنشأ قاعدة تنازع مرتدية ثوب جديد يكرس التكامل بين المنهجين.

-عن: **المغربي محمد محمود**، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 16.

أجنبي[188]، ويتحقق الثّاني عندما تعمد الدّول إلى إصدار تشريع جامع ومانع مستقل تعالج من خلاله كل ما يتصل بالقانون الدّولي الخاص من منازعات[189].

الفرع الثّالث

القواعد الموضوعية في العصر الحديث

اختلف الفقهاء حول التّاريخ الذي بدأت فيه عودة ميلاد ظاهرة القواعد الموضوعية أو القواعد عبر الدّولية في العصر الحديث أو ما يسمى New LexMercatoria، سواء تعلق الأمر **بالميلاد الواقعي** للظاهرة أي مدى الالتزام بها في إطار العلاقات الاقتصادية الدّولية، أو من حيث **الميلاد الفقهي** بتحديد أوّل دراسة بدأت ترصد بداية عودة الميلاد الواقعي لهذه الظّاهرة[190].

---

[188]- أبرز مثال على هذا التوجه نجده في مسلك التقنينات التشريعية الأولى، منذ منتصف القرن الثامن عشر لاسيما في التقنين المدني البافاري سنة 1756 والقانون المدني البروسي لعام 1794، والقانون النمساوي 1811، وفي القرن التاسع عشر سارت بعض الدول بنفس التوجه مثال القانون الإيطالي سنة 1865 والقانون المدني الألماني سنة 1896، ومن أهم تقنينات القرن العشرين التي بقيت وفيّة لهذا المسلك نجد القانون المصري لعام 1948 و الذي تأثرت به أغلبية الدول العربية ، القانون السوري ، الأردني الجزائري... الخ ، راجع في هذا الشأن:

- **JAYME Erik**, Considération historique et actuelle sur la codification du droit international privé, RCADI, Vol 177, Année 1982, p. 209.

[189]- ومثال ذلك القانون الإسباني لعام 1979 والقانون التركي لعام 1982.

- **المغربي محمد محمود**، في إشكالية تقنين القانون الدّولي الخاص، مرجع سابق، ص 72.

[190]- **يعتبر عام 1928 حسب الفقه تاريخ عودة ميلاد القواعد عبر الدولية في العصر الحديث** في أوّل دراسة فقهية متعمقة ومتخصصة في رسالة بعنوان " القانون الطائفي الدولي لبيع الحرير"

"Le droit corporatif international de la vente de soies

لصاحبها MasaichiroIshizaki، تحت اشراف الفقيه الفرنسي، Edouard Lambert وهو الفقيه الذي يرى البعض أنّه أوّل من حاول بعث تعبير lex mercatoria من مرقده وأنّه أوّل من حاول تحديد معالم وملامح قانون التجارة الدّولي الحديث، بينما يرى آخرون أن تاريخ 1964 هو بداية الميلاد الحقيقي للنظرية في المقال الذي شارك به الفقيه الفرنسي Berthold Goldman في ملتقى حول فلسفة القانون، بعنوان:

" MERCATORIA FRONTEIRE DE DROIT ET LEX".

راجع: **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص ص، 154 153. كذلك

-**KHAN PHILIPPE,** « La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses », *McGILL-LAW- JOURNAL*, Vol 37, 1992, pp. 414- 416.Voir le site : http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/2194470-03.pdf

يقول الأستاذ "أبو زيد رضوان" في فكرة البعث الجديد لظاهرة Lex Mercatoria تظهر من أنّ الفقه رصد هذا القانون من جديد من خلال قرارات التحكيم التجاري الدّولي تحت مسميات عديدة، فبدأ العزوف عن قوانين الدّول وتزايد العمل بقواعد معيارية، قد تكون المبادئ العامة في القانون أو قانون علوي أو قانون جديد للشعوب[191].

يكون تطبيق هذه القواعد أحيانا بناء على إرادة المتعاقدين ورغبتهم في تدويل عقدهم وتحريره من أحكام قانون داخلي معين، بل أنّ المحكمون قد يطبقون هذه المبادئ المشتركة من تلقاء أنفسهم بوصفها جزءا ممّا يسمى بالقانون التجاري الدّولي، وهنا بدأت استخدامات العقد الطليق[192]، وقرار التحكيم الطليق[193]، أو التحكيم الطليق الذي ينبذ الصلة بالقوانين الوطنية ويكون حسم النّزاع فيه وفقا لقواعد معيارية[194]، هذه القواعد التي تعلو القواعد الوطنية والتي سمّاها البعض "بالقانون الطبيعي الحديث"[195].

يرى البعض أنّ عودة هذا القانون بعد اندثاره يرتد إلى منتصف القرن الماضي حيث صدرت سنة 1877 القواعد الموحدة من جمعية لندن لتجارة الحبوب، وصارت بعد ذلك هذه القواعد الموحدة قانون العقود ذات الشكل النموذجي في تجارة الحبوب، في حين يرى آخرون أن بداية عودة هذه القواعد يعود إلى بداية القرن العشرين، بينما يفضل البعض ربط ذلك مع انتعاش التجارة بعد الحرب العالمية الثانية[196].

---

[191] - **أبو زيد رضوان**، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، د م ن،1981.

[192] - راجع في موضوع العقد الطليق:

- **SABOURIN Frédérique**, « Le contrat sans loi en droit international privé canadien »,19.2 *Revue québécoise de droit international*, 2006, pp. 35-64.voir aussi :
- GANNAGE Léna, "Le contrat sans loi en droit international privé", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, Décembre 2007, http://www.ejcl.org, pp 1-32.

[193] - **أبو زيد رضوان**، "قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي دراسة فكرة LexMercatoria"، **مجلة الأمن والقانون**، السنة الأولى، العدد الأول، يناير 1993، ص ص 664-665.

[194] - **الكردي جمال محمود**، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 17.

[195] -**أبو زيد رضوان**، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 53.

[196] - فيشير الفقيه:

ساعد على هذه العودة الحديثة إلى أعراف التجارة الدّولية عجز التقنينات الوطنية المعاصرة عن مواجهة التطور الخطير في مجال التعامل الدولي[197]، والرّغبة في توحيد القانون الذي تخضع له العقود في العلاقات الدّولية، بدلا من إسنادها إلى قوانين داخلية لدول معينة وفقا للمنهج التقليدي، خاصة مع ظهور مؤسسات غير حكومية عملاقة كغرفة التجارة الدّولية التي عملت على دعم واستمرارية وتطور قانون التجار عبر للحدود، من خلال وضع قواعد نموذجية كتلك المتعلقة بالبيوع البحرية والقواعد الموحدة للاعتماد المستندي[198].

بغض النّظر عن تاريخ عودة ظهور القواعد عبر الدّولية أو الموضوعية للتجارة الدّولية، فإنّ الدوافع التي أدّت إلى فرض تطبيقها على الساحة هما دافعين، الأوّل ايجابي وهو الرغبة في وضع تنظيم قانوني مستقل يتلاءم مع مقتضيات التجارة الدّولية، والثاني سلبي وهو الرّغبة في تحرير العقد أو عقود التجارة الدّولية من سلطان القوانين الوطنية، ومن مبررات العمل بهذا الدافع من وجهة نظر أصحاب نظرية Lex Mercatoria المبرر التقليدي وهو عدم ملائمة القوانين الوطنية، خاصة في حالة التفويض بالصلح أين يمكن للمحكم المفوض بالصلح أن يحسم النزاع مستندا إلى تقديره

=**KAHN Philippe** : « La découverte contemporaine de la *lex mercatoria* se situe à la fin des années cinquante. L'idée en est apparue en France dans une opinion Publié dans le journal *Le Monde* et rédigée par Berthold Goldman au lendemain de la nationalisation du canal de Suez'.Il S'interrogeait sur la nature de la compagnie universelle du canal de Suez, société nationale (ou bi-nationale) ou société multinationale soumise a un régime juridique non-national. » Voir : « La *lex mercatoria :* point de vue français après quarante ans de controverses », *McGILL Law Journal*, Vol .37, 1992, p. 414.

[197]- خاصة مع تطور وسائل النقل التي ساهم بصفة كبيرة في اتساع رقعة التبادل التجاري، فظهور خطوط السكك الحديدية، وإنشاء أساطيل التجارة البحرية والجوية قد ساهم إلى حد كبير في نقل كميات هامة من السلع والبضائع من دول لأخرى، أضف إلى ذلك نشوء الأحلاف الاقتصادية مثل السوق الأوروبية المشتركة، التكتل الاقتصادي الأمريكي، تكتل دول شرق آسيا، والتكتلات العربية مثل السوق العربية المشتركة، كلها أدت إلى انتعاش التجارة الدولية.

راجع: **الزوكة محمد خميس**، جغرافيا التجارة الدولية، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 205.

[198]- **فياض محمود**، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، عمان، 2012، ص 84.

ومفهومه عن العدالة دونما التقيّد بالقواعد القانونية الوطنية، فيعتبر التحكيم مع التفويض بالصلح مبرر هذا الاتجاه للتخلص من القواعد الآمرة في القوانين الداخلية، بالإضافة إلى مبرر آخر وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كمحور ارتكاز.

هكذا، أوجدت هذه المرحلة قواعد متحررة بصدد موضوع قانون التجارة الدولية الذي دخل ضمن مسائل القانون الدولي الخاص، واستقل رسميا عن غيره من فروع القانون الأخرى، وبشكل خاص عن قرينه أو أصله القانون التجاري التقليدي أو الدّاخلي.

المطلب الثّاني

المضمون المفاهيمي للقواعد الموضوعية في العقد الدّولي

تأسيسا على ما ذكر، يؤكّد الفقهاء على أنّ القانون الموضوعي للتجارة الدّولية، لا يختلط بالقانون الوضعي للدّول المختلفة، حيث له ذاتية مختلفة تبعده عن الفكرة التقليدية للقانون[199]، ولا شك أنّ معرفة ذاتية الشيء يكون بالكشف عن هويته وبيان معالمه ويكون هذا من خلال تحديد مفهوم القواعد الموضوعية الذي يختلف تبعا للاتجاه الفقهي الذي يتم تبنيه سواء كان هذا الاتجاه مستندا إلى مفهوم القانون بمعناه الضيق كما يراه الاتجاه الموضوعي، أو استنادا إلى مفهوم القانون بمعناه الواسع (**الفرع الأول**)، وبهدف الإحاطة بمضمون القواعد الموضوعية مقارنة بقواعد الإسناد كان لابد كذلك من البحث أهم الأجهزة التي تعمل على تحقيق عملية توحيد هذه القواعد، وبالتّالي تكريسها خاصة على الصعيد الدّولي (**الفرع الثاني**).

[199]-**عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص259.

الفرع الأوّل

مفهوم القواعد الموضوعية في العقد الدّولي

لا يمكن ضبط مفهوم القواعد الموضوعية ما لم نعد إلى أصل نشأة هذه القواعد عبر التّاريخ وهو ما تمّ تحليله سابقا، حيث يرى الباحثون في النّظم القانونية التّجارية لدى العديد من الدّول في الأزمنة المعاصرة أنّ مصدرها مستمد من المدنيات القديمة[200]، وضبط هذا المفهوم لا يتحقق ما لم يتم في إطار المناهج الموضوعية في القانون الدّولي الخاص، وما لم يتم تحديد مفهوم كلمة القانون بين موسع ومضيّق له والتي تشكّل أساس لفهم خصوصية ومدلول القواعد الموضوعية في ظلّ الإشكالية الاصطلاحية لهذه القواعد(**أوّلا**)، وسوف تتأكد لدينا ذاتية هذه القواعد من خلال ابراز أهمَّ خصائصها(**ثانيا**).

أوّلا-مدلول القواعد الموضوعية في العقد الدّولي

تداول الفقه مصطلحات وتعبيرات ذات مدلولات مختلفة في شأن القواعد الموضوعية أو القواعد المادية كما يسميها جانب آخر من الفقه[201]، ويبدو أنّ هذا الاختلاف ناتج عن اختلاف الاتجاهات الموضوعية في القانون الدّولي الخاص، وبهدف تعريف القواعد الموضوعية لابدّ أوّلا من استعراض هذه الاتجاهات.

1-الاتجاهات الموضوعية في القانون الدّولي الخاص

يذهب الفقيه الألماني Kegel إلى تقسيمها اتجاهين أساسيين نوجز فيما يلي الأسس التي يرتكز عليها كل اتجاه.

[200] - **كمال إبراهيم**، التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 32.

[201] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص308.

أ-الاتجاه الموضوعي التكميلي

ينادي هذا الاتجاه بتكوين قانون موضوعي جديد للحالات والقضايا التي لا يكون فيها تطبيق القانون الذي تقرره قواعد الإسناد تطبيقا مرضيا، وينقسم هذا الاتجاه إلى فئتين، يطلق على الفئة الأولى **بالفئة المتطرفة** ويتزعمها الفقيه الألماني Ernst Steindorff، وحسب هذا الفقيه فلا يلغى تنازع القوانين ولا يستبدل بقانون موضوعي متطوّر بصورة متحررة ومستقلة، وإنّما هو أراد تطوير حلول القانون الموضوعي عند الإسناد الخاص إلى القانون الموضوعي في الأنظمة القانونية المتزاحمة، وإدخال الحلول في نظام التنازع بالمعنى الواسع[202].

القاعدة الموضوعية التكميلية، هي قاعدة ملحقة بقاعدة التنازع، وبالتّالي يجب صياغتها حسب Steindorff في حالات قليلة، لأنّها تلتقي بمحاولة حلّ مشاكل تنازع القوانين على أساس الافتراض بأنّ على نظام التنازع أن يحتفظ بحلوله القانونية الموضوعية الخاصة لتطبق عند الضّرورة، وهذا يقود حسب نفس الفقيه إلى الاستنتاج بأنّه من النّاحية العملية سيتم إعداد واستنباط الحلول التكميلية للقانون الموضوعي في حالات قليلة.

رغم أنّ هذا الاتجاه يستلهم أراء الفقيه الهولندي جيتا (Jitta) مقررا أنّ أوضاع الواقع الدّولي هي التي تكون موضوع تطبيق القواعد التكميلية التي يتم صياغتها[203]، إلاّ أنّ Steindorff عجز عن تعريف الأوضاع الواقعية بدقة، وأعطى بعض الأمثلة عن الأوضاع الواقعية التي يسميها بالأوضاع الواقعية الدّولية البسيطة ومنها قانون الأجانب، التدفق الدّولي للبضائع، والتعاملات النقدية الدّولية كتفضيل الدفع الدّولي في فرنسا من خلال السماح بشرط الذهب، والقواعد الخاصة بالتحكيم الدّولي في فرنسا، ثم يستعيـــــر نفس

[202]- **Gerhard Kegel**, The Crisis Of Law, R.C.A. D.I, 1964 - II, p 237.
[203]- IBID, p 239.

الفقيــه أمثلة من النظرية العامة للتنازع حول التكييــف والنظام العام، ويقدم أمثلة عن بعض الأوضاع الواقعية الدّولية.

يؤخذ في العقود بقانون الإرادة، ولكن القوانين الأخرى التي تتضمن قواعد آمرة أو قواعد البوليس فيجب كــذلك أن تؤخذ بالحسبان، وفي الفعـــل الضار يؤخذ بالقانون الأكثر نفعا للمضرور، ولكن يجب الأخذ بعين الاعتبار قوانين الأماكن الأخرى، وفي التكييف يؤخذ بقانون القاضي ولكن قانون الموقع لا يجب إهماله، وعلى هذا الأساس فإن ما قدمه Steindorff إن كان لا يقل دقة عن قواعد الإسناد فإنّه لا يتجاوز قواعد الإسناد في حل مشاكل معينة [204].

يفهم ممّا سبق، أنّ القواعد التكميلية تهدف إلى تطوير وتصحيح وجهات النّظر في الحلول التي لم تقم على أساس قانوني، وأنّ قاعدة تنازع القوانين بناء على فكرة الإسناد الإجمالي[205] تحيل النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى النظام القانوني في مجموعه، سواء كان وطنيا أم أجنبيا بناء على ضوابط إسناد معينة قدرها المشرعون دون تقييم للمضمون الموضوعي للقوانين المتنازعة، إذ يؤكد **باكستر** Baxter أنه في الحالة التي يختار فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق على وفق مبدأ سلطان الإرادة فإن الإسناد يتم إلى النّظام القانوني والذي يتم اكتشاف القاعدة الموضوعية ضمنه، ولا يتم الإسناد إلى قاعدة محددة، وما يجب مراعاته هو اختيار النظام القانوني وليس اختيار القاعدة، أي ما يسمى بالإسناد الإجمالي بما في ذلك العودة لقواعد القانون العام وليس الخاص فقط[206].

---

[204]-**Gerhard Kegel**, The Crisis Of Law ,op, cit,p.241.

[205]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العـام في القـــانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص162.

[206]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع ســـابق، ص 190.

- ويقول كذلك الأستاذ(P.Mayer) في مسألة الإسناد الإجمالي أنّ << قاعدة الإسناد لا تحدد بالذات قواعد القانون الخاص أو قوانين البوليس، ولا تحدد بعضها بدرجة أكثر إلزاما من الأخرى، بل تحدد النظـــام القانوني بأكمله وتترك دون تدخل، الخيار بين القواعد حسب طائفة الأوضاع التي نقصدها أو التي تستبعدها>>، أنظر :=

وفقا للفقيه Baxter هناك ضرورة لإيجاد مجموعة من القواعد الملائمة لمنازعات الأعمال الدولية التي تشكل ما يسمى" النطاق الفرعي" وذلك داخل كل دولة على حدة، أو كما يقول خلال قانون اختصاص الدولة، على أن تتكون تلك القواعد من تشريعات وأحكام المحاكم والمعاهدات الدولية والعادات التي تعترف بها تلك الدولة، ولقد أطلق الفقيه على نظريته مصطلح"International Business Law Approach " ما يمكن ترجمته بمنهج قانون الأعمال الدولي، وهو منهج مادي يستهدف الاستبعاد الكلي لمنهج التنازع، وبهذا الشكل فهو يندرج في أبحاث القانون المنشود أكثر منه بحثا في القانون الموجود[207].

يمثل الفئة المعتدلة من الاتجاه الموضوعي كلا من الفقهاء W.Wengler و Von Overbeck و Miaja و Kegel، وهؤلاء يهتمون أيضـــا بالقانون الموضوعي لنظام التنازع خارج أزمة تـــنازع القوانين، فهذه الفئة تحاول تسوية مشاكل التنازع كتلك التي تنشأ عن تدخل النظام العام للمحكمة.

=**MAYER PIERRE**, « Les Lois de polices étrangères », clunet, 1981, pp. 277 et 337.

- يمكن أن نكتشف فكرة الإسناد الإجمالي من خلال الأحكام القضائية، ففي قضية القروض الدولية التي طرحتها في الثلاثينات شركة البريد البحرية الفرنسية(Soc .Messageries Maritimes) ثار خلاف حول أيّ النصوص هي الواجبة التطبيق في القانون الفرنسي باعتباره المختص بحكم تلك العقود، وقد أعلن مفوض الحكومة الفرنسية (Braibant)أمام مجلس الدولة الفرنسي في 21 يوليو 1972 أنّ القانون الفرنسي كل لا يتجزأ ، فلا يمكن أن نأخذ منه بالنسبة للقروض الدولية فقط العناصر التي في صالح الدائنين ، ونستبعد العناصر التي في صالح المدينين . وإذا كانت محكمة النقض قضت بأن القانون الفرنسي الواجب التطبيق في شقه الخاص يسمح للمكتتبين بالاستفادة من شرط الذهب، فيجب القضاء بأنه يسمح أيضا في شقه العام للدولة بأن تفرض عليهم السقوط الرباعي للدين، أي تطبيق القانون الفرنسي بما فيه القانون الخاص والقانون العام، وهذا ما أجابه إليه مجلس الدولة . وبصدد التعليق على الحكم الصادر في هذه القضية اعتبر عميد القانون الدولي الخاص الفرنسي (H.Batiffol)أن الفصل بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام مستحيلا حيث يقول:

« Dans la présente espèce, La division entre règles de droit privé et règles de droit public – a été considérée comme impossible pour les raisons que le contrat ayant été jugé de droit français, la loi française s'applique dans l'ensemble de ses disposition, y compris celle de droit public comme la déchéance quadriennale ».

- راجع: التعليق منشورا في *Rev. Crit*، 1973، ص330. نقلا عن: **عبد الكريم سلامة أحمد**، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 168.

[207] - **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 183.

ب- الاتجاه الموضوعي الأساسي

يضم هذا الاتجاه فقهاء القانون التجاري الدّولي و الفقه المقارن أمثال Clive E.Langen - B. Goldman -Kahn -SCHMITTHOFF يضاف .إلى هؤلاء فقهاء التدويل أمثال David René- Ph. FauchardM.Bonell[208]

يبين Schmhittoff بأنّ تنازع القوانين قد واجه نشوءً مضطربا في بلدان مختلفة، فقد بدأ في العصور الوسطى في أوروبا وفي انجلترا، أمّا في الولايات المتحدة الأمريكية فقد بدأ في القرن الثامن والتاسع عشر، وتميز توجه هؤلاء الفقهاء أنّهم يدعون إلى ضرورة مراجعة المفاهيم التقليدية للقانون لكي لا تطول حالة الفوضى التي يعانيها المجتمع والقانون الدّولي، فقد وجد رجال الأعمال حلولهم بتضمين عقودهم شروطا نموذجية يعهدون بها إلى التحكيم، فإذا لم يكن من المتوقع أن يحترمها القضاء، فإن المحكمين من الأكيد أنهم سيفعلون ذلك[209].

حسب Schmhittoff يتكوّن القانون عبر الدّولي للمعاملات التجارية من مجموع القواعد التي تحكم العلاقات الاقتصادية الدّولية، وهي قواعد تستقى من مصادر دولية هدفها توحيد القانون الدّولي للأعمال[210]، من هذه المصادر العرف التجاري الدّولي والمعاهدات الدّولية المندمجة في القانون الدّاخلي، وكذلك المعايير التي تشكلها الهيئات الدّولية كغرفة التجارة الدّولية والمفوضية الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة[211]

يتمركز مصدر القواعد الموضوعية عبر الدّولية بالنّسبة للفقيه Schmhittoffعلى مصادر دولية وعند Baxter على خليط من المصادر الدّولية والدّاخلية[212].

---

[208]- **LEVEL Patrice**, « Le contrat sans loi », op, cit, p. 212.

.[209]- **PAMBOUKIS Caralambos**, « La lex Mercatoria Reconsidérée », op, cit,p. 636.

[210]-IBID,p. 637.

[211]- **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 184.

[212]- المرجع نفسه، ص 181.

يرى الفقيه B. Goldman أنّ هذه القواعد تشكّل نظاما قانـــونيا عماده مجتمـع التجار[213]، وعليه فهذا الاتجاه يستند في تحديد القواعد الموضوعية إلى القانون بالمعنى الواسع وليس مقتصرا على ما تسنه الدّول من خلال سلطتها التّشريعية.

تضم القواعد الموضوعية وفق هذا الاتجاه بالإضافة إلى قواعد الاتفاقيات الموحدة والقوانين التي تسنها الدّول لوضع حلول مباشرة لتنازع القوانين، مفاهيم أخرى قد لا تشكّل قواعد قانونية حسب النّظرية العامة للقانون، كالمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة وقرارات التحكيم والقضاء العادي عندما يخرج عن القانون الوطني أو الأجنبي الواجب التّطبيق استجابة لاعتبارات التجارة الدّولية[214]، فيؤكّد B.Goldman[215]على أنّ المحكم الدّولي لا يتمتع بقانون اختصاص مستمد من مكان إجراء التحكيم، حيث لا يقيده سوى النّظام العام عبر الدولي، وهو بطبيعته من أنواع القواعد عبر الدولية.

ينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ نظام التنازع بالمعنى الواسع يشمل مظهرين أحدهما وقائي وهو القانون الموضوعي الأساسي أي قانون التجارة الدّولية الذي يقوم على تجنب التنازع والمظهر الأخر علاجي ويقوم على الحلول المتنازعة من خلال المنهج التقليدي التنازعي، ومن وجهة النّظر التاريخية فإنّ الحلقة تكون قد أغلـقت، فيتناقص نظام التنازع بالمعنى التقليدي إلى النّطاق الذي يتزايد فيه قانون التجارة الدّولية.

2- المشكلة الاصطلاحية للقواعد الموضوعية

لاجدال أنّ معرفة الشيء يكون بتعريفه وببيان معالمه، ولمّا يتعلق الأمر بتعريف القواعد الموضوعية فإن الاختلاف في استعمال المصطلحات الدّالة عليها يقتضي منّا تحديد صحة التسمية ثم التّطرق بعد ذلك لتعريفها.

---

[213]-**PAMBOUKIS Caralambos**, « La lex Mercatoria Reconsidérée », op. cit, p .638.

[214]- **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، 2000، ص 223.

[215]- GOLDMAN est, parmi les juristes contemporains, celui qui a le mieux traité ce thème, qui y a apporté la plus ample contribution, non seulement par ses écrits et son enseignement, mais encore par son activité professionnelle, tant comme avocat international que comme arbitre.

أ-صحة التسمية

يفضل العديد من الفقهاء اصطلاح القانون المادي أو القواعد المادية، ولكن يؤكّد الدكتور "أحمد عبد الكريم سلامة" تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية، وقد سبقه في ذلك الفقيه الألماني G. kegel والدكتور أحمد عبد الحميد عشوش[216]، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى التسوية بين تسميتها قواعد موضوعية أوقواعد مباشرة، ويبرر هذا الاتجاه تسمية القواعد الموضوعية باعتبار أنّ القانون إما أن يكون إجرائيا أو موضوعيا إذا نظرنا إليه من ناحية مضمون قواعده، أو عام أو خاص إذا اعتبرنا أشخاصه ونوع علاقاته، ولكن ليس هناك قانون مادي وقانون معنوي إلاّ إذا كان المراد بهذا الأخير قانون الضمير والأخلاق وهو يفترق في كثير عن القانون الوضعي بوجه عام[217]، ونعتقد أنّها التّسمية المناسبة ولهذا جاء عنوان هذا البحث موسوما بها.

يأخذ أغلب الفقه بتسمية القواعد المادية ومن هؤلاء فقهاء بارزين أمثال Francescakis[218]، Simon، Depitre، Goldman، Fouchard[219] والتّبرير الذي يسوقونه أنّ القواعد المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة الدّولية قد لا تقتصر على ما تصنعه الدّول وتطبقه بما لها من قوة كما في العلاقات الداخلية، وإنما تشمل عناصر أخرى غير القواعد القانونية التي تكون محلا للإجبار المفروض من الدّولة.

---

[216]- **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 19، 23.

[217]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، الهامش رقم 110، ص 308.

[218]- **M. Francescakis** a démontré que le conflit de lois n'est qu'un procédé de règlementation du droit international privé à côté d'au moins un autre : celui de la de règlementation directe,
Matérielle. Il définit ainsi les règles de droit international privé matérielle appelées par d'autre substantielle, par opposition aux règles de conflits : « sont des règles matérielles de droit international privé toutes les dispositions que le législateur, généralement dans le contexte de réglementation interne, pose en prévision de faits devant se passe a l'étranger ».
Voir : http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=5053540

[219]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، الهامش رقم 110، ص 308.

نجد الفقه المسمى قانون التجار يؤكّد أنّ هذا القانون يتكون ليس فقط من الاتفاقيات الدّولية والقوانين بل يضم كذلك أعرافا وعادات للتجارة الدّولية وكذلك مصادر أخرى نتناولها في حينها تشكل في مجموعها قانون الوسط الدولي للتجار.

لذلك، نجد بعض الفقه يستدل على إمكانية تطبيق قواعد لا تنتمي لأي نظام قانوني وطني من خلال لفظ يعبر عن القانون بمعناه الواسع، وليس الذي تقرره الدولة.

الملاحظ إذن، أنّ الاختلاف في التسميات التي ساقها الفقهاء للقواعد الموضوعية قد عكس خلافا آخر حول بعض عناصر أو مكونات هذا القانون، كما أن اختلاف الفقهاء يبدو واضحا من عدم الاتفاق حول مدى تمتع قانون التجار في ثوبه الجديد بعد بعثه بصفة النّظام القانوني بالمعنى الدقيق وهو ما سنبحثه في الفصل الثاني من هذا الباب.

ب-التعريف الاصطلاحي للقواعد الموضوعية

مع اختلاف التسميات التي قال بها الفقهاء[220] فإنهم يجتمعون في اعتبار القواعد الموضوعية هي التي تعطي حلا مباشرا للنزاع، فقد عرفها البعض على أنها: "مجموعة

[220] - يطلق البعض عليها تسمية القانون عبر الدولDroit Tra national، أو القانون اللاوطني Droit a national l أو قانون فوق وطني Droit extra étatique، أو القانون التجاري بين الشعوب، Lexmercatoria Droit،القانون العرفي عبر الدول Droit Coutumier International، والقانون الموضوعي للتجارة الدولية Droit Substantiel du commerce International، أو القواعد الموضوعية عبر الدولية.

- **GAILLARD Emmanuel**, « Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *J .D.I*, 122 année, N°1 janvier- Février-Mars, 1995, p. 7.

-http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/1995/01/Trente-ans-de-Lex-Mercatoria-Pour-une-applicatio__/Files/IA_JDI-Trente-ans-de-Lex-Mercatoria_040308_20/FileAttachment/IA_JDI-Trente-ans-de-Lex-Mercatoria_040308_20.pdf

- أنظر: **سلام أحمد رشا محمود**، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية تمويله ومخاطره وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد والقانون الواجب التطبيق)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 511.

- كذلك: **المنزلاوى صالح**، القانــون الواجب التطـــبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديـــدة للنشـــر، الإسكندرية، 2008، ص 44.

القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي، الموجودة أصلا أو المعدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي"[221].

يذهب الأستاذ Goldman في أحد المحاضرات التي ألقاها إلى تعريف القواعد الموضوعية أو قواعد قانون التجارة الدولية العرفي بأنها:" مجموعة المبادئ والنّظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدّولية"[222].

تعددت التعريفات التي قيلت في ماهية قانون التجار الدولي بتعدد من كتب في هـــذا الموضوع، فقد عرّفه الأستاذ Goldman في موضع آخر بأنه « مجموع مبادئ عامة وقواعد عرفية تطبق تلقائيا في إطار التجارة الدولية دون الاستعانة بأي قانون وطني معين »وعرّفه آخرون بأنّه: « تجميع لأعراف مجتمع التجار في شكل مبادئ قانونية عامة لخلق نظام تجاري يستقلون به. ثم عاد Goldman فعرفه في مؤلف له بأنه: « قانون عبر الدول يتضمن مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية كما يتضمن قواعد خاصة تقتضيها التجارة الدولية»[223].

---

[221]- **Eric LOQUN**, « Les règles Matérielles du commerce international », *Rev Arb*, N°2, Paris, 2005, p.464. Le droit matériel du commerce international est bien formé comme l'écrivait B. Goldman " d'un ensemble de principes, d'institutions, de règles prises a toutes les sources et qui progressivement aliment et continent d'alimenter le fonctionnement juridique propre à la communauté des opérateurs du commerce international » .

- أنظر كذلك:

- **JACQUET Jean Micelle et DELEBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine**, *Droit du commerce international*, Ed Dalloz, 2007, p. 67.

[222]- تحمل المحاضرة عنوان:

La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives, travaux com. FR. Dr .Int prive, 1979, n 21, p236. « La lex Mercatoria est précisément un ensemble de principes, d'institutions et de règles puisés a toutes les sources qui ont progressivement alimenté et continuent d'alimenter les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs du commerce international ».

- ورد له تعريف آخر ربط فيه هذه القواعد بالمتعاملين في مجال التجارة الدّولية، أنظر:

-**BEGNIN Jacqnes, «** Le développement de la lex mercatoria menace- t- il l'ordre juridique international ? », *McGill LAW JOURNAL*,Vol 30, 1985, p. 481.
http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/7294451-beguin.pdf

[223]-عن: **الدسوقي بهاء هلال**، قانون التجار الدّولي الجديد (دراسة تحليلية ، د د ن، القاهرة، 1993، ص 27.

يقول Goldman أنّ العلاقات الاقتصادية الدّولية من الممكن أن تكون محكومة تماما بمجموعة من القواعد بما فيها الأعراف العابرة للدّول، المبادئ العامة للقانون، وهذه المبادئ لا تقتصر على ما أشارت إليه المادة 38 من النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وإنّما تشمل أيضا المبادئ المنشئة بصورة متزايدة من خلال العادات العامة الثابتة في التجارة الدّولية، وبقوله هذا فهو يحاول تحديد مكونات هذا القانون، فقال أيضا أنّ القانون التجاري الدولي يمثل قانون عبر دولي يتضمن المبادئ العامة للقانون في الدول المختلفة مفهومة على أنّها قواعد خاصة بالتجارة الدّولية.[224]

عرّف كذلك الأستاذ "**أحمد عبد الكريم سلامة**"[225] القواعد الموضوعية باعتبارها مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدّولية على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الدّاخلية البحتة".

في حين عرفها آخر، على أنّها مجموعة القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة على المستوى الدولي أي التي ترتبط بدول مختلفة تنظيما مباشرا، مستقلا عن أي نظام لقانون وطني لدولة معينة[226].

يتّضح ممّا سبق أنّ عناصر التعريف بغض النّظر عن اختلاف الصياغة تشير إلى أنّ القواعد الموضوعية هي التي تضع مباشرة حلا للنّزاع خلافا لقاعدة التنازع، ويبدو أنّ الحل الذي تضعه هذه القواعد يلاءم الروابط الدّولية من جهة، ويتميّز عن القواعد ذات التطبيق الضروري التي تتضمن أحكاما داخلية محضة تمتد إلى نطاق العلاقات الدّولية

[224]- **سلام أحمد رشا محمود**، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 510.

[225]- عبد الكريم سلامة أحمد، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 267. في تعريفات أخرى راجع لنفس المؤلف: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدّولية، مرجع سابق، ص 281.

[226]- **عبد المجيد منير**، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص 38.

من جهة أخرى، كما أنّ هذا الحل الموضوعي يعني أساسا العلاقات الخاصة الدولية، وبهذا تخرج القواعد المنظمة للعلاقات العامة.

إذا كانت القواعد الموضوعية هي تلك التي تضع حلاً مباشرا وبالضبط للعلاقات الخاصة الدولية، فإنّها لا تختلط بالقواعد التي تحكم العلاقات الوطنية المطبقة من خلال منهج التنازع، أو بتلك التي تقترب لحماية المصالح الوطنية الحيوية بغض النّظر عن طبيعة العلاقة محل التنظيم وإن استند تطبيقها على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، بمعنى أنها قواعد تتميّز عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص، خاصة منها ذات التطبيق الضروري، كما تتميز عن قواعد الإسناد المحايدة بكونها مباشرة، وحتى عن قواعد الإسناد ذات الغاية المادية والتي تحتل المركز الوسط بين قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية.

ركزت التعريفات السابقة على اعتبار هذا القانون مجموعة قواعد، بينما نجد تعريفات أخرى تركز على اعتبار هذه القواعد نظاما قانونيا.[227]

يمكن أن نعرف هذا القانون بناء على ما ورد من التعريفات المذكورة، على أنّه مجموع القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الإتفاقيات الدّولية، والأعراف التجارية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي والتي تقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية.

أخيرا يمكن أن نورد التعريف الذي ورد في التقرير الذي أعدّته الأمانة العامة لمنظمة الأمم المتحدة، فعرفته بأنه:" مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر" وبهذا يعدّ هذا التعريف لقانون التجارة الدولية من أفضل التعريفات التي وردت في هذا الصدد.

[227]-**PAMBOUKIS Caralambos**, « La lex Mercatoria Reconsidérée », op. Cit, p. 645.

ثانيا- خصائص القواعد الموضوعية لعقود التجارة الدّولية

يتضح من التعريفات السابقة، أن هناك خصائص معينة تنفرد وتستقل بها القواعد الموضوعية، تميّزها عن باقي القواعد التي تنشط في مجال القانون الدّولي الخاص[228]، فالقاعدة الموضوعية سواء كانت تكميلية أو أصلية قائمة بذاتها - ترتبط هذه الفكرة الأخيرة بمدى اعتبار هذه القواعد تشكل نظاما قانونيا مستقلا أم لا وهو موضوع الفصل الثاني- وسواء كانت ناشئة عن توحيد قانوني بمقتضى الاتفاقيات أو بموجب قوانين داخلية أو كانت ذات مصدر عابر للدول فهي تمتاز بمجموعة من الخصائص تميزها عن قاعدة التنازع ومن هذه الخصائص مايلي:

1-خاصية الموضوعية في قواعد التجارة الدّولية

تعدّ هذه الخاصية من أهم خصائص هذه القواعد، حيث تضع أحكاما تنظم جوهر العلاقات القانونية التي تتصدى لحكمها، وهي أبرز ما يفرق هذا القانون والقانون المقارن من جهة، وبينه وبين القانون الدّولي الخاص من جهة أخرى، فيلاحظ أن القانون المقارن يعني بدراسة مختلف الأنظمة القانونية بشأن مسألة معينة لبيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما، وهي دراسة تفيد دون شكّ المشرع الوطني عندما يريد الاستعانة بتشـــــريع أجنبي، وتفيد القاضي عندما يرغب في تطبيق القانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد الواردة في تشريعه، أما القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية فهي تهدف إلى توحيد الحلول في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية والقضاء على أوجه التنازع بينها، ومع ذلك فإنّ سعة الفرق بين القانون المقارن والقانون التجاري الدولي لا يعني انقطاع الصّلة بينهما، ومن جهة أخرى فإنّ وجود قواد موضوعية موحدة يتضمنها القانون التجاري الدّولي هو أهم ما يميز هذا القانون عن القانون الدّولي الخاص[229].

[228]-JACQUET Jean Micelle et DELEBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine, *Droit du commerce international*, Op.Cit.p.67.

[229]- **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 8.

يعطي المضمون الموضـوعي والتطبيق المباشر لهذه القواعد حكم القانـــــون في المسألة، ويحدد الحقوق والالتزامات فيها، وبذلك تتميز عن القاعدة الإجرائية التي يقتصر دورها على بيان الإجراءات الكفيلة بإعمال القانون الموضوعي وتطبيقه [230].

لهذا نقول، أنّ القواعد الموضوعية تتضمن قواعد سلوكية عامة ومجردة خلافا للقواعد الإجرائية التي تعدّ قوانين أداة، تكفل التطبيق الفعلي للقواعد الموضوعية، وبهذا المعنى فإن القواعد الموضوعية تصون توقعات الأفراد منذ البداية وهو الهدف الأهم الذي يصبو إليه القانون الدّولي الخاص المعاصر [231].

بهذا المعنى، فهي تستبعد الوساطة التي من الممكن أنّ تنشأ بين القاضي والقانون الواجب التطبيق كما هو أمر قواعد الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، ولهذا فهي قواعد غير مباشرة من حيث المضمون، لأنّها لا تعطي الحل الموضوعي الذي يضعه القانون للنّزاع ، وهي مزدوجة من حيث الآثار لأنّها تحدد القانون الواجب التطبيق سواء كان وطنيا أو أجنبيا.

هكذا، اعتبر الفقه الإيطالي قواعد الإسناد قواعد بيضاء، فارغة المضمون، وتصبح بعد استقبال القانون الأجنبي قواعد ذات مضمون مادي [232]، أمّا القواعد الموضوعية فإنّ صفة الموضوعية ذاتها تعدّ من أهم خصائصها بما يجعلها سهلة العلم والتّطبيق من قبل القاضي والمحكم.

تأسيسا على ما سبق، فإنّ خاصية الموضوعية في هذه القواعد تجعلها ذات وظائف هامة غير متوفرة في قاعدة الإسناد، **فالوظيفة الأولى وقائية** وتتـمثل في الحيــلولة دون وقـوع النزاع بين الأفراد، فيستعان بها في المرحلة الأولى لتنظيم المركز القانوني، أمّا

[230] - **القيسي رياض**، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص 279.

[231] - **هشام صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 33-334.

[232] - **هشام صادق، حفيظة الحداد**، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998-1999، ص 8 .

الوظيفة الثانية فهي علاجية التي وإن كانت تشترك فيها مع قاعدة الإسناد، إلاّ أن دورها في القواعد الموضوعية يختلف تماما عنه في قاعدة الإسناد فتبرز الوظيفة العلاجية في القواعد الموضوعية بإعطاء الحل الموضوعي الذي ينهي النزاع، في حين أنّها في قاعدة التنازع الأمر فيها يتوقف على المحكمة القضائية أو التحكيمية التي تنظر في النزاع بعد إثارته[233].

2 – خاصية الدّولية في القواعد الموضوعية

إذا كان القانون الدّولي الخاص هو قانون علاقات دولية فلابد أن يستهدف عالمية الحلول، وهذا الهدف ليس أمرا مستحدثا بل سعى إليه الفكر التقليدي الدولي النزعة وحتى الوطني على السواء، فضلا عن هذا فقد سعت الدول والمنظمات الدولية باختلاف أنواعها إلى تحقيق التوحيد الدولي للقوانين، وبالتالي كانت القواعد الموضوعية هي الوسيلة لتحقيق هذه الغاية.

الملاحظ، أنّ القواعد الموضوعية أيًّا كان مصدرها هي قواعد موحدة غالبا، فقد تنشأ القواعد الموضوعية الاتفاقية من خلال توحيد قواعد التنازع بمقتضى اتفاقيات دولية، ولعلّ أبرزها اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، ومن هذا القبيل نجد اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدّولي للمنقولات المادية، التي يصفها البعض بأنّها حققت الامبريالية القانونية التي تقضي على أية إمكانية لتنازع القوانين بين الدّول المتعاهدة، كما تزيد من فعالية وقدرة المعاهدة على التّوحيد القانوني حيث تتضمن حلولا عالمية.

فضلا عن هذا، نجد الاتفاقيات المتعلقة بالنقل، كاتفاقية هامبورغ للنقل البحري للبضائع لعام 1978 [234]، اتفاقية وارسوا المتعلقة بالنقل الجوي لعام 1929 وكذلك اتفاقية جنيف المتعلقة بالنقل البري لعام 1956، فضلا عن القواعد الخاصة بالتحكيم

[233]-**المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدّولي، مرجـــــع سابق، ص67.

[234]- اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع الموقعة بهامبرغ عام 1978 المسماة بقواعد هامبرغ.

التجاري الدولي، وممّا يشار إليه أيضا مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الصادرة عام 1994 بشأن عقود التجارة الدّولية، والتي تعدتقنينا دوليا للقانـــــون التجاري الدولي، وتعبيرا عن القواعد الموضوعية الدولية المعدة خصّيصا لحكم العلاقات التجارية الدولية.

يضاف إلى ما سبق جهود التوحيد المبذولة من لجنة القانون التجاري الدّولي التابعة للأمم المتحدة، وغرفة التجارة الدولية ومعهد القانون الدولي، كلها هيئات تعمل على وضع تقنين دولي وحلول موضوعية للعلاقات على أساس مادي وليس تنازعي، ويبقى توحيد القواعد الموضوعية وليس قواعد التنازع هو الهدف المنشود والذي سيؤدّى إلى بعث القانون التجاري الدّولي من جديد.

تحقق خاصية الدّولية في القواعد الموضوعية نوعًا من المرونة، لكونها قواعد غير آمرة بل قواعد متروك أمر إعمالها للأطراف المتعاقدة[235] والتي تقـــضي مصالحها الأخذ بها، ممّا يؤدي إلى تحديد المراكز القانونية مسبقا بناء على هذه القواعد التي تستجيب لطبيعة العلاقات وهو ما يبعث الطمأنينة وهنا تتفوق على قواعد التنازع وما تحمله من مخاطر.

يتضح لدينا، أنّ الرّوح الدّولية في مضمون هذه القواعد لا يتأتى من منطلق مصلحة العلاقات الدولية فحسب، وإنما من منطلق مصلحة الدّولة أو الدّول ذاتها، حيث يؤثر هذا في إطار جلب المستثمر الأجنبي، ممّا يبعد عنها العزلة الاقتصادية، وهو ما يؤكد

[235] - لقد قيل في هذه القواعد أنها لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا، ذلك أن النظام القانوني لا يقوم إلا بوجود قواعد آمرة بينما الملاحظ أن معظم القواعد الموضوعية مكمّلة متروك أمر تطبيقها لإرادة الأطراف، ومن جهة أخرى فقد قيل أنه يمنح القاضي سلطة تقديرية مطلقة، والخطورة هنا تكمن في أنه قد تسمح للقاضي تقديم حلول تتفق مع قناعاته الشخصية أو فكرته المهنية التي قد لا تتوافق مع روح القانون، وهو ما يشكل خطر داهم على المعاملات الدولية.

- راجع في هذا الشأن :

-**DEPITER MARTHE Simon**, *Les règles matérielles dans le conflit de lois* ; RCDIP. Année 1974, p. 591 Ets.

- **BAUER Hubert**, *Les traits et les règles de droit international prive matériel*, RCDIP, Année 1966, P. 537et s.

- **GUTMAMM Daniel**, *Droit international privé* ,2éme Ed, Dalloz, Paris, 2000, p. 63 et s.

التلازم بين مصالح التجارة الدّولية وضروراتها مع مصالح الدول ذاتها، وما دام الأمر كذلك فإنّ الفقه الحديث يدعو إلى توسيع نطاق تطبيقها في مجـــال العلاقات الخاصة الدّولية، ليبقى مستقبل قواعد التنازع محصورا في الروابط الشخصية.

3- خاصية التلقائية في القواعد الموضوعية

يؤكد فقه القانون التجاري الدّولي أن القواعد الموضوعية باستثناء ذات المصدر الاتفاقي والتّشريعي تجد مضمونها في عادات وممارسات المهنيين، فهي تلقائية الصدور بمعنى أنها خرجت من مجتمع معين توفرت فيه شروط معينة دون المرور بالقناة الرسمية لسن القوانين الوضعية.

تعدّ كذلك قواعد تلقائية التطبيق، لأنّ تطبيقها لا يحتاج إلى تدخّل السلطة إذ تكفل تلقائيتها وفاء المتعاملين بها من ناحية ومدى ملاءمتها للمشكلات المثارة في كنف التجارة الدولية، وقد وجدت هناك أحكام للقضاء خرجت بها على القانون الواجب التطبيق عندما وجد أنّ قواعد هذا القانون لا تتلاءم مع حاجات التجارة الدولية، وهذا ما عبر عليه القضاء الفرنسي في القرارات التي أجازت فيها للدولة الفرنسية ولهيئاتها العامة الخضوع للتحكيم بالرغم من المنع الوارد في المادتين 83 و1004 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، وقرار صحة شرط التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي، وصلاحية الوفاء بالذهب أو بقيمة عملة أجنبية[236] رغم بطلان مثل هذه الشروط في العقود الدّاخلية، وتتحقق خاصية التلقائية في هذه القواعد بوجود مؤسّسات تعمل على ترسيخ الأعراف المكونة لها[237]، وما دام أنّ القانون هو وليد المجتمع فإنّه يتشكّل سواء وجدت الوسائل لانشائه أم لا، وليس بالضّرورة يكون من وضع الدّولة [238].

[236]-أنظر: **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص 305-306.

[237]- على الرغم من أن الأستاذ عبد الكريم سلامة في المرجع السابق يؤكد أن الصفة التلقائية ناشئة عن عدم وجود جهاز خاص يتمتع باختصاص قاعدي لخلق القاعدة القانونية إلاّ أن الأستاذ فوشار مع تأكيده الصفة التلقائية يقرر أنّ قيمتها القاعدية ناشئة عن وجود أجهزة مكلفة بترسيخها ومراعاتها وهذه الأجهزة هي المحكمون والمؤسسات التحكيمية التي تعد السلطة القضائية الحقيقية للمجتمع الدولي للتجار.أنظر:

4 - خاصية النّوعية والطائفية في القواعد الموضوعية

نلتمس خاصية النّوعية في كون هذه القواعد معدّة لحلّ نوع معين من المشكلات التي تنشأ في الأوساط التجارية، أمّا الطائفية فلكونها قواعد تخاطب فئة معينة من الأفراد وهم ممارسي التجارة الدولية وحتى الدّول، فالمتأمل في أشخاص التجارة الدّولية المعاصرة يدرك أن طائفة معينة منها هي الدول خاصة منها دول أوربا الغربية الأكثر تقدما والتي تعرف أكثر القانون الموضوعي للتجارة الدّولية بالنّظر إلى سيطرتها على أغلب التجارة الدّولية وذلك من خلال شركاتها العملاقة[239].

تنظر الدّول النامية إلى هذه القواعد - مهما كان مصدرها اتفاقيات أو من خلق التحكيم - بنوع من الشك، لأنّها تحقق مصالح الدول الصناعية، ولاعتبارها دول ترفض الخضوع لتشريع لم تشارك في صنعه والملاحظ أنّ معظم القرارات التحكيمية يستبعد فيها المحكمون قوانين البلدان النّامية لاعتبارات عديدة[240].

ليست القواعد الموضوعية نوعية أو طائفية بالنّظر إلى مقارنتها بالقوانين الدّاخلية أو أشخاصها بل هي كذلك بالنّظر إلى موضوعها ومادتها فهناك ما هو خاص بتجارة الحبوب مثلا والحرير، ويجسّد ذلك العقود النمطية والشروط العامة التي لها من القوة الملزمة ما يحمل المتعاملين بها على عدم هجرها.

5 - خاصية الواقعية والفاعلية في القواعد الموضوعية

صيغت القواعد الموضوعية لمواجهة مواقف وظروف دولية واقعية دفعت إليها حاجة العقود الدولية إلى السرعة والأمان، وتوقع الحلول مبني على تقدير مسبق للنتائج

- **FAUCHARD Philipe**, *L'arbitrage Commercial International*, Dalloz, Paris, 1965, p .403.

[238]- IBID, p .403.

[239]- يقول KAHN (Ph) أنّ هذا القانون معمول به ليحكم جماعة صغيرة أو كبيرة من المهنيين أمّا غير المهنيين فلا يمسهم القانون المادي للتجارة إلاّ عرضا. نقلا عن: عبد الكريم سلامة أحمد، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 302.

[240]- راجع بعض هذه القرارات في مرجع: **راشد سامية**، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 42.

دفعا لحركة رؤوس الأموال وتيسيرا للتجارة الدّولية، وخاصية الواقعية هي التي جعلت مدى هذه القواعد واسع النطاق في عصر يتجلى فيه تأثير التقدم العلمي والتكنولوجي على قانون العقود، فأصبح المشرعون أكثر يقظة والدّول أكثر تسامحا وواقعية للاعتراف والتطبيق للقواعد الموضوعية ذات الطابع العرفي التي يقررها المجتمع الدّولي للتجار[241].

يقرّ جانب من الفقه بالفاعلية للقواعد الموضوعية بصفتها قواعد قانونية ما لم تصطدم بالنّظام العام للجماعة الدّولية في مجموعها، ويتساءل GOLDMAN منكرا، أليس لهذا السبب يتم الاعتراف بالسلطة عندما تحكم فعلا شعب وإقليم ؟ ويحاول أن يقدم صورة معكوسة، بالقول أنّ انعدام القانون لا يكون بسبب انعدام القواعد، وإنما بسبب عدم تطبيق ما يوجد من قواعد، فالقاعدة القانونية هي القاعدة المطبقة والفعالة في المجتمع، والقاعدة الموضوعية هي قاعدة فعالة لأنّها مطبقة في الوسط التجاري الـــــدّولي، وبهذا فهي تشكل قاعدة قانونية إلاّ إذا تعارضت مع النّظام العام الدّاخلي أو الدّولي، فإنّ ذلك لا يسمح لها بالادّعاء بمنزلة القواعد القانوني.

6- خاصية انتماء القواعد الموضوعية للقانون الخاص

ما يميز القانون الذي تشكله القواعد الموضوعية أي قانون التجارة الدّولية أنّه ينتمي للقانون الخاص، حيث يحكم علاقات هي من نوع علاقات القانون الخاص، ولو كان أحد طرفي العلاقة أو كليهما فردا، أو شركة عامة أو خاصة، أو مؤسسة عامة أو الدّولة نفسها، فالعبرة هي بنوع وطبيعة العملية وكونها من روابط القانون الخاص.

لا تعتبر هذه القواعد بهذا المعنى جزءا تابعا لقواعد القانون الدّولي بمفهومه التقليدي، بل تعتبر فرع من فروع القانون الخاص، فهو قانون مهني دولي وليس وطني، وانتماءه هذا يجعل منه فرعا متميّزا مجسدا لفكرة القانون الخاص الدولي بغض النظر عن أطراف العلاقة التي يحكمها.

[241] -المؤيد محمد عبد الله محمد، منهج القـــــواعد الموضـوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص80.

وضعت القواعد موضوعة خصيصا لكي تناسب العلاقات التجارية الدولية الخاصة، ولأنها تطورت حصرا في قطاع التجارة الدولية الذي يتلاءم بصعوبة في النطاق الضيق للقوانين الداخلية والعدالة الوطنية.

7-تطوّر القواعد الموضوعية من صفتها العرفية إلى المدوّنة.

أصبحت ظاهرة تدوين القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية شائعا، ومن مميزاته الأساسية في العصر الحاضر فهو ليس بقانون عرفي كما كان الحال عند نشأته في العصور الوسطى وهو أيضا ليس بقانون وطني يستمد أحكامه بدرجة أساسية من تشريعات وطنية كما كان الحال في إحدى مراحل تطويره اللاحقة، وإنّما هو قانون دولي يستمد أحكامه من قواعد تم تجميعها وتدوينها دوليا سواء تم ذلك عن طريق اتفاقيات دولية أو عن طريق عقود نموذجية، أو في شكل القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية، حيث سعت غرفة التجارة الدولية إلى وضع تفسيرات موحدة للمصطلحات التجارية التي اعتاد جمهور المتعاملين على إتباعها بشكل مطرد وانتهت الغرفة إلى وضع التفسير الموحد للمصطلحات التجارية لأول مرة عام 1936 والتي عدلت عدة مرات لاحقا.

ثالثا – أهمية القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية

ترجع أهمية القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية إلى عدد ونوعية المجالات التي ترعاها:

1- على الصّعيد الاجتماعي

يظهر دورها الاجتماعي من خلال تطبيقها على أكبر فئة من المجتمع وهي فئة التجار في حال ممارستهم للتجارة الدولية، وكذا تيسير المبادلات التجارية بمحاولة التغلب على كل العقبات الاجتماعية التي تعوق حرية تداول السلع والخدمات فالناحية الاجتماعية تتعلق بوضع تجار سلعة معينة أو مجموعة سلع متشابهة في مناطق جغرافية.

وما دامت الدّول لا يمكن أن تنظم بمفردها التجارة الدّولية، فإنّه يكون من الطبيعي أن يجد المتعاملون في ميدان تلك التجارة الحرية بمجرد أن يخرجوا من النّظم الداخلية، و ألاّ يكون للعقود التي يبرمونها قانونا آخر غير القانون الذي يرسون، هم أنفسهم، قواعده وأحكامه.

2- على الصعيد الاقتصادي

تلعب هذه القواعد دورا مهما بالنسبة للجماعات الصناعية والتجارية فهي محرك للإنتاج والتنمية الاقتصادية، وكذلك الأسواق والبنوك والإستثمارات الأجنبية، مما يجعلنا ندعو إلى إحداث علم الاقتصاد التجاري، وبعبارة أخرى فهو يستهدف تحقيق أغراض اقتصادية وتجارية عن طريق عقود مركبة كالتوريد الأدوات والآلات اللازمة لتجهيز المصانع وغيرها.

3- على الصعيد السياسي

نلاحظ أن القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية وإن كانت قواعد تقوم أساسا في مجال البيع التجاري الدولي بالنسبة لمختلف السلع وتداولها عبر الحدود بين دول العالم إلا أنها تنطوي على جانب سياسي يتمثل في عمل التجار من خلال منظمات دولية ولجان وطنية، ومن هذه المنظمات نذكر غرفة التجارة مما يعني أن هذا القانون يؤدي إلى السلم الاجتماعي وكذلك المحافظة على الأمن، ويعتبر من قبيل التعامل السياسي والتجاري الدولي الاتفاق على نقل التكنولوجيا والتعامل على براءات الاختراع بين الدول المتقدمة والدول النامية.

الفرع الثّاني

توحيد القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية

تعددت طرق وأوجه التبادل التجاري بين مختلف الدول وفي كافة أنحاء العالم الأمر الذي أثار خلاف حول القانون الواجب التطبيق لحكم هذا النوع من العلاقات في كل دولة من هذا الدول، وأمام هذه المعوقات التي تعتري التجارة الدولية كانت الفكرة بتوحيد قواعده، وذلك من خلال وضع قوانين موحدة تحكم مختلف المعاملات ذات الطابع الدولي بحيث يستند إليها في الفصل في كافة النزاعات التي تنشا عن هذه المعاملات ويكون أصحاب الشأن على علم بها، وبالتالي إمكانية العلم المسبق بالقانون الذي سيحكم علاقتهم في حال النّزاع، فيتم في هذه الحالة استبعاد القوانين الداخلية بإحلال القانون مـــــــوحد محلها، وللتذكير فإنّ فكرة التوحيد فكرة قديمة من حيث مضمونها(**أولا**) إلى أن ظهرت أجهزة عالمية مكلفة بهذه العملية بالصيغ المتداولة الآن (**ثانيا**).

أوّلا- جذور عملية توحيد القوانين

تعود جذور فكرة التوحيد إلى تاريخ عصر أرسطو وأفلاطون ممثلا في القانون الطبيعي الذي دعا إليه فلاسفة اليونان، ثم ظهرت الفكرة في قانون الشعوب الذي نشأ في روما ليكون قانونا موحدا يسري على العلاقات التي تحكم روما بالأجانب وسكان الأقاليم الخاضعة لروما أو الحليفة لها[242]، وفي القرن السادس عشر ظهرت فكرة التوحيد بصورة عملية في أوروبا الغربية بتوحيد مجموعة من الأعراف بعد القضاء على السلطة المركزية لحكام الإقطاعيات، والغرض التجاري من ذلك هو إزالة العقبات التي تعترض التجارة بين الأقاليم بسبب ما كان من اختلاف في الأعراف.

اصطدمت فكرة التوحيد مع واقع النظم الوضعية القائمة، لأنّ مقارنة القانون الانجليزي مثلا مع بعض القوانين بيّنت تمتع القانون الانجليزي بخصائص مميزة له تماما

[242]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فـض المنـازعات ذات الطـابع الدولي، مرجع سابق، ص188.

قد تجعل من توحيد القوانين مهمة صعبة، حيث أنّه في الفترة الممتدة بين القرن السادس عشر والقرن الثامن عشر برزت من جديد الدعوة إلى القانون الطبيعي ومنه نشأت الدعوة للقانون العالمي الذي دعا إليه Leibnis.

ظهرت فكرة التوحيد في انجلترا بشكل ملموس حين أراد الملك جاك الأول توحيد القانون الانجليزي مع القانون الايقوسي بعد ضم الأخيرة لإنجلترا، وقد نبهه وزيره باختلاف مصادر القانونين في البلدين فالإنجليزي ينضم إلى Common Law بينما القانون الايقوسي إلى القانون الروماني.

على هذا الأساس، يعتبر توحيد القوانين[243] من أهم الموضوعات التي يتناولها القانون المقارن ويعتبرها البعض الغاية التي يراد منه تحقيقها، وراودت هذه الفكرة المفكرون منذ القدم بين الازدهار والاندثار حتى برزت في القرن العشرين مع ولادة القانون المقارن، فعادة ما ينظر إلى المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن المنعقد بباريس سنة 1900 على أنه مولد لعلم جديد هو علم القانون المقارن[244].

ذهب الفقهاء الذين تحمسوا لهذا العلم الجديد منذ مولده حتى سنة 1920 أو سنة 1925 إلى أنذ مضمونه أو غايته هي الكشف عن القانون التشريعي المشترك لمجموعة كبيرة من الشرائع المتقاربة، لنصل في النهاية إلى توحيد القوانين الوطنية، ولكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ قانون التجارة الدولية كما عرّفه الأمين العام للأمم المتحدة عام 1965 على أنّه " مجموعة من القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر"[245]، لا يعتبر أسلوبا للبحث العلمي فحسب وإنّما هو قانون موضوعي يشمل على قواعد تسري على علاقات قانونية معينة هي العلاقات التجارية

[243]- فيما يتعلق بأهمية توحيد وتقنين القانون الدولي الخاص قيل:

-« Pour aplanir ces difficultés, « le meilleur remède serait évidemment de s'attaquer à la racine du mal, et de rendre le droit international prive plus international par sa source ».

[244]- طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 84.

[245]- المرجع نفسه، ص 73.

الدّولية، وبالتّالي يتضح لنا أنّه قانون لا يتعلق بالقوانين الوطنية كما هو الحال بالنسبة للقانون المقارن، وإنما بتوحيدها وإزالة ما بينها من اختلاف والقضاء تبعا لذلك على التنازع بينها[246].

بازدياد أهمية التجارة الدّولية، وتعقد مشاكلها أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لمشاكلها القانونية يشغل بال الباحثين والمشرعين في مختلف الدّول، سواء على المستوى الوطني وعلى المستوي الدّولي، فأصبح المجتمع التجاري الدولي، تؤيده منظمات دولية وهيئات تجارية، تسعى إلى خلق قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدّولي بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي الذي يسود في دولة من الدول، ودون اعتبار لطبيعة النظام القانوني الذي تتبعه هذه الدول.

تنبع هذه قواعد من العرف التجاري الدولي، لكننا لا يمكن أن نصل إلى حد القول إن قانون التجارة الدولية في مختلف الدول يعتبر موحداً، بل أنه يعتبر متشابها أو بمعنى أدق من المفترض أن يكون موحدا، وإذا كانت طبيعة التجارة الدولية هي التي أدت إلى تشابه النّظم القانونية التي تحكمها في مختلف دول العالم، فإنّ هذا لا يغير من أن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية في كل دولة منوط بقبول السلطات المختصة بها لهذه القواعد[247].

تأسيسا على ما سبق، يمكن تعريف نظرية توحيد القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية في مجال علم القانون على أنها:" **صياغة محكمة لمجموعة من القواعد والمفاهيم والعلاقات التي تقوم بين أجزاء مصطلح أو فكرة أو ظاهرة ما أو ظواهر عدّة بهدف وصفها أو شرحها أو التنبؤ بها**"[248].

---

[246] - **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 7.

[247] - يقصد بتعبير التوحيد في مفهوم القانون معنى أوسع وأشمل من معناه لدى علماء السياسة والاقتصاد، حيث يعني بالنسبة لقانون التجارة الدولية، حاصل توحيد القواعد الموضوعية في القوانين الأجنبية، أو هي حاصل التوحيد الدولي لأحكام المسائل التجارية بين القوانين الخاصة المتقاربة بين بلاد العالم المتمدنة، بغية تشكيل كيان لنظام قانوني متكامل.

[248] - **سعد الله عمر**، قانون التجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، مرجع سابق، ص 100.

بالتّالي، فإنّ توحيد هذه القواعد يشكل بناء فكري وقاعدي يصمّم ليحوّل الشرائع التجارية المشتركة، والقوانين التجارية الوطنية إلى ارتباط منظّم.

ثانيا – الهيئات المخوّل لها عملية توحيد القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية

إذا كان التوحيد بالمعنى الذي ذكرناه، فهل من الممكن فعلا توحيد قانون التجارة الدّولية؟ وما هي الهيئات أو الجهات التي يمكن أن تكون مهتمّة بهذه العملية؟

تجدرالإشارة بداية، إلى أنّ قانون التجارة الدّولية في المجمل العام يهدف إما إلى توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية أو إلى توحيد قاعدة الإسناد في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات التجارية الدّولية.

كانت جهود التوحيد التي بذلت إلى حدّ الآن، إمّا بتوحيد قواعد القانون الدّولي الخاص بحيث يستند الفصل في النزاع إلى قانون واحد تعيّنه قاعدة إسناد موحدة، فيعلم أصحاب الشّأن مقدّما أيّ قانون سيكون الحكم فيما يقع بينهم من نزاع، أو يكون بالتوحيد من خلال القضاء أصلا على القوانين الوطنية بإحلال قانون موحد محلها، إذ متى توحدت القواعد الموضوعية لم يعد للتنازع بينها مكان[249].

لمّا كان توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية هو الهدف الأمثل للتجارة الدولية، فإنّ من أهم صور التوحيد وجود قواعد موحدة للتعاقد تتبعها مختلف الدّول في معاملاتها، وإن كان الطريق إلى توحيد قانون التجارة الدولية طويل وشاق ومع ذلك فقد كانت جزءا من حركات النشاط العالمية، وأصبح من معالم التفكير القانوني المعاصر، وقد بدأ التوحيد بأبحـــاث من المراكز الـعالمية، قبل أن يأخذ طريقه بواسطة الطّرق الدّولية، وفي هذا المجال ظهر الاختلاف بين الموسّع والمضيّق لطرق التوحيد.

قامت بعض الهيئات الدّولية باتخاذ خطوات واسعة نحو إتمام هذا الهدف، وهذه الهيئات إما حكومية أو غير حكومية، فالأولى هي التي تتكون من عضوية حكومات بعض

[249] - **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ص 5-6.

الدول، ويمثلها مندوبون فيها، وأهم هذه الهيئات لجنة قانون التجارة الدّولية التابعة للأمم المتحدة ومقرها فيينا والتي تعرف باسمUNCITRAL[250]، والمعهد الدّولي لتوحيد القانون الخاص في روما والمعروف باسم UNIDROIT والذي يلعب دوراً كبيراً في توحيد القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية[251]، ومؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص الذي يهدف

[250]- تبذل هيئة الأمم المتحدة نشاطا واسع النطاق في مجال توحيد قانون التجارة الدولية منذ إنشاء لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونسترال)، وقد أنشئت هذه اللجنة بقرار صدر من الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الحادية والعشرين في 17 ديسمبر 1966بغرض تنسيق وتوحيد قانون التجارة الدولية ، وذلك بعد أن ناقشت الجمعية العامة التقرير الذي أعدته الأمانة العامة بالاستعانة بأحد كبار أساتذة قانون التجارة الدولية وهو الفقيه الإنجليزيSchmitthof.

ويرجع الفضل لحكومة المجر في جذب الانتباه لأهمية توحيد أحكام قانون التجارة الدولية بعد أن لوحظ كثرة عدد المنظمات الدولية التي تعمل في هذا الميدان، وانعدام التعاون والتنسيق فيما بينها، حيث طرحت حكومة المجر في الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في دورتها العشرين هذا الموضوع، واقترحت ضرورة توجيه جهود الأمم المتحدة نحو توحيد أحكام قانون التجارة الدولية. وبعد أن ناقشت الجمعية العامة هذا الاقتراح أحالت الموضوع إلى الأمانة العامة لإعداد تقرير في هذا الشأن. وقدم هذا التقرير في الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها التالية، وهي الدورة الحادية والعشرين ، وبعد مناقشة الموضوع اتخذت الجمعية العامة القرار رقم 2205 بإنشاء لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي للعمل على تطوير وتنسيق وتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية.

-راجع كل هذه المعلومات على الموقع:

HTTP://WWW.UNCITRAL.ORG/UNCITRAL/AR/ABOUT/ORIGIN.HTML

[251]- ولدت فكرة إنشاءه خلال الاجتماع الخامس بعصبة الأمم عندما تقدمت الحكومة الإيطالية بطلب تأسيسه في روما وقد تأسس فعلا سنة 1926 باتفاقية متعددة الأطراف، ويتخذ هذا المعهد في التوحيد أسلوب إعداد مشروعات اتفاقيات دولية، ثم يتفق مع حكومة إحدى الدول الأعضاء لتتولى الدعوى لعقد مؤتمر دبلوماسي لإقرار الاتفاقية التي أعدّت وعرضها على جميع الدول للتصديق عليها أو الانضمام إليها، فدوره إذن هو دراسة النظم القانونية المختلفة تمهيدا لتوحيدها، ويصدر عن المعهد كتاب Annuaire سنوي يتضمن نشاطه ونشاط سواه من الهيئات في مجال التوحيد القانون الخاص ، كما يصدر مجلة كل 3 أشهر ينشر فيها أحكام المحاكم الوطنية المتعلقة بالاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة، ومن أهم المشروعات التي أعدها:

«L'élaboration des principes pour les contrats commerciaux internationaux »

-راجع: **الصغير حسام الدين عبد الغاني**، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

- و **شفيق محسن**، " اتفاقيات لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية"، **مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية**، العدد الثالث، السنة الثالثة والأربعون، سبتمبر 1974.

وكذلك: **ثروت حبيب**، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية (اتفاقية فيينا للبيوع 1980)، ط2، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1995.

إلى توحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين[252] والمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO[253] التي واصلت المجهود الذي بذل لتوحيد القانون في هذا المجال [254].

تتكون الهيئات غير الحكومية من أعضاء لا يمثلون حكومات معينة وإنما يشتركون فيها بصفاتهم الشخصية من المتخصصين والمشتغلين بقانون التجارة الدّولية وأهم هذه الهيئات غرفة التجارة الدّولية بباريس CCI والتي تساهم في تسيير حركة المبادلات التجارية والتغلب على العقبات الفنية التي تعيق حرية تبادل السلع، وتضع من القواعد والأصول ما يتفق مع العرف التجاري السائد بين المشتغلين في حقل التجارة الدّولية [255]، لذا نقول أنّ ظهور غرفة التجارة الدّولية من بين العوامل التي ساعدت على تطوير المنهج الموضوعي من خلال وضعها للعديد من النماذج للعقود(contrats types)ومصطلحات التجارة الدّولية

[252]- ويرجع الفضل في إنشاء هذا المؤتمر إلى الفقيه الإيطالي PASQUALE MANCINI الذي تقدم في دورة الانعقاد الثانية لمعهد القانون الدولي بمدينة جنيف عام 1874 باقتراح يدعو إلى توحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين =وإنشاء هيئة دولية للعمل على تحقيق هذا الغرض. وعلى الرّغم من اهتمام معهد القانون الدولي بهذه الفكرة إلا أنها لم تتحقق إلا عام 1893 حين وجهت الحكومة الهولندية الدّعوة إلى أوّل دورة لمؤتمر لتوحيد القانون الدولي الخاص بمدينة لاهاي، بفضل الفقيه الهولندي TOBIA ASSER الذي صار رئيسا للدورات الأربع الأولى للمؤتمر بين عام 1893 وعام 1904 وتوالت الدورات في فترات غير منتظمة ومتباعدة حتى أبرمت اتفاقية دولية عام 1951 أقرت نظام المؤتمر ، الذي دخل دور التنفيذ منذ 15 يوليو 1955.

- أنظر: **شفيق محسن**، "اتفاقيات لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية"، مرجع سابق، ص 31 .

[253]- المنظمة العالمية للملكية الفكرية هي إحدى الوكالات المتخصصة من وكالات الأمم المتحدة وقد تم التوقيع على الاتفاقية المؤسسة لها في ستوكهولم عام، 1967 لتحل محل منظمة المكاتب الدولية المتحدة لحماية الملكية الذهنية التي أنشئت بدورها لتقوم بأعمال الأمانة العامة الموحدة لمكتبين قديمين المكتب الدولي لحماية الملكية الصناعية الذي أنشئ للإشراف على تنفيذ أحكام اتفاقية باريس، وأصبح اسمه الآن الاتحاد الدولي لحماية الملكية الصناعية أما المكتب الثاني فهو المكتب الاتحاد الدولي لحماية الإنتاج الذهني والأدبي والفني والذي أنشئ لتنفيذ اتفاقية برن .

[254]- راجع في الأعمال التي أنجزتها المنظمة منذ إنشائها:

- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص ص 294، 295.

[255]- يعود تاريخ غرفة التجارة الدولية إلى المؤتمر الدولي للتجارة الدولية الذي عقد بمدينة Atlantic بالولايات المتحدة الأمريكية عقب الحرب العالمية الأولى مباشرة عام 1919، فأقّر المؤتمر إنشائها كمنظمة دائمة تعنى بشؤون التجارة الدولية، فشكلت بعد وضع نظام لها في مؤتمر تأسيسها الذي عقد بباريس 1920، ومن أبرز أعمالها توحيد القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية، حيث عهد لها منذ 1923 إعطائها مدلولا واضحا ، فانتهت عام 1935 إلى إقرار مدونة تضم قواعد تفسير موحدة أطلق عليها اسم Incoterms 1938، بالإضافة إلى إقرارها للقواعد الموحدة المتعلقة بالاعتماد ألمستندي التي أصبحت ذات تطبيق شبه عالمي في إطار الروابط المصرفية.

(incoterms) التي تنظمها قواعد موضوعية، ونجد كذلك اللجنة البحرية الدّولية في بروكسل CMI وقد أنجزت لجنة قانون التجارة الدّولية التابعة للأمم المتحدة حتى الآن عدداً لا بأس به من الاتفاقيات الدّولية والقواعد النموذجية أهمها:

- اتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في نيويورك سنة 1974، والبروتوكول المعدل لاتفاقية مدة التقادم في البيع الدولي للبضائع في فيينا سنة 1980 .

- اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لعام 1978 في هامبورج وتعرف باسم قواعد هامبورج والتي دخلت دور النفاذ في أول نوفمبر سنة 1992 فيما يتعلق بالدول المنضمة إليها.

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدّولي للبضائع في فيينا سنة 1980 والتي دخلت دور النفاذ في أول جانفي سنة 1988 فيما يتعلق بالدول التي انضمت إليها.

- النّظرفي اتفاقية نيويورك سنة 1958 والتي لم تنبع عن عمل اللجنة والمتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في يونيو 1985.

-اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج الدولية والسندات الإذنيه الدولية والتي أقرتها اللجنة في اجتماعها في فيينا بتاريخ 14أوت1987.

-الدليل القانوني لصياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية حسبما أقرته مجموعة العمل التي انعقدت في نيويورك في أبريل 1987، وقد أقرته اللجنة في فيينا بتاريخ 14 أوت عام 1987.لاشك أنّ أهم ما يشكل قانون التجارة الدّولية هوالعديد من الاتفاقيات الدّولية التي ساهمت في تطبيق المنهج الموضوعي، كونها تأتي بقواعد وأحكام موضوعية تنظم مختلف المعاملات التجارية الدّولية[256]

[256]- أنظر في مسألة توحيد قانون التجارة الدولية: **متري موسى خليل**، "توحيد قواعد قانون التجارة الدولية"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 28، العدد الثاني، 2012، ص ص 143 - 164.

الفصل الثّاني

الطابع الخصوصي للقواعد الموضوعية في العقد الدّولي

اهتم الفقه الحديث بدراسة القانون الدّولي الاقتصادي، كفرع من فروع القانـــون الـــــدّولي، والواقع أنّ هذا القانون يشكّل فرعا واسعا جدا من فروع القـــــانون الدّولي، ويعتبر القانون التجاري الدّولي جزء من القانون الدّولي الاقتصادي، أي كل ما يتعلق بالقواعد الدّولية التي تنظم التجارة الدّولية، وهو ما يجعلنا نعطي وصفا واقعيا لظاهرة قانونية، ومع التسليم أنّ القانون التجاري الدّولي جزء من القانون الدّولي الاقتصادي فإنّ هذا الجزء قد اكتملت له العناصر التي يمكن أن تميّزه، وإن لم تفصله عن أصله.

إذا كان الاختلاف بين الدّول واضحا حول القانون الدّولي الاقتصادي لعدم وجود إطار قانوني محدد لهذا الفرع، فإنّ عبارة القانون التجاري الدّولي تبدو أكثر وضوحا، وسبب ذلك أنّ الدّول الأطراف في النّظام الدّولي التجاري قد اتفقت على أمور محددة نظمتها اتفاقيات دولية متعددة الأطراف، وبذلك فقد تمّ الاتفاق على رؤية مشتركة إلى هذا الفرع المستحدث والقائم واقعيا فضلا عن خضوعه للتنظيم الجماعي.

يتّضح لنا باستقراء كتابات فقهاء قانون التجار الدّولي، أنّ هناك تباين حول حقيقة قواعد هذا القانون واختلافا حول مكوناته ومصادره، فالأستاذ GOLDMANيؤكد أنّ الخلاف بين الفقهاء ليس فقط حول تعريف هذا القانون الجديد ولكن أيضا في مكوناتـــه، وكذلك يوضح الأستاذ FAUCHART وهو من رواد هذا القانون أنّه من الصعب وضع قائمة جامعة لكل مكوناته[257]، ولا شكّ أنّ هذا الإختلاف هو الذي ساهم في بناء الطابع الخصوصي لهذه للقواعد الموضوعية من حيث أصالة مصادرها

[257]- عن: **متوكل حياة**، "قانون التجار الدولي:(LEX MERCATORIA) المبادئ العامة وقواعد الأعمال"، **أبحاث ودراسات قانونية**، العدد الأول، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون الأعمال والمقالات، 2007، ص398.

(**المبحث الأوّل**)، وإذا كان أنصار هذا القانون يتباينون فيما يدخل من مكوناته، فإنّ المعادون لهذا القانون ينفون عليه حتّى الصّفة القانونية لقواعده، وبالتّالي القدرة على حلّ منازعات عقود التجارة الدّولية بصفة كاملة ومستقلة عن أيّ نظام قانوني آخر، وتعدّ هذه المسألة إشكال موازي يدفعنا للبحث عن الطابع الخصوصي للقواعد الموضوعية من حيث مدى فعاليتها في العقد الدّولي(**المبحث الثاني**).

المبحث الأوّل

من حيث مصادر القواعد الموضوعية في العقد الدّولي

يصف مصطلح المصادر والوسائل التي تنبثق عنها القواعد الموضوعية التي تحكم عقود التجارة الدّولية، أسلفنا أنّ قواعد قانون التجارة الدّولية تتميز بعدّة خصائص تجعل من هذا القانون قانونا مواكبا للتطورات المتلاحقة في التجارة الدّولية، ولعلّ أبرز هذه الخصائص أنّه قانون موضوعي تلقائي النّشأة يخاطب فئة معينة في مجتمع عبر دولي خاص، كما أنّ مصادره متنوعة ومختلف عليها فيما بين الفقهاء، فمنهم من يرى أنّ هذا القانون مجرد تعبير عن إرادة سلطة عليا في الدّولة، فيحصر مصادره في مصادر القانون الرسمية المعروفة، وهؤلاء يعرفون بأصحاب الاتجاه الشكلي.

إلى جانب هذا الإاتجاه نجد، الاتجاه الموضوعي الذي يتزعمه الفقيه "Savigny"، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ القانون انعكاس للبيئة التي ينشأ فيها، يعبّر عنها ويتطور بتطورها، وهو لذلك يركّز اهتمامه على ما يسمى بجوهر القانون أو مادته ويجعل العرف هو المصدر الرّئيسي للقانون باعتباره يعبر عن ما تعارف عليه المجتمع.

يعتبر القانون الوطني على حد تعبير الأستاذ (C.Schmhittoff) عقيما وأصبح قانونا للمحامين بعد أن انقطعت صلته بالعمل وبالحياة التجارية الفعلية نتيجة عدّة تغييرات طرأت على التنظيم القانوني للتجارة الدّولية، وأمام هذه المعطيات يقتضي الأمر منّا البحث في مصادر القواعد الموضوعية، وهي مصادر متعدّدة تتواجد تارة في النّظام القانوني الـــدّولي، وتارة أخرى في النّظام القانوني الوطني، إلاّ أنّها تستهدف وضع حلول موضوعية خاصة للعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي.

يجعل توحيد القواعد الموضوعية في اتفاقيات دولية ومن ثم إدخالها في النّظام القانوني الوطني تماثل القوانين الوطنية العادية، ومن جانب آخر فإنّ تولي المشرعين في الدّول المختلفة وضع حلول مباشرة للعلاقات الخاصة الدّولية أو المشوبة بعنصر أجنبي

يثير هو الآخر صعوبة تمييز القواعد الموضوعية عن القوانين ذات التطبيق الضروري، هذا فضلا عن دور القضاء في بعض الدّول في وضع القرارات المتماشية مع ضرورات وحاجات التجارة الدّولية ممّا يدفع إلى التساؤل عن مدى اختصاص القضاء في وضع القواعد الموضوعية وكذلك الأمر بالنسبة للفقه؟

تقتضي دراسة مصادر القواعد الموضوعية التطرّق إلى أسلوب التنظيم الإسنادي غير المباشرمن خلال بحث أصالة هذه المصادر في إطار القانون الدّولي الخاص المادي(**المطلب الأوّل**) وكذلك أسلوب التّنظيم الموضوعي المباشر من خلال بحث أصالة هذه المصادر في إطار قانون التجارة الدّولية بمعنى المصادر الدّولية المختلفة التي تتشكل من القواعد عبر الدّولية بالإضافة إلى قضاء التحكيم الدّولي(**المطلب الثاني**).

المطلب الأوّل

أصالة القواعد الموضوعية في إطارالقانون الدّولي الخاص المادي

تستدعي دراسة مصادر هده القواعد[258] الإشارة إلى أنّ الرّومان هم أوّل من أسّسوا لقواعد مادية تحكم الروابط القانونية المشتملة على عنصر أجنبي من خلال قانون الشعوب الذي كان نواة القانون التجاري المشترك بين الأمم، مدركين منذ زمنهم حتى قبل ظهور مشكلة تنازع القوانين عدم ملائمة قواعد القانون الروماني للعلاقات الناشئة بين التجار الرّومان وغيرهم.

بدأت الدّول مع التطورات المتلاحقة وظهور عصر التقنينات تتجه نحو التمسك بتطبيق قوانينها الوطنية على المنازعات المطروحة أمام محاكمها، ممّا أدّى إلى نشأة حلول

[258] - قد يراد بالمصدر كما هو معروف الشكل الذي خلع على قاعد صفتها القانونية وجعلها ملزمة ومقترنة بجزاء، كما قد يراد به المصدر التاريخي الذي استمدت منه هده القواعد صياغة أحكامها، وقد يراد به المصدر المادي أو الحقيقي الموضوعي الذي هو عبارة عن الحادث الزمني، الظاهرة الاجتماعية أو الاقتصادية التي وضعت هده القواعد لتنظيمها وهو ما يهمنا في هذه الدراسة.

التنازع عند تزاحم عدّة قوانين لحكم الروابط الخاصة الدّولية، وأمام الهجوم العنيف الذي شنّا على المنهج التنازعي ظهرت الحاجة إلى العودة لإخضاع العقود الدّولية لقواعد مادية خاصة يستجيب مضمونها إلى الطّابع الدّولي لهذه العقود، هذه القواعد الموضوعية لا تنطبق بحسب الأصل إلاّ على هذه العلاقات، على الأقل ما لم ينص المشرع على غير ذلك صراحة [259].

تطبّق قواعد القانون الدّولي الخاص المادي تطبيقا مباشرا على العلاقات الدّولية التي تدخل في نطاق سريانها بصورة لا تحتاج لمنهج التنازع بما يتضمنه من حلول لمشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق، فتطبق تلك القواعد بغض النّظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين، وعلية فلا يعود القاضي لتطبيق المنهج التنازعي إلاّ في الفروض التي لا يجد فيها قاعدة مادية تقدم له حلا مباشرا للمسألة المعروضة عليه.

يحاول المشرّع في دولة القاضي أن يتجنّب أوجه النّقد الموجهة لمنهج التنازع والتي أشرنا إليها في الفصل الأوّل، بذلك يتصدى بنفسه لوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدّولية بمقتضى تشريع داخلي يتضمن قواعد موضوعية تتلاءم وطبيعة هذه العقود حتى وإن كان فقهاء قانون التجار الدولي يرون أنّ بروز هذا القانون هو دليل على إخفاق مشرعي القانون الوضعي في السيطرة على عقود التجارة الدّولية ليس لأنهم قد لا يرغبون في ذلك بل لأنهم غير قادرين على ملاحقة التطور السريع لهذه العقود.

كذلك يفعل القضاء في بعض البلدان حينما يتصدى لوضع حل مباشر للنزاع عندما يغفل المشرع فعل ذلك، فتستقر تلك القواعد ذات الطابع القضائي التي يقتصر تطبيقها على العلاقات الخاصة بالتجارة الدّولية، لتشكل في مجموعها القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني(**الفرع الأول**)، إلى جانبها نحاول تحديد القواعد الموضوعية ذات المصدر الاتفاقي (**الفرع الثاني**).

[259] - **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص702.

الفرع الأوّل

القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني

تنحصر القواعد الموضوعية ذات المنشأ الوطني في مصدرين، تشريعي وقضائي، فخلافا للمعتاد في وظيفة المشرّع الوطني، والقاضي الوطني، اللذين تتركز وظيفة كل منهما نحو خلق القانون للعلاقات الدّاخلية بالنّسبة للأوّل وتطبيق القانون وليس إنشائه بالنّسبة للثاني، وعلية سنحاول تحديد القواعد ذات المصدر التشريعي (أولا)، ثمّ ذات المصدر القضائي (**ثانيا**)، لننهي بتحديد الدّور البارز للفقه في إرساء هذا النّوع من القواعد(**ثالثا**).

أوّلا - القواعد الموضوعية ذات الأصل التّشريعي

تشير الدّراسات المقارنة للتشريعات المعاصرة، وكذلك فقه القانون الدّولي الخاص أنّ القواعد الموضوعية التشريعية تتّسم بالنّدرة والتشتّت في موضوعات القانون التجاري[260]، ويرجع ذلك إلى أنّ المشرع الداخلي لا يهتم عادة إلاّ بالتّنظيم الموضوعي للعلاقات الدّاخلية، وحتى في الفروض التي يتجه فيها للتّنظيم الموضوعي للروابط المتعلقة بالتجارة الدّولية فهو يفضل في هذه الحالة أن يحقق هذا الهدف من خلال المعاهدات الدّولية[261].

ليس موقف التشريعات الداخلية الرافض للتنظيم الموضوعي للروابط الدّولية مطلقا، لأنّه عند مراجعة دراسات الفقه في هذا الموضوع، فإنّ المثال الواضح الذي

[260]-**DEBY-Gérard Françoise**, *le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973, P.95.

[261] - **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص709.

يسوقونه في ذلك نجده في القانون التشيكي لسنة 1963، وقانون ألمانيا الديمقراطية قبل الوحدة الألمانية لسنة 1976 المتعلق بالعقود الاقتصادية[262].

يرى الأستاذ "**محسن شفيق**" أنّ هذا المنهج يشكل حلا موفقا في الدّول التي تقوم تشريعاتها الوطنية على مذاهب اجتماعية أو اقتصادية أو عقائدية قد تكون في ذاتها على جانب كبير من السمو ولكنها لا تطمئن لمجتمعات التجار في الدول الأخرى[263].

أدخل المشرع البلجيكي نصوص اتفاقية ستراسبورغ المبرمة في 20 جانفي 1966 التي تعتبر قانونا موحدا للتحكيم، في قانونه القضائي بمقتضى القانون الصادر في 4 جوان 1972، فأدخل بمقتضاها تعديلا حدّ من حالات اللجوء إلى المحاكم في شأن دعاوى بطلان أحكام التحكيم الدّولي الصادرة في بلجيكا ولا تقبل الدعوى إلاّ إذا كان أحد أطراف التحكيم شخص طبيعي بلجيكي أو متوطن في بلجيكا... الخ [264].

قد يتساءل البعض منّا في هذا الموضع حول مسألة تبرير وجود القواعد الموضوعية التشريعية، لأنّه إذا كان تبرير القواعد ذات التطبيق الضروري يتحدد في الوظيفة التي تؤديها في النّظام القانوني الوطني، فما هو بالنسبة للأولى؟ فإذا كانت الدّولة تملك بحكم وظيفتها التشريع للعلاقات الدّاخلية، فهل يمكنها أن تسن قواعد مادية داخلية لكي تطبق حصرا على العلاقات الدّولية ؟ وبالتّالي كيف تكتسب تلك القواعد خاصية الموضوعية في القانون الدّولي الخاص؟

1- تبرير اختصاص المشرّع الدّاخلي في وضع القواعد الموضوعية

استقر الفقه الغالب باختصاص المشرع الوطني في سنّ القواعد الموضوعية الخاصة بالروابط الدولية، غير أنّ الفقه اختلف في الأساس الذي يستند إليه هذا

[262] - أنظر في ذلك: **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 19. وأنظر: **عبد الكريم سلامة أحمد**، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا و منهجا، مرجع سابق، ص 264.

[263] - **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص14.

[264] - **عبد المجيد منير**، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 51.

الاختصاص، إذ يؤكد فقيه القانون المقارن René David أنّ التقنين لم يستند مطلقا إلى فكرة أنّ القانون ظاهرة وطنية، وأنّ المشرع الوطني له السلطة الكاملة في تنظيم العلاقات القانونية الدّولية، في حين يرى جانب آخر من الفقه من خلال تحليله لواقع المجتمع الدولي الذي تنعدم فيه سلطة عليا تفوق سلطة الدولة [265]، أنّ هذا الاختصاص في وضع القواعد الموضوعية يستند إلى قانون ازدواج الوظيفة.

تنشأ القواعد القانونية لمجتمعات ما بين الدّول كما يؤكد جورج سل من خلال طريقتين، طريقة **التعاون**[266] كالاتفاقيات والعرف، وطريقة **التزاحم والاستئثار**، حينما تستقل كل دولة بالتشريع للروابط الدّولية، وإن كان لهذه الطريقة الأخيرة عيوبها، لأنّها تشيع الاضطراب الذي لا سبيل لإزالته إلاّ بالتعاون الذي تنشد إليه جميع الدّول، لأنّ قيام تبادل اقتصادي بين مختلف الشعوب ودول العالم أدى إلى انشاء مجموعة من القواعد يطلق عليها مصطلح النّظام الاقتصادي الدّولي الذي يمكن تعريفه بأنّه المبادئ والقواعد القانونية التي تنظم التبادل الاقتصادي الدولي، ويفترض وجود هذا النّظام ذاته بنبذ الدّول سياسة العزلة والاكتفاء الذاتي، وإحلال التعاون الدّولي محلها[267].

لمّا نتحدث عن سلطة المشرع الداخلي في وضع القواعد الموضوعية التشريعية نتساءل عن حدود هذه السلطة؟

ننطلق من فكرة مفادها أنّ المشرع الوطني حينما يضع مثل هذه القواعد إنّما يحاول تحقيق الأهداف الوطنية والمصلحة العامة التي قد تتقاطع مع مصالح الدّول الأخرى، وتأسيسا عليه كان لابد أن يكون وضع القواعد الموضوعية التشريعية خاضعا لمجموعة من القيود التي يفرضها القانون الدولي خاصة، تلك التي تتعلق بتنظيم الدّولة

[265]- **شارون حسينة**، "علاقة القانون الدولي بالقانون الداخل"، **مجلة الباحث**، العدد 5، 2007، ص ص 161-162.

[266]- **BOUCOBZA Xavier**, « La prise en comptedes intérêts de l'état dansle commerce international », op, cit, p. 479.

[267] - **بن صغير عبد المومن**، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة مولاي الطاهر السعيدة، 2010، ص 45.

لمركز الأجانب، كقيد يحدّ من سلطة المشرع، وعموما يمكن أن نصنّف هذه القيود إلى تلك المفروضة بموجب الاتفاقيات الدّولية كتلك المتعلقة بتشجيع الاستثمار وتنمية التجارة الدولية والتعاون الاقتصادي، وقيودا أخرى تقع ضمن ما يسمى بقواعد الحد الأدنى التي يفرضها العرف الدولي[268].

المقصود بهذه الفكرة أنّ الدّولة تتمتع كقاعدة عامة في إطار ممارستها الدّولية بموجب نطاق القانون الدولي وتكريسا لمبدأ السيادة في مجال اختصاصها الإقليمي بحق اتخاذ إجراء نزع الملكية بجميع صورها سواء المصادرة[269]،أوالتأميم في مواجهة الاستثمارات الأجنبية، وهو مبدأ منصوص عليه في أغلب الدساتير وقوانين الاستثمار، وقد أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة.

غير أنّ هذه القاعدة ليست مطلقة بحيث تفرض الأحكام العرفية للقانون الدولي قيودا على الدّولة، وهو ما نقصده بقيد الحد الأدنى لمعاملة أو حماية الأجانب، والذي يقضي بأنّ لكل أجنبي يقيم على إقليم دولة أن يتمتع بقدر من الحقوق تعتبر الحد الأدنى

---

[268] - بالرجوع إلى الممارسات الدولية نجد ما يدعم ويؤسس الفكرة حيث أيدت محكمة العدل الدولية الدائمة قيد الحد الأدنى في كثير من أحكامها، فقضت في حكمها الصادر في 1926/05/25 في النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح الرعايا الألمان المقيمين في سيليزيا العليا البولندية بقولها: " إنّ معاملة الرعايا الألمان المقيمين في بولندا يجب تكون متفقة مع الأحكام التي يفرضها القانون الدولي العرفي على كل دولة بشأن معاملة الأجانب" أنظر:

- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 27.

[269] - المصادرة هي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة بمقتضاه تستولي على ملكية كل أو بعض الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص، وذلك دون تعويض أو مقابل ، وتشمل الأموال العقارية و المنقولة ، وتنقسم المصادرة إلى نوعين إدارية وجنائية، تعتبر الأولى إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن والصحة والسلامة العامة، وتتخذه السلطة الإدارية دون حكم قضائي، بينما النوع الثاني يتعلق بإضافة أو نقل مال مملوك للجاني إلى الدولة أو أحد مؤسساتها دون مقابل ، وهي من العقوبات التكميلية، ولا تجب إلاّ بحكم قضائي وقد تكون وجوبية أو جوازية.

- **أنظر: بوسهوة نور الدين**، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي بين القانونين الدولي و الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، 2005/2004، ص ص 85-86.

- أنظر المرجع نفسه لتحديد أوجه الفرق بين كل من نزع الملكية والتأميم والمصادرة، وكذلك:

-**قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلومالسياسية، جامعة تيزي وزو، 2012 ، ص 246 وما بعدها.

كتلك المتعلقة بتعويضهم في حالة نزع الملكية، كما يجب على كل دولة أن تعترف به لهم وفقا القواعد الدّولية العرفية [270].

أمّا بالنسبة للقيود المفروضة على الدّولة في وضع القواعد الموضوعية التي يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية كتلك المتعلقة بتشجيع الاستثمار، وتنمية التجارة الدولية والتعاون الاقتصادي، فيجب أن ننوه أوّلا، أنّ هذه الاتفاقيات ظهرت نتيجة عدم كفاية الحماية الدّولية العرفية للاستثمارات بالنّظر إلى ضعف الحد الأدنى للحماية الإجرائية والموضوعية كمحدودية التعويض في إطار الأعراف الدولة وغيرها.

2- معيار تحديد صفة الموضوعية للقواعد التشريعية

من الأمثلة التي يسوقها الفقه على القواعد الموضوعية التّشريعية التي تتولى تنظيم المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية تقنينات التجارة الدّولية لبعض الدّول الاشتراكية السابقة، كالقانون التشيكي الصادر في 1963/12/04، والذي بدأ العمل به اعتبارا من 1964/04/01، وكذلك التقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الصادر عن ألمانيا الديمقراطية سابق في 1976/02/05، والأعراف العامة للتجارة في يوغسلافيا لعام 1954 التي حلّ محلها قانون الالتزامات لعام 1978 [271].

بالإضافة لهذه القواعد نجد مجموعة واسعة من القوانين التي تصدرها الدّول بهدف تشجيع الاستثمارات الأجنبية، وكذلك القوانين المنظمة للتحكيم الدولي إذ تتضمن هذه القوانين قواعد خاصة بالعلاقات والروابط القانونية الدولية تختلف عن مثيلاتها المعدّة للعلاقات الداخلية.

---

[270] - **بن صغير عبد المومن**، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص 14.راجع كذلك:
- **حسين نورة**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 152.

[271] -**RENE David**, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris ,1982, p. 476

نتساءل عن كيفية اكتساب هذا النّوع من القواعد الدّاخلية للصفة الموضوعية في القانون الدّولي الخاص؟

يرى بعض الفقه أنّ وجود هذه القواعد المقننة للتجارة الدّولية مرتبط بالدّول الاشتراكية[272] التي تحتكر فيها الدّولة التجارة الخارجية، ولأن النّظام القانوني الداخلي يسيطر عليه مبدأ التخطيط، ممّا يجعل القانون الدّاخلي غير ملائم لتنظيم عمليات التجارة الدولية، ولكنه من المتعذر التسليم بهذه الفكرة رغم وجاهتها، بالنّظر إلى وجود مثل هذه التقنينات في غير الدّول الاشتراكية كالقانون الأمريكي التجاري الموحد، وكذلك وجود مجموعة من القوانين الموحدة الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، التجارة الالكترونية، القانون النموذجي للإعسار وغيرها كثير[273].

[272] - من الأنظمة الاشتراكية التي جعلت للتجارة الدولية قبل الحرب العالمية الثانية قانونا نجد:

- النظام القانوني البولوني للتجارة الخارجية الصادر في 1934/06/27 الذي ألغي بصدور القانون المدني في 1964/04/23 مع الاحتفاظ ببعض التنظيمات لقانون التجارة الخارجية، ثم صدر قانون 1972 المتعلق بتراخيص ممارسة أنشطة التجارة الخارجية وكان يستهدف بوجه خاص المستثمرين الأجانب المسموح لهم بالاستثمار في بولوني.

- النظام القانوني للتجارة الخارجية والقانون الدولي الخاص للعقود للاتحاد السوفيتي سابقا، يتضمن مجموعة القواعد الموضوعية المنظمة للعلاقات الخاصة ذات الطبع الدولي ومنها، القواعد التي تنظم مبدأ احتكار الدولة للتجارة الخارجية وأشكال الأنشطة الاقتصادية الأخرى ،القواعد القانونية التي تحدد الحالة القانونية للمؤسسات السوفيتية للأعمال التي يجرى التعاقد بشأنها مع متعاقدين أجانب ...الخ.

-القانون المجري للتجارة الخارجية لعام 1974، وعليه نلاحظ أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي اكتسبت أرضية صلبة في البلدان الاشتراكية، ثم فرض نفسه في النظم القانونية الأخرى

-**المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص80. وكذلك الصفحات، 201-202.

[273] - ثارت إشكالية حول تطبيق مثل هذه القواعد، فهل يؤدي إلى استبعاد اللجوء إلى قواعد التنازع وبالتالي تطبيقها تطبيقا مباشرا متى كان الأمر يتعلق برابطة عقدية دولية؟ أم الأمر يقتضي اختصاصها بموجب قواعد الإسناد؟

- الإجابة على هذه الإشكالية ستكون في الباب الثاني من هذا البحث، الذي سيتمحور حول تطبيق القواعد الموضوعية بكل أنواعها.

ثانيا -القواعد الموضوعية ذات الأصل القضائي

ينحصر دور القاضي الوطني فيما يتعلق بالعقود الدّولية في تطبيق القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانونه، فيكون دوره تطبيق ما يوجد من قواعد دون أن يتعدى إلى خلق قواعد جديدة، ولكن أمام مسألة عدم وجود تقنين متكامل لمسائل القانون الدّولي الخاص الذي تتناثر قواعده في نصوص متفرقة، ولعلّ هذا ما يلقي بكل ثقله على القضاء ليمارس دورا مهما في هذا القانون إذا عرض عليه نزاع لا يجد له مخرجا في نص التشريع القائم، أو كان الحلّ الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد يتعارض مع النّظام العام في قانونه الوطني.

يعمل المشرع والقاضي وفقا لهذا التصور ووفقا لطبيعة القانون الدّولي الخاص كلاهما وفقا **لنظرية الامتداد والتكامل**، فالأوّل يسعى إلى تأمين بقاء دوره منحصرا في المواجهات العامة بسبب عدم إمكانية الإلمام بكل تفاصيل المسائل بتعقيداتها المتغيرة، والمشرع بسعيه هذا أراد أن يمنح القضاء إمكانية هذه المواجهة[274].

أظهرانحصار تدخّل المشرع في القانون الدّولي الخاص قصورا تشريعيا فسح المجال أمام القضاء ليلعب دورا منشأ تارة، ودورا معزّزا تارة أخرى لما أقرّه المشرع من قواعد وحلول، فتكون أحكام القانون طيعة بيد القاضي، يطور بها القانون تطويرا مستمرا ويواجه به ما يتغير من ملابسات وأحوال، وذلك من خلال ما يمكن أن نسمّيه **بالسلطة التقديرية للقاضي**، التي هي نوع من المرونة التي تحصل باتفاق ضمني ما بين المشرع والقضاء[275] لإضفاء نوع من المواءمة بين الواقع المتحرك والنّص الجامد بغية التوفيق بين معطيات ومقتضيات الحياة الخاصة الدّولية.

---

[274] - **عبيد خير الدين كاظم**، " دور القضاء في تقنين القانون الدولي الخاص"، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، المجلد الأول، العدد الأول، 2009، ص 244.

[275] - **زرقون نور الدين**، "سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع "، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، العدد الثامن، جانفي 2013، ص6.

رغم أنّ القاضي هنا لا يضيف لهذا النّص الجامد شيئا وإلاّ كان مشرعا وهذا لا يستقيم مع مبدأ الفصل بين السلطات، التشريعية والقضائية، إلاّ أنه رغم ذلك يقوم بمهمة صعبة له فيها الحكم في تقرير معنى النص[276]، ولذلك لابد له من بعد النّظر والقدرة على فهم معنى النّص، ودور القاضي يبرز أكثر في حالة انعدام النّص، وهو هنا لاشك يواجه فرضا أصعب من سابقه، وبهذا يقرر الفقه بحق اعتبار القضاء مصدرا للقانون، وهذا تقرير لأمر واقع ومسألة علمية يتم التحقّق منها بالمشاهدة والتجربة حسب علم الاجتماع القانوني[277]، كما أنّ الفقه نفسه يقرر عدم وجود تعارض بين المبادئ العامة كمبدأ الفصل بين السلطات الذي أشرنا إليه سالفا وبين الاعتراف للقضاء بصفته مصدرا رسميا من مصادر القانون كما في بلاد القانون العام.

---

[276]- يمارس القاضي سلطة الاجتهاد التي منحه إياها القانون عبر تدرج معين، مع العلم أنها سلطة تخضع لرقابة النقض، وتمر سلطة القاضي في اختيار الحل القانوني للنزاع عبر 03 مستويات:=

- المستوى الأول: تكون فيه سلطة القاضي مقيدة وهي المتعلقة بتطبيق قاعدة قانونية واضحة.

- المستوى الثاني: يخفض فيه المشرع سلطة التقييد على سلطة قاضي الموضوع أين تكون القاعدة واجبة التطبيق غير واضحة، حيث يتعين على القاضي إجراء عملية التفسير أوّلا ثم تطبيق النص.

- المستوى الثالث: تصبح فيه سلطة القاضي واسعة حيث ترك فيها المشرع للقاضي حرية اختيار القواعد الواجبة التطبيق.

- للتفصيل أنظر: **زرقون نور الدين**، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، مرجع سابق، ص 2.

[277]- هناك من التشريعات من يمنح للقاضي سلطة وضع القانون عند الضرورة ، كما لو أنه قد باشر سلطة التشريع، إذ تنص المادة 4 من القانون المدني السويسري الصادر في 10 ديسمبر عام 1907 " في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه فإن القاضي يحكم بمقتضى القانون العرفي ، فإن لم يجد عرف ، فبحسب القواعد التي كان سيضعها هو لو أنّه باشر عمل المشرع " .

-النص متوفر على الموقع:

http://www.loisuisse.ch/fra/sr/210/210_000.htm

- ويقرر المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني أنّه عند عدم وجود حل للنزاع في التشريع أو العرف أو في الشريعة الإسلامية الرجوع إلى القانون الطبيعي أو قواعد العدالة، وهذه النصوص يشير إليها الفقه كسند في تقرير حرية القضاء في الاجتهاد للوصول إلى حلّ عادل يكون فيه لقضاء مصدرا أخيرا للقاعدة القانونية.

- أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

- أنظر في هذا التدرج: **تناغو سمير عبد السيد**، النظرية العامة للقانون، منشأة المعرف، الإسكندرية، د ت ن، ص 498.

شهدت الأربعون عاما الماضية دورا بارزا للقضاء المعاصر في معظم بلاد العالم مستهدفة معالجة أوجه القصور وعدم الملائمة في قواعد الإسناد والقوانين الوطنية البحتة من خلال إرساء قواعد موضوعية مباشرة، وفي هذا الصدد اتجه القضاء الفرنسي[278] منذ الثّلث الأوّل من هذا القرن إلى خلق بعض القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص التي تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية، وذلك نتيجة تطور استخدم فيه القضاء وسائل متعددة وصولا إلى تطبيقها بطريقة مباشرة استقلالا عن أية قاعدة من قواعد تنازع القوانين[279].

نجد من بين أهم القواعد الموضوعية التي ارساها القضاء الفرنسي، قاعدة حرية اختيار عملة الدّفع وقاعدة مشروعية واستقلالية شرط التحكيم بالإضافة إلى قاعدة أهلية الدّولة وهيئاتها العامة في الخضوع للتحكيم، فقد توصل القضاء في هذا المقام إلى إقرار قواعد تستهدي حاجة المعاملات الدولية تحت ستار التفسير، ولكنه قد مارس في الواقع دورا قاسم فيه المشرع اختصاصه[280].

تجنبا للتكرار سنتطرق لأهمّ الأحكام والقرارات القضائية التي ارست هذه القواعد، في الباب الثاني من هذه الدّراسة، باعتبارها تدخل في موضوع تطبيق القواعد الموضوعية.

تعتبرالمدرسة الأنجلوسكسونية من حيث تقويم المصدر القضائي للقواعد الموضوعية، القضاء مصدرا رسميا للقاعدة القانونية وفقا لنظام السوابق القضائية والتي

---

[278]- ساد الشعور في فرنسا لوقت طويل بأنّ القانون يجب أنّ يكون مكتوبا، ممّا أدى إلى استبعاد الاجتهاد القضائي، ولكن سرعان ما تغيّرت النظرة وأصبحت أكثر واقعية، وقد أدى تطبيق قانون نابليون لعام 1804 إلى إدراج ضرورة الاجتهاد القضائي. أنظر:

- **براهمي حنان**، "اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية" ، **مجلة الاجتهاد القضائي** العدد الرابع، مارس 2008، ص 329.

[279]-**DEBY-Gérard Françoise**, *le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Op.cit, P.127.

[280]- **MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, *Droit international privé*, Op, cit, p.14.

تعتبر هذه الأخيرة بقوة القانون، بينما المدرسة اللاتينية تعتبره مصدرا تفسيريا، وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات العربية، ولكن ما مكانة القضاء في مجال القانون الدولي الخاص؟

اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض في تقدير سلطة القاضي في إنشاء القواعد الموضوعية في مجال القانون الدّولي الخاص، فيرى الاتجاه المعارض أنّ القواعد التي مصدرها القضاء عاجزة في حدّ ذاتها عن تحقيق أهداف وطموحات أنصار المنهج الموضوعي، ولا شك في عدم قدرة القواعد الموضوعية التي يسوغها القضاء على تحقيق مثل هذا القانون نتيجة كون القاضي مسوقا في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة بدولته وفقا لما تقضي به مصالحها.

كما أنّ فتح السبيل أمام القضاة قد يدفعهم إلى وضع قواعد يرونها ملائمة وفقا لمعتقداتهم الشخصية، وهو ما قد يشكل إخلالا بتوقعات الأفراد، لأنّ سلطة القاضي هي تطبيق القانون، وحين يفسر القاضي ما جاء غامضا من القانون أو حتى التوسع في نطاق ذلك لا يجب أن يدّعي القاضي أنّه ينشئ قاعدة قانونية، وحسب الفقه المعارض فإنّ الاعتراف لكل دولة بالتصدي لوضع قواعد موضوعية خاصة بالروابط الدولية من شأنه أن يعمق الخلاف بين الأنظمة القانونية الدّاخلية في هذا الشأن .

ينطلق مؤيدو القانون القضائي من فكرة مفادها أنّ **مبدأ الفصل بين السلطات مفهوم قديم**، وبالتالي حصر وظيفة القاضي بتطبيق النّص القانوني والتفسير في حدود الّنص مسألة ضيقة، أكثر من ذلك فالواقع العملي والضرورات الدّولية أعطت تدريجيا سلطة منشئة وخالقة للقاضي لوضع حلول موضوعية تشكل في النهاية قواعد قانونية موضوعية، ولا أدلّ على ذلك القضايا الشهيرة التي عالجت مثل هذه الحالات كإجازة القضاء الوطني شرط التحكيم وأهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم وغيرها.

كان للقضاء منذ ولادة هذا القانون، دورا حيويا وأكثر نموا، ولم ينحصر دوره فقط في التطبيق والتفسير، وإنّما حاول منذ البدء أن يمدّ نشاطه إلى أكثر من هذا الحيّز القانوني، وأخذ يوسع من مفهوم التطبيق، بمعنى أنّه يمدّ نطاق عمله إلى خلق وابتكار نظريات قانونية في مجال القانون الدّولي الخاص مثل نظرية " الاعتداد بالجنسية الفعلية"[281].

لعلّ أنّ طبيعة الموضوعات التي يتناولها هذا القانون فضلا عن التسارع في نمو وتطور علاقاته خاصة تلك المرتبطة بالتجارة الدّولية بسبب تطور الوسائل، ولّد لدى المشرع هاجسا بأنّه غير قادر على مواكبة هذا التطور مفضلا ترك هذا المجال مفتوحا لصالح القضاء.

يذهب البعض إلى أنّ القاضي وهو يحاول أن يكمل النقص في القانون لا يخلق قاعدة قانونية عامة، ولكنه يخلق حلا عادلا لنزاع ليس له حل في قواعد القانون الوضعي، ولكن القاضي وهو يخلق هذا الحل إنّما يستوحيه من قاعدة عامة اكتشفها عن طريق الرجوع إلى جوهر القانون وهو العدل أو الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون، وتكرار الأخذ بهذا الحل في المنازعات المتشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية قضائية، هي القاعدة التي اكتشفها وطبقها الحكم الأول[282].

تساهم على هذا الأساس أحكام القضاء مساهمة كبيرة في تطوير القانون، لذلك فإنّ تحديد دور القضاء في مجال القانون الدّولي الخاص خاصة في إطار العقود الدّولية لا يعتبر مسألة تقويمية بقدر ما هو مسألة تقريرية يرجع فيها إلى واقع هذا القانون، أين تكون دائرة نشاط القاضي أوسع من دائر نشاط المشرّع وأقرب منها إلى الواقع.

[281] - **ناصف حسام الدين**، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دار النهضة العربيــة، د.م.ن، 1994، ص 331.

[282] - **تناغو سمير السيد**، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 502.

يكون للقاضي وحده إدراك النّقص الذي يعتري التشريع عندما يباشر سلطته في تطبيقه، فيحاول حينئذ تخطي وظيفته التقليدية المتمثلة في التفسير إلى وظيفته الحقيقية وهي الحكم بالعدل وبما يتلاءم مع الروابط الدولية، وهو ما جعل القضاء لم يتردد من الإعلان عن استقلالية القواعد التي أرساها بوصفها من قواعد القانون الدولي الخاص الموضوعي.

ثالثا - اهتمامات الفقه بالقواعد الموضوعية

أسهم الفقه بشكل كبير في إرساء القواعد الموضوعية الخاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، ورغم إجماع الفقه بأهمية وتطور هذه القواعد فإنّه لا توجد هناك دراسات وافية لها، فكل فقيه تناول المسألة من زاوية معينة أو بمناسبة يغلب عليها جميعا دراستها في قانون التجارة الدّولية، أو في مسألة التحكيم أو في علاقة المنهج بغيره من مناهج القانون الدّولي الخاص.

يقول الأستاذ " **أحمد عبد الكريم سلامة**" نحن لا نعارض بل نستحسن وجود القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، بالنّظر إلى استجابتها لمعطيات العلاقات الخاصة الدّولية وبعدها عن التعقيد في حل منازعات تلك العلاقات[283]، ويقول في موضع آخر أنّ: "قاعدة الإسناد لم تعد المنهج ذي الاختصاص الاستئثاري بتنظيم العلاقات بين الأفراد عبر الحدود"[284].

يذهب جانب آخر من الفقه في نفس الاتجاه إلى التّأكيد على أنّ المنهج التنازعي ليس المنهج الوحيد لحل تنازع القوانين، بل أن منهج القواعد الموضوعية أصبح منهجا منافسا له، ولا وجه لإعمال قواعد الإسناد إلاّ في الفروض التي تسكت فيها القواعد الموضوعية عن إعطاء حل للنزاع.

[283] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص321 و 254.

[284] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 288.

يقول في هذا المعنى **د/ محند اسعاد** أن نتبنى مفهوما أكثر اتساعا للقانون الدّولي الخاص، وأن نسلم بأنّه قانون العلاقات الدّولية مهما كان منهج الحل المعتمد، وحينئذ نجد أنفسنا أمام تعدد المناهج وليس أمام محاولة استبدال منهج بآخر[285].

يرى أنصار القانون التجاري الدّولي أنّ الاتجاهات الحديثة في مجال التجارة الدولية تتجه نحو خلق تنظيم موضوعي مباشر ينطبق مباشرة على العقد الدّولي، وفي رأيهم فإنّ القواعد العرفية هي الأجدر بحكم هذه العلاقات بحكم طبيعتها التي وجدت أصلا من أجلها، فيقول البعض أنّ التجارة الدولية لا تعرف أحسن الشروط لنموها، إلاّ عندما لا تتحمل قيود تباين أو اختلاف التشريعات، لأنّ هذه الأخيرة تظهر القلق في شأن آثار الاتفاق المبرم في الزمان والمكان[286]، هذا القلق الذي لا يمكن أن يختفي إلاّ إذا تمّ تحييده، بمعنى وضع العقد في مأمن من آثار القانون الوطني.

كان كذلك للفقه الغربي دور في جذب انتباه الفقه المعاصر في معظم دول العالم حول أهمية هذه القواعد، وقد توجه فقه NIBOYET ممثل المدرسة الفرنسية نحو إبراز وجود منهج آخر لحلول التنازع الذي يطبق مباشرة في العلاقات الدّولية، بوصفها قواعد خاصة ومخصصة لهذه العلاقات تدخل في إطار قواعد القانون الدّولي الخاص المادي.

يقوم الدّور الذي يلعبه الفقه على أساس سدّ الفراغ التّشريعي، وما دام وجود القانون الدولي الخاص مرتبط بتعدد الأنظمة القانونية للدّول، فكان دور الفقه في هذا الشّأن هو الدعوة إلى وحدة الحلول القانونية وبالتّالي إزالة الاختلافات التي من شأنها إشاعة القلق بين المتعاملين في التجارة الدّولية.

[285] - **إسعاد محند**، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 126.

[286] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 277.

الفرع الثّاني

القواعد الموضوعية ذات المصدر الإتفاقي

تعتبر الاتفاقيات الدّولية من الوسائل الأكثر ملائمة لعلاج ما ينشأ من مشكلات تنازع القوانين، بل تبدو الوسيلة الطبيعية في هذا الخصوص، فهي تضع قواعد ذات طابـــع دولي، لتنظيم علاقات قانونية هي الأخرى ذات طابع دولي، رغم وجود الاعتقاد بأنّ فعالية الاتفاقيات الدّولية وتقبلها في النّظم الدّاخلية للدّول الأطراف، يقضي أنّ يكون هناك درجة من التقارب أو الاشتراك القانوني بين تلك النّظم، والتوجه في تنظيم مشكلات تنازع القوانين.

من أهم المزايا التي تقدمها الاتفاقيات الدّولية، من ناحية تجميع أو تقنين قواعد التّنازع بما يوفر التوقّع والتبصير بالقواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية ويعمل على استقرارها، ومن ناحية ثانية، توحيد القواعد الموضوعية وتلافي التباين في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما تلعب الاتفاقيات الدّولية دور في الحدّ من الرّوح الوطنية في صناعة القواعد التي تحكم العقود التجارية الدّولية، والتوجه نحو تدويل تلك القواعد بما يكفل التناسق الدّولي بين الحلول.

تعدّ الاتفاقيات الدّولية بهذا المعنى من أهم الأمثلة للقواعد الموضوعية ذات الأصل الاتفاقي وهي تلك التي يتم الاتفاق عليها بين الدّول بمقتضى معاهدة أو اتفاقية بخصوص أحد جوانب علاقات التجارة الدّولية والتي تطبق مباشرة على العلاقات التي وضعت من أجلها، الأمر الذي حدا بالفقه الغالب إلى اعتبار هذا النّوع من المعاهدات مصدرا للقواعد الموضوعية في القانون الدّولي الخاص[287].

[287] - **ياقوت محمد محمود**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق(دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص304.

بهذا المفهوم فالاتفاقية هي عمل قانوني بحسب طبيعتها وهي عمل قانوني دولي بحسب أطرافه وموضوعه يولد حقوقا والتزامات متبادلة يتعيّن احترامها، ولفهم خصوصية هذا المصدر في ارساء النظام القانوني للقواعد الموضوعية سنتناول دراسة أنواع اتفاقيات التجارة الدّولية من حيث طبيعتها(**أولا**) ثم أنواع الاتفاقيات الدّولية في مجال تنازع القوانين (**ثانيا**)، لنختم بتحديد مدى فعالية أنواع الاتفاقيات الدّولية في القضاء على مشكلة تنازع القوانين(**ثالثا**).

أوّلا - أنواع اتفاقيات التجارة الدّولية من حيث طبيعتها

تتّسم الاتفاقيات التجارة الدّولية بكونها ذات علاقة مباشرة بمفهوم قطاع الأعمال والتجارة الدّولية، وبعدم شموليتها وضيق نطاق تطبيقها وتنقسم إلى اتفاقيات شارعة وأخرى عقدية.

1- الاتفاقيات الشارعة

يقصد بها الاتفاقيات التي تبرم بين عدد غير محدد من الدّول بغرض وضع قواعد عامة لتحكم العلاقات التجارية الدولية، ولا يقتصر تطبيقها على عدد محدد من الدّول، ومن ثم تضع هذه الاتفاقيات قواعد عامة التّطبيق وتعد مصدرا رئيسيا من مصادر القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية، من أمثلتها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدّولي للبضائع لعام 1980.

ميّز الفقه بين نوعين من الاتفاقيات الشارعة، فهناك الاتفاقيات ذاتية التنفيذ والاتفاقيات غير ذاتية التنفيذ، ويقصد بالأولى تلك التي تنتقل إلى المجال الداخلي في الدّول التي تنص دساتيرها على أنّ مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية يدمجها في القوانين الوطنية، وهذه هي وحدة الصلة بين هذين النظامين، وهي وحدة مقتضاها أنّ تنفيذ المعاهدة في النّطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قانون خاص أو مرسوم يردد أحكامها أو يعيد صياغة نصوصها ليدمجها في الأنظمة

الوطنية ويلحقها بها[288]، إذ تسر أحكام الاتفاقيات ذاتية التنفيذ في الدّول التي تنضم إليها وتطبقها المحاكم كجزء من القانون الداخلي، ويستمد الكافة حقوقا من نصوص الاتفاقية مباشرة، كما يجوز التمسك بأحكامها أمام القضاء الوطني في كل دولة من الدّول التي تنضم إليها، ومن الأمثلة عليها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980، اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة عام 1883 وتعديلاتها، وتلتزم الدّول التي تنضم إليها بإيداع وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام بحسب الأحوال وفقا لما يقرره نظام كل دولة، لدى الأمين العام للأمم المتحدة[289].

أمّا الاتفاقيات غير ذاتية التّنفيذ، فهي لا تنشئ حقوقا ولا تفرض التزامات إلاّ قبل الدّول المتعاقدة لأنها لا تخاطب سواها، فلا يجوز للأفراد التمسك بأحكامها أمام المحاكم الوطنية، ولا تنشئ نصوص الاتفاقية ذاتها حقوقا مباشرة لهم، ويتعين لإنفاذها إصدار تشريعات خاصة لوضع أحكامها موضع التنفيذ في القانون الداخلي، وبغير هذا تظل جامدة غير قابلة للتطبيق، ومن أمثلتها اتفاقية تريبس المتعلقة بالجوانب المتصلة بالتجارة وحقوق الملكية الفكرية[290].

2- الاتفاقيات العقدية

يقصد بها تلك التي تبرم بين دولتين أو عدد محدد من الدّول في المجال التجاري، ولا يتعدى أثرها الدول التي أبرمتها على نقيض الاتفاقيات الشارعة، وتغطي الاتفاقيات العقدية القواعد المنظمة لتحرير التجارة الدولية والسلع والخدمات إلى جانب نظام تسوية المنازعات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي والجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية ومن بين هذه الاتفاقيات اتفاقيات منظمة التجارة العالمية.

---

[288] - **المرعوض محمد**، الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها، مقال متاح على الانترنت.

[289] - **سعد الله عمر**، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 48-49.

[290] - وفقا لحكم المادة 150 من القانون 16-01 المتضمن التعديل دستوري لعام 2016 فإنّ: "***المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون.***"

ثانيا- أنواع الاتفاقيات الدّولية في مجال تنازع القوانين

تجد الدّول في الكثير من الأحيان في إبرام الاتفاقيات الدولية وسيلة فضلى لحل إشكاليات القانون الدولي الخاص، خاصة منها المعاهدات الجماعية ذات أثر محمود بالنسبة لتوحيد القوانين، وهو أثر يتم إما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، حيث تختلف الأغراض التي تبرم الاتفاقيات لتحقيقها، فقد يكون المقصود منها مجرد توحيد قواعد تنازع القوانين، وقد يكون الغرض هو وضع قواعد موضوعية موحدة تسري على المعاملات الدّولية فقط [291]، ومن أمثلة الأولى اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الوجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، ومن أمثلة الأخيرة اتفاقية فينا لسنة 1980[292].

تجدر الإشارة هنا، أنّه في حالة وجود معاهدة كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية تحكم النزاع التجاري الدّولي، وسواء قدّمت حلا موضوعيا، أو كانت تهدف إلى توحيد قواعد التنازع، فإنّ المعاهدة في كلتا الحالتين تقضي على مشكلة تنازع القوانين، ولقد اهتم مؤتمر لاهاي بتوحيد قواعد التنازع دون القواعد الموضوعية منذ دورة انعقاده الأولى عام 1893.

لقد جاء هذا الاهتمام بتوحيد قواعد الإسناد في حينها لسببين، الأول أنّ توحيد هذه القواعد لا يمس القواعد الموضوعية الداخلية ومن ثم يقلل من تحفظ الدّول إزاء الانضمام إلى هذه الاتفاقيات، أمّا السبب الثاني فقد تمثل في الإيمان أنّ التوحيد المكاني للقواعد الموضوعية سيكون عندئذ نتيجة طبيعية لتوحيد قواعد الإسناد.

كانت اعتبارات التعاون وتنشيط التجارة الدولية فضلا عن عدم ملائمة القوانين الدّاخلية دوافع الدّول إلى إبرام الاتفاقيات والبروتوكولات الدّولية، فضلا عن جهود

[291] - **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 11.

[292]- **MAYER PIERE**, « L'application par l'arbitre des conventions international de droit privé/ in l'internationalisation du droit », Mélanges en l'honneur de YVON LOUSSOUARN, Dalloz, Paris, 1994, p. 281.

المنظمات والهيئات الدولية بهدف تنظيم العلاقات والروابط الدولية على أساس موضوعي وليس على أساس تنازعي، لأن توحيد حلول تنازع القوانين يعدّ هدفا متواضعا لإنهاء مشكلة تنازع القوانين إذا ما قارناه بتوحيد القواعد الموضوعية في القوانين الداخلية، وقد ساعد على هذا تأثير آراء الأستاذ MANCINI PASQUAL الذي كان دائما مع فكرة الأخذ بالاتفاقيات سبيلا لتوحيد القوانين وتحقيقا للتقنين الدولي، رغم العقبات التي تقف سدا في تحقيق هدفه.

تبنى مجمع أو معهد القانون الدّولي الخاص سنة 1874 قرارا يدعم فيه اتفاقيات توحيد قواعد القانون الدّولي الخاص[293]، رغم أنّ بعض الفقه يرى من التوحيد الكامل للقانون الموضوعي عائقا أمام تطور الفكر القانوني، ولكن هل مسألة التوحيد وحدها كافية لإضفاء صفة الموضوعية على القواعد الاتفاقية الموحدة ؟

قبل الإجابة على التّساؤل الذي طرحناه في البداية يمكن أن نميّز بين ثلاثة أنواع من الاتفاقيات الدولية التي عنت بتنازع القوانين.

1-الاتفاقيات الموحّدة للقواعد الموضوعية

ترمي هذه الاتفاقيات إلى القضاء على ظاهرة تنازع القوانين من مهدها عن طريق تقديم الحلول الموضوعية مباشرة في موضوع خلافي، حيث تتبنى الاتفاقية حلا معينا وتلزم الدّول الأطراف بتوحيد الأحكام الموضوعية المتعلقة به في قوانينها الدّاخلية [294]، فيترتب على ذلك توحيد القواعد الموضوعية في قوانين الدّول الأطراف فيها[295].

---

[293] - **جابر جاد عبد الرحمان**، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 637-638.

- أنظر: **الصغير حسام الدين عبد الغني**، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، الهامش رقم 2، ص 2.

[294] - **هشام علي صادق**، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، منشاة المعـارف، الإسكندرية، 1977، ص 79 .

[295] - إلاّ أنّ هذا النّوع من الاتفاقيات لم تحل في الأحيان دون قيام الخلاف في كل من هذه الدول حول تفسير النّص الموحـــــد، وهو ما يؤدي إلى ظهور التنازع بين التفسيرات القضائية المختلفة، ولهذا لم يتردد البعض من الشراح في القول

يمكن أن يظهر تطبق هذا النوع من القواعد الاتفاقية في النّظم القانونية بعدّة طرق كما سنوضّحه في الباب الثاني من هذه الدّراسة، ولنا أن نحدّد علاقة الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية بالقانون الدّولي الخاص

ترتبط هذه الفكرة بتحديد الصفة المادية للقواعد الاتفاقية، ذكرنا سالفا أنّه يطلق على هذه القواعد بقواعد القانون الدّولي الخاص المادي، وقد ثار خلاف فقهي حول مدى اعتبارها من قبيل قواعد القانون الدّولي الخاص، فمنهم من يشكك في اعتبار الاتفاقيات الدولية مصدرا من مصادره، رغم أنّه يقرّ بدورها في حل مسائـل تنازع القوانين، وإنما هذا الفقه يذهب إلى أنّها من قواعد القانون الخاص الدّولي ويستند في ذلك إلى:

1/ أنّ هذه الاتفاقيات تضم قواعد موضوعية وليس قواعد إسناد، وهذه القواعد تشكل القانون الخاص الدّولي وليس القانون الّدولي الخاص، فهي لا تنظم القانون الواجب لتطبيق، وإنّما تعدت ذلك إلى إعطاء الحكم الواجب التطبيق وبالتّالي فهي تستأصل ظاهرة التنازع قبل ظهورها.

2/ أنّ القواعد القانونية التي تنظمها تلك الاتفاقيات تشكل جزءا من القانون الدّاخلي لكل الدول الأطراف فهي تحكم مباشرة جميع العلاقات القانونية سواء داخلية أو دولية، حيث أنّ أهم ما يميز هذه القواعد استجابتها للطبيعة الخاصة للعلاقات الدولية، ولكن هل الأمر حقيقة كذلك؟ بدليل أنّ القواعد ذاتها ستحكم العلاقات الداخلية مما

بأن السبيل الوحيد إلى حل هذا التنازع هو الرجوع مرة أخرى إلى قواعد الإسناد في الدولة التي طرح النزاع على محاكمها لتحديد التفسير الواجب الإتباع.

- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص729.

يعني أنها تفتقر إلى أهم الخصائص المادية لقواعد القانون الدولي الخاص، حيث لا يمكن تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية إلاّ من خلال المنهج القائم على التنازع [296].

يؤكد مؤيدي هذه القواعد أنّ القواعد الموحدة بمقتضى الاتفاقيات الدّولية تعدّ قواعد دولية بطبيعتها، تتمثل في نص موحد يجب إعماله فيما يتعلق بالمسائل موضوع التوحيد في الدّول الأطراف بشكل مباشر بصرف النّظر عن القانون الواجب التطبيق وفق منهج قواعد الإسناد، ويستندون إلى أنّ دساتير أغلب الدّول تقرر سمو أحكام الاتفاقيات الدّولية على القانون الداخلي، الذي يفيد بأن المصدر الدّولي للقواعد الموحدة بمقتضى الاتفاقيات ينفي عن هذه القواعد صفتها الداخلية، ويؤكد اعتبارها من القواعد الموضوعية للقانون الدّولي الخاص [297].

كما أنّ النّظرة الحديثة ترمي إلى وجوب التوسع في مفهوم القانون الدّولي الخاص ليشمل القواعد الموضوعية التي تتولى مباشرة تنظيم المراكز القانونية الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا إلى جانب قواعد الإسناد، فكلا من النوعين من القواعد الموضوعية لا يفلت من نطاق تنازع القوانين، وتبقى من مصادر القانون الدولي الخاص وتمثل الجزء المادي منه، ما دام أنها تحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

2-القواعد الدّولية الاتفاقية الموحدة لقواعد الإسناد

يثبت التّاريخ أنّ المصدر الأساسي لقواعد التنازع هو العادة الدّولية، وأنّه في وقت من الأوقات كنهاية القرن الثامن عشر مثلا ، كانت هذه القواعد تكاد تكون متشابهة في جميع دول العالم المتمدن، فلماذا لا يتحقق ذلك الأمر من جديد؟ هذا السؤال الذي فرض نفسه من جديد جعل الباحثين يلعبون دورا بارزا في هذا المجال، ولقد كان لفقه القانون الدولي الخاص دورا هاما في توحيد قواعد القانون الدّولي الخاص، بذلك قواعد

[296]- **عبد الكريم محسن عواد أبو دلو**، تنازع القوانين في الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، عمان، 2002، ص100.

[297]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 347.

أساسية أنارت الطريق لحل مشاكل التنازع مثل قاعدة موقع المال سواء كان عقارا أو منقولا وغيرها، وممّا ساعد على هذه القواعد حرص الفقه والقضاء على تحقيق العدالة واستقرار المعاملات واحترام الحقوق المكتسبة ولكن رغم شيوع قواعد التنازع لدى معظم الدول ، إلاّ أنها كانت مختلفة وغير ملزمة للدول الأخرى، خاصة لما ظهر الاتجاه نحو تقنين هذه القواعد.

ظهر في أواخر القرن التاسع عشر الاتجاه نحو التّنظيم الدّولي لقواعد التنازع فنشأت جمعيات ومعاهد هدفها توحيد أحكام القانون الخاص عن طريق قوانين نموذجية أحيانا واتفاقيات دولية أحيانا أخرى، ويطلق أحيانا على هذه الاتفاقيات" **اتفاقيات القانون الدّولي الخاص**"باعتبار أنّ تنازع القوانين هو صلب هذا الأخير، ولأنّها تقتصر على تقديم حلول غير مباشرة تسن قواعد إسناد من شأنها أن تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية موضوع التنظيم[298]، دون أن ترقى إلى تحديد الأحكام الموضوعية لتلك المسألة، تاركة ذلك للقوانين الداخلية التي تقوم قواعد الإسناد الاتفاقية بالإسناد إليها.

تعد هذه المعاهدات من مصادر القانون الدولي الخاص وبالتالي مصادرا لحل تنازع القوانين، ولقد وجهت الجهود الدولية لتوحيد مثل هذه القواعد من خلال عقد مؤتمرات كمؤتمر مونتيفيديو 1889/02/18الذي كانت ثمرة جهود فقهاء أمثال GonzaloRamirez في أمريكا الجنوبية الذي لعب دورا يشبه دور مانشيني في أوروبا، وانتهى هذا المؤتمر إلى إبرام سبع معاهدات بشأن توحيد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتجارية والملكية الأدبية والصناعية والمهن الحرة المبرمة بين دول أمريكا الجنوبية[299]، على أنّ توحيد قواعد الإسناد بهذا الشكل تقابله

[298] - **هشام علي صادق**، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، مرجع سابق، ص 15.

[299] - **جابر جاد عبد الرحمان**، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 639.

معوقات جمة، خاصة بالنسبة للدّول التي تتعارض مصالحها بشكل واضح وتختلف نظمها القانونية قد يصعب التقاءها[300].

نجد من المعاهدات التي تدخل في هذا النوع، اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتوحيد في هذه الاتفاقية لا ينصب كذلك على قواعد موضوعية تتصدى للتنظيم المباشر للمسائل التي كانت محلا للتنظيم الاتفاقي، وإنما على المعايير المتبعة في شأن اختيار القانون الذي سيسري في شأن هذه المسائل .

3-القواعد الدّولية الاتفاقية المتضمّنة قواعد مختلطة

قد تتضمن المعاهدة الدّولية مزيج من القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، ويجري ذلك غالبا إثر عدم اتفاق المتفاوضين على مضمون هذه القواعد الموضوعية، وهو ما تم بالنسبة لمعاهدتي جنيف الخاصتين بالشيك والسند الاذني، وهذه الثنائية في المنهج تبدو واضحة في نطاق السوق الأوروبية المشتركة، ففي مشروع المعاهدة الذي أعدتها السوق للتطبيق على مسائل الاندماج الدولي للشركات، تحتل قواعد التنازع مكانا إلى جانب القواعد الموضوعية.

يرتبط وجود مثل هذه الاتفاقيات بعدم كفاية القواعد الموضوعية في حماية أو تنظيم الحقوق المتعلقة بها، ونلتمس هذا المنهج في اتفاقية بيرن التي تضمنت عددا من قواعد الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق ببعض المسائل، والقانون الذي اعتمدته بشكل رئيسي هو قانون بلد طلب الحماية[301]، وبخصوص اتفاقية باريس

[300]- أنظر في موضوع أهم المؤتمرات التي اسفرت على ابرام العديد من الاتفاقيات الموحدة لقواعد الاسناد:
- **البستاني سعيد يوسف**، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين- المعاهدات- التحكيم التجاري الدولي)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص ص 251-256.

[301]- **لوكاس أندري**، "القانون الواجب التطبيق على انتهاكات حقوق المؤلف في البيئة الرقمية"، نشرة حقوق الملكية، تشرين – كانون الثاني، 2005، ص03.

فقد نصت على قواعد إسناد تؤدّي إلى تطبيق قانون بلد طلب الحماية وفي حالات معينة تؤدّي إلى تطبيق قانون دولة المنشأ حسب المادة 4 من نفس الاتفاقية[302]، وقانون بلد الدولة المستوردة حسب المادة 14 من اتفاقية بيرن ، والأمر كذلك بالنّسبة لاتفاقية روما التي جاءت ببعض قواعد الإسناد التي تستند إلى قانون بلد طلب الحماية.

بذلك فإنّ، هذه الاتفاقيات اعتمدت على منهجي القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في تنظيم حقوق الملكية الفكرية، وهو ما يستجيب للاتجاه الذي يرى أنّ العلاقة القائمة بين المنهجين هي علاقة تعايش وتكامل، والمزج بين المنهجين يعني أنّ هناك توزيعا ولو ضمنيا للاختصاص بينهما.

ثالثا- فعالية أنواع الاتفاقيات الدّولية في القضاء على تنازع القوانين

بالنّظر إلى تعدد أنواع الاتفاقيات الدّولية التي تعمل في مجال تنازع القوانين كما أوردناه سابقا، فإنّه من المنطق بما كان أن نحدد مدى فعاليتها في القضاء على ظاهرة تنازع القوانين، أم أنّ دورها يقتصر فقط على التخفيف من حدّتها فقط ؟

1- أثر الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية في تنازع القوانين

سواء تضمنت هذه الاتفاقيات قوانين موحدة أوقواعد موحدة، فإنّ هذه الاتفاقيات خصوصا قواعد النّوع الأوّل منها لن تنقضي ظاهرة التنازع، حيث أنّ قيامها يبقى دائما محتملا وذلك لأسباب عديدة تحول عائقا أمام استبعاد الظاهرة منها:

http://portal.unesco.org/culture/fr/files/29854/11476852631bull_4_2005_ar.pdf/bull_4_2005_ar.pdf

[302]- راجع: **أندري لوكاس**، "القانون الواجب التطبيق على انتهاكات حقوق المؤلف في البيئة الرقمية"، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها.

أ-العائق المادي للتوحيد[303]

يتلخص هذا العائق فيما يلي:

1/ مبدأ نسبية أثر الاتفاقيات: نلتمس هذه النّسبية في أنّ التوحيد الذي تحققه هذه الاتفاقيات يظل محدود النطاق فيكون إقـــــليميا مرتبطا فقط بالدّول الأطراف فيها، فتفلت الدّول غير المتعاقدة من ذلك التوحيد، وحينها يكون المجال لإعمال منهج قواعد الإسناد، لأنّ استبعاد اللجوء إلى قواعد التنازع يتوجب أن تأتي تلك الاتفاقيات عالمية بشكل مطلق، وهو ما يصعب تحقيقه .

2/ تحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعيةالموحدة: يثير مجال تطبيق هذه القواعد الموحدة إشكالية تحديد ما إذا كانت علاقة ما تعدّ داخلية أو دولية ؟ أي هل تخضع لحكم الاتفاقيات الدولية الموحدة أو لا، وبالتّالي يثور البحث عن ضابط تلك التّفرقة، وتحديد معيار ذلك يحتاج العودة إلى منهج التنازع لتكييف العلاقات عندما لا تقوم الاتفاقيات بتكييف تلك التي تطبق عليها، وتثور هذه الصّعوبة حتى بالنسبة للاتفاقات حاملة القوانين[304].

ب- العائق الموضوعي للتوحيد

يكمن العائق الموضوعي للتوحيد في عدة جوانب تجعل اللجوء لقواعد التنازع قائما وتتمثل فيما يلي:

1/عدم كفاية مواضيع التنظيم الدّولي:الملاحظ عمليا أنّ هذه الاتفاقيات لا تنظم كافة الأمور المتعلقة بموضوع التوحيد، فتترك بذلك المجال قائما للتنازع في الجوانب التي

[303] - **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد المـــــوضوعية في فض المنازعات ذات الطابـع الدولي، مرجع سابق، ص 343. أنظر كذلك: **هشام علي صادق**، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، مرجع سابق، ص 8.

[304] - **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 26.

تفلت من التوحيد[305]، وفيما يخص حقوق الملكية الفكرية هناك حالات لا تنطبق عليها الاتفاقيات الدولية، مثل غياب نص قانوني في اتفاقية تريبس حول الحقوق المعنوية لمالك الرسم والنموذج الصناعي، وأيضا سكوت اتفاقية بيرن عن النص على حق المؤلف في سحب مصنفه وعدم تمتعه بحق التأجير التجاري[306].

2/ اختلاف التفسيرات القضائية الوطنية:إنّ توحيد القواعد الموضوعية لن يقضي على ظاهرة تنازع القوانين بل أنّ ذلك التنازع يبقى قائما أمام ظهور تنازع آخر من نوع خاص هو تنازع التفسيرات القضائية المختلفة، بالنظر إلى اختلاف قضاء كل دولة من الدول المتعاقدة حول تفسير النص الموحد، فتقضي المادة 4/31 من معاهدة جنيف المتعلقة بالكمبيالة والسند الاذني بأنّه يتعين على ضامن الكمبيالة أن يحدد المستفيد من هذا الضمان وفي غيبة هذا التحديد، يفترض أنّ الضمان تم لمصلحة الساحب ، بذلك يضع النّص قرينة قانونية وإن كان لم يحدد قوتها، وبإدماج هذه المعاهدة في القانون الدّاخلي للدول المتعاقدة، فقد استوجب ذلك قيام كل دولة متعاهدة بتفسير هذا النص مع اختلاف في ذلك، حيث نجد القضاء الألماني في حكم صادر عن المحكمة العليا عام 1956 جعل هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بينما توجه القضاء الفرنسي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1960/03/08 باعتبار تلك القرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها[307].

يدعو البعض حلا لمثل هذا التنازع في التفسير إلى إنشاء محاكم دولية لتوحيد تطبيق الاتفاقيات الدّولية وتفسيرها في بعض المجالات[308]، وأخذت بعض اتفاقيات الملكية

---

[305] - **هشام علي صادق**، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، مرجع سابق، ص 43.

[306] - عبد **الكريم محسن عواد أبو دلو**، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، مرجع سابق، ص 106.

[307] - **عشوش أحمد عبد الحميد** ، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 29-30.

[308] - **هشام علي صادق**، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، مرجع سابق، ص 43. أنظر في مسألة التفسير:

الفكرية بذلك لتخفف من حدة تباين التفسيرات القضائية فنصت المادة 33 من اتفاقية بيرن على أنّ:" كل نزاع بين اثنين أو أكثر من دول الاتحاد بشأن تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية، والذي لا تتم تسويته بالمفاوضات يمكن لأي من الدول المعنية عرضه أمام محكمة العدل الدولية بعريضة تقدم وفقا لنظام المحكمة، وذلك ما لم تتفق الدول المعنية على طريقة أخرى للتسوية، وتقوم الدولة التي تعرض النزاع أمام المحكمة بإخطار المكتب الدولي الذي يتولى إحاطة دول الاتحاد الأخرى بالموضوع "[309].

3/ اختلاف نصوص الاتفاقية الواحدة: بالرّغم من انضمام الدّول إلى اتفاقية واحدة، إلاّ أنّ احتمالية تعد النصوص التي تلتزم بها الدول تبقى قائمة ويحدث ذلك عن طريق التحفظ والتعديل.

2- أثر القواعد الاتفاقيات الموحدة لقواعد الإسناد في تنازع القوانين

وجود هذا النّوع من الاتفاقيات لا يؤدّي إلى القضاء على ظاهرة تنازع القوانين، على أساس أنّ هذه الاتفاقيات ستقوم فقط بتعيين ضابط إسناد موحد يحدّد القانون الواجب التطبيق، وبالتّالي فإنّ توحيد ضابط الإسناد يؤدّي إلى تطبيق قانون واحد إلاّ أنّه ليس من شأنه أن يوحّد الحل واجب التطبيق، كقاعدة الإسناد الواردة في اتفاقية برن الخـاصّة بمدّة الحماية، بالأخذ بقانون بلـــد الحماية، ولكن مدة الحماية هذه قد تتفاوت من دولة لأخرى.

الطائي عادل أحمد ،"قواعد التفسير القضائي الدولي (دراسة في قانون المعاهدات الدولية)"، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد 46، أفريل 2011، ص 450.

[309] - تضمنت اتفاقية تريبس على النص ذاته تقريبا في المادة 28، عندما أنشأت مجلس الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية الذي يتولى متابعة الأمور التي تتعلق باحترام الاتفاقية وتنفيذها، ولكن ذلك لن يؤدي إلى عدم احتمالية إثارة تفسير النصوص الاتفاقية أمام القضاء الوطني ، فعقد الاختصاص بالتفسير للمحكمة أو المجلس يكون عند إثارة النزاع حول النص بين الدولتين، ولكن إذا تعلق النزاع بأحد الأفراد أو احتج بنصوص الاتفاقية لحماية حقوقه، وعرض الأمر على القضاء الوطني فإنّه سيقوم بتفسير النص إذا تطلب الأمر ذلك.

لذلك فالقوانين الوطنية مختلفة في تنظيم الحقوق محل النّزاع، بالإضافة إلى مشكلة التكييف التي تخضع دائما لقانون القاضي، فتبقى وظيفة هذه الاتفاقات إذن هو توحيد وتعميم ضابط الإسناد على الدول الأطراف، وهو ما سيؤدي فقط إلى التخفيف من حدة الظاهرة وليس القضاء عليها، ومن هذا المنطلق هناك من انتقد اعتبار الاتفاقيات الدّولية وسيلة لتوحيد قواعد القانون الدّولي الخاص، لأنّ من شأن هذا التوحيد أن يضيف إلى التنازع بين قوانين الدول المختلفة تنازعا جديدا من نوع آخر ينشأ في محيط كل دولة بين قانونها الدآخلي والقواعد الاتفاقية ذاتها.

إذا كانت للاتفاقيات الدّولية أهمية أكّدها أساتذة القانون التجاري من حيث أنها تتولى التنظيم المباشر لروابط التجارة الدّولية، وهو السّبب الذي يدعم انتقاد منهج التنازع الذي يؤدي إلى إخضاع هذه الرّوابط لقواعد وضعت لتنظيم التجارة الدّاخلية، وفي هذا المعنى يقول الدكتور **محسن شفيق** أنه : " إذا كان من الجائز أن تسري في شأن التجارة الدّاخلية تقنينات التجارة الوطنية التي وضعت خصصا لها مراعية حاجاتها وظروفها فمن غير المقبول أن تطبق هذه التقنينات نفسها على التجارة الخارجية التي تجرى في مجال دولي فتواجه ظروف مختلفة"[310].

أثار تكاثر هذه الاتفاقيات تنازعا بينها، ويكون ذلك من جانبين، الأول بين الاتفاقيات المتتالية تجاه بعضها عندما يتم عقد أكثر من اتفاقية دولية في الموضوع ذاته، ويتحد كل أطرافها أو بعضهم، وقد يرتب ذلك على كاهل الدولة التزامات متضادة لا تستطيع الوفاء أو التوفيق بينها، لذا تظهر ضرورة تحديد أي من الاتفاقيات تكون واجبة التطبيق.

اتجه الرأي لحلّ هذا التنازع إلى تفضيل الاتفاقية الأكثر حداثة، أو الأكثر خصوصية، أو تطبيق قاعدة الفعالية القصوى في مجال التحكيم L'effectivité

[310]- **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 05.

Maximale وذلك بتفضيل الاتفاقية الأكثر صلاحية التي تؤدي صحة التحكيم وتنفيذ الحكم، ومع ذلك كثيرا ما تنظم الاتفاقيات ذاتها هذا التعارض المحتمل بوضع شرط الملائمة Clause dite de Compatibilité[311].

المطلب الثّاني

أصالة القواعد الموضوعية في إطار قانون التجارة الدّولية

يقصد بهذه القواعد مجموع المصادر والأصول التي تساهم في تكوين وتشكيل الهيكل العام للقواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية، والتي تنظم العقود والمعاملات التّجارية الدّولية، وقد نتج عن إعمال هذه القواعد ظهور المفهوم الحديث لفكرة العقد الدّولي الطليق الذي يختلف عن المفهوم الذي كان سائدا لدى فقه المدرسة التقليدية[312].

الملاحظ، أنّه حتى بإعمال هذه القواعد لا يتحرر العقد مطلقا من سلطان القوانين الدّاخلية أمام قضاء التحكيم، لأنّه بالرغم من حرص المحكّمون على الاختيار المادي لقانون العقد بدلا من الاختيار التنازعي، إلاّ أنّهم يحرصون من الجانب المقابل على التطبيق المباشر لبعض قواعد القانون الداخلي الآمرة والتي درج الفقه على تسميتها بقواعد البوليس في شأن بعض جوانب الرابطة العقدية، إعمالا لفكرة النّظام العام في دولة مقر التـــــحكيم، وخاصة في الدّولة التي يتوقع تنفيذ حكم المحكمين فيها.

يقصد بالعقد الطليق وفقا للمفهوم الحديث في قضاء التحكيم هو العقد المتحرر من كل قانون داخلي لدولة معينة دون أن يقصد من ذلك التحرر المطلق من سلطان القانون[313]، فيبقى العقد خاضعا لأعراف وعادات التجارة الدّولية والمبادئ القانونية

[311]- **عبد المجيد منير**، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص ص49-50.

[312]- **GAILLARD Emmanuel**, « Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », op, cit, p. 10.

[313]- **BERAUDO Jean Paul**, Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? / in le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, p. 93. Voir Aussi:

- **LEVEL Patrice**, « Le contrat sans loi », op, cit,p. 212.

المشتركة، أي ما يسمى بالقانون التجاري الدولي الذي تشكلت قواعده خارج نطاق النّظام القانوني لأي دولة معينة، وهي ما سماها الفقه بالمصادر عبر الدّولية (**الفرع الأول**)، لنا مناقشة بعض المصادر التي ساهمت في جدلية العقد المتحرر من القانون رغم الطابع النسبي لهذا التحرر أمام قضاء التحكيم، وبغض النّظر عن هذه الفكرة سنحاول تسليط الضّوء على بعض هذه القواعد منها قواعد العدالة والإنصاف ونبين دور قضاء التحكيم في إعمالها مشكلا بذلك قضاء هذه القواعد(**الفرع الثّاني**).

الفرع الأوّل

القواعد الموضوعية عبر الدّولية

تشكّل بعض أنواع القواعد الموضوعية، كما يرى جانب من الفقه الحديث نظاما قانونيا مستقلا عن كل نظام قانوني مصدره دولة ما، وتعرف هذه القواعد بالقواعد عبر الدّولية التي تتجاوز القواعد القانونية الدّاخلية والقواعد القانونية في نظام القانون الدّولي العام دون أن تختلط بأيّ منها[314].

وجد هذا الاتجاه صداه عندما عبّر الفقيه J.F.LALIVE الذي وجد أنّ في مصطلح TRASNATIONAL LAW نظاما يقع في منتصف الطريق دون أن يختلط بفكرة العقد الطليق أو بالقانون الدّولي العام[315]الذي يقترب منه في بعض خصائصه، وهو ما دفع الفقه إلى عدم التفرقة بينهما وخلطهما تحت مصطلح واحد هو "القانون الدولي العام للعقود" باعتباره مبحثا جديدا من مباحث القانون الدّولي العام[316].

[314]- لقد كان الفضل في لفت الانتباه إلى مصطلح القانون العابر للدول للفقيه JESSUP الذي وجد فيه انعكاسا للقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص بالإضافة إلى بعض القواعد التي يصعب إدراجها تحت هذين النظامين، وكان هذا القانون يشمل وفق المفهوم الموسع للقانون التجاري الدولي كأحد مكوناته المتعددة.

[315]- وفاء مزيد فلحوظ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 858.

[316]- **الحداد حفيظة السيد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (أهميتها، والنـــظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 752.

لا توصف هذه القواعد بكونها قواعد داخلية أوقواعد دولية، ولكن توصف بكونها قواعد عبر دولية نظرا لانتمائها لمجتمع الأعمال الدّولية، الذي تتميز أنشطته بنقل القيم الاقتصادية عبر الدّول.[317]

عرف الفقيه JESSUP هذه القواعد بكونها:"***كل القوانين التي تنظم التصرفات والأعمال التي تتجاوز النطاق الوطني للدولة الواحدة***"[318]، ولعلّ هذا التعريف يحاول كسر الحاجز بين ما جاء به التقسيم التقليدي بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص بشأن عدد من المشاكل التي تتعدى نطاق دولة واحدة.

ربط البعض ظاهرة القواعد عبر الدّولية بظاهرة Lex Mercatoria أوقانون التجار الذي يطبق على العلاقات التجارية الدولية، وقد أصبح مصطلح Lex Mercatoria المصطلح الأكثر شيوعا ودلالة على هذه القواعد، والفقه الحديث يفضل استخدام مصطلح القواعد عبر الدّولية لقدرته على التميّز عن الأنظمة الداخلية.

لعلّ طابعها العابر للدول هو الذي أثار مشكلة مدى إمكانية تطبيقها أمام القضاء الوطني، فهذا النّظام غير المنتمي يصطدم بأصول التنازع المزدوج بين القوانين التي يجب أن تصدر عن دولة كاملة السّيادة وفق قواعد القانون الدولي العام، فعادات التجارة الدّولية شأن كافة القواعد العابرة للدّول لا يمكن إعمالها بصفة تنازعية من خلال قاعدة الإسناد بالنّظر لطابعها غير المنتمي[319]، وفيما يلي نتطرق لدراسة **أعراف وعادات التّجارة الدّولية(أوّلا) ثمّ** المصادر المبادئية(**ثانيا**).

[317]- **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 02.

[318]- عن: عدلي عبد الكريم، النطاق القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 349.

[319] - **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 105.

أوّلا -أعراف وعادات التجارة الدّولية

تتميز العلاقات التجارية الدّولية بالعديد من الخصوصيات التي فرضت تواجد حلول معينة بهدف فكّ مختلف المشاكل المترتبة على الممارسة عبر الوطنية للأعمال التجارية، وفي هذا الصدد برزت العادات والأعراف التجارية الدّولية كنظام قانوني دولي مستقل لا يتوانى المحكمون على تبنيه وإعماله بشأن المنازعات التي تعرض عليهم[320].

تعرف أعراف التجارة الدولية بكونها" ***القواعد السلوكية التي يتبعها المتعاملون في علاقاتهم الاقتصادية الدولية، والتي اكتسبت تدريجيا صيغة الإلزام بحكم تعميمها في الزمان والمكان وتكريسها من قبل القضاء التحكيمي***"[321].

يلاحظ المتتبع لآراء الفقهاء والأعمال القانونية الدّولية ، أنّ هناك خلط ما بين العرف والعادة لذلك يجب أن نقف عند المصطلحين[322]، فيقصد بالعرف تواتر العمل بقاعدة معينة في شأن مسألة معينة تواترا يمليه الاعتقـــــــــــــاد بضرورة إتباع هذه القاعـــــــدة، ويتكون الـــــــــعرف من عنصرين الأوّل، مادي وهوالاعتيـــــاد المستمر، والثّاني، معنوي وهو الإحساس بإلزامية هذه القاعدة قانونا، والتفرقة بين العرف والعادة تقضي أنّ الأول قاعدة تتمتع بإلزام ذاتي دون حاجة لاتفاق الأطراف لتطبيقها، في حين أنّ العادة توصف بكونها اتفاقية، وبالتالي فمركزها لا يتعدى مركز شروط العقد[323].

---

[320] - **تابت منير محمد**، " أية قيمة قانونية لعادات وأعراف التجارة الدولية؟ "، **مجلة المناهج**، العدد9-10، 2006، ص 19.

[321]-POMMIER JEAN Christophe, principe d'autonomie et loi du contrat en droit conventionnel, Ed ECONOMICA, Paris, 1992, p. 295.

[322]- أنظر في الفرق بينهما:

- LOQUN Eric, « Les règles Matérielles du commerce international », *Revue de l'arbitrage*, N°2, Paris, 2005.PP .451-452.

- أيضا: **نعم حنا رؤوف**، " المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي"، **مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية**، المجلد 16، العدد1، كانون الثاني 2009، ص ص 349-350.

[323] - **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 260.

عرّف القانون التجاري الموحد الأمريكي عادات التجارة بعد أن فضل استخدام مصطلح Usages of Trade على المصطلح التقليدي والذي يرى الفقه أنه أكثر ضيقا وهوCustom إذ ينص القسم 1-205 من هذا القانون على الآتي:" العادة التجارية هي أية ممارسة أو أسلوب في التعامل تتم مراعاتها بانتظام في مكان ما في مهنة أو تجارة لتبرير التوقع بمراعاتها في مجال التعامل المعني، ويتم إثبات وجود ونطاق تلك العادة كالوقائع"[324].

العادة التجارية الدّولية هي العادة المادية المنبثقة عن المجتمع الدولي للأعمال وتعدّ المصدر الرئيسي لقانون التجارة الدولية، فهي الممارسات التي تعارف عليها المتعاملون في مجال معين للدرجة التي تبرر توقع تطبيقها دائما على هذا النوع من النشاط، فلها من الثبات والاستقرار والعمومية ما يجعلها مكملة لبنود العقد ومفسرة لها ما لم يصرح الأطراف بما يخالفها.[325]

خلطت التّشريعات والقضاء في بعض الدّول كالتشريع والقضاء المصري والفرنسي[326] بين العرف والعادة، بالرّغم من وضوح التفرقة بينهما، وحتى في إطار قانون التجارة الدّولي يبدو واضحا غموض التّمييز بين العادات التجارية الدّولية والأعراف التجارية، فالمصطلحين يستخدمان بمعنى واحد تقريبا فالعادات التجارة الدّولية تتميز

- **بويحي جمال**، القانون الدولي في مجابهة التحدّي الامريكي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2014، ص 30 وما بعدها. متاحة على الموقع:
http://www.ummto.dz/IMG/pdf/BOUYAHIA_Djamel-pdf.pdf

[324]- **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، الهامش رقم 145، ص 106.

[325]-Pour Goldman, on doit même tenir compte de certaines formes d' « amitié », ou de « confraternité »,ou de solidarité professionnelle, et ne pas les exclure du droit lorsqu'il s'agit de relations commerciales international, parce que c'est de cette union à laquelle tous participent que résulte l'observation spontanée de normes non étatique. Voir :
- **STRENGER IRINEU,** *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, Op. Cit ,P. 270.

[326] - للتفصيل أكثر أنظر: **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد،مرجع سابق، ص 260 إلى269.

بذاتية خاصة من حيث أصل نشأتها عن العادات التجارية الداخلية، هذه الذاتية الخاصة تكسبها قيمة القواعد العرفية بالمعني المعروف في نطاق القوانين الداخلية [327].

نجد نتيجة لهذا التداخل بين العرف والعادة، أنّ من الاتفاقيات الدّولية التي رسمت نظاما للأعراف التجارية الدولية، اتفاقية لاهاي لعام 1964، اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980، فباستقراء أحكام تلك الاتفاقية، وبتتبع موقف التحكيم التجاري الدّولي، يظهر أنّها تتعدى مجرد المعاهدات الدّولية لتصل إلى درجة تجسيد مضمون بعض القواعد عبر الدّولية، حتى أنّ البعض اعتبرها مصدرا موحدا لهذه الأعراف[328].

فرّقت هذه الاتفاقية بين العرف والعادة بمقتضى المادة التاسعة[329] منها التي نصت في فقرتها الأولى عن تطبيق مبدأ مستقر عليه في النّظام القانوني عبر الدّولي، وهو ***مبدأ العقد شريعة المتعاقدين***، وألزمت الأطراف بالأعراف التي اتفقا عليها، وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما.

يعد استقرار التعامل بالعادة اتفاقا ضمنيا ومن باب أولى تتمتع العادات بالإلزام الذّاتي نتيجة الاتفاق الصريح[330]، أمّا الفقرة الثانية من المادة المذكورة فقد خصت العرف دون العادة بكونه مراعي بانتظام في التجارة الدولية، أي أنّها تتطلب استيفاء الركن المعنوي، كما أنها تستلزم أن يكون العرف معروفا على نطاق واسع ويراعى بانتظام في

---

[327]-**سلامة فارس عرب**، وسائل معالجة اختلال توازن العقود في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 392-393.

[328]- **EMMANUEL S. Darankoum**, « L'application de la convention des nations unies sur le contrat de vente international de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce internationale dehors de la volonté des parties est –elle prévisible ? », *Revue québécoise de droit international*, 2004, p11. Disponible sur :
http://rs.sqdi.org/volumes/17.2_-_darankoum.pdf

[329]- ورد شرح واف لهذه المادة في مقال:
- **KACZOROSKA Aline**, « Les usages commerciaux dans les conventions relative à la vente internationale », *Revue juridique Thémis*, vol 29 - numéro 2, voir le site:
http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol29num2/kaczorowska.pdf

[330]- **نعم حنا رؤوف**، " المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي"، مرجع سابق، ص 354.

التجارة الدّولية، وذلك بين الأطراف في العقود السارية في نفس فرع التجارة وهذا هو الركن المادي.

لم تتطرق الفقرة الثانية للعادة، ممّا يعني أنّها وبمفهوم المخالفة لا تطلب لإلزام العادة استيفاء الركنين المادي والمعنوي بالوصف الوارد في هذه الفقرة، وإنّما يكفي استيفاء ما تتطلبه الفقرة الأولى من هذه المادة وهو اتفاق الأطراف، كما يلاحظ على الفقرة الثانية أنّها أكدت على الإلزام الذاتي للعرف الدولي، فهي لم تربط بين إلزامه واتفاق الأطراف، حيث تستهل نصها بأنّه" ***ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك*** " فالاتفاق لا يلعب إلاّ دور الاستبعاد، ويؤكد ذلك أنّ الفقرة المذكورة قد قررت الالتزام بالعرف طالما الأطراف كان ينبغي أن يعلمان به، فهي تأخذ بالعلم المفترض، ممّا يعني أنّ العرف لا يستمد قوته الملزمة من اتفاق الطرفين الصريح أوالضمني على تطبيقه، وكيف يتفق الطرفين على شيء لا يعلمان به حقيقة؟[331].

تصدت كذلك العديد من المؤسسات المهنية والتجارية الخاصة لتقنين هذه العادات والأعراف ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية بكل مهنة أو تجارة على حدة، كذلك تلك التي وضعتها المؤسسات المهنية ذات الطابع الدّولي مثل غرفة التجارة الدّولية، واللجنة الأوربية التابعة للأمم المتحدة في مسائل الاعتماد المستندي أوالأوراق التجارية.

1-مصادر الأعراف وعادات التجارة الدّولية

تتعدد مصادر هذه القواعد باختلاف مجالات التجارة الدولية ولعلّ أهمها:

أ-المصادر النموذجية

نعني بهذه المصادر العقود النموذجية والشروط العامة، ويعود منشأ النوع الأول إلى إرادة التجمعات التجارية التي حاولت تسهيل العلاقات التجارية لنفس السلعة محل

[331]- **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 262.

التنظيم وتذليل العقبات التي تعترضها،لا ترتبط هذه العقود في شروطها العامة بقانون دولة أودول معينة، بل أنّ أطراف هذه العقود إنّما يهدفون من ورائها إلى التخلص من الخضوع للقوانين الوطنية لعدم مسايرتها لضرورات التجارة الدولية، بل لا ترتبط حتى بالمعاهدات الدولية، وإنّما تستمدها من العقد ذاته[332].

نستنتج هذه الفكرة من خلال تعريفها على أنّها " ***مشروع عقد إلى أن يقبل الطرف المذعن بها، وبذلك تكون نموذجا لعقد مستقبلي، فالعقود النموذجية تحتوي على شروط عامة ومجردة، وما على المذعن إلاّ الانضمام إليها، لذلك فهي تتضمن نوعا من عدم التوازن بحيث تجعل الطرف القوي يمتاز بانفراده بوضع تلك الشروط التعاقدية وتحديدها دون أن يترك للطرف الآخر فرصة مناقشته***ا"[333].

لكن الملاحظ الاتجاه في بعض الأوساط الدّولية نحو إيجاد صيغ وشروط نموذجية متوازنة تأخذ بمصلحة متوازنة بالنّسبة للطرفين معا، وربما كانت العقود النموذجية التي تولدت عن التّجارة وبيع الحبوب والتي صدرت عن جمعية لندن لتجارة الحبوب من أوائل العقود ذات الشكل النموذجي[334].

اتسع العمل بهذه العقود في مجالات شتى، وقامت بعض اللجان المتخصصة للأمم المتحدة مثل اللجنة الاقتصادية الأوروبية بصياغة الشروط العامة لبعض العقود مثل

---

[332]-**عبد الحميد منير**، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 244.

[333]- **أنظر: جارد محمد**، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 143.

[334]- راجع: **نعم حنا رؤوف**، "العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية"، **مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية**، المجلد 14، العدد6، حزيران 2008، ص 333. هناك عقود نموذجية في مجال الاستثمار، راجع في الموضوع، لافي محمد درادكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية السعودية كاحدى الدول المضيفة للاستثمار: دراسة في الاتفاقيات القواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية وتطبيقاتها العملية،ص1359.
http://slconf.uaeu.ac.ae/images/%D9%85%D8%A4%D8%AA%D9%85%D8%B1%2019%20%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%85%D8%A7%D8%B1/part%203/lafie%20(28).pdf

عقود التوريد والإنشاءات الصناعية وكذلك العقود الواردة على نقل والترخيص باستخدامات التكنولوجيا[335].

تختلف بهذا المعنى الشّروط العامة عن العقود النموذجية لكونها لا تمثل عقدا متكاملا، وإنّما مجموعة أحكام يلجأ إليها المتعاملون لتنفيذ العقود النموذجية[336].

انتشرت هذه العقود حتى بين الكيانات المتقاربة جغرافيا أوسياسيا، والملاحظ فقها أنّه ليس لهذه العقود صفة الإلزام ولا تسري أحكامها إلا إذا أتفق الأطراف صراحة وكتابة على الأخذ بها ووقع عليها كجزء من العقد[337].

على أنّ اتجاها من الفقه يرى أنّ تواتر الحلول القانونية التي تقننها هذه العقود النموذجية والشروط العامة في الأوساط المهنية الدّولية من شأنه خلق وإبداع قواعد قانونية ملزمة تحكم روابط التجارة الدولية ولا تنتمي إلى قانون وطني، ممّا يجعلها تشكل مصدرا هاما للقواعد الموضوعية للقانون التجاري الدّ!ولي[338].

يرى آخرون أنّ القواعد التي تضعها المنظّمات المعنية بالأعمال عبر الدّولية ليست كلّها من قبيل القواعد الموضوعية، إذ يجب الأخذ في الحسبان عدم اقتصار دور المنظمات المعنية على بلورة الأعراف والمبادئ العامة عبر الدّولية سابقة الوجود، بل يمتد دورها

---

[335]- المرجع نفسه، ص 327.

[336]- فالفرق بين صيغتي العقود النموذجية والشروط العامة وفقا لمنهاج اللجنة الاقتصادية الأوروبية يكمن في أن وثيقة العقد النموذجي المطبوع يمكّن طرفي العقد استخدامها على أنّها وثيقة العقد ذاته بعد إضافة بيانات أسماء =أطراف التعامل، موضوع العقد، نوع البضاعة، زمان ومكان التسليم وغيرها، أمّا الشروط العامة هي م[336]- المرجع نفسه، ص 327.

[336]- فالفرق بين صيغتي العقود النموذجية والشروط العامة وفقا لمنهاج اللجنة الاقتصادية الأوروبية يكمن في أن وثيقة العقد النموذجي المطبوع يمكّن طرفي العقد استخدامها على أنّها وثيقة العقد ذاته بعد إضافة بيانات أسماء =أطراف التعامل، موضوع العقد، نوع البضاعة، زمان ومكان التسليم جموعة من الأحكام يهتم المتعاقدون بإبرام عقدهم وتنفيذه على أساسها ، فهي تعدّ جزء من العقد الذي يقوم بينهم.

- أنظر: **نعم حنا رؤوف**، "العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية" مرجع سابق، ص336.

[337]- **عبد المجيد منير**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 39. للتفصيل أكثر أنظر:

- **نعم حنا رؤوف**، "العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية" ، مرجع سابق، ص331.

[338]-**عبد الحميد منير**، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص246.

أحيانا إلى ابتكار القواعد الملائمة وهنا يصبح من الخطأ النّظر إلى كل القواعد التي تقننها المنظمات الدّولية على أنّها من قبيل القواعد عبر الدولية، حيث نجد المحكم الدولي في حالات لا يمنح العقود النموذجية الصفة الإلزامية لمجرد أنها نموذجية، وإنما يطبق بعض نصوص تلك العقود بقدر تجسيدها للقواعد عبر الدولية[339].

اعتبر البعض من الفقه العقود النموذجية تتمتع بالكفاية الذّاتية لحكم العلاقات النّاشئة بين ذوي الشأن على نحو يغنيهم اللجوء إلى أيّ قانون وطني، وبالتّالي تجنب المخاطر المحتملة في منهج تنازع القوانين، وهو ما يجعلنا أمام ما يعرف بالعقد الدّولي الطليق.

عبّر على هذه الفكرة الأستاذ CAPATANA بقوله أنّه مع تلك العقود النمطية والشروط العامة فإنّ تطبيق القانون الدولي الخاص قد تقلص بدرجة كبيرة، لأنها عقود تنطوي في نصوص على تنظيم في غاية الدقة حول الالتزامات التعاقدية، فمن غير المفيد في نطاق كبير تدخل القانون الدولي الخاص في حل المنازعات المحتملة[340].

انتقدت هذه فكرة فقها، على اعتبار أنّه حتى ولو سلّمنا بفكرة العقد شريعة المتعاقدان، فهذا لا يعني أنّ الإرادة الفردية كافية لخلق النّظام القانوني لذلك العقد

[339]- فعلى سبيل المثال وبمناسبة منازعة Affeturage internationale رأت هيئة التحكيم أنّ العقد النموذجي master agreement الذي وصفته إحدى المنظمات الدولية المتخصصة في هذا المجال والمعروفة باسم factors chan international لا يلزم الأطراف، نظرا لعدم اتفاقهم عليه، مع ذلك رأت تطبيق الفقرة الثانية من المادة 16 من ذلك العقد، نظرا لأن تلك الفقرة وحدها تجسد الأعراف التجارية في مجال المعاملة، لذلك فإنّ قضاء التحكيم يتخير من بنود العقود النموذجية ما يرى تجسيدها لقواعد عبر دولية فيرى إلزامها وإن لم يتبناها المتعاقدين على تطبيقها، فإنها غالبا ما تتحول إلى قاعدة قانونية عبر دولية متى تواتر العمل عليها.

- **المحاسنة محمد أحمد علي**، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مرجع سابق، ص 160.

[340]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي...، مرجع سابق، ص 138.

بشكل مستقل عن قواعد القانون، وهذا ما أكدته هيئة التحكيم في قضية "أورامكو" الشهيرة عندما قضت بأنّه لا يتصور حكم العقد نفسه فلابدّ أن يستند إلى قانون[341].

يعنى القول بالكفاية الذّاتية للعقد في الفن القانوني سمو الإرادة الفردية على القانون، وهذا أمر غير مقبول لأن مسألة القوة الملزمة للعقد لا تثور إلا بالرجوع إلى النظام القانوني الذي يجب أن يندرج فيه العقد، وأنّ المفهوم الحقيقي " لمبدأ العقد شريعة المتعاقدان" يعني وجود قانون يسمح بتكوين الاتفاقات والعقود، وبهذا المعنى فهي تكتسب الطبيعة التعاقدية دون القانونية[342].

ما يؤخذ كذلك على صيغ العقود النموذجية أنّها قامت على أساس رأسي، أي أنّها تخص نوعا معينا من البضائع والمنتجات، وليس منها إلاّ القليل جدا الذي يقوم على أساس أفقي ينبسط على كل المنتجات أو الأنشطة التجارية، والأمر على هذه الحالة له سلبياته المتعددة، فالمتعامل في هذا الحقل يواجه أحيانا وفرة محيرة من هذه العقود يتعين عليه أن يختار منها ما يناسبه، وقد يكون هذا الاختيار متعارضا مع اختيار الطرف الآخر[343].

تبقى بالرغم من ذلك، العقود النموذجية وسيلة من وسائل توحيد القانون التجاري الدّولي من حيث أنّه اعترف للمنظمات المتخصصة بوضع العقود النموذجية بدور كاشف للقواعد الموضوعية تمثل تدوين الأعراف التجارية الدولية السابقة الوجود، أي أنّها بخلاف السلطة التشريعية لا تملك إنشاء القواعد القانونية الملزمة ومع ذلك فإنّ دورها قد ينقلب إلى دور إنشائي للقواعد الموضوعية متى تحولت القواعد التعاقدية التي ابتكرتها تلك المنظمات إلى أعراف تجارية ملزمة من خلال تواتر العمل عليها.

---

[341]- **عن: الطراونة مصلح أحمد**، قانون التجارة الدولي، مرجع سابق، ص 83.

[342]- **نرمين محمد محمود صبح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدان والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، د.د.ن، د.م.ن، 2002، ص 101.

[343]- **نعم حنا رؤوف**، "العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية"، مرجع سابق، ص 333.

ب- القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية[344]

حدث نزاع في تفسير العادات وأعراف التجارة الدولية الدّولية غير المقننة في مجال البيوع الدولية والتي درج المتعاملون على إتباعها، رغم أهميتها، لذلك، سعت غرفة التجارة الدّولية إلى وضع تفسيرات موحدة للمصطلحات التجارية التي اعتاد جمهور المتعاملين على إتباعها بشكل مطرد.

انتهت الغرفة إلى وضع التفسير الموحد للمصطلحات التجارية عام 1936 بعد استطلاع رأي الخبراء والمتخصصين[345]، وبمراعاة العرف التجاري الغالب في شأنها، حيث وضعت التفسير، غير أنّه أعيد صياغة تلك التفسيرات أكثر من مرة في الأعوام 1953، 1967، 1976، 1980، 1990، 2000، وأخيرا عام 2010، والطريقة المتبعة في التفسير هي ذكر المصطلح ثم توضيح ما يشتمله من التزامات بالنسبة للطرفين في العقد، وتتعلق الالتزامات التي يعددها التفسير عادة حول ميعاد التسليم ومكانه والمستندات اللازمة للتصدير والاستيراد وتبعة الهلاك...الخ[346].

2-اعتماد العادات التجارية في الاتفاقيات الدّولية والتشريعات الدّاخلية

أشارت العديد من الاتفاقيات الدّولية إلى ضرورة الأخذ بالعادات والأعرف المرتبطة بالتجارة الدّولية وحتى القوانين الداخلية نذكر منها:

[344]-« Les incoterms ont pour objet d'établir une série de règles internationales de caractère facultatif précisant l'interprétation des principaux termes utilisés dans les contrats de vente avec étranger ».

[345]- **KHAN PHILIPP**E, « La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses » , op.cit. p. 416.Disponible sur le site : http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/2194470-03.pdf

[346]- **نعم حنا رؤوف**، " المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي"، مرجع سابق، ص356.

أ-اعتماد العادات التجارية في الاتفاقيات الدّولية

تتضمن اتفاقيات التحكيم التجاري الدّولي وكذلك الاتفاقيات المقررة لقواعد موضوعية موحدة في مجال التجارة الدولية نصوصا تشير إمّا صراحة أوضمنا إلى عادات التجارة بوصفها تشكل الجزء الأساس من قانون التجارة الدولية.

نصت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدّولي (جنيف 1961) في المادة 07 منها على حرية الأطراف في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، وعند عدم الإشارة من قبل الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التي يراها المحكمون ملائمة للموضوع، وفي كلتا الحالتين يتقيد المحكمون بشروط العقد وعادات التجارة.[347]

ورد نص مماثل في اتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 3/33، التي حتى وإن لم تتخذ موفقا صريحا فهي لم تمانع من الأخذ بهذه القواعد[348]، فضلا عن قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام 1975 والمعدلة عام 1988 إذا نصت المادة 3/13 على الآتي: "للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النّزاع فإذا لم يحدداه طبّق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في

[347]- **GAILLARD Emmanuel**, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », p. 205.voir le site:= =http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/1991/01/La%20distinction%20des%20principes%20g%C3%A9n%C3%A9raux%20du%20droit%20e__/Files/View%20Full%20Text/FileAttachment/IA_Principes%20generaux%20du%20droit%20et%20usages_040308_19.pdf.

[348]- اتفاقية نيويورك، لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 88-233، مؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 ماي 1958، ج. ر.ج. ج عدد 48 لسنة 1988.

الخصوص"، أمّا الفقرة 8 من المادة ذاتها فقد نصت: "يراعى المحكم في جميع الأحوال شروط العقد وعادات التجارة"[349].

أورد القانون النموذجي للتحكيم الدّولي نص المادة 1/28 لكي يشير إلى أنّ حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقتصر على القانون الوطني لإحدى الدول وإنّما يشمل القواعد القانونية ذات الطبيعة العابرة للدول.

نصت في مجال الاتفاقيات العربية، اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المبرمة في 1987/04/14 والمعدلة في 1992/04/22 المادة 1/21 منها على أنه: "تفصل - هيئة التحكيم – وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أوضمنا، إن وجد، وإلاّ فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النّزاع على أن تراعي قواعد الأعراف لتجارة الدولية المستقرة"

تعدّ من أهم الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بالعادة والأعراف التجارية ومنحتها تأثيرا أكبر في مصادر القانون الخاص للمعاملات الدّولية اتفاقية فينا للبيع الدول للبضائع لعام 1980 وذلك في المادة 9 التي سبق الإشارة إليها.

ب- اعتماد العادات التجارية في التشريعات الداخلية

نجد في هذا الصدد العديد من القوانين الداخلية التي أوجبت على المحكمين تطبيق عادات التجارة على موضوع النزاع بدء من المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنص أنه "***على المحكم أن يحسم النزاع تبعا لقواعد القانون المختار من الأطراف، وفي حالة غياب الاختيار يؤخذ في الاعتبار عادات التجارة***"، يظهر النص أولوية

[349]- راجع في موضوع تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية: **أيت منصور كمال**، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الإقتصادي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009، ص ص 323-324.

إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يرونه مناسبا لحكم موضوع عقودهم طالما لا يتضمن مساسا بالقواعد الآمرة والنظام العام، والمعدلة بموجب المادة 1511 [350]،

ورد حكم مماثل في المادة 2/1054 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي والمادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987.

أعطى المشرع المصري على صعيد القوانين العربية أولوية للأطراف في تحديد القانون الذي يحكم النّزاع وذلك في المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، فوفقا للمادة يجب على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد الموضوعية لقانون الدولة المختارة فإذا لم يتم اختيار قانون دولة معينة، فعلى هيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أكثر اتصالا بالنزاع، ولكن يجب على الهيئة عند الفصل أن تراعي شروط العقد محل النّزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة، وبمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون إذا اتفق الأطراف على تفويضها بالصلح [351].

أمام تأكيد المشرع الفرنسي والمصري على الأخذ بهذه الأعراف، لنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد؟

---

[350] - أنظر:

-Le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, entré en vigueur en France le 1er mai2011
- art. 2 " Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, àdéfaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ".
-Pour plus d'iformation voir : **FORTIER Yves**, « La nouvelle loi française sur l'arbitrage : vues d'Outre-Atlantique », la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage,Op, cit, sur http://www.arbitrationicca.org/media/4/06432899300901/media113282757006560la_nouvelle_loi_francaise_sur_larbitrage.pdf
Voir aussi : **GAILLARD Emmanuel**, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », ÉTUDES ET COMMENTAIRES- CHRONIQUES, Recueil Dalloz - 20 janvier 2011 -N° 3, PP. 175-192.
http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/2011/01/Le-nouveau-droit-franais-de-larbitrage-interne-e__/Files/View-the-full-articleLe-nouveau-droit-franais-de__/FileAttachment/IA0121110Lenouveaudroit.pdf

[351] - قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، متوفر على الموقع:
http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf

نصت المادة 1050 من القانون 09/08 المتضمن ق إ م إ على أنّ " ***"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل المحكمة حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة***".

الظاهر أنّ المشرع الجزائري أخذ هذه المادة من المادة 1496 من القانـــون الفرنسي، وبالتّالي يكون قد كرّس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع مع مراعاة قواعد النظام العام، والمشرع الجزائري فضّل استعمال مصطلح "قواعد القانون" والذي يمتاز بمرونة كبيرة وبمحتوى أوسع، ومنه

يكون للأطراف مجالا واسعا لإجراء اختيارهم، ومن ثمة يكون لهم ليس فقط اختيار قانون وطني بل أكثر من ذلك قانون غير وطني[352].

ثانيا- المصادر المبادئية

قد يلجأ المحكم في الكثير من الحالات إلى تطبيق بعض المبادئ القانونية بتعدد مصادر هذه المبادئ، وذلك عند غياب أيّ إشارة من الأطراف إلى قانون يحكم موضوع النّزاع، رغبة منهم في تدويل العقد وإخراجه من دائرة اختصاص القوانين الداخلية وقد تتنوع هذه المبادئ كما يلي:

1-المبادئ العامة للقانون

يقصد بالمبادئ العامة للقانون، المبادئ التي تشترك فيها كافة النّظم القانونية، أي هي قواعد تصادف قبولا في الكثير من النّظم القانونية أيا كانت درجة تقدمها، وتبرز أهمية هذه المبادئ في القانون الدّولي الخاص من حيث أنّها مثار اهتمام المحكمين في العقود التي تبرمها الدّول مع أحد أشخاص القانون الخاص، بحيث بتطبيقها لم تعد هذه المبادئ فكرة

[352]- راجع في التعليق على مصطلح "القواعد القانونية "الوارد في المادة 1050 ق إ م إ، **شريف هنية**، " إعمال القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي"، **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، السنة الخامسة، المجلد 10، العدد02، 2014، ص 159.

نظرية ولا مصدرا احتياطيا لقواعد القانون الدّولي الخاص وإنّما أصبحت مصدرا حقيقيا لحل منازعات عديدة[353].

تختلف المبادئ العامة للقانون عن العادات والأعراف التجارية الدّولية، من حيث أنّ الأولى تعتبر مصدرا للثانية، كما وأنّ عادات التجارة الدّولية تختلف باختلاف ميادين التجارة الدّولية، بعكس المبادئ العامة التي هي بمثابة قواعد أساسية مشتركة بين كافة الأنظمة القانونية.

يشير الفقه إلى عدّة نظريات في تحديد المبادئ العامة عبر الدّولية، فالبّعض اعتبرها قواعد قانونية مشتركة[354]، والبعض اعتبرها تلك المبادئ المشار إليها أوّل مرة في المادة 38 من النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدائمة ثمّ تكررت نفس المادة في النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدّولية[355]، لا شك أنّ هذا الرأي يخلط بين القواعد عبر الدّولية والقانون الدّولي العام، أمّا الفقه الحديث فينظر إليها وفق منظر خاص حيث يعتبرها

[353]- **LOQUN Eric**, « Les règles Matérielles du commerce international », op. cit, P. 458.

[354]- اعتبرت نظرية القانون المقارن للفقيه الفرنسي GAILLARD هده المبادئ نتاج للدراسات القانونية المقارنة بين الأنظمة القانونية.

- أنظر: **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 283 وما بعدها.

[355]- ليس المهم إذا كانت هذه المبادئ القانونية هي التي نصت عليها المادة المذكورة أو تلك المشتركة لأشهر الأنظمة الوطنية إذ نجد في هذا الصدد عدة قائمات وضعت لتحديد هذه المبادئ من طرف العديد من الباحثين أمثال ROSSEAUX في القانون الدولي وكذلك GOLDMAN الذي سرد هذه المبادئ منها: مبدأ العقد شريعة المتعاقدان والذي يقضي احترام القوة الملزمة للعقد، مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية أي ضرورة الالتزام بالاستقامة في تنفيذ العقد، مبدأ توازن الاداءات التعاقدية، مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، مبدأ حق الشخص في الدفاع عن حقوقه، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، عدم جواز التعسف في استعمال الحق...الخ.

كما نجد قائمة الانجليزي MUSTILL والقائمة التي أعدها BERGER التي تعتبر أحدث رصد لتلك المبادئ وأكثرها تعمقا من حيث الإشارة إلى المصادر الفقهية وأحكام التحكيم التي استخدمت تلك المبادئ. أنظر هذه القائمة: **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 296 إلى 308.

-**FOUCHARD Philippe & GAILLARD Emmanuel et BERTHOLD Goldman**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, éd, Litec, Paris, 1996, p. 828.

قواعد نشأت بفعل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدّولية[356]، واستطاع المحكمون أن يضفوا على هذه القواعد ذاتيتها المتفقة وطبيعة التجارة الدّولية[357].

نص المشرع الجزائري على الأخذ بهذه المبادئ في المادة23 **مكرر/2**من ق م ج المعدل والمتمم التي نصت على أنه:" تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين" وحسب النص فإنّ تطبيق هذه المبادئ يكون عند عدم وجود نص خاص يحكم العلاقة التعاقدية، أي ألا يكون هناك قانون واجب التطبيق على العقد حدد بإرادة الأطراف في اتفاقية خاصة أوشرط أوبند من العقد.

اختلف الفقه حول ما إذا كانت هذه المبادئ القانونية تعتبر مصدرا من مصادر القانون التجاري الدّولي أم لا تعتبر كذلك، بالرّغم من استقرار قضاء التحكيم على تطبيقها بهدف سد النقص أوالقصور في مصادر القانون التجاري الدّولي، أوبقصد تجنب اللّجوء إلى القوانين الداخلية للدّول، أوحتّى طبّقها المحكمون بوصفها قانون الإرادة، أي بناء على إعمال قاعدة الإسناد التي تشير بالقانون الذي ارتضـــــــــاه المتعاقدان صراحة أوضمنا، أواستندوا في ذلك إلى فكرة التطبيق المباشر لهذه المبادئ دون حاجة لإعمال منهج التنازع.

أنكر اتجاها من الفقه على المبادئ القانونية المشتركة صفتها كمصدر من مصادر القانون التجاري الدولي، فهي ليست بقانون، وأنّ أيّ عقد يجب إسناده إلى نظام قانوني يؤسس مشروعيته ويحدد آثاره، فهذه المبادئ لا تتمتع بخصوصية معينة تكفل لها صفة

[356]-Les décisions des tribunaux arbitraux « forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et conforme aux besoins du commerce international ».

- عن: **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، هامش رقم 3، ص 309.

[357]- نجد كثيرا ما تشير مشارطات واتفاقيات التحكيم إلى المبادئ القانونية المعترف بها، مثل اتفاق التحكيم المبرم بين حكومة إيران والاتحاد الدّولي للبترول 1954حيث تشير المادة 46 منه على أنّ قرار التحكيم يجب أن يصدر مطابقا للمبادئ المعترف بها في الأمم المتمدنة. أنظر:

- **باخوكتجي جلال محمد عيسى**، القواعد التي يطبقها المحكّم على موضوعات المنازعات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ،1997، ص 100.

الاستقلال عن القوانين الداخلية المستمدة منها حتّى تدخل في إطار القياس القانوني، بل يخشى هذا الاتجاه أن يؤدي إعمالها إلى تحكّم القاضي الذي يمكن له تبني ما يريده من حلول للنّزاع المطروح أمامه تحت ستار ما يسمى بالمبادئ العامة[358].

فضلا أنّ الحلول التي يمكن استخلاصها عبر هذه المبادئ تتسم بطابع العموم ولا تكفي لمواجهة خصوصية المسألة محل النّزاع واتساع نطاق التجارة الدّولية، وهو ما يجعلها أداة قابلة للتطويع إلى حد إمكانية استخدام نفس المبدأ لخدمة مواقف متعارضة[359].

مثلا "*مبدأ العقد شريعة المتعاقدين*" هو بالتأكيد مبدأ عام ذو قيمة عالمية، وإذا أردنا تطبيقه على العقد محل النّزاع، فإنّ الخلاف بين النّـــظم القانونية المختلفة مفترض، فإذا تمسك المدعي وفقا لهذا المبدأ بضرورة مضي خمسين عاما من وقت إبرام العقد حتى يسقط حقه، فمن المحتمل أن يرفض القاضي المطالبة، إذا تمسك المدعى عليه بسقوط حق المدعي بالتقادم، كما أن هناك تفاوت في بعض المبادئ العامة الأخرى للقانون مثل مبدأ الحقوق المكتسبة في مواجهة التأميم أو مبدأ منع الإضراب واعتباره حقا مشروعا، ومبدأ إباحة الربا ومنعه وغيرها من المبادئ[360].

ذهب اتجاه فقهي آخر على خلاف الرأي السابق إلى تأكيد الأهمية العملية للمبادئ العامة للقانون كمصدر لقانون التجارة الدولية، مستندا إلى أنّ استخلاص هذه المبادئ أصبح من مقتضيات التّنظيم المتطلّب للتجارة الدّولية[361].

---

[358]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 219.أنظر كذلك:
-**TERKI Noureddine**, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, Op.cit.p.107.

[359]- **فلحوظ وفاء مزيد**، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص ص 893-894.

[360]- **المحاسنة محمد أحمد علي**، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نح ايجاد منظومة للقواعد الموضعية الموحـــدة، مرجع سابق ، ص 162.

[361]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 223.

تمسك مؤيدو هذه القواعد بضرورة الأخذ بهذه المبادئ انطلاقا من منظورين أساسيين هما، أزمة منهج قواعد تنازع القوانين، ومقتضيات التجارة الدّولية بالإضافة إلى انتشار نظام التحكيم مع ما منحه للمحكم الدولي من مكنة واسعة بغرض الإفلات من النّظم الوطنية لصالح إعمال هذه المبادئ كفكرة موضوعية مستقلة لحكم العلاقات الدولية الحديثة، وخاصة لو تمّ تفويضه بالصلح، والمحكم بدوره يرغب في تسبيب حكمه استنادا على تدليل قانوني مجرد وذلك بمنحه طابعا عالميا من جهة وبإبعاده في نفس الوقت عن مظنة التحيّز للقانون الوطني معين من جهة أخرى.

بالتّالي، فإنّ الّدور السلبي الذي كانت تلعبه هذه المبادئ والذي قوامه اعتبارها قرينة على استبعاد القانون الوطني الذي أشارت إليه قواعد الإسناد ترجيحا لإعمال نظام قانوني غير وطني، ما لبثت أن تعدت ذلك الدور باتجاه دور آخر أكثر ايجابية وذلك على اعتبارها نظاما قانونيا صالحا للتطبيق المباشر على موضوع النزاع إمّا بشكل موضوعي مستقل إمّا كنظام مكمل لنظام آخر[362].

مهما يكن من أمر المذاهب الفقهية، فإنّ تطبيق هذه المبادئ يواجه بعض الصعاب منها:

- أنّ تطبيقها يعتمد إلى حدّ بعيد على الثقافة القانونية للمحكم وقدرته الذهنية على استخلاص هذه المبادئ من خلال تحليل مقارن لكل الأنظمة القانونية.

- أن حجم التناقضات ونوعها على المستوى العالمي تقف عقبة أمام تدويل العقود سواء بين الدّول النّامية والمتقدمة، وحتى بين هذه الدّول هناك اختلاف في المفاهيم الأنجلو سكسونية ودول القانون المقنن.

- أنّ سجل قرارات التحكيم التجاري الدولي بالنسبة لتطبيق مصطلحات مثل مبادئ القانون أوالمبادئ المشتركة لأمم المتحضرة على منازعات عقود القانون العام، ليس

[362]- **الطراونة مصلح أحمد**، قانون التجارة الدولي، مرجع سابق، ص 94.

سجل ناصعا تماما حيث ينظرون بمنظار يتأكد من خلاله إعمال قانون القوي على الضعيف الأمر الذي يصبح معه أمر تدويل القواعد التي تحكم المنازعات في هذه العقود هو في الواقع تكريس لمفاهيم قوانين الدّول المتقدمة، كما حدث في قضية شيخ أبو ظبي المـــــذكورة آنفا، أين استبعد المحكم قانون أبو ظبي وهو الشريعة الإسلامية على اعتبارها لا تتضمن أحكاما لمعالجة النزاعات الناجمة عن عقود الامتياز، وكذلك مثل قرار التحكيم الذي صدر في 1977/02/19 في شأن النزاع بين الحكومة الليبية وبين شركتي Texaco Galasiatic للبترول، وفي هذا التحكيم الذي لجأ فيه المحكّم إلى حيل واضحة استبعد القانون الليبي لصالح المبادئ العامة للقانون، وذهب المحكم إلى القول أنّ إعمال المبادئ العامة للقانون لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع أو لعدم توافقه أو ملائمته مع طبيعة العلاقة بين دولة وأحد الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، وإنّما أيضا بقصد حماية المتعاقد الأجنبي من التّغيّرات التي تقررها الدّول في تشريعاتها الداخلية بما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

هذا ما يشكل موقف غير مبرئ لأنّ استبعاد القوانين الوطنية غالبا ما يخفي وراءه موقف غير حيادي بالنسبة لمشكلة تعتبر من أعقد المشاكل والتي واجهت وتواجه الدول النامية لا سيما بعد الحرب العالمية الثانية وهي السيطرة على الثروات الطبيعية[363]، وفي رأي الدكتور "**أبو زيد رضوان**" أنّه ما لم ينص في مشارطة التحكيم أو في العقد مثار المنازعة على أنّ النّزاع في مثل هذه الحالة يكون على مقتضى مبادئ العدالة وتعطي للمحكم سلطة صريحة وواضحة في هذا الشأن، فإنّ سكوت أطراف المنازعة التي تثور

[363]-**KACZOROSKA Aline**, *Les usages commerciaux dans les conventions relative à la vente internationale*, op, cit, p.12. Le Mexique a exprimé ses inquiétudes en indiquant que la priorité des usages sur la Loi uniforme «pourrait conduire à imposer des usages injustes ou des pratiques inéquitables à la partie la plus faible».

بشأن ما يعرف بعقود يجب أن يفسر على أن إرادة الأطراف تتجه كقاعدة عامة نحو قانون دولة طرفا في النّزاع[364].

تلعب هذه المبادئ دورا لا يستهان به في تسوية بعض المنـــازعات في التجارة الدّولية، بالرّغم من هذه المصاعب، باعتبارها موجودة وملازمة للفكر القانوني، والتي توجد عمليا في النّظم القانونية الكبرى، وبفعل أهميتها أصبحت تحتل مكانها حتى في النّظام القانوني الدّولي والذي تجد فيه الدّول بالتبعية انعكاسا لأفكارها القانونية، وهذه المبادئ تشكل درع إنقاذ لكل قاضي أو محكم في مأزق فعمومتها تجعلها قابلة للتطبيق على مختلف الأوضاع، وطابع العمومية يعطي للمحكم حرية تقدير واسعة لتصحيح الآثار الناجمة عن تطبيق قواعد القانون المختص وكذلك معالجة ما قد يعتري النّظم القانونية الوضعية من قصور[365].

2- مبادئ معهد روما لعقود التجارة الدّولية (المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص)

تعود فكرة إعداد مجموعة قانونية لعقود التجارة الدّولية إلى الحلقة الدّراسية المعقودة في روما عام 1968 في ذكرى تأسيس معهد روما، وفي عام 1980 شرعت مجموعة عمل خاصة متكونة من ممثلين عن النّظم القانونية والاقتصادية الرئيسية في العالم و القضاة، ومن خبراء بارزين في ميدان قانون العقود وقانون التجارة الدّولية، تحت إدارة الأستاذ MICHAEL JOACHIM bonell بمهمة إعداد مسودة فصول للمبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية،وبعد أربعة عشر سنة من العمل أعطى المجلس التنفيذي موافقته على هذه مبادئ عام 1994[366].

---

[364]- عن: **باخوكتجي جلال محمد عيسى**، القواعد التي يطبقها المحكّم على موضوعات المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 103.

[365] - Voir : **ARFAOUI Besma**, *L'interprétation du contrat arbitral de commerce international*, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et sciences économiques, Université de Limoges, 2008, p. 270.

[366]- **Witteborg NIKA**, « les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international comme source de connaissance du droit », p 03. Article disponible sur le site :

تم الاعتماد على عدّة مصادر لإعداد هذه المبادئ، أساسا تمّ التّركيز على القواعد الخاصة بالتعاملات العابرة للدول والحدود الوطنية نظرا لأهميتها، وقد وجه اهتمام خاص بالتشريعات المعاصرة في ميدان العقود وأهمها القانون الأمريكي التجاري الموحد[367].

تمّ الاهتمام على المستوى الدّولي بالوسائل الأكثر انتشارا كاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، والقانون النموذجي لليونسترال بشأن التحويلات الدائنة الدّولية لعام 1992، وكذلك الدليل القانوني لليونسترال في مجال إبرام العقود الدولية لإنشاء الأعمال الصناعية وفي مجال التعاملات الدّولية المتقابلة لعام 1993.

تتألف المبادئ التي أعدها معهد روما لعقود التجارة الدّولية لعام 1994 من دباجة و119 مادة قانونية موزعة على سبعة فصول[368]، والملاحظ أن معيار التّدويل المتبع في هذه المبادئ هو أوسع ما يمكن بحيث لا يتقيد بأيّ من المعايير القانونية أو الاقتصادية، بل يكفي فقط بأن يكون العقد مشتملا على عنصر أجنبي[369].

لم تكن المبادئ التي أرساها المعهد رّغم أهمية كافية وملائمة للقانون العام للعقود، الأمر الذي أدّى إلى إعادة النّظر فيها من خلال فرقة عمل مختصة سنة 1997هدفها التّوسيع من مجال القواعد الموجودة، خاصة ما يتعلق بالتّجارة الالكترونية، وهكذا اعتمدت التعديلات عام 2004 و آخر تعديل في سنة 2010[370].

---

http://www.ipr.uni-heidelberg.de/montpellier/pdf/vortraege/38witteborg.pdf

[367] - IBID

[368] - les sept chapitres traitaient des aspects de la conclusion, de la validité, de l'interprétation et du contenu de contrats, l'exécution ainsi que la non-exécution et le droit a l'exécution en cas de non-respect des obligations.

- ces principes ont trouvé une reconnaissance internationale considérable depuis leur publication. Ils étaient le sujet de divers colloque et congrès, de plusieurs publications, et sont de plus en plus considérable lors des procédures arbitrales et des et des procès devant les juridictions de droit commun. Les Principes ont même été intégrés dans les codes civils de quelques pays, par exemple en Russie ou Lituanie.

[369] - أنظر محتوى هذه المبادئ على الموقع:

http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-french.pdf

[370] - للاطلاع على نسخة 2004أنظر على الموقع:

http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-f.pdf

لقد أصبحت هذه المبادئ إحدى السّبل المتاحة لتحقيق التوافق بين القواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الدّولية، وباعتبار أنّ هذه القواعد لا تعتبر اتفاقية دولية ولم تدمج في القوانين الدّاخلية يطرح التساؤل حول متى وكيف تطبق؟[371]

تطبق هذه المبادئ حسب الدّباجة إذا أحال الأطراف إليها أو أحال المتعاقدان إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون أوعادات وأعراف التجارة الدّولية[372]، وقد تطبق هذه المبادئ دون إحالة الأطراف إليها بصفة غير مباشرة بصدد تفسير العقد بحثا عن القانون الواجب التطبيق، وبهذا المعنى لم يجعلهاواضعوها قواعد ملزمة وإنّما مكملة ومفسّرة[373].

-وللاطلاع على نسخة 2010أنظر الموقع:
http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf

[371] - للإجابةعلى هذا السؤال مدعما ببعض قضايا و قرارات التحكيم راجع :

-**EMMANUEL S - Darankou**, « L'application des principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques » .disponible sur le site :
http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol36num2/darankoum.pd

[372]- Afin d'essayer de comprendre quelle peut être la nature de ces Principes, il Convient de partir du Préambule, selon lequel « les Principes peuvent s'appliquer Lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les « principes généraux du droit », la *lexmercatoria*ou autre formule similaire ».

[373]- **NIKA Witteborg**, « les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international comme source de connaissance du droit », Op Cit., pp.9- 11

- l'exemple le plus connu en pratique est l'application des principes d'UNIDROIT dans le contexte du contrat de construction du tunnel de la MANCHE, les entreprises anglaise et françaises, le maitre de l'ouvrage anglo-français et les diverses autorités nationales et international ont dû conclure un accord sur le droit applicable. Ils se sontmisd'accordsur la clause "the principles Common to both Engli Law and fransh law, and in the absence of such common law by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals >>=

=C'est à dire selon les principales qui appartiennent au droit français comme au doit anglais en cas d'absence aux principes généraux du droit du commerce qui ont été appliques par les tribunaux nationaux ou internationaux.

- Le tribunal arbitral chargé du litige a donc appliqué les Principes d'UNIDROIT en se référant à cette clause et à la fonction des Principes qui est entre autre de combler une lacune.

الفرع الثاني

قواعد العدالة والإنصاف وسوابق قضاء التحكيم الدّولي

لا تنطبق نصوص القانون على حالات خاصة معينة بذاتها، وهذا ما يظهر في خاصيتي العمومية والتجريد في القاعدة القانونية، وعمومية القانون تظهر في أنّ العدالة التي يحققها هي عدالة عامة تنطبق على كل الأشخاص دون تمييز بينهم، ممّا يجعله في بعض الحالات ناقص يستدعي الأمر على القاضي أن يجتهد ليحكم على أساس قواعد العدل والإنصاف(**أوّلا**)، ونفس الفرض يقابله حالة عرض النّزاع أمام التحكيم الذي تشكل أحكامه سوابق وبالتّالي مصدر للقواعد الموضوعية في التجارة الدّولية(**ثانيا**).

أوّلا - قواعد العدالة والإنصاف

إنّ فكرة العدالة كشعور نفسي موجود في الضمير الاجتماعي تختلف بحسب ما نعتقد ظلما أو عدلا، فلا يوجد اتفاق على تحديد مضمونها كفكرة تقلل من قيمة القانون، فالعدالة تبدو كفكرة متعددة الاستعمالات فهي تبرر أحيانا التمرد على القانون وأحيانا ملائمة هذا الأخير، وأحيانا تكون هي القانون ذاته، فالعدالة لا تقوم وحدها ولا تكفي ذاتها بذاتها، بل أنّها ذات طبيعة خاصة لا توجد ولا تعمل إلاّ حيث وجد نظام قانوني تستخدم لتخفيفه عند قسوته، وحسب أرسطو فإنّ دور العدالة هو تصحيح القانون عندما يتبين نقص بسبب عموميته، فيرى أنّ الصياغة الجامدة للقوانين يمكن أن تحقق العدل ولكنها لا يمكن أن تحقق العدالة[374].

المراد بالعدالة في العقود الدّولية مجموع الأفكار والمفاهيم التي تسود لدى الأوساط التجارية وتستقر في ضمائر أفرادها عمّا هو حق وعدل[375]، وقد استطاع المحكمون بمقتضى العدالة أن يستجيبوا لطلب الأطراف في إعادة تقييم العقد الذي

[374]- عن: **عشوش أحمد عبد الحميد**، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مرجع سابق، ص ص 39،51.

[375]- **الطراونة مصلح**، قانون النجارة الدولي، مرجع سابق، ص 102.

يربطهم إذا طرأت تغييرات في المعطيات المبدئية التي تعاقدوا بالنّظر إليها وعلى نحـــــو يؤدّي إلى إعادة توازنه، ويظهر هذا خاصة في مجال نقل التكنولوجيا حيث ذهب قضاء التحكيم إلى أنّ المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدّولة المضيفة تعدّ من قبيل الظروف الطارئة التي يجب معها إعادة تقييم العقد، وتعديل المسؤولية تأسيسا على مبادئ العدالة[376].

لتحديد الفرق بين العدل والعدالة، يجب فهم أنّ العدالة هي تحقيق العدل في حالة خاصة ينطبق على حالة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منها مطابقا لظروفٍ خاصة، فالعدالة تنظر إلى كل نزاع على حده، وبالتّالي إذا كان العدل هو قرين لتطبيق القانون الوضعي والذي يعبّرعن إرادة المشرع الوطني وحدة، فإنّ العدالة هي حالة خاصة بكل نزاع[377].

استلهم المحكمون باسم العدالة قواعد كثيرة منها "*التوزيع المتساوي للمخاطر*" الناتجة عن القوة القاهرة، رغم أنّ القوة القاهرة تعفي أصلا المدين من المسؤولية[378]، وهنا يظهر أثر فكرة العدالة في التخفيف من جمود القوانين الوطنية، وعلى أساس فكرة العدالة أيضا يجوز للمحكم استبعاد فكرة التقادم في موضوع البيع الدولي للمنقولات المادية رغم توفر شروطه، لأنّ الحكم بمقتضى التقادم يمسّ العدالة في النزاع، وقد تقضي العدالة بأنه لا ضرورة للأعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ أوالتأخر فيه[379].

---

[376]- **عبد الحميد منير**، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 241.

[377]- **محمد توفيق على محمد فهمي**، اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدّولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص ص 35-36.

[378]- **امحمد سعد الدين**، " دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق" **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، السنة الخامسة، المجلد 09، العدد01، 2014، ص 95 .

[379]- **الطراونة مصلح**، قانون النجارة الدولي، مرجع سابق، ص 103.

ترتبط بهذا المعنى العدالة بمصادر ومكونات التجارة الدّولية، حيث يستطيع المحكم باسم العدالة أن يستلهم الحلول للمسائل التي يتناولها عندما يتفق المتعاقدان على تفويضه سلطة الحكم في النّزاع بمقتضاها[380]، وهذا ما يسمي بالتحكيم بالصلح أو بالعدالة، بشرط أن يكون هذا النوع من التحكيم مقبولا وفقا للقانون الذي يتأسس عليه العقد الأصلي.

لا يجيز القانون الإنجليزي مثلا للخصوم الاتفاق على إعفاء المحكم من التقيّد بقواعد القانون[381]، وهو ما يتيح للمحكم بتجاوز شكليات القوانين الوضعية فيقضي وفقا لمصلحة الأطراف دون النظر لمنطق القواعد القانونية العامة مبتعدا عن التجريد مرتبطا بالاعتبارات الأخلاقية والعاطفية وبما يمليه عليه ضميره، ولكن إذا ثار الشك في تحقق الإرادة الصريحة للمتعاقدين[382] في اختيار التحكيم بالصلح يجرى التحكيم طبقا للقانون، وهو الأمر الذي أخذت به تحكيم غرفة التجارة الدولية، حينما نظرت في نزاع بين شركة حكومية كاميرونية وأخرى أمريكية في شأن إنشاء محطة أقمار صناعية، وقد نص العقد

---

[380]- استلزمت هذا الشرط المادة 7/2 من معاهدة جنيف لعام 1961 والتي أوضحت:

« Les arbitres statueront en amiable compositeurs si telle est la volonté des parties et si la loi régissant l'arbitrage le permet ».

[381]- **عبد المجيد منير**، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 274

- غير أن هناك العديد من التشريعات التي تبنت العمل بهذه الطريقة لحل المنازعات الخاصة الدولية، كالقانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 في المادة 4/39 منه، وكذلك بعض الاتفاقيات الدولية. راجع في هذا الصدد:

- **امجد سعد الدين**، " دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق، مرجع سابق، ص ص 91-92.

[382]- L'arbitre tient son pouvoir de statuer en équité, non seulement du droit du siège de l'arbitrage, mais aussi et surtout de l'autorisation expresse des parties, un accord tacite ne suffisant pas. L'exigence de forme de l'autorisation expresse et parfaitement justifie par le souci de s'assurer que les plaideurs ont choisi de façon univoque de délier totalement les arbitres de l'obligation de respecter les règles du droit.

-voir **: LANDROVE Juan Carlos,** « Equité judiciaire et équité arbitrale : Synonyme ? », p. 282. Article disponible sur le site : http://www.landrove.ch/pdf/Equite_Chaudet_Landrove.pdf

- وقد خولت المادة 42/3 من اتفاقية تسوية المنازعات بين الدول المتعاهدة ومواطني الدول الأخرى المتعاهدة لهيئة تحكيم المركز سلطة الفصل في المنازعات طبقا لقواعد العدالة وحسب مقتضياتها، بصرف النظر عن القواعد القانونية عندما يقضي الأمر تغليب العدالة، أو إذا وجد أيّ غموض في القوانين الممكن تطبيقها على النزاع أو كانت هذه القوانين متضاربة.

على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح، وقد تجاهلت الهيئة هذا التفويض وطبقت قانون ولاية كاليفورنيا[383].

يرى الفقه أنّ المحكم في هذا النوع من "***التحكيم" يغلب روح المصالحة على روح النّزاع***"، ويستبدل تطبيق القانون بقواعد العدالة وهو استبدال لمعايير موضوعية بمعايير تلعب فيها شخصية المحكم وضميره دورا هاما، واتسام العدالة بالطابع الشخصي يجعل منها تمثل الإنسانية في القانون، حيث تعمل على إزالة المفارقات وتخفيف ما يكون من حدّة وتشدد في مضمون القواعد القانونية.

إذا كان القاضي يستمد سلطته من القانون فإنّ المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف التي لا تلزمه إلاّ بتطبيق العدالة، وهو ما يجعل سلطاته أوسع لا يحدّ منها إلاّ موضوع النزاع وقيود النظام العام الدولي أو قوانين البوليس التي لا يجوز المساس بها أو الاتفاق على ما يخالفها[384]، كما هو الأمر بالنسبة للرقابة على النقد والصرف والقوانين الجمركية وقوانين المنافسة، لأنّ التحكيم وإن كان عنصرا مخففا لتنازع القوانين إلاّ أنّه لا يعد سببا لاختفائه تماما في العلاقات التجارية الدّولية.

نجد على ضوء ما سبق، أنّ ***المحكم المفوض بالعدالة يتميز بنوعين من السلطات: السلطة السلبية، وهي سلطة عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية، والسلطة الإيجابية، وهي سلطة خلق الحل الملائم للمنازعة.***

يترتب عن ممارسة السلطة الأولى، امكانيـــة استبعاد المحـــكّم أحكام القانون الوطني واجب التطبيق، وبالتالي سلطة اختيار تطبيق قواعد العدلو الإنصاف، وقد يكون

[383]- **علي الدين رشا**، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد "دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مقال مقدم في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر حول الجوانب القانون والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، المنعقد في الفترة من 1-2 أفريل، 2009، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، ص 36.

[384]- **عبد المجيد منير**، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 280.

له كذلك سلطة تطبيق القوانين الوطنية، أمّا ممارسة السلطة الثانية فيترتب عنها سلطة الحكم وفقا لضميره الشخصي[385].

يتساءل "عبد الحميد الأحدب" ويقول: "ولكن المحكم حين يعود إلى ضميره ليتقصى العدالة ألا يجده مشبعا بالقانون ويجد قواعد القانون ونصوصه في كل زاوية من زوايا الضمير والعدالة؟"[386]، وقد ذهب الفقيه Bredin إلى أبعد من ذلك حيث اعتبر أنّ: " كل محكم بالقانون يعتبر مفوضا في التحكيم بالصلح ولو في صورة مستترة، وكل محكم بالصلح يعتبر مفوضا في التحكيم بالقانون وهو يمارس مهمته عن طريق مزج القانون بالعدالة "[387]، وبالتالي هل إعفاء المحكم من تطبيق القانون باسم العدالة يلزمه بعدم تطبيقه؟

اختلفت الآراء حول هذه المسألة بين من يقول أنّ الأطراف اختاروا مجالا محددا للتحكيم يعفي من تطبيق القانون وهو تنازل عن التذرع به[388]، وبالتّالي إذا تجاوز المحكم هذا المجال ودخل مجال القانون فيكون قد خالف إرادة الأطراف، غير أنّ الغالب هو رفض هذا التفكير وجعل المحكم حرّ في تطبيق القانون أو قواعد العدالة، لأنّه إذا كانت الأطراف قد تنازلت عن تطبيق القانون للمحكم فإعفاءه من ذلك لا يمنعه من تطبيق قواعد القانون، وهذا هو الفرق بين المحكم بالقانون الذي يكون ملزما بتطبيق القانون ولا يطبق قواعد العدالة[389].

---

[385] - **محمد توفيق على محمد فهمي**، اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدّولية، مرجع سابق، ص 262 وما بعدها.

[386] - نقلا عن: **باخوكتجي جلال محمد عيسى**، القواعد التي يطبقها المحكّم على موضوعات المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 26.

[387] - **عبد المجيد منير**، التنظيم القانون للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 240.

[388] - **شيعان فراس كرم**، " حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة"، ص 65 وما بعدها، مقال متاح على الموقع: http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=36778

[389] راجع في أساس سلطة المحكم وفقا للعدالة وتمييزه عن التحكيم بالقانون: المرجع نفسه، ص68.

يشير في هذا الشأن الفقيه "LOQUIN" إلى أنّ المحكم بالصلح يعني التنازل التعاقدي من قبل الخصوم عن الحق في الاستفادة من تطبيق القانون على نزاعهم، وهذا التنازل لا يرد على القانون ذاته ولكن على الحق الشخصي الذي يمنحه القانون[390].

ما يجب استيعابه هو أنّ العدالة ليست نقيض القانون ولا هي غريبة عنه حتى يكون المحكم بانتقاله من العدالة إلى القانون منتقلا من عالم إلى آخر، فالأخذ بالتحكيم بالقانون أو التحكيم بالصلح ما هو إلاّ مجرد انتقال من قانون أشد إلى قانون أقل شدّة.

حسب الرأي الأخير، فإنّ العدالة ليست هي وسيلة لحل النزاع إنّما هي غاية يسعى إليها المحكم وصولا لحكم عادل، فتخويل الطرفان للمحكم مهمة التحكيم دون التقيد بقواعد القانون لا يمكن أن يفسر على أنه تعطيل لتطبيق القانون بل يجب أن يفسر أنه رخصة للمحكم تمنحه فرصة البحث عن الحل العادل للنزاع ولو لم يكن مستمدا من نصوص القانون، وهو ما يؤدي إلى إيجاد نوع من التكامل بين العدالة والقانون[391].

يرى رأي آخر تبنّته العديد من القرارات التحكيمية ضرورة تقيد المحكم المفوض بالتحكيم وفقا للعدالة عندما يريد أن يطبق نصوص القانون بقيد الملائمة، أي ملائمة تلك النصوص لاعتبارات العدالة بحيث يعطي حلا عادلا للنزاع[392]، فالمحكم في هذا النوع من التحكيم هو **محكم مفوض بمهمة وليس متمتعا بسلطة**، وهكذا بات الحكم بمقتضى العدالة جزء من القانون المادي للتجارة الدّولية.

---

[390]- « Les pouvoirs de l'amiable compositeur résultent de la renonciation contractuelle des plaideurs au droit de bénéficier de l'application de la loi a leur litige. Cette réconciliation porte non pas sur le droit objectif, la loi, mais, sur un droit subjectif octroyé par la loi celui de bénéficier de la protection du droit positif».

أشار إليه: **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 60.

[391]- **شيعان فراس كريم**، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة، مقال متوفر على الوقع:
www.uobabylon.edu.iq/publications/law_edition2/article_ed2_9.

[392]- **LANDROVE Juan Carlos**, « Equité judiciaire et équité arbitrale: Synonyme ? », Op.cit, pp. 288-289.

ثانيا- سوابق قضاء التحكيم الدّولي

إنّ أهم الظواهر القانونية المعاصرة ظاهرة الانفتاح على التحكيم واتساع آفاقه، إذ نجد على المستوى الإقليمي أنّه عمّ الاعتراف بشرعية التحكيم بين كافة أفراد المجتمع الدّولي مهما كان نظامها القانوني وأصبحت دول العالم توفر له مكانة متزايدة لتحقيق العدالة، وعلى المستوى الموضوعي اتساع مجال القابلية للتّحكيم ليشمل ميادين كانت بالأمس بعيدة عنه، وهو ما نجده في المنازعات التي تكون الدّولة أو أحد هيئاتها طرفا فيها[393].

يتأكد يوما بعد يوم التطور الهائل الذي تعرفه العلاقات التجارية الدّولية، وما نتج عنه من خلق لقواعد دولية جديدة عابرة للحدود استطاعت أن تفرض وجودها في حقل التجارة الدولية، حيث أصبح المتعاملون الاقتصاديون غير قادرين على الإلمام بهذه القواعد الجديدة الأمر الذي دفعهم إلى إسناد مهمة البحث عن هذه القواعد وتطبيقها لأشخاص متخصصين في مجال التجارة الدولية وذلك باللجوء إلى التحكيم من أجل التكيّف مع المعطيات الجديدة التي أفرزتها التجارة الدولية الحديثة من جهة، والحفاظ على مصالحهم الاقتصادية وعلاقاتهم التجارية من جهة أخرى[394].

لعلّ عدم انتماء المحكم الدّولي إلى أي نظام قانون وطني يثير أمام التحكيم الدّولي مشكلة مهمة تتعلق بمدى التزام المحكم بقواعد الإسناد في نظم تنازع القوانين الوطنية؟[395].

---

[393]- **مواجدة مراد محمد**، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 79.

[394] - L'existence de normes rapportables a la LEX MERCATORIA… n'est plus aujourd'hui sérieusement contesté en tant que telle. Il y a des raisons qui expliquent cela. Leur juridicité, leur positivité restent néanmoins relatives, en raison de leur application par le juge étatique ou par l'arbitre international. Ce qui importe le plus pour éviter un débat futile et aujourd'hui largement dépassé, et de préciser leur utilité tant que concept unitaire, mettre en évidence leur contenu variable et en fin de compte révéler leurs fonctions diverses et variées en droit positif.
- voir :**PAMBOUKIS Caralambos**, « La lexMercatoria Reconsidérée », op. cit, p. 636.

[395]- **ديب فواد**، "المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 36.

الإجابة على هذا التساؤل نجدها في القرارات التحكيمية الصادرة عن كبرى مؤسسات التحكيم الدولية التي تدل على وجود اتجاهات متباينة في مجال تعامل المحكم الدولي مع آليات القانون الدّولي الخاص، وبالتّحديد نظم تنازع القوانين الوطنية، وبالتّالي البحث عن حل هذه المشكلة خارج نطاقـــها، بغية تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النّزاع[396]، وتعبّر هذه الاتجاهات عن نزعات فكرية مختلفة ولعلّ أهمها تلك الرامية إلى الإفلات كلية من القواعد التقليدية المطبقة على علاقات الأفراد ذات الطابع الدّولي.

يحاول الفقه السائد مع التسليم بعدم وجود نظام قانوني وطني ينتمي إليه المحكم، إيجاد انتماء دولي له بإلحاقه بالجماعة الدّولية أو كما تسمى بالجماعة عبر الوطنية المؤلفة من الأشخاص الاعتبارية للقانون العام والقانون الخاص والأشخاص الطبيعيين الذين يدخلون طرفا في العلاقات الاقتصادية التي تتجاوز بعناصرها حدود الدولة الواحدة.

بهذا المعنى، فالتحكيم هو القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود[397]، ويبدو دوره جليا من خلال استظهاره و ترسيخه للأعراف والعادات السائدة في المجتمع التجاري الدّولي والتي تعتبر ثمرة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم أوثمرة السلطة الإيجابية الممنوحة للمحكم، وكذا استخلاصه للمبادئ القانونية المشتركة بوصفها من

[396]- **GAILLARD Emmanuel**, « Trente ans de lexmercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », op.cit., p p 14-20.

[397]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 238.

-**PAMBOUKIS Caralambos s'interroge** *: L'arbitrage international constitue-t-il l'expression juridictionnelle de la lex mercatoria ?* il répond : Si on part de l'affirmation exacte de Santi Romano qu'il ne peut exister un ordre juridique sans juge.
-la présentation de la lex mercatoria en tant qu'ordre juridique a conduit certain auteurs à affirmer que l'arbitrage international constitue son expression juridictionnelle et une de ses sources.
-**PAMBOUKIS Caralambos**, « La lex Mercatoria Reconsidérée », op. cit, p. 641.

مكونات القانون التجاري الدولي، فالتحكيم يعتبر رافدا من روافد هذا القانون، باعتبار ما يراهن عليه من مقدرة على استنباط الحلول وسرعة تكريسها[398].

تشير في الكثير من الحالات أحكام المحكمين إلى ما سبقها من قضايا التحكيم المعروفة الصادرة في منازعات مشابهة، فاكتشاف المحكم لحكم تحكيمي في الاتجاه الذي يرتاح له ضميره يقدّم له نوعا من المساندة قد يغنيه عن المساندة التي يقدمها له اختيار أحد القوانين الوطنية للتطبيـــق على النزاع، وعندما يتجاوز حكما واحدا إلى وجود تيار من الأحكام في الاتجاه الذي يميل فإنّ الأمر سوف يتعلق حينئذ بظاهرة موضوعية تدعم مسلك المحكم في مواجهة طرف التحكيم الذي لا يرضيه حكمه[399].

يبدو أنّ القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية تبدو أقرب إلى قواعد من صنع هيئات التحكيم، بمعنى هي التي توفّر لها صفة العمومية، لأنّ خلق القاعدة يبدأ بحكم واحد يعبرعن الحقيقة التحكيمية من وجهة نظر الهيئة التي أصدرته سواء استندت إلى عادات التجارة الدولية أو المبادئ لعامة للقانون، وإذا نشرت هذه الأحكام فتح المجال أمام الاستناد إليها في الأحكام اللاحقة، وهكذا يتم التواتر على الحل الواحد ليصبح بمثابة قاعدة مصدرها الحقيقي هو قضاء التحكيم[400].

نشير في موضوع نشر هذه الأحكام والقرارات إلى دور غرفة التجارة الدولية بباريس والتي حاولت أن تعالج هذه المشكلة، حيث انتهت إلى التوصية على نشر أحكام المحكمين التي تتضمن مبادئ قانونية تهتم الأوساط التجارية مع حذف أسماء أطراف النزاع أو ما قد يمس بسمعتهم أو يتصل بأسرارهم.

---

[398]- **الطراونة مصلح**، قانون النجارة الدولي، مرجع سابق، ص 107.

[399]- **KHAN PHILIPPE, «** La lexmercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses », op, cit, p 423.Disponible sur le site : http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/2194470-03.pdf

[400]- **المحاسنة محمد أحمد علي**، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة ، مرجع سابق، ص 156.

لم يكن غريبا أن يؤكد البعض بحق أنّ التحكيم يعد من الوسائل الأكثر ملائمة في ميدان التجارة الدولية، فهو قضاء يتمتع بخصوصية تستدعي تعاون فعال بين الدّول من أجل ضمان فعالية التحكيم الدولي من جهة، والمحافظة على أمن العلاقات التعاقدية من جهة أخرى، وهو ما تحاول تكريسه هيئات التحكيم الدائمة التي تدعّم دور المحكم الدّولي من خلال منحه سلطات واسعة[401].

أكدت لوائحها على الدور المستقل للمحكم الذي يلعب دورا هاما وأساسيا في التحكيم التجاري الدولي الحديث، الأمر الذي أدى إلى توسيع سلطات المحكم ومنحه حرية في محاولة البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإرساء بعض القواعد التي لا نظير لها في القوانين الوطنية.

يرى الأستاذ Y.DERAINS في ذلك أمرا إيجابيّا فهذه الحريّة هي التي جعلت من القضاء التّحكيمي" قضاء خلاّقا" باستنباطه مجموعة من الحلول العمليّة تتّحد في الهاجس الذي يسيطر على منشئيها أي المحكّمين ويتمثل هذا الهاجس في الاستجابة للتّوقّعات الشّرعيّة للأطراف.

يعد نظام التحكيم نظاما قضائيا خاصا لأنّ المحكمين لا يمارسون سلطتهم في التصدي للنزاع باسم دولة معينة،ذلك أنّ الطبيعة القضائية لهذا النّظام في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية إنما تؤسس على أسباب مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية، فيكون المحكم حال نظره في النزاعات المتعلقة بتلك العلاقات غير مرتبط لا إجرائيا ولا موضوعيا ولا وظيفيا بأية دولة، وذلك على خلاف القاضي الذي يستمد سلطته أصلا من دولته التي تمنحه مكنة النظر في النزاعات التي تندرج ضمن اختصاصه.

نستنتج بناء على ما تقدم، أنّ القانون التجاري الدولي يشتمل على مجموع القواعد الموضوعية سواء أكانت مستمدة من مصادر دولية كالاتفاقيات الدولية التي تضع قوانين

[401]- **ديب فواد**، "المحكم الدولي ونظم تنازع ال قوانين" ، مرجع سابق، ص 38.

موحدة، أو مصادر وطنية كالتشريعات المتعلقة بالتجارة الدولية أو القضاء الوطني، كلها تعد من العناصر المكونة له وذلك بالقدر الذي تتعلق فيه هذه القواعد بالتجارة الدولية وحدها، وبجانب هذه القواعد هناك جزء من هذا القانون الذي يتشكل بشكل تلقائي من العادات المهنية بواسطة المهنيين والتنظيمات القانونية والشروط التعاقدية التي يؤدي تكرار العمل بها إلى رفعها مصاف القواعد العرفية[402].

غير أنّ البعض يرى استبعاد المصادر المذكورة في اطار قانون التجارة الدّولية وإن كانت تقدمّ حلولا تتلاءم مع هذه التجارة لأنّها توضع بواسطة الأجهزة التابعة للأنظمة القانونية الوطنية، وأنّ أصالة القانون التجاري الدّولي تكمن في مصادره الناشئة بواسطة المنظّمات المهنية والعادات والممارسات التجارية الدّولية.

[402]- **PELLET Alain**, La lexmercatoria, «Tiers ordre juridique » ? , Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », op, cit, pp 71-72.

المبحث الثّاني

عن فعالية القواعد الموضوعية في العقد الّدولي

انقسم الفقه بشأن فعالية القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية إلى اتجاهين، فيذهب الاتجاه الأوّل وهو الغالب إلى أنّ قواعد قانون التجارة الدّولية تعدّ قواعد مكمّلة للقانون الواجب التطبيق على النّزاع، وذلك أنّ هذه القواعد تتضمّن حلولا لمسائل معينة كثيرة الحدوث في نطاق التجارة الدّولية، ولكنها لا تعتبر قواعد قانونية متكاملة كافية بذاتها لتطبّق على منازعات عقود التجارة الدّولية، وعلى ذلك وطبقا لهذا الاتجاه فإنّها قواعد لا تعدُّ نظاما قانونيا مستقلا عن غيره من الأنظمة القانونية بحيث يمكن تطبيقه بمفرده ودون حاجة إلى الاستعانة بأنظمة قانـــــونية أخرى تطبق هي الأخرى، فمن السابق لأوانه إعطاء أي دلائل ذات قيمة تحدّد نطاق وجود هذا القانون، فمزال هذا القانون في بدايته.

يقرُّ الاتجاه الثاني للقواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية بقدّرتها على تكوين نظام قانوني مستقل والذي يوازي النّظام القانوني الذي تضعه الدّولة بغية تنظيم الرّوابط القانونية بين الأفراد، ومن ثمة فهي كافية بذاتها للتطبّق على النّزاع، كما أنّها هي الأولى والأجدر بالإتباع، ذلك أنّها وليدة متطلبات المعاملات التجارية الدّولية، على أنّ قبول هذا التّكييف للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية يتوقف على مدى إمكان الخروج عن مبدأ الاختصاص المانع للدّولة في وضع القانون، وهو مبدأ يجد حدوده في القانون الدّولي العام كموزع للاختصاص بين الدّول.

يجب لتحديد مدى فعالية القواعد الموضوعية ومساهمتها في تسوية منازعات عقود التّجارة الدّولية الإجابة على التساؤل الذي مفاده هل تشكل القواعد الموضوعية نظاما قانونيا متكاملا ومستقلا عن الأنظمة القانونية الوطنية، وبالتّالي قابليتها للتطبيق المباشرة على المنازعات التي تنشأ في ميدان التجارة الدّولية، أو بمعنى آخر هل تشكل هذه

القواعد قانون بالمعنى الفنّي؟ لذلك يتعين علينا التطرق لفكرة النّظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية بين النّفي والإعتراف (**المطلب الأوّل**)، وإذا كانت القواعد الموضوعية تشكل نظاما قانونيا فسوف نحدّد علاقتها بقواعد النّظام العام عبر الدّولي(**المطلب الثاني**).

المطلب الأوّل

فكرة النّظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية بين النّفي والإعتراف

يرى جانب من الفقه أنّ الحاجة إلى المصداقية القانونية على المستوى العالمي أصبحت ماسة بالّنسبة لكل المتعاملين الدّوليين، وهذا لا يعني بالضّرورة المناداة بقانون مستقل، بل من الأهمية التّركيز على الإشكاليات القانونية المتنوعة التي تنتج عن المعاملات الدّولية، بينما يرى البعض الآخر ضرورة وجود قانون منفصل خاص يسمى بقانون التجارة الدّولية، وهو قانون يتكون من قواعد ظهرت لتنظيم التجارة بين حدود أوربا في العصور الوسطى، قواعد ابتكرها التجار ونفذوها ولذا يثار التساؤل التالي: هل من الممكن بناء نظام قانوني مناسب للتعامل التجاري الدّولي؟

نرى أمام الاختلاف الفقهي الذي أشرنا إليه أنّ التزام الدّقة القانونية يقودنا إلى تحديد طبيعة القواعد الموضوعية، والتي يمكن أن نستبين معالمها في مسألتين هما: تبيان مفهوم النّظام القانوني بوجه عام (**الفرع الأوّل**) ثم تحديد مدى تشكيل القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية لنظام قانوني متكامل (**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

مفهوم النّظام القانوني بوجه عام

حتى يتبين لنا مدى صدق انطباق فكرة النّظام القانوني على مجموع القواعد التي يقوم عليها القانون التجاري الدّولي فإنّه يجدر بنا تحديد تعريف النّظام القانوني بصفة عامة **(أوّلا)**، ثم تبيان الارتباط القائم بين فكرة النّظام القانوني وفكرة الّدولة**(ثانيا)**.

أوّلا- تعريف النّظام القانوني

يعتبر مفهوم النّظام القانوني من أعقد المفاهيم التي واجهت الفكر القانوني، وكان الغرض منه دائما هو فهم الظواهر القانونية عموما ووضع تصور شامل يجمع بين العناصر القانونية وغير القانونية، وبتدقيق النظر في التعريفات التي نادى بها الفقهاء نلاحظ اختلافا حول تحديد مفهوم النظام القانوني وبالتالي يمكن جمعها في ثلاثة اتجاهات:

1-الاتجاه الذي ينظر إلى النّظام القانوني على أنّه قاعدة قانونية

يعرف الفقيه CURTI-GIARDINO[403] النّظام القانوني بأنّه "مجموعة متناسقة من القواعد تتأتي من مصادر مرتبطة على نحو تدرّجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ ذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن يحكمها"، ويلحق بهذا الاتجاه في تعريف النظام القانوني ما قاله الفقيه M. VIRALLY من أنّ هذا

---

[403]- فيقول:

« Un ensemble coordonné des règles dérivant de sources hiérarchiquement reliées et s'inspirant a un même groupe de principe social qu'elle devraient régir ».

- مشار إليه في مؤلف: **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، هامش رقم 3، ص 312.

أنظر كذلك:

-**GUATINI Ricardo**, L'ordre juridique Une critique de quelques idées reçues,- http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/guastini.pdf

الأخير هو" نظام تهذيب الروابط الاجتماعية يميزه ليس فقط وضع قواعد ... ولكن أيضا إنشاء نظم مخصصة لضبط الروابط الاجتماعية ... أو لحل المنازعات.

يبدو أن هذا الاتجاه حاول تحديد مفهوم النظام القانوني في ضوء النظرية العامة للقانون، القائمة على أساس نظرية "هاند كلسن" الشهيرة التي أطلق عليها اسم النظرية الخالصة للقانون"La theorie pure du droit" لذلك ليس بالغريب أن يطلق هؤلاء الفقهاء اصطلاح Ordre Juridique على مجموعة القواعد القانونية التي تحكم السلوك الإنساني، فالنّظام القانوني عند "كلسن" هو نظام تدرجي للقواعد [404] Système cordonné de norme، تقوم نظريته على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، وهي نظرية تقوم كذلك على أساس التطابق بين القانون والدولة، فالدولة تجسيد للقواعد القانونية النافذة، وقواعد القانون ليست على درجة واحدة بل أن بعضها يعلو على البعض الآخر[405].

لذلك، ليس غريبا أن نجد هذا الاتجاه من الفقه القانوني يركز على مفهوم القاعدة القانونية وعلى العلاقات الداخلية بين القواعد في مجملها، فالنظام القانوني لدى هؤلاء ليس إلا القانون الذي تطبقه المحاكم، فهو مجموعة قواعد متناسقة ومترابطة ببعضها البعض، ولكنها أيضا مغلقة لا تقبل أي انتقال لقواعد أخرى من نظام قانوني آخر والثغرات التي تظهر في نظام قانوني معين يتم سدها بطريق التفسير، لا بطريق استعارة قواعد من نظام قانوني آخر.

حسب الأستاذ "**عبد الكريم سلامة**"، فإنّ كل التعريفات السابقة والتي أتى بها هذا الاتجاه قاصرة، ناقصة لأنّها تركّز من جهة على مركبات النظام القانوني أو عناصره، وهي القواعد النظامية أو السلوكية، ومن ناحية ثانية فإنّها تركز على الطابع التدرجي لتلك القواعد وعلى وظيفتها من حيث تنظيم الروابط الاجتماعية، وعليه فهي

[404]- **PAMBOUKIS Caralambos**, « La lexMercatoria Reconsidérée », op. cit, p 644.

[405]- **المنزلاوى صالح**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 198.

تعريفات أغفلت الجانب العضوي أو الخلاق في النظام القانوني أي وجود هيئة منظمة لها سماتها الذاتية والتي تخضع للقواعد التي أشار إليها أصحاب التعريفات السابقة[406].

أشار إلى هذا الجانب التنظيمي الفقيه Santi Romano في تحليله لفكرة النظام القانوني مستخدما في ذلك اصطلاح Institution Juridique بدلا من مصطلح Ordre Juridique ليؤكد عدم كفاية القاعدة القانونية Normes Juridique التي ركز عليها أنصار التعريفات السابقة للتعبير عن فكرة النظام القانوني[407].

2- الاتجاه الذي ينظر إلى النّظام القانوني على أنّه تنظيم أو بناء

ذهب الاستاذ Guy Rocher إلى أن فكرة النظام القانوني تتحقق بوجود أجهزة أو هياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية تتولى وضع القوانين الجديدة وصياغتها، كما تتولى تنقية القواعد الموجودة وتسهر على احترامها، وقد وضع الفقيه Henry Perritt ثلاثة شروط للاعتراف بوجود النظام القانوني هي اصدرا القوانين ، فرض الانضباط عن طريق القضاء، وقوة تنفيذ لأحكام القضاء.

يستخدم النّظام القانوني وفقا لهذا الجانب من الفقه القانوني للتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة فقد عمدوا إلى التركيز على الجانب العضوي لسد النقص والعجز عند الاتجاه الأول الذي ركز على السمة القاعدية[408].

3-الاتجاه الذي ينظر إلى النّظام القانوني على أنّه تنظيم وقاعدة

استخدم كلا من الاتجاهين السابقين مصطلح Système Juridique و Ordre Juridique في تحديد مفهوم النظام القانوني، إلاّ أنّ كليهما انتهى إلى نتيجة تخالف الأخرى، فالنّظام القانوني لدى أنصار الاتجاه الأول يقصد به القواعد التي تفرض على

---

[406] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص 312-313.

[407] - **PAMBOUKIS Caralambos**, « La lexMercatoria Reconsidérée », op. cit. p. 644.

[408] - **المنزلاوى صالح**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مرجع سابق، ص199.

الجماعة من قبل المشرّع، في حين يفسره الاتجاه الثاني بأنّه هيكل أو تنظيم روابط اجتماعية دون حاجة إلى قواعد موضوعة مفروضة من المشرّع.

بالنظر إلى عدم امكانية الاختيار بين الجانب التنظيمي المتمثل في الروابط الاجتماعية والجانب القاعدي المتمثل في القواعد، فإنّ الفكر القانوني قد جمع بين الجانبين ويقود جمعهما إلى مفهوم واحد لخصه الفقيه الايطالي Santi Romano كل نظام قانوني يتكون من جانبين الأول جانب عضوي أو نظامي يكون أسبق في الوجود وهو تنظيم لوحدة اجتماعية معينة له وجود حقيقي وملموس أي وجود هيئة متماسكة لها سماتها الخاصة ولها قدرتها على خلق القواعد السلوكية التي ركز عليها أنصار التعـــاريف السابقة، وبالتالي فإنّ مفهوم القانون باعتباره نظاما قانونيا أوجده مجتمع منظم يعمل على سدّ حاجاته بما فيها الحاجات القانونية، والسلطة التي قد تأخذ شكل الجهاز الإداري للدولة أو أي شكل آخر.

أمّا الجانب الثاني، فهو الجانب القاعدي أي وجود القواعد القانونية التي تحكم ذلك الجانب العضوي السابق النشأة عنه، ولا يكون الجانب الثاني إلاّ تعبير عن الجانب الأول.

قبل أن يكون النّظام القانوني قاعدة فهو تنظيم وبناء، ومجتمع يسري فيه، وبالتّالي فإنّ النّظر إلى النظام القانوني دون توفر الجانب العضوي أو الجانب القاعدي هي نظرة غير مقبولة[409].

[409]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، الأنترنت والقانون الدولي الخاص : فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة 12-13 مايو 2000، ص 25.

ثانيا- الارتباط بين فكرة النّظام القانوني وفكرة الدّولة

إذا كان قيام النّظام القانوني يستلزم توفّر الجانب العضوي والجانب القاعدي معًا، فهل من الممكن أن يقوم هذا النّظام خارج منظومة الدّولة؟ أو هل يمكن أن نكون أمام حالة تعدد الّنظم القانونية بالإضافة إلى النّظام القانوني للدّولة؟

يذكرنا مثل هذا الخلاف بما واجه فقهاء القانون العام من نقد عند وصفهم لقواعد القانون العام بكونها " قواعد قانونية "، حيث تجاذب ذلك الأمر نظريتين، نظرية "الوضعية الاجتماعية" في مقابل نظرية" وضعية الدولة" فوفقا لنظرية" الوضعية الاجتماعية" يكفي للتقرير بالصفة الوضعية لقاعدة السلوك انتمائها إلى مجتمع منظم، أما وفقا لنظرية " وضعية الدولة "، فإنه يلزم أن يتصف ذلك المجتمع بوصف الدولة[410].

يعتقد البعض أنّ النّظام القانوني يمكن أن يتكون في كل مجتمع منظم على نحو كاف سواء وجدت له أجهزة لخلقه أم لا، وبصيغة أخرى يتحقق ذلك حتى ولو لم يتوفر في تلك الجماعة وصف الدولة لأنّ هذه الأخيرة لا تحتكر صناعة القانون[411]، فإضافة إلى النّظام القانوني للدّولة، هناك أنظمة مجاورة على اعتبار أنّ كل وحدة منظمة يمكنها صنع القواعد القانونية، على هامش قانون الدّولة، نذكر من ذلك النقابات، الجمعيات وغيرها.

يرى كذلك بعض علماء الاجتماع المهتمين بالقانون أنّ خاصية الالزام للمعايير القانونية تعتبر من وضع الدولة التي تقوم بتنفيذها عن طريق استخدام الوسائل الجبرية والقهرية، ولكن هذه الفكرة قوبلت بالرفض أو النقد من جانب البعض الآخر خاصة العالم "سوروكن" Sorokin الذي استند في نقده على عدة أفكار أساسية منها:

---

[410]- **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 210.

[411]- **CHEVALLIER Jacques**, « L'ordre juridique », p 44, voir l'article sur le site : www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/13/chevallier.pdf

-Chaque institution se caractériserait par un ordre juridique qui lui est propre et comporte un principe spécifique de cohésion et de hiérarchie, pour S. Romano par exemple, « il y a autant d'ordre juridique que d'institutions » : chaque institution même la plu petite, est un véritable microcosme juridique ...et s.

-أنّ الدّولة ما هي إلاّ شكلا من الأشكال الإدارية والقضائية التي لم تظهر إلاّ حديثا نسبيا في تاريخ الجنس البشري، حيث أنّ أوّل ما ظهر عليه تنظيم المجتمع كان في شكل عشائر وقبائل وجماعات قامت بدورها في تنظيم العلاقات الاجتماعية بصورة واضحة ومحددة.

-أنّ وجود القانون في حد ذاته سابقا على وجود الدولة، ومن ثمة فلا يمكن تفسير القانون باعتباره قوة ملزمة ورجوعه إلى الدولة باعتبارها الوسيلة القائمة على تنفيذه.[412]

القانون بهذا المعنى، ليس فقط ذلك الذي يصدر عن أجهزة الدّولة وعن سلطتها التّشريعية، إنما هو علم يستمد من الظروف الواقعية للحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، يتغير بتغير تلك الظروف ويتطور بتطورها، وهو شأن العلاقات الخاصة الدّولية التي تطورت منذ ميلاد ظاهرة تنازع القوانين ما أدى إلى ظهور مناهج متعددة لحلّ المنازعات التي تترتب عن هذه العلاقات، هذه المناهج التي تزاحم منهج التنازع التقليدي كمنهج القواعد الموضوعية محل الدراسة.

عليه، فإنّ النّظام القانوني الوطني يمكن أن يوجد بجانبه أكثر من نظام قانوني في الدّولة طالما توفر العنصران اللازمان لقيام أي نظام بصفة عامة وهما التنظيم والقـــواعد، حتى وإن كان البعض قد قرر بأنّه لا يوجد جانب من جوانب الحياة الفردية يفلت من قانون الدّولة والتصرفات التي لا ينظمها ذلك القانون، أو يمنعها بقاعدة معينة تدخل في المجال المباح، وهي تعتبر كذلك بمقتضى قاعدة ضمنية في قانون الدّولة، وهي ليست قاعدة سلبية بل ايجابية جوهرها أنه في كل حالة لا يوجد فيها منع يكون النشاط مباحا، بين هذا الرأي وذاك هل تحقق وصف النّظام القانوني في القواعد محلّ الدّراسة.

[412]- **القصاص مهدي محمد**، محاضرات في علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، ص30، متوفر على الموقع:http://www.mahdyelkassas.name.eg/books/sociology_of_law_book.pdf

الفرع الثّاني

تشكيل القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية لنظام قانوني متكامل

أنكر بعض الفقهاء على القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية صفة النّظام القانوني، وهو ما جعل العمل بهذه القواعد يثير العديد من الإشكاليات والتساؤلات المتعلقة بملاءتها وقدرتها على حلّ أيّ نزاع، ومدى قابليتها للتطبيق من طرف هيئات التحكيم كقواعد قانونية، وبالتّالي هل يمكن تطبيقها بنفس المستوى الذي يطبق به أي قانون للوصول على تسوية معينة؟ أم يجب أن ننزع عنها كل قيمة معيارية ونحصرها في بنود عقدية؟**(أوّلا)**.

هل يستطيع المحكم من الناحية العملية أن يطبق القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية تطبيقا ماديا على نزاع تحكيمي دون اللجوء إلى قواعد التنازع، أم أنّ تطبيقها يكون بالاستناد على هذا المنهج، وهذا ما يجعلها نظام قانوني غير كامل**(ثانيا)**، في الوقت الذي اعترف جانب من الفقه بالقيمة المعيارية لقواعد هذا القانون فظهرت مدرسة يتزعمها الفقيه GOLDMAN والتي تدعو لوضع نظرية متعلقة بمعيارية قانون التجارة الدّولية في التحكيم التجاري الدّولي[413]، ترتكز فكرة القبول على وجود نظام قانوني مستقل يتشكل من قواعد خاصة بالتجارة الدّولية والمنازعات والعلاقات الناتجة عنها تمّ وضعها من طرف مؤسسات وهيئات دولية مستقلة ومحاكم تحكيمية، وهي مستمدة من آليات التنظيم الذاتي جاءت بها التجمعات الدّولية للتجارة الدّولية واجتهادات تحكيم مؤسسات معروفة كغرفة التجارة الدولية وغيرها، وبالتّالي هو اتجاه اعتراف بصفة النّظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية **(ثالثا)**.

[413]**GOLDMAN (B)**, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux*, J.D.I, Paris, 1979, p. 742.
Voir aussi: **KAHN (Ph)**, *L'essor de non droit dans les relations commerciales internationales*, hypothèse de non droit, Liege, 1977, p. 231.

أوّلا- نفي صفة النّظام القانوني عن القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية

اصطدمت فكرة القبول بمعيارية القواعد التي تحكم التجارة الدّولية أوالتجار بمعارضة شديدة من قبل تيار فقهي هام يتزعمه الأستاذ LAGARDE PAUL الذي أنـــــكر في كتابه الشهير APPROCHE CRITIQUE DE LA LEX « MERCATORIA »[414] وجود نظام قانوني قائم بذاته يمثل المعاملات التجارية الدّولية بسبب عدم وجود مجموعة دولية متحدة يجد فيها النّظام التجاري مصدره، حيث يرى بوجود تعددية كبيرة في أوساط التجار الدّوليين، وأنّ هذه التعددية تقوم على التنافس الشديد بين أعضاءه وليس هناك ما يؤلف بينهم، وبالتّالي عدم امكانية الاعتراف بوجود مجتمع يربط بين أعضاءه هدف مشترك.

يؤكّد الواقع الحالي للممارسات والرّوابط الدّولية على عدم وجود توازن بين أعضاء هذا المجتمع حيث أنّ قواعد هذا القانون تصاغ بمعرفة المشروعات الكبرى التي تسيطر على المبادلات التجـــارية الدّولية، وأنّ المشروعات الصغيرة ملزمة باتباع القواعد والحلول التي تقررها المنظمات المهنية التي تهيمن عليها، وبالتّالي فإنّ القول بوجود بقواعد معيارية تحكم الرّوابط والعلاقات التي تنشأ في هذا النّطاق لازالت مشكوك في معياريتها وفي قيمتها وأصلها[415]

يؤكد من جهة أخرى الأستاذان PAUL LAGARDE وBATIFFOL بعدم وجود سلطة قمعية دولية مستقلة عن الأنظمة القانونية المقارنة تسهر على صياغة القواعد المـــوضوعية لهـــذا القانون، وتحدد الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة مقتضاها، فهم يؤكّدون على عدم قدرة وصلاحية قواعد قانون التّجار على إيجاد الحلول لكل جوانب أي نزاع دولي[416].

[414]- **LAGARDE Paul**, *Approche critique de la lexmercatoria*, Ed L.I.T.C, Paris, 1982, p. 125.

[415]- **سلامة فارس عرب**، معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 455.

[416]- المرجع نفسه، ص 456.

لا يتصور وجود قواعد موضوعية ذاتية التّطبيق، لأنّ تلك القواعد لا يمكن للقاضي الوطني التعامل بها لأنّها لا تشكل جزءا من قانون دولته، فهو بالتالي لا يستطيع تطبيقها دون حاجة للوسيلة الفنية المتمثلة في قواعد التنازع، تتأكد لنا هذه الفكرة بالعودة إلى الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في 19 يونيو 1980، حيث تؤكد الاتفاقية خضوع العقد للقانون المختار دون تحديد لهوية هذا القانون، ولكن الالتزام بروح قواعدها الموحدة التي تحدد القانون الواجب التطبيق يستوجب أن يكون القانون المختار منتميا إلى دولة تحمل هذا الوصف تبعا لأحكام القانون الدولي العام.

يتحدّد القانون واجب التطبيق عند غياب إرادة الأطراف حسب المادة 1/4 من الاتفاقية بالقانون الأوثق صلة بالعقد، وتحدد ذات المادة بأنه قانون الدولة التي يتركز فيها الأداء المميز، وتوالي فقراتها تكرار مصطلح قانون الدولة أي القواعد القانونية التي تصدر من السلطة المنوط بها إصدار القوانين، وعلى هذا الاساس تستوجب الاتفاقية أن يكون القانون الواجب التطبيق " **تنظيم قانوني كامل**" وهو الوصف الذي يصدق فقط على القوانين الداخلية، وحسب هذا الاتجاه هذا هو الأمر الذي يحتم استبعاد تطبيق كافة النظم القانونية غير المنتمية من نطاق القانون الواجب التطبيق لا سيما قواعد قانون التجارة الدولية [417] ممّا يعني خروج هذه القواعد من مفهوم القانون الواجب التطبيق ليس فقط في الحالة التي يغيب فيها اختيار الأطراف، وإنما حتى في حالة وجود هذا الاختيار.

يرى الفقيه BEGUIM (M) في نفس السياق، تدعيما للاعتراضات السابقة، أنّه في مجال الفقه القانوني، لا يملك قانون التجارة الدولية الانسجام المطلق الذي يسمح

[417] - **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد مرجع سابق، ص ص 89-90.

بإعطائه صبغة النّظام القانوني[418]، وبهذا المعني يمكن أن نجمع ما يؤخذ على هذه القواعد فيما يلي:

1-من ناحية المجتمع الذي ينظمه هذا القانون

لا يمكن الجزم بوجود مجتمع متماسك يجمع كل المتعاملين في حقل التجارة الدّولية، وقادرا على خلق نظام قانوني خاص بها، فهو مجتمع غير متماسك وغير متجانس تتعارض مصالح أشخاصه[419]، فوجود مجتمع متماسك مطلب ضروري لقيام نظام قانوني على اعتبار أنّ أيّ نظام قانوني يتكون من عنصرين، عنصرعضوي وهو وجود تنظيم لوحدة اجتماعية على نحو حقيقي ملموس، وعنصر تنظيمي يتمثل في وجود قواعد قانونية تهدف إلى المحافظة على هذا التنظيم[420].

لم يعد الأمر كما كان وقت قانون الشعوب الذي يحكم جماعة صغيرة ومتجانسة من التجار، ممّا يؤدي بالضرورة إلى نفي وجود نظام قانوني خاص به، ويؤيد ذلك أنّ الدول غير متعاونة في هذا الشّأن وليس لديها الاستعداد الكافي لترك المنازعات التي يكون مواطنها أطرافا فيها كي يحكمها ذلك القـــــانون، كما أنّ المصالح الاقتصادية والسياسية لكل دولة

---

[418]-« En terme de théorie juridique, la lexmercatoria n'a pas la cohérence absolu pour la qualifier d'ordre juridique ».
Voir: **BEGNIN Jacqnes** « Le développement de la lexmercatoria menace-t-il l'ordre juridique international? », *M.C.GILL.L.C.J*, Paris, 198, pp. 478.et s.

[419]- D'après Philippe Khan : « il ne suffit pas qu'il y ait relations économiques internationales formalisées dans des contrats pour qu'il y ait apparition d'un droit national autonome des marchands, il faut également que les opérateurs du marché international constituent un milieu suffisamment homogène, pour que les solidarités professionnelles se fassent sentir et que s'expriment des besoins requérant des solutions juridiques cohérentes et adéquates » voir, LEX MERCATORIA et pratique des contrats internationaux –l'expérience française –in contrat économique international, P.173.

عن- **شريف هنية**، " إعمال القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، الهامش رقم 49، ص 169

50- **Y.Derains** : « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions Arbitrales », *Rev.Arb*.1973, P122

[420] - **الطراونة مصلح أحمد**، قانون التجار الدّولي، مرجع سابق، ص119.

سوف تعوق كل محاولة لوجود واكتمال مثل هذا القانون الموضوع، حيث حسب Alain PELLETفهو يطبق على مجموع كيانات قانونية وليس كيانات جغرافية [421].

يؤكّد أنصار هذا الاتجاه أنّه من العسير القول بتوفر عنصر التنظيم لجماعة البائعين والمشترين العابرة للحدود، لكونها تفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانوني، أكثر من ذلك فإنّ التّطور الحالي أسفر عن وجود جماعات مختلفة من التجار والمهنيين والفنيين لكل منها أعرافها وعاداتها الخاصة التي تعبر عن مصالحها المتعارضة ممّا يصعب معه توافر فكرة التنظيم اللازم لقيام النظام القانوني[422].

2- من ناحية القواعد التي يتضمنها هذا القانون

إنّ قيام أيّ نظام قانوني متكامل مرتبط بوجود نوعين من القواعد، قواعد آمرة وأخرى مكملة، في حين أنّ قواعد هذا القانون هي عبارة عن مجموعة من قواعد السلوك المحددة في شأنها وفي مضمونها، ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعتبر ضروريا لتحول العادة إلى عرف واجب الاحترام، حيث أشار الأستاذ ANTOINE KASSIS - أحد أكثر الفقهاء ضراوة في توجيه النقد للأسس النظرية التي شيدت عليها نظرية قانون التجارة الدولية في تحليلاته إلى أنّ عادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون التي يعتمدها أنصار هذا القانون بمثابة المصدرين الاساسيين لقواعده لا يتمتعان بالقيمة القاعدية التي تتمتع بها القواعد القانونية التقليدية، فهي قواعد لا تتمتع إلاّ بما تتمتع به الشروط العقدية الضمنية من قوة ونفاذ، ودورها في مجال إعمالها لا يعدو أن يكون أداة من أدوات تفسير لإرادة الأطراف، ومن ثمة تحجب عنها صفة القواعد القانونية العرفية ، فذاتية هذه القواعد ليست موجود إلا في مخيلة أنصار هذا القانون.[423]

---

[421] -**PELLET Alain**, « La lexmercatoria, «Tiers ordre juridique » ? , Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », op.cit, p. 59.

[422] -**هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص282.

[423] - عن: **سلامة فارس عرب**، معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص448.

قواعد هذا القانون هي قواعد مكملة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين، لا تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا، ولا يتصور قيام نظام قانوني في ظلها وهي مجرّدة من القواعد الآمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة، فهي قواعد يتم تطبيقها بإرادة الأطراف في إطار مجتمع التجار ورجال الأعمال كالعقود النموذجية والشروط العامة، وبالتالي لا وجود لقواعد آمرة خاصة بالتجارة الدولية في ظل مجتمع متناثر ومتنافس ينقصه التنظيم الحقيقي الذي يعطيه الوحدة.

فضلا عن أنّ الحلول التي تستقي من قواعد هذا القانون تترجم بعمق موازين القوى المختلة من الناحية الواقعية بين أطراف هذه العقود، وأنّ هذه القواعد تؤدي في حالات ليست بقليلة إلى اختلال التوازن في العقود الدولية التي تنطبق عليها، لأنها تعكس فقط مصالح الأطراف الذين يهيمنون على وضعها وابتداعها.

3- من ناحية المصادر التي تستقي منها قواعد هذا القانون

بالنّظر إلى المصادر التي تستقى منها هذه القواعد فهي غير كافية لإضفاء صفة النظام القانوني المستقل على القانون الموضوعي للتجارة الدّولية، ويرجع ذلك إلى عدم شمولية المنهج الموضوعي على مختلف العلاقات الخاصة الدّولية، حيث أنّ هذا القانون لا يمكنه أن يشمل كل فروع القانون مثل قانون الاستهلاك والقانون المالي وغيرها، ولا يغطي كافة جوانب العقد، فالاتفاقيات الدّولية هي مصدر هام لهذا القانون مع أنها تضع نهاية لبعض الإشكاليات القانونية التي تنشأ في حقل التجارة الدّولية، غير أنّ مدّة إعدادها يقلل من فاعليتها، أما العقود النموذجية فهي مجرد صيغ قانونية تفرض على المتعاملين وتستمد قوتها القانونية من اتفاق المتعاقدين على تطبيقها صراحة أو ضمنا، لذلك فهي لا تعتبر ملزمة في ذاتها، وإنّما تستمد قوة إلزامها من اتفاق المتعاقدين، أمّا التحكيم فلا يمكن مشاركة جمعيات التحكيم ومؤسساته في تطوير القانون الموضوعي للتجارة الدّولية باعتبار أنّ التحكيم طريقة مفضلة لظهور وتوطيد المبادئ العامة لقانون التجارة الدّولي.

4- القواعد الموضوعية لا تتناسب مع الاحتياجات المحلية للنّظام القانوني

تتميز كل دولة بظروف داخلية خاصة بها، وبناء عليه تتغير معها احتياجاتها الخاصة للعدالة، فضلا عن عدم تعاون الدّول في هذا المجال، إلاّ أنّه عيب على هذا النقد أنّه يعرف نوعا من المبالغة، حيث ربط بين فكرة النظام القانوني بالدولة على نحو لم يتصور وجوده بدونها، ما يؤدي إلى حصر مفهوم النظام القانوني في مجال ضيق يقتصر على مجتمع الدولة بالمفهوم الحديث، رغم أن ما نحن بصدده هنا هو قواعد تطبق على العلاقات التجارية الدولية وفي مجال التجارة الدولية تذوب الفوارق بين المجتمعات والدول لأنّ التجارة لغة وثقافة عالمية تستخدمها كل الشعوب.

5- إعمال المنهج الموضوعي لا يضمن تنفيذ الأحكام الأجنبية

إنّ الجزاء الذي يزعم أنصار القانون الموضوعي وجوده أمرا مشكوك فيه بل يخالف الواقع الذي ينبئ على الدوام عن عدم وجود جزاء محدد يمكن تطبيقه خارج نطاق تنفيذ أحكام القضاء الوطني وأحكام المحكمين، وهذا التنفيذ لا يكون إلاّ عن طريق تدخل السلطات القضائية لدولة ما، وهذه السلطات تملك أن لا تضفي على هذه الأحكام أية قيمة[424].

وعليه، فإنّ الأحكام التي تطبق القواعد الموضوعية والتي يراد تنفيذها في دولة معينة يبقى مستقبلها التنفيذي غير مضمون، ففي كل الأحوال لن يكون هناك معيار محدد يمكن بمقتضاه ضبط صحة الحكم من الناحية الموضوعية، وبالتالي لا يمكن التنبؤ بمستقبل الحكم أو القرار من الناحية التنفيذية، وهو اخلال بالأمان اللازم للمعاملات التجارية الدولية[425].

[424]- **سلامة فارس عرب**، معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، الهامش رقم 998، ص 459.

[425]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 380.

ذهب الفقه إلى القول في حالة فصل المحكم في علاقة معينة وفقا للقواعد الموضوعية يؤدي إلى الوقوع في خطر عدم التنفيذ الحكم، لأنّه لم يصدره باحترام قواعد الإسناد التي تحدد القانون واجب التطبيق، لكن هذا النقد غير منطقي خاصة ما إذا اتفق الأطراف على تطبيق قواعد التجارة الدولية واحتراما لمبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته أغلبية التشريعات العالمية.

يمكن أنّ نستنتج من هذه الانتقادات ذات الطابع النّظري، أنّ المعايير التي يعتمد عليها قانون التجارة الدّولية لا يمكن الاعتماد عليها للجواب على الانتقادات ذات الطابع القانوني ففي تطبيقات التحكيم هناك ظاهرة خاصة بتطوير المبادئ العامة للقانون التي تعتبر عنصر أساس لقانون التجارة الدّولية وباختصاصها تتسع إلى إنشاء مجموعة متسلسلة لقواعد[426]، ولو أنّها ليست كاملة لكنها تقدم أحد العناصر الأساسية لنّظام قانوني وبالتالي تجزئة العام إلى الخاص، كما أنّ هذه القواعد لم تنشأ إلا لتكون محل اختيار الأطراف لذا يجب أن تكون بالضرورة منشأة لنّظام قانوني كما يعبر عن ذلك مؤيدي هذا القانون.

ثانيا- الاعتراف بصفة النّظام القانوني غير الكامل للقواعد الموضوعية للتّجارة الدّولية

يعبّر هذا الاتجاه على موقف معتدل يتفق أكثر مع المعطيات الحديثة لتطور الفكر القانوني، فإزاء الانتقادات اللاذعة التي وجّهها انصار الفريق الأوّل والتي كادت أن تقضي على الأسس التي تشيد عليها نظرية القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية، ظهر هذا الاتجاه ليعترف لهذه القواعد بصفة النظام القانوني غير الكامل، فهو نظام في طور التكوين، ففي هذا المعنى ذهب الأستاذ FOUCHRD إلى أنّه لا يمكن القول بأن القانون التجاري الدّولي يشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق للاصطلاح، أي مجموع القواعد المترابطة الكاملة

[426]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص286.

والمستقلة، التي تعطي حلا للمنازعات التي تثور بصدد كل جوانب العقود الدّولية المتعلقة بانعقادها أو تفسيرها أو تنفيذها[427].

بالتّالي، يعترف أصحاب هذا الاتجاه بأنّ القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية لا ترقى إلى مرتبة الأنظمة الوطنية من حيث كمالها وشموليتها، فهي دائما تحتاج إلى نظام قانوني آخر يكملها ليسدّ نقصها، ولا يتأتى لها هذا إلاّ عن طريق أحد الأنظمة القانونية الوطنية التي على صلة بالنزاع[428].

يتطلب وفقا لهذا الرأي لوجود منهج القانون الدّولي الخاص المادي، ضرورة أن يكون هناك نظام قانوني كامل، رغم أنّ المنهج شيء والنّظام القانوني شيء آخر مختلف تماما، حيث أنّ المنهج أسلوب عمل يشكل في ذاته نهجا مستقلا ومنفصلا عن النظام القانوني أو القواعد القانونية التي تنطبق وتحدث الأثر القانوني بخصوص النزاع المطروح محل النّزاع، والمعروف عن النّظام القانوني لدى هذا الرأي أنّه يقوم على التدرج في قوة القواعد القانونية التي يحتويها بين آمرة ومكملة، بينما المنهج هو في الحقيقة مجموعة قواعد ذات نسيج واحد لا تباين بينها من حيث القوة والطبيعة الملزمة[429].

يذهب الأستاذ GOLDMAN قريب من هذا المعنى، إلى أنّ تلك القواعد تمثل نظاما قانونيا له استقلاله رغم عدم اكتمال قواعده[430]، ويؤكد الأستاذBELLET بعد أن أشار إلى الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية سنة 1950[431] أنّ الاتجاه القضائي

---

[427]- مشار إليه، **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 49.

[428]- **سلامة فارس عرب**، معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص461.

[429]- **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 274.

[430]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 373.

[431]- CASS CIVIL 21JUIN 1950/ arrêt des messageries maritimes/ d 1951 p.749 ; note HAMEL ; Revue crit. Dr int privé.p.609 note BATIFFOL.

نقلا عن: **سلامة فارس عرب**، معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، الهامش رقم 1004، ص461.

الفرنسي الحالي يسمح بالتأكيد على وجوب أن يتصل كل عقد بالضرورة بنظام قانوني لدولة ما، لأنّ كل عقد يخضع في بعض من جوانبه إلى العديد من قواعد النّظام العام أو قوانين البوليس لدولة ما، ومن ثم فإنّ اللجوء إلى القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية بغية تطبيقها لحسم النزاع لا يكون إلاّ بصفة احتياطية ويلخص أنّ قواعد قانون التجارة الدّولية لا يمكن أن تشكل - في الوقت الحالي- قانونا وضعيا يصلح لأن يحكم روابط التجارة الدولية.

يقول الأستاذ **أحمد عبد الكريم سلامة**:" إذا كنّا لا نعارض بل نستحسن وجود القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، بالنظر إلى استجابتها لمعطيات العلاقات الخاصة الدولية، وبعدها عن التعقيد في حل منازعات تلك العلاقات، إلاّ أنّه من غير المتعذر رصد بعض المثالب التي يمكن أن تشوبها، والتي يجب التنبيه إليها والعمل على تلافيها وهي كلها تدور حول عدم تلمس جانب الأمن القانوني واستقرار العلاقات الخاصة الدولية ويبدو ذلك من ناحيتين:

1-إطلاق سلطة القاضي أو المحكم بصفة غير محدودة

يذهب هذا الرّأي محل الدّراسة إلى أنّ وجود قواعد قانونية محددة يضعها المشرع، أو القضاء والتي تكفل لها السلطات العامة الاحترام، وتفرض الالتزام بها على الأفراد والقضاة أنفسهم يعدّ في ذاته وجها للأمان والطمأنينة اللازمين لحسن علاقات وروابط الافراد فيما بينهم وبين السلطات العامة ذاتها[432].

لكن من شأن القواعد القانونية في عرف هذا القانون الوليد أن يدع فرصة واسعة لتقدير القاضي أوالمحكم الذي ينظر في النزاع، تقدير يخضع للانطباعات الشخصية والخلفية المهنية التي قد لا تتفق مع صحيح الحل القانوني، ومن ثمة فإنّ الحكم المؤسس على هذه القواعد سيأتي في أغلب الأحيان حكما انطباعيا يؤدي إلى حرمان المتعاقدين من

[432]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 376.

الأمان القانوني المنشود ويخـل بتوقعاتهم المشـــروعة، بوصفها أحد الأهداف الرئيسية التي تسعى قواعد القانون الدّولي الخاص إلى بلوغه عند تنظيمها للعلاقات الخاصة الدّولية، ممّا يشكك في تكوين أوتشييد قواعد قانونية حقيقية للقانون الدّولي الخاص الموضوعي أوالمادي.

كما أنّ صدور القواعد الموضوعية عن القضاء كأحد مصادرها من شأنه أن يجعلها متأثرة بالمصالح الوطنية، رغم أنّها وضعت أساسا لرعاية الاعتبارات الدّولية، وهذا بخلاف الحالات الغالبة في المجالات الأخرى أين تكون هناك قواعد قانونية محددة يجب على القضاة اتباعها، وهذا ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالانسجام الدّولي للحلول الذي قد تدركه قواعد التنازع على نحو أفضل.

من هنا، تبدو فائدة منهج قواعد التنازع التقليدية، فإذا كان القضاء حسب هذا الاتجاه قد أرسى بعض القواعد الموضوعية خدمة لمصالح التجارة الدّولية فإنّ الفقه لا يؤكد تطبيقها استقلالا عن قاعدة الاسناد، فقاعدة صلاحية شرط الذهب أوما يسمى بشروط الضمان النقدي هي قاعدة وطنية لا تطبق إلا أمام القضاء دون غيره، فإنّه حسب الفقه الفرنسي الحديث لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا كان القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الاسناد الفرنسية، إلا إذا كان القانون الأجنبي هو المختص ولكنه يبطل تلك الشروط، فيمكن استبعاده اعمالا للدفع بالنّظام العام[433].

تظل القواعد الموضوعية التي يصدرها القضاء عاجزة في حد ذاتها عن تحقيق أهداف وطموحات أنصار هذا المنهج ألا وهو خلق قانون موضوعي عام وذلك راجع إلى أن القاضي مسوق في سبيل اعدادها بالظروف الخاصة بدولته، ووفقا لما تقضي به مصالحها الأمر الذي أوجس خيفة لدى بعض الفقه من أن يؤدي تعدد القواعد الصادرة عن تلك

[433]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص 378-379.

الدول إلى التوصل لنظام يتسم بخصوصية شديدة في حل المشاكل التي تثيرها العلاقات التجارية الدّولية، ممّا قد يقلل من امكانية توحيد هذه القواعد.

لم يلق هذا النقد التسليم من طرف الكافة على أساس أنّه يبتعد عن الحقيقة والواقع، بدليل أن القواعد الموضوعية غالبا ما تأتي في صورة مواد واضحة وتصحبها في كثير من الأحيان شروح لها، وما ذهب إليه مشرعو بعض الدول إلا تأكيد على ذلك – كالمشرع التشيكوسلوفاكي- حين ربطوا تطبيق القواعد الموضوعية بمنهج التنازع بحيث لا يملك القاضي جواز اعمال هذه القواعد إلاّ إذا اشارت قواعد التنازع إلى قانونه لحكم الرابطة العقدية، وذلك كله فضلا على المتابعة الكثبة لتطبيق هذه القواعد من جانب أطراف التجارة الدّولية سيما المنظمات الدّولية المعنية.

2-التشكيك في عدالة القواعد الموضوعية وقدرتها على تحقيق الأمن القانوني

ظهر منهج القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص تحقيقا للعدالة التي تعجز عن إدراكها القوانين الوطنية الوضعية الجامدة، فيؤكد الأستاذ **عبد الكريم سلامة** أنّ هذه القواعد إن كان يمكن أن تستجيب لحاجات التجارة الدولية وعدالة أداءات الأطـراف، فلا يجب أن ننسى أنّها عدالة عرجاء، لأنها في الغالب عدالة مشوهة تحابي أحد الأطراف فقط، وهو ليس أي طرف وإنها الطرف الأقوى اقتصاديا، وبالتالي فإن قانون التجارة الدولية هو قانون الأقوى وعليه فلا بد من تدخل القضاء ورقابته.

أكّد الاستاذ **أبو زيد رضوان** أن القواعد التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الحبوب عام 1877، التي قيل أنّها بنيت على العدل والمساواة، استهدف بها إخراج عقود التجارة الدولية للحبوب من الخضوع لقانون دولة ما عاكسة بذلك علاقات القوى الاقتصادية للدول.

وناحية أخرى فإنّ القواعد الموضوعية عندما تكون وطنية الأصل، فهذا يعني نسبية فكرة العدالة واستقلالها من دولة لأخرى، وهو استقلال يجب احترامه في ظل هذه

النسبية للعدالة التي تختلف باختلاف النظم القانونية الوضعية، وعليه لا يمكن لأي نظام قانوني وطني أن ينصب نفسه كمشرع عالمي ذي سلطة مطلقة.

يرى من جانب آخر أصحاب هذا الاتجاه أن منهج القواعد الموضوعية من الناحية الفنية في القانون الدولي الخاص لا يؤدي إلى انسجام الحلول خاصة إذا كانت تلك القواعد من وضع المشرع أو القضاء في كل دولة على حدة، وعدم وجود قواعد مشتركة بين الدول شيء قائم، وبالتالي فإن اختلاف الحلول للروابط الدولية الخاصة سيظل قائما كذلك ومعه انعدام الأمن القانوني.

من هذا المنطلق نستنتج، أنّ الهدف الجوهري الذي يصبو لتحقيقه القانون الدولي الخاص هو التنظيم الأكثر أمانا للعلاقات الخاصة الدولية وليس الأكثر عدالة، حيث أنّ القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تطبق بغض النظر عن تحقيق التوازن الفعلي بين أطراف العقد، وعن الصفة العادلة الخاصة بهذا التطبيق.

يخلص أصحاب هذا الاتجاه أنّ انعدام صفة القاعدة القانونية لعادات التجارة الدّولية لا يقلل من قيمة المصادر الأخرى التي يقوم عليها قانون التجارة الدّولية، فيبقى قانون في مرحلة التكوين يشوبه النقص فعلا، ولسد هذا النقص يحتاج لمناهج أخرى كمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري تارة ومنهج التنازع تارة أخرى، وعليه فلا يمكن الزعم أنّ عقود التجارة الدّولية أصبحت طليقة من قيود وسلطان القوانين الوطنية[434]، وفي ظل هذه المعطيات التي تشمل الواقعية الدّولية والوضع الحالي للقانون الدّولي الخاص علينا الاعتراف بضرورة تعدد المناهج في هذا الفرع القانوني.

[434]- **عبد الكريم سلامة أحمد**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 385.

ثالثا- الاعتراف بصفة النّظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية

يرى الاتجاه المناصر للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية أنّ فيها مفهوم القانون بالمعنى المتعارف عليه، ممّا يجعلها تشكل نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته تخضع له المعاملات التجارية الدّولية ولا حاجة للأطراف لاختيارها، ولو لم يخترها الأطراف فإنّ هذا لا يفقدها الصفة القانونية لتلعب دورا تكميليا لما اتفق عليه الأطراف[435].

أصبحت القواعد الموضوعية الأداة القانونية المتميّزة لفض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدّولي، وهو ما دعا هذا الاتجاه إلى القول أنّ الأمر يتعلق بمنهج كامل يحتوي من القواعد والأصول القانونية ما يؤهله لمنافسة منهج التنازع التقليدي، فيتحدث هذا الاتجاه عن القواعد الموضوعية بوصفها "**منهجا**" متجدد القواعد وليس بوصفها" **قائمة قواعد**" سابقة الوجود[436].

يؤكد الأستاذ (C.Schmhittof)أنّ القانون الموضوعي للتجارة الدّولية له ذاتية فريدة تبعده تماما عن الفكرة التّقليدية للقانون، فهذا الأخير هو نتاج تطور تاريخي واقتصادي وسياسي لمجتمع معين، ويحتوي النظام القانوني لكل دولة على أفكار وأحكام لا يمكن تفهمها إلاّ من خلال الواقع والخلفية الاجتماعية لمجتمع تلك الدّولة، أمّا هذا القانون الجديد فهو من ناحية نتاج وجود مجتمع متماسك تقوم بين أعضاه علاقات ومبادلات لها خصوصيتها وتنظيمها الذّاتي، وهو من ناحية أخرى نتاجا للقانون المقارن فكثير من قواعد الأنظمة القانونية قد تم التنسيق بينها واستبعدت عنها الخصوصيات الوطنية، واستخلصت النواة المشتركة لهذه القواعد،

[435]- **الحداد حفيظة السيد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 760-761.

[436]- **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 192.

وأدرجت في القــواعد الجـــــديدة لهذا القانون، الذي سيصبح قانونا موحدا يحكم العلاقات الاقتصادية الدّولية[437].

يدعم أنصار هذا الاتجاه وجهة نظرهم في أنّ الترابط الداخلي والخارجي لمجمل القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية تجعله نظاما قانونيا منفردا بذاته، **فالترابط الدّاخلي** ينعكس من خلال انتهاج المتعاملين في ميدان معين على نهج محدد استنادا إلى مبدأ الحرية العقدية، ثم تكرار العمل حتى يغدو أبعد من كونه شرطا عقديا، وجدير أن يتبناه قضاء التحكيم[438].

بينما يكفل **الترابط الخارجي** لقواعد هذا القانون التحكيم الذي حاول أكثر من مرة تحطيم العقبات التي تقف في وجه إعماله انطلاقا من ملاءمته لحكم المنازعات ذات الطابع الدّولي مقارنة بالقوانين الوطنية واستنادا إلى اعتباره القضاء الفعلي الحقيقي لمجتمع التجار الدولي.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ قواعد قانون التجارة الدولية مستوفية لطابــع العمومية والتجريـــــد، وتتمتع بجزاء ذو طبيعة خاصة[439] بما أنها غير متناقضة تحتوي على حلول ملاءمة تخلو منها القوانين الوطنية، وسيادة الطابع المكمّل لا يمنع من الزامها الذاتي خاصة في ظل قواعد عبر الدولية آمرة إضافة إلى أنّها تتوفر على الركن المؤسساتي إذ تنتمي إلى مجتمع يمتاز بقدر من التنظيم ووحدة المصالح.

---

[437]- نقلا عن: **الدسوقي بهاء هلال**، قانون التجارة الدولي الجديد، مرجع سابق، ص ص 27-28 .

[438]- **LEVEL Patrice**, « Le contrat sans loi », op, cit, p. 213.

[439]- وتتنوع هذه الجزاءات على نحو يتلاءم أشخاص المجتمع الذي تسود فيه ، فهناك جزاءات مالية كتقديم كفالة لضمان مصاريف التحكيم أو عدم تنفيذ الحكم، وهناك جزاءات أدبية كنشر أو إذاعة اسم من صدر الحكم ضده وتقاعس عن تنفيذه، وأو جزاءات تتمثل في حرمانه من بعض الحقوق كتعليق الصفة أو الحقوق العضوية ومنع المقصر من الالتجاء إلى التحكيم في المستقبل وفي ارتياد البورصات أو الأسواق التجارية العالمية وهو ما سيؤثر على سمعتهم في هذه الاسواق.(عبد الكريم سلامة أحمد، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص327).

في نظرالأستاذ Kahn PHILLIPE فإنّ النّزاع الدائر حول النّظام القانوني للقواعد الموضوعية لا معنى له، فلا يمكن في نظره انكار حتمية وجود النظام الذي تواترت علية قرارات التحكيم، ويضيف قائلا أنّه لا معنى للتشكيك في القيمة القانونية لهذه الـــــقواعد، حيث أنّ المشكلة لا تكمن بوجود أو عدم وجود قانون دولي طائفي، وإنّما بمدى قدرته الحقيقية على أنّ يشكل نظاما قانونيا حقيقيا يستند على مبادئ كافية لضمان تماسكه وفعاليته[440]، فهو يقول أنّ المجتمعات الانتاجية قد دخلت في علاقات قانونية مؤسسية تتمثل في صورة المجتمع الدّولي للتجار أبرز سماته نشاطه البيع التجاري الدّولي[441].

يقرر الأستاذ GOLDMAN في موقف آخر له أنّ القواعد الموضوعية لقانون التجاري الدّولي تشكل نظاما قانونيا بأتم معنى الكلمة[442]، له صفة الكمال والانغلاق بمعنى قدرته على الاكتفاء الذاتي وله نظامه العام الدولي المطلق الحقيقي الذي يحميه ضد النظام العام للدولة، وفي نفس الاتجاه ذهبFOUCHAR ومعه RIGAUX الذي يرى أنه طالما اجتمعت لهذا القانون العناصر اللازمة لنشأته وهي قواعد يحترمها المخاطبون ويطبقها القاضي أو المحكم [443]، فهذا الاتجاه يؤكده قضاء التحكيم الحديث وكذا الاتفاقيات الدولية، حيث يميل هؤلاء إلى تأكيد حق المحكمين في التطبيق المباشر للقانون التجاري الدولي دون حاجة لتمسك الأطراف بهذا التطبيق صراحة أو ضمنا.

---

[440]- مشار إلى هذا الرأي في: **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 58.

[441]- أنظر: **جورج حزبون حزبون**، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الاجرائـــي والمستحدث الموضـــــــوعي، مرجع سايق، ص 237.

[442]- GOLDMAN affirme qu'il y a des ordres juridiques en envoie de formation qui dans un certain stade de leur développement sont elliptiques tout en étant fonctionnellement des ordres juridique. Voir: **PAMBOUKIS Caralambos**, « La lexMercatoria Reconsidérée », op. cit. p. 639.

[443]- عن: **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص61-62.

لا شك، أنّ ربط تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية باتفاق الأطراف، وإن كان سيؤدي إلى منع المحكم من تطبيق الحلول الذاتية التي يخلقها للنزاع، إلاّ أنه سيمنع المحكم من تطبيق القواعد الموضوعية السابقة الخلق، وهو الأمر الذي لا يصدقه الـــواقع، فالفقيه GAILLARD يعترف بأنّ الأعراف التجارية يتم تفسيرها في واقع أحكام التحكيم تفسيرا واسعا يضم المبادئ العامة، ولقد استقر التحكيم الاقتصادي الدولي على التزام المحكم بمراعاة تلك الأعراف دون حاجة إلى اتفاق الأطراف، بل وعند اختيار الأطراف لقانون داخلي لينطبق على علاقاتهم [444].

إنّ انكار وصف القاعدة القانونية للقواعد الموضوعية أو عبر الدّولية على الصعيد الدّولي يخالف الواقع، فعلى الرغم من أن النظام العام نسبي في وجوده يتغير بتغير الزمان والمكان وتبعا لنهج كل دولة، فإنّه مع ذلك توجد قواعد ومفاهيم معينة تشكل النّظام العام الحقيقي أو عبر الدولي.

يذهب البعض إلى حد القول بأنه بالرغم أن هذه الفكرة بدأت تأخذ بعدا حقيقيا وجديا على الصعيد الدّولي، بعيدا إلى حد ما عن المعنى الحرفي لفكرة النّظام العام في القوانين الداخلية، فإنّ فكرة النظام العام الدولي تعني القواعد المعيارية والتي تعتبر

كالحد الأدنى أو القياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدّولي لحماية أخلاقيات العقود التي تفرض على المحكم الامتناع عن تطبيق قانون داخلي يناهض القواعد الآمرة، وبالتّالي تسمح بتطبيق حلول قضاء التحكيم.

بتأكيد وجود القواعد الموضوعية اتجهت بعض الدّراسات الفقهية إلى التساؤل حول إمكانية وجود نظام عام عبر دولي تشكله هذه القواعد.

---

[444] - **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 196.

- في هذا الموضع نؤكد بأهمية التحكيم كمصدر من مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، فهو جهاز يحرص على توحيد قواعدها، فيتجاوز دوره مجرد حل النزاعات الفردية، وأكبر من مجرد انشاع قواعد قانونية ألا وهو " دور ضمان استقلالية النظام القانوني للتجارة الدولية " من خلال فرض احترام النظام العام الدولي.

المطلب الثاني

القواعد الموضوعية وقواعد النّظام العام عبر الدّولي

أدّى تطور مصالح التجارة الدّولية إلى إعادة النّظر في مفهوم القاعدة القانونية وبالتّالي حتى في مفهوم النّظام العام، إذ سارعت مختلف الدّول إلى الاندماج في المنظومة الاقتصادية الدّولية، مما حتّم عليها التخلي عن جملة من الخصوصيات والقيود التي تقيد عمليات التجارة الدّولية، كما عملت معظم الدّول على تعديل قوانينها بما ينسجم مع مصالح التجارة الدّولية، فتم التّخفيف مثلا من حدة الرقابة على الصرف، وكذلك الاعتراف ببعض الشروط على مستوى المعاملات التجارية الدّولية كشرط الوفاء بالذهب وشرط التسعير الجبري، وتنظيم عمليات التصدير والاستيراد[445].

أضف إلى ذلك إعادة النّظر في قابلية تسوية منازعات التجارة الدّولية عن طريق التحكيم، والتي سبق وأثارت نقاشات بشأن المنازعات التي تكون الدّولة طرفا فيها قبل تأكيد جواز ذلك، بحكم أهمية تدخل الدّولة في المجال الاقتصادي ليس على سبيل التوجيه فحسب بل على سبيل الممارسة أيضا.

يثير موضوع قواعد النّظام العام عبرالدّولي عدّة اشكاليات منها تحديد مفهومه **(الفرع الأوّل)**، ودوره كأداة لإعداد قانون موضوعي للتّجارة الدّولية **(الفرع الثّاني)**.

[445]-**عمارة مسعودة**، " اشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية"، مداخلة في اطار الملتقي الدولي حول:" التحول في فكرة النظام العام، من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، المنعقد يومي 08/07 ماي 2014، والمنشور في **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، عدد خاص، 2015، ص 399.

الفرع الأوّل

مفهوم النّظام العام عبر الدّولي

تعد فكرة النّظام العام من المسائل المهمة والمعقدة في القانون والتي تركّز حولها النقاش، ويكاد يكون الاتفاق معدوما حول تبنّي ضابط مستقر له باعتباره فكرة نسبية معيارية، فالنّظام العام فكرة تستعصي بطبيعتها على التحديد، فمبدأ النظام العام مبدأ مرن يصعب ضبطه وتحديد نطاقه، حيث يمكن تفسيره بطرق عدّة تشمل المسائل ذات الصلة بالإجراءات التي تم اتباعها أثناء نظر النزاع أمام هيئة التحكيم، بالإضافة إلى المسائل التي تتعلق بموضوع النّزاع[446] وهو موضوع دراستنا، ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب أنّ النّظام العام هو "مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتـــــمع، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أواقتصادية"[447]، ولكن هل يأخذ النّظام العام نفس المفهوم مهما كان القضاء المعروض عليه النّزاع داخليا أو تحكيميا أم أنّ الأمر يتعدى المفهوم التقليدي للنّظام العام لنتحدّث عن نظام عام عبر دولي(**أوّلا**)، وإذا كان النّظام العام بمفهومه عبر الدّولي موجود فما هي وظيفته (**ثانيا**).

أوّلا- عن الإختلاف في مفهوم النّظام العام ببعده الدّولي

يقتضي تحديد البعد الدّولي للنظام العام تأكيد اختلاف هدف القاضي الوطني من الدفع به عن هدف المحكم منه، فإذا كان هدف القاضي في الدفع بالنّظام العام هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد فإنهّ بالنّسبة للمحكم هو حماية مصالح التجارة الدّولية، وإذا كان الفكرة بهذه الدّلالة فهل يصحّ القول بوجود نظام عام عبر دولي؟

---

[446]- **كسال سامية زوجة زيدي**، "تأثير فكرة النظام العام علة تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة في ملتقى وطني حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة تيزي وزو، يومي 09/08 ماي 2013، ص 03.

[447]- **نرمين محمد محمود صالح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والقيود الواردة عليه في علاقات التجـــارة الدولية، مرجع سابق، ص280.

1- فكرة النّظام العام بين القاضي والمحكّم

يختلف مفهوم النّظام العام بين القاضي والمحكم كما يلي:

أ-القاضي والنّظام العام

يمثّل النّظام العام بالنّسبة للقاضي الأداة التي يضمن من خلالها عدم الخروج الإرادي على أحكام القواعد القانونية الآمرة، فهو قيد على سلطان إرادة الأفراد بإبطال كل ما هو مخالف لهذه القواعد الآمرة[448]، سواء كانت هذه القواعد تنتمي إلى القانون العام كالقانون الدستوري والجنائي والمالي[449]، أو القانون الخاص كالقانون المدني فيما هو مرتبط بإبرام التصرفات القانونية حيث تنص المادة 106 من ق م ج على ما يلي: " العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو **للأسباب التي يقررها القانون**"، فكل اتفاق مخالف للقواعد الآمرة يكون من الأسباب المؤدّية إلى ابطال العقد[450]، وقد يكون سبب الإبطال والمخالفة للنظام العام مسألة تتعلق بالجانب الشكلي كفرض الرّسمية مثلا، وغيرها.

يعد النّظام العام في مجال تنازع القوانين وسيلة فعّالة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية، متى تبين تعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية بدولة القاضي[451]، وبالتّالي فهو ملزم بمراعاة النّظام العام الوطني هذا الأخير الذي ينتمي إلى النّظام العام الدّاخلي الواسع الذي تدخل في خضمه قواعد التّـــطبيق الضروري، والنّظام العام الدّولي بمفهوم القانون الدّولي الخاص الذي يضطلع دوره في منع

---

[448]- **بلميهوب عبد الناصر**، النظام العام و في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور، مداخلة في اطار الملتقي الدولي حول:" التحول في فكرة النظام العام، من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ، المنعقد يومي 08/07 ماي 2014، والمنشور في **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، عدد خاص، 2015، ص 382.

[449]- **كسال سامية زوجة زيدي**، "تأثير فكرة النظام العام علة تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص7.

[450] -**HOMAYOON Arfazdeh**, *Ordre public et arbitrage internatinal a l'epreuve de la mondialisation*,BRUYLANT, Bruxelles, 2006, p.148.

[451]- أورد المشرع الجزائري مثل هذا الحكم في المادة 24 من ق م ج التي تنص على أنه:"***لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر..."***

تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع[452].

ومن الناحية الإجرائية فقد اشترطت المادة 605 من ق إ م إ الجزائري، لتنفيذ الأحكام والقرارت الصادرة عن جهات قضائية أجنبية في الاقليم الجزائري ولمنحها الصيغة التنفيذية استيفاء بعض الشروط من بينها "...***ألاّ تتضمن ما يخالف النظام العام والأداب العامة في الجزائر***".

كما يعد النظام العام في مجال الاختصاص القضائي الدّولي أداة لتثبت الاختصاص لمحاكم الدّولة في بعض المنازعات والحيلولة دون تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بالمخالفة لقواعد هذا الاختصاص، أو كان في تنفيذها ما يتعارض والنظام العام بدولة القاضي[453].

ويؤكد الفقه أن النّظام العام في القانون الدّولي الخاص يملك مجالا أكثر تقييدا منه في القانون الداخلي، ويجد النوعين مجالا لإعمالهما بحسب نوع العلاقة داخلية أو دولية، وهذه التفرقة قد وفقت المحاكم بدون قصد إلى وضع قواعد معينة تخص علاقات التجارة الدّولية، فأصبحنا نتحدث عن نوع ثالث من النظام العام وهو النظام العام عبر الدولي أو الحقيقي[454].

---

[452]- **صلاح الدين جمال الدين**، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 210. راجع ايضا:

- **ROLIN -Henri**, « vers un ordre public réellement international », p 442. Disponible sur : http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/10/ordrepublic.pdf

- **LAGARDE Paul**, « Ordre public », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-10.

[453]- **محمد أحمد أبراهيم محمود**، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، د م ن، 2013، ص205.

[454]- **POMMIER Jean-Christophe**, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, ECONOMICA, Paris,1992, p.343.

ب- المحكم والنّظام العام

يتمّ اختيار المحكّم من قبل أطراف النّزاع، وبالتّالي فاحترامه للنّظام العام يستمد منطقه من تطبيق العدالة النّوعية التي يحتاجها موضوع النّزاع الأمر الذي يحتم عليه احترام النّظام العام المرتبط بالقانون المختار، وإذا ارتبط الأمر بعملية دولية وكان القانون واجب التطبيق هي أعراف ومبادئ التجارة الدّولية، فيكون النّظام العام عبر دولي أو ما يسمى كذلك بالنّظام العام الدّولي الحقيقي الذي يوجّه المحكم إلى الحرص على استقرار المعاملات التجارية الدّولية.

أما احترامه للنّظام العام الوطني فيأتي لاعتبار وحيد وهو ضمان تنفيذ الحكم التحكيمي في دولة التنفيذ[455]، وهذا ما يدخل في نظرية الأخذ بالاعتبار، وإعمالا للمبدأ

[455] - جل التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية تؤكد على ضرورة مطابقة الحكم التحكيمي الدولي للنظام العام من أجل الاعتراف به أو تنفيذه، منها: المادة 1056(6) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، والمادة 1502من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد، وكذلك المادة 35 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم الدولي لسنة 1987. و إن اختلفت في تحديد مضمون هذا النظام، فإن التساؤل يثار حول حدود رقابة القاضي الوطني للحكم التحكيمي الدولي عندما يكون مخالفا للنظام العام؟

- أدى غياب إجماع تشريعي حول حدود الرقابة الممارسة من قبل القاضي الوطني على حكم التحكيم و مدى مطابقته للنظام العام إلى انقسام الفقه والقضاء إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول يأخذ بالمفهوم الضيق للنظام العام، و يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الرقابة القضائية يجب أن تكون شكلية وأولية، إذ أن دور القاضي الوطني يقتصر فقط على رقابة مدى مطابقة حكم التحكيم الدولي للنظام العام الدولي. و قد تبنى القضاء الفرنسي نفس الاتجاه المقيد لمفهوم النظام العام، و اعتبر مخالفة حكم التحكيم للنظام العام لا تكفي وحدها لرفض الاعتراف أو منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، بل يجب أن تكون مخالفة مادية و ملموسة. وذهب بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن الرقابة القضائية يجب أن تقتصر فقط على مدى مطابقة منطوق حكم التحكيم للنظام العام.

- أنظر:

-**LOQUIN Eric** : « Le contrôle du seul caractère, effectif et concret de la violation de l'ordre public international par la sentence », *RTD. Com*, 2008, p. 518.

و يتبين مما سبق أنّ هذا الاتجاه يقوم على أساس التقييد والتضييق من مفهوم النظام العام الدولي، واعتماده على معيار جديد لتحديد المخالفة، وأن هذه الأخيرة يجب أن تكون جلية وواضحة، هذا الاتجاه يقيد من حدود الرقابة القضائية الممارسة على حكم التحكيم، فالقاضي يمارس رقابة أولية، و لا يمكن البحث في موضوع النزاع.

الاتجاه الثاني :إذا كان الاتجاه الأول يضيق من مفهوم النظام العام، فإن الاتجاه الثاني، الذي هو من صنع الفقه الفرنسي، يوسع من هذا المفهوم، ليشمل قانون القاضيLois de police ، فأصحاب هذا الاتجاه يرون أن الرقابة القضائية على

الذي يقوم عليه اختصاص المحكم أي مبدأ " الاختصاص بالاختصاص"[456] حيث أنّ قضاء الدّولة لا يستطيع مراقبة عمله إلاّ في مرحلة صدور الحكم التحكيمي[457] دون التّطرق إلى موضوع النّزاع لذا تطرح مسألة انسجام الحكم التحكيمي مع النّظام العام كمسألة جوهرية في مرحلة الرقابة البعدية التي يقوم بها القاضي عندما تكون مهمة المحكم قد انتهت بصدور حكمه[458].

انطلاقا من كون المحكم ليس له قانون اختصاص، ولا هو حارسا لأيِّ نظام عام فإنّه من المفروض غير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية للنّظام العام فيكون فقط ملزما باحترام المفاهيم الدّولية، ولذا فإنّ النّظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدّولي الخاص والمتعلق بدولة ما لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية بل أمام محاكم الدّول، فالمحكم يطبق النّظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدّولي الخاص أي المرتبط بقانون العقد في حالة عدم تعارضه مع النّظام العام الدّولي الحقيقي الذي يستمد مصدره من الأدوات

=القرار التحكيمي يجب أن تكون موضوعية و ذلك ضمانا لتطبيق قانون القاضي ، فهذا الاتجاه يقوم على أساس أن القاضي الوطني ملزم بممارسة رقابة موضوعية للتأكد من مدى احترام هيئة التحكيم لقوانين بلده، وبالتالي فإن القاضي الوطني وفقا لهذا الاتجاه يرفض الاعتراف أو منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي بمجرد ما إذا تبين له من خلال الاطلاع عليه أنه يخالف النظام العام، لكن يعاب على هذا الاتجاه أنه يقلص من مجال و نطاق التحكيم، مما يؤثر سلبا على الهدف و الغاية من اللجوء إلى الوسيلة باعتبارها وسيلة فعالة وناجعة لتسوية المنازعات الناتجة التجارة الدولية، بعيدا عن قضاء الدولة و ما يثيره من صعوبات خاصة على مستوى القوانين المطبقة.

[456]- راجع في شرح المبدأ:

-**قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سابق، ص 309 وما بعدها.

[457]- للإحاطة أكثر بموضوع الرقابة على الحكم التحكيمي أنظر:

-**بشير سليم**، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 276 وما بعدها. متوفرة على الموقع:
file:///C:/flash%20disk/%D8%B1%D8%B3%D8%A7%D9%84%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%83%D8%AA%D9%88%D8%B1%D8%A7%D9%87/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B0%D9%83%D8%B1%D8%A7%D8%AA/scj%20%D8%A8%D8%B4%D9%8A%D8%B1%20%D8%B3%D9%84%D9%8A%D9%85.pdf

[458]- راجع في موضوع الرقابة البعدية: **زروق نوال**، " دور القاضي الجزائري في التحكيم التجاري الدولي"، **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، المجلد 12، العدد02، 2015، ص 327.

الدّولية[459]، ولأنّ السلطة التقديرية للمحكم تظهرعندما يدخل النّظام العام الدّولي الحقيقي في تنازع مع النّظام العام بالمفهوم الوارد في القانون الدّولي الخاص، وله أن يرجح الأوّل عن الثاني[460].

يكون للمحكم كذلك أن يرجح إعمال النظام العام عبر الدّولي في حالة احتمالية تباين وتنازع قواعد النظام العام بين مختلف الدّول التي يمكن أن ترتبط بمـــوضوع النّزاع، ممّا يجعل أولية تحديد قواعد النظام الـعام الواجبة التطبيق أمر صـــــعب عليـه، وانطلاقا من كون المحكم لا ينتمي إلى أي نظام قانوني فيستبعدها كلها لصـالح النّظام العام عبر الدولي[461]، وعليه نستنتج أنّ المحكم التجاري الدّولي ليس مطلوب منه أن يمتثل لقواعد النظام العام الدآخلي كما يتقيد بذلك القاضي، وإنّما يتعين عليه البحث عن القواعد الأكثر ملائمة لحكم النّزاع.

النّظام العام مفهوم مرن يتغير ويتطور بمرور الوقت وقد اعتبر بعض الفقه[462]أنّ النّظام العام هو تلك القواعد المعيارية التي تعتبر بمثابة الحد الأدنى والقياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدوّلي لحماية حقوق الانسان[463]، وفي هذا الاطار يجب التمييز بين مبادئ النّظام العـــــام[464] وقواعد النّـــظام العام، فالأولى كما هو الحال بالنّسبة لمبدأ

---

[459] - **POMMIER Jean-Christophe**, *Principe d'autonomie*…, op.cit., p 344.

[460]- **ناجي عبد المؤمن**، " العقد شريعة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية طويلة المدة"، **مجلة الأمن والقانون**، السنة الثامنة، العدد الأول، يناير2000، ص 146.

[461]- كسال سامية زوجة زيدي، "تأثير فكرة النظام العام علة تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الـــدولي"، مرجع سابق، ص11.

[462]- **أبو زيد رضوان**، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 120.

أنظر : **بلمهوب عبد الناصر**، النظام العام و في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور، مرجع سابق، ص 380.

[463]-On peut définir aussi l'ordre public transnational comme un mécanisme défendant des valeurs, non pas propres à un ordre juridique national, mais adoptées par « la communauté internationale ».
-Voir : **Nicolas NORD**, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Thèse pour le doctorat en droit, 2003, p.146

[464]- اختزل**LOTFI CHEDLY** في مرجعه:

- "- *ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL*"

مبادئ النظام العام الدولي فيما يلي:

أولا: المبادئ الضرورية لفاعلية اتفاقية التحكيم:

حسن النية تنتمي إلى نظام عام دولي حقيـــــقي أو عبر دولي، وللمحكم سلطة اهدار السلوك المخالف لحسن النية الذي يجب أن يتبوأ في علاقات التجارة الدّولية[465]، أمّا قواعد النّظام العام، مثل قواعد المنافسة، فلا تعبر في الغالب إلاّ على نظام عـــــــام خاص بدولة معينة، وكذلك مجموع الدول لقانون المجموعة أو القانون المشترك[466].

لمّا كانت فكرة النّظام العام فكرة مرنة في ذاتها يمكن أن تستخدم كأداة لهدم الحكم التحكيمي أو عرقلة تنفيذه لتعدد حالاتها واستعصـــــــــائها على التحديد المنضبط، وتغييرها بتغير النظم القانونية ودرجة الحماية التي تفرضها لكفالة القيم العليا بضمير المجتمع ونسيجه، فقد أمكن استثمار تلك المرونة بمجال المجتمع الدّولي للتجارة الدولية من قبل الممارسات العملية لقضاء التحكيم التجاري الدولي، لتبني مفهوم دولي للنظام

- مبدأ اختصاص الاختصاص
- مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم =

=**ثانيا: المبادئ الضرورية لسلامة الاجراءات التحكيمية وصحتها:**

-استقلالية المحكم وحياده
- مبدأ المواجهة
- مبدأ المساواة بين الخصوم
- مبدأ حسن النية والنزاهة

ثالثا: المبادئ الضرورية لضمان نزاهة المتعاملين التجاريين الدوليين:

- عدم جواز تنكر الأشخاص المعنويين العمومين لالتزامهم بالتحكيم
- مبدأ التعاون وحسن النية
- مبدأ حظر الرشوة
- المبادئ الفرعية الضرورية لضمان نزاهة المتعاملين الاقتصاديين على الصعيد الدولي،

أ- مبدأ منع التحايل على القانون واحترام النظام العام

ب- احترام حقوق الانسان، وخاصة منها حق الملكية والمساواة بين الأجناس والأديان

ج- مبدأ الزامية العقد

رابعا: النظام العام الدولي للتنمية

-عن: **الورفلي أحمد**، التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن، مجمع الاطرش للنشر والتوزيع، تونس، 2006، ص ص 623-624.

[465]- **GAILLARD Emmanuel**, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », *McGill-LAW JOURNAL*, vol 55, 2010, p. 902.
http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/2307395-Gaillard.pdf

[466]- **عبد المجيد منير**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 398.

العام، يتفق فيه مع فكرة التضامن الدّولي ومصالح التجارة الدولية، وتكريس قواعد يتلاءم إعمالها وتلك الممارسات فأثر فيها وتأثر بها.

يثيرموضوع النظام العام أمام المحكم إشكالية أخرى في حالة ما إذا كان اتفاق التحكيم هو الذي يمس بالنظام العام، وقد منحت أغلبية التشريعات سلطة تقديرية للمحكم في تحديد وتقدير وجود هذا المساس باعتمادها مبدأ " **الإختصاص بالاختصاص**".

فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى قبول تحكيمية بعض المنازعات المتعلقة بالنّظام العام، فقد رأى أنّه يتعين على الهيئة التحكيمة أن تنظر في مدى تطبيق قواعد النظام العام الدّولي فيها، وأكدت محكمة باريس هذا الإتجاه في قرارها الصادر بتاريخ 29 مارس 1991، والذي جاء فيه ما يلي:" في المسائل الدّولية، يملك المحكم الإختصاص في تقدير اختصاصه في مدى تحكيمية النّزاع في منظور النظام العام الدّولي، وله سلطة تطبيق المبادئ والقواعد المتعلقة بهذا النظام العام، وكذا معاقبة كل مساس به تحت رقابة قاضي الابطال"[467]. قد يكون النّزاع غير قابل للتحكيم بنص صريح في القانون الواجب التطبيق[468]، أو كانت الدّولة الطرف في النّزاع قد أعلنت مسبقا أنّها ترفض التحكيم في بعض المسائل[469]، فلا مجال لاختصاص المحكم في هذه الحالات.

2- في وجود النّظام العام عبر الدّولي

بما أنّ التحكيم التجاري الدّولي يرتبط بالتجارة الدّولية، فإنّ البحث عن نظام عام يتماشى مع طبيعة هذه التجارة أثار جدلا فقهيا، ومرد هذا الجدل الاختلاف حول وجود نظام قانوني للتجارة الدّولية كما أسلفنا، وقد أدت النّظرة التقليدية لبعض الفقه لمفهوم

[467] - عن: **كسال سامية زوجة زيدي**، "تأثير فكرة النظام العام علة تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص12.

[468] - فقد نصت المادة 2/1006 ق إ م إ الجزائري على أنّه: " **... لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم...**"

[469] - كما جاء في اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 على أنه يجوز للدولة أن تعلن مسبقا أنها ترفض التحكيم في بعض المسائل.

النّظام العام الذي لا يتصور في نظرهم إلا في إطار الدّولة إلى الدفاع عن نظرية تتمثل في عدم وجود نظام قانوني للتجارة الدّولية، وبذلك لا يمكن في نظرهم تصور وجود نظام عام إلاّ إذا كان مرتبطا بالنّظام القانوني للدولة.

لا يختلط النّظام العام الدّولي الحقيقي بالنّظام العام الدّولي بمفهوم القانون الدّولي الخاص لمختلف الدّول، والأمر هنا يتعلق بنظام يسمو على النظام الدّاخلي والذي كشف الفقه والقضاء عن وجوده بينما يذهب آخرون إلى إنكار وجوده.

أ- رفض فكرة النّظام العام عبر الدّولي

يعتبر هذا الجدل المتعلق بوجود النّظام العام عبر الدّولي استمرارية لجدلية وجود النّظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية، فقد انكر البعض وجود النّظام العام عبر الدّولي ، واستندوا في قولهم هذا أنّ هذا النظام ما هو إلاّ تعبير عن نظام قانوني فوق الدّول لمجتمع دولي مؤلف من اشخاص خاصة، وهذا المجتمع غير موجود حتى الآن، وأنّ المجتمع الوحيد الموجود هو ذلك المؤلف من مجموع الدّول التي تخضع لقواعد القانون الدّولي، وعليه فإنّ وجود النّظام العام الدّولي الحقيقي سيرتبط بالقانون الدّولي العام.

لقد صرح الفقيه NEBOYET أنّ النظام العام الدّولي الحقيقي هو القانون الدّولي العام نفسه، يتطابق معه ويمتزج به[470] فالصفة الوطنية للنظام العام الدّولي مازالت حتى اليوم هي الركن الذي يستند عليه النّظام العام في القانون الدّولي الخاص، ويرى أغلبية الفقه المصري منهم الأستاذ "**هشام علي صادق**" أنّ فكرة النظام العام الدّولي لا يمكن تصورها إزاء الوضع الحالي للأمور حيث لا توجد سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن

[470]- **الرفاعي أشرف عبد العليم**، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2003، ص87.

تفرض هذا النظام، وإن كان صحيحا وجود مبادئ أساسية تشترك معظم دول العالم في الاعتراف بأهميتها[471].

وقد رفضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 19 مارس 1965 في قضية BANQUE OTTOMAN تطبيق فكرة النظام العام الدّولي الفرنسي وأقرت بحزم وضعا مضادا لوجود نظام عام دولي حقيقي يسمو على القوانين الدّاخلية، فقد قررت المحكمة أنّه لا يمكن الاستناد إلى النّظام العام الدّولي الفرنسي لإعادة النّظر في حالة قانونية نشأت بطريقة شرعية في الخارج بين أجانب بمقتضى قانون أجنبي أستوفى آثاره في الخارج[472].

أمّا فيما يتعلق بالنّظام العام الدّولي الحقيقي أو عبر الدّولي فقد رفضت تطبيق المبادئ المزعومة نظام عام دولي يسمو على كل القوانين الوطنية والذي لا يعترف بوجوده أي قانون وضعي بصفة خاصة القانون الفرنسي[473].

يقول الأستاذ " **الزروتي الطيب**": "أنّ النّظام العام الدّاخلي ليس له إلا أثرا مماثلا لفكرة النّظام العام الدّولي، وأنّ وحدة النّظام العام الدّاخلي والدّولي حقيقة مؤكّدة، ولكن الغرض من اللجوء إليهما يختلف في كل من المجالين"[474].

---

[471]- **الرفاعي أشرف عبد العليم**، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 88.

[472]- La théorie des conflits des systèmes a été admise dans l'arrêté BANQUE OTTOMAN de la cour d'appel de Paris , la cour a affirmé que : « le droit international privé de chaque pays n'a pas à intervenir à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et épuisé leurs effets, alors qu'elles ne présentaient aucune attache avec le for ».
- voir: **MARIE- Christine Meyseaud- Garaud**, *Droit international privé*, 2éme Ed, Bréal Amazon, France, 2008, p. 81.
- un aperçu de ce livre publier sur le site : https://books.google.dz/books?isbn=2749507502

[473]-« Les principes d'un prétendu ordre public international supérieure a toutes les lois interne dont l'existence n'est reconnue par aucun droit positif particulièrement par le droit français ».

[474]- **زروتي الطيب**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص ص 336-337.

لذلك، نجد البعض يقول أنّ التفرقة بين النظام العام الدّاخلي والنظام العام الـدّولي تفرقة خــادعة، كون النظام العام في القانون الدّولي الخاص يتميّز بالوطنية، لأنّ ما يسمى بالنظام العام الدّولي هو في الحقيقة النظام العام الدآخلي، وهذا النظام العام تختلف درجة تمدده أو انكماشه حسب مقتضيات الحال أي ما إذا كنّا بصدد علاقة خاصة وطنية أم علاقة تتجاوز الحدود[475].

ب-تأييد فكرة النّظام العام عبر الدّولي

حاول الفقه إعطاء مفهوم جديد للنّظام العام، وبالتّالي تأكيد وجوده، وهو ما أخذت به حتى الاتفاقيات الدّولية، ما سنبيّنه في العناوين التالية:

1)- تأييد فكرة النّظام العام عبر الدّولي على مستوى الفقه

يعتبر الفقيه LEROUBOURS Dregéoniere أوّل من أشار إلى المفهوم الجديد للنظام العام الدّولي الحقيقي دون أن يستعمل هذه التسمية، حيث يرى أنّه " يتم إثارة الدفع بالنّظام العام ضد القوانين التي لا تعترف بالمبادئ العامة للقانون أو المشتركة بين الأمم المتحضرة ".

يرى الأستاذ JEAN Robert **أنّ** النّظام العام أصبح يعبر عن الاصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات".

يرى الفقيه **GOLDMAN** أنه "على الرغم من وجود نظام عام دولي يبدو خيـــاليا، فإنّه مهما كان مصدر النظام العام الدولي ومحتواه فهو يعمل على حماية المبادئ الأساسية وإقامة الآداب الدّولية"[476].

---

[475]- **عمارة مسعودة**، اشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية"، مرجع سابق، ص 402.

[476]- أشير إلى كل هذه الآراء في مذكرة: **جارد محمد**، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010، ص 184.

يرى الفقيه **LALIVE** أنّ الممارسة العملية المتعلقة بقضاة الدّول وتلك المتعلقة بالمحكمين لا تسمح بإنكار مفهوم النّظام العام الدّولي الحقيقي ولا بإنكار تطبيقاته المتنوعة مستقلا عن فكرة النظام العام في القوانين الداخلية، ويشير الفقه الحديث أن تطور القانون الدّولي الخاص قد أدى إلى ظهور قواعد دولية مشتركة في مجال التجارة الـــــدّولية، وهو ما يترتب عنه القبول بجانب آمر منها يسمى بالنّظام العام عبر الـــــــدّولي، الذي يعتبر مفهوما حديثا بالمقارنة مع الأنواع الأخرى من النظام العام[477].

الجدير بالذكر، أن نفس محكمة باريس، وبعد عشرين عاما في قضية تتعلق بنفس البنك، BANQUE OTTOMAN سنة 1984 اعترفت بالنظام العام الدّولي الحقيقي، حيث اعتبرت المحكمة أنّ تأمين العلاقات التجارية والمالية الدّولية تتطلب الاعتراف بنظام عام، إن لم يكن عالميا فهو على الأقل مشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة[478].

ونفس الاتجاه ذهب الاستاذ "**أبو زيد رضوان**" إلى القول :" يبدو من الصعب تحديد جوهر ملموس لفكرة النّظام العام الدّولي أو بالمفهوم الدولي رغم قناعتنا بأن هذه الفكرة باتت على الصعيد الدّولي تأخذ معنى حقيقيا وجديا بعيدا إلى حد ما عن المعنى الحرفي لفكرة النظام العام في القوانين الوطنية"[479].

بهذا المفهوم أصبح النّظام العام يشكل حقيقة يجب أن ينظر إليها المحكم وقاضي التنفيذ الذي يراقب الحكم التحكيمي وإن كان البعض يرى أن الاعتماد على النّظام العام

---

[477]-voir: **GAILLARD Emmanuel**, « L'ordre juridique arbitrale : réalité, utilité et spécificité », op, cit, pp. 897 - 898.
http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/2307395-Gaillard.pdf

[478]- « Considérant sans doute que la sécurité des relations commerciales et financières internationales postule la reconnaissance d'un ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés des capitaux » .

[479]- **أبو زيد رضوان**، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص119.

الداخلي أو الدّولي في دولة التنفيذ يغني عن النظام العام عبر الدّولي، لأنّ النّظام العام في الدّولة يحمي القيم والمبادئ الدّولية دون الحاجة إلى هذا النّظام العام الجديد[480].

2)- تأييد فكرة النظام العام عبر الدّولي على مستوى الاتفاقيات الدّولية

ساهمت الاتفاقيات الدّولية المتعلقة بالتحكيم التّجاري بشكل وافر في تكريس الجهود الفقهية على احترام قواعد النظام العام فقد نصت المادة 3/ها من اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1954 على أنه: " **إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع هذا النظام العام أو الآداب العامة فيها... أو إذا كان الحكم مناقضا لمبدأ معتبر كقاعدة عمومية دولية"**[481].

الملاحظ أنّ هذا النّص يفرق بين أمرين:

الأمر الأوّل، النّظام العام الوطني لدولة التنفيذ، هنا يكون لقاضي دولة التنفيذ رفض تنفيذ حكم المحكمين بسبب تعارضه مع النظام العام لدولته، وله سلطة تقدير ذلك.

الأمر الثاني، فهو المبادئ المعتبرة كقاعدة عمومية دولية والتي تقابل في اعتقادنا النّظام العام الدّولي، إذ لا يجوز تنفيذ ذلك الحكم إذا تعارض مع تلك المبادئ.

وعلى خلاف ذلك، فإنّ معظم اتفاقيات التحكيم لم تشر إلى النّظام العام الدّولي حيث نصت المادة 1/1 من اتفاقية جنيف لعام 1927 : " ***يتوقف الاعتراف وتنفيذ قرار***

[480]- عن: **عيساوي محمد**، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر(على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، د س.م، ص 284.

[481]- اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1954، راجع النص على الموقع:
http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=172&Link=94

التحكيم على ضرورة أن لا يكون الحكم مخالفا للنظام العام ولمبادئ القانون للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه"[482].

كما نصت المادة 2/5 من اتفاقية نيويورك على نفس الحكم: "***إنّ الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه يمكن رفضه فيما إذا كانت السلطة المختصة في الدّولة المطلوب التنفيذ بها ترى أن هذا الاعتراف والتنفيذ يخالف النظام العام لهذه الدّول***"[483].

غير أنّ الطابع الخاص للتحكيم التجاري الدّولي يبرر فكرة اعطاء مضمون متميز للنّظام العام واجب التطبيق على مراقبة حكم التحكيم، ولكن الاستناد على النظام العام عبر الدولي من طرف القاضي لا يكون صراحة، بل في معظم القضايا تطرق إلى المبادئ التي يعتمد عليها، وبما أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أحالت إلى القاضي دولة التنفيذ اختصاص مراقبة القرار التحكيمي من حيث مخالفته للنّظام العام فإنّ إعمال القاضي النظام العام الداخلي أو الدّولي لا يحول دون استعمال المبادئ العامة المشتركة بين الأنظمة القانونية للدول دون أن تشير إلى ذلك صراحة.

3)- موقف المشرع الجزائري من فكرة النّظام العام الدّولي

أدرج المشرع الجزائري فكرة النّظام العام الدّولي في اطار التحكيم التّجاري الدّولي في القانون 09/08 المتضمن ق إ م إ ج ، ويتّضح من خلاله أنّ المشرع أشار إلى الفكرة بشكل غامض في المواد 1051/1، 1056/6، بحيث لا يمكن من خلالها التعرف على عناصر النّظام العام ولا ماهيته، فكان من المفروض أن يدخل عدة مسائل منها، تحكيميـــة النزاع، واكتفى فقط بوضع قيد على الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وجعل مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام سببا للطعن في هذا الحكم وإمكانية إبطاله.

---

[482]- اتفاقية جنيف لسنة 1927 بشأن بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبيـة.

www.lexfind.ch/dtah/39920/3/0.277.111.fr.pdf

[483]- اتفاقية نيويورك، لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبيـة، مرجع سابق.

الملاحظ أنّ المشرع نقل نفس العبارات" النّظام العام الدّولي" الواردة في القانون الفرنسي للتحكيم لسنة 1981[484]، على خلاف بعض التّشريعات التي نصت على " النّظام الدّولي" دون ذكر لفظ " العام" كالقانون السويسري، في حين أنّ المشرع المصري ذكر صراحة في المادة 58 من قانون التحكيم لسنة 1994 "***لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلاّ إذا تحقق أنّه لا يتضمن ما يخالف النّظام العام في جمهورية مصر العربية***"[485]، وبهذا يكون المشرع المصري قد اعترف بنظامه العام الداخلي على خلاف المشرع الجزائري الذي نص على النّظام العام الدّولي، حيث ترك بذلك مهمة تحديد معنى ومضمون النظام العام للقاضي دون أن يضع ضمانات ومعايير موضوعية تمكن من إخضاعه للرقابة.

حسب الأستاذ " **مصطفى تراري الثاني** " فإنّ المقصود من النّظام العام الدّولي حسب المشرع الجزائري، ليس النّظام العام الذي لا يتم اعماله إلاّ في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا لا تتوفر له معايير الدولية، ولا ما عرف لدى بعض الفقه بالنظام العام الدّولي الحقيقي الذي يضم القواعد المشتركة بين الدّول والشعوب كما هو بالنسبة لتحريم الرق والمخضرات والرشوة وغيرها ، وإنّما هو قصد تلك الصورة المخففة للنظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية سواء تعلق الأمر بالقواعد الوطنية الموضوعية أو الإجرائية[486]

على هذا الأساس، فإنّ تحديد جوهر فكرة النّظام العام الدّولي الحقيقي هو بمقدور المحكميين الدّوليين باعتبارهم قضاة للتجارة الدولية، بل وبمقدورهم تحديد ذلك

---

[484] - *Décret nº 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981.*
http://www.lexinter.net/NCPC/l'arbitrage_international.htm

[485] - قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، متوفر على الموقع:

http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf

[486] - **تراري الثاني مصطفى**، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية"، مرجع سابق، ص ص52-53.

بصفة مستقلة عن فكرة النّظام العام في القوانين الدّاخلية، وتخليص هذه الفكرة من اعتبارات القانون الداخلي، وذلك بالنظر إلى التطور الحاصل في القانون الدّولي الخاص بظهور قواعد دولية مشتركة في مجال التجارة الدولية والتحكيم التجاري الدّولي نشأت بعيدا عن إرادة مشرعي الدّول، وهو ما يجعلها قواعد عبر دولية، وما يساعد على تكوين هذه القواعد المستقلة هو تفويض المحكمين في حق القضاء وفقا لقواعد العدالة والعرف الدولي دون التقيد بالقواعد الوضعية لأي دولة.

لا شك أنّ الاعتراف بهذه القواعد ينشأ عنه نظام عام مشترك يختلف عن النظام العام الوطني، وبالتّالي فإن استبعاد المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره المتعاقدين فيما لو تبين تعارض هذه الأحكام مع اعتبارات النّظام العام المشترك دوليا.

بالموازاة أدت صعوبة تحديد مدى وجود النّظام العام الدّولي الحقيقي إلى اختلاف الفقه في تسميته في مجال التجارة الدّولية، أو للتعبير هذه المبادئ المشتركة في التجارة الدولية المستخرجة من الاجتهاد التحكيمي والمعاهدات الدولية، من قائل بأنه نظام عام دولي حقيقي إلى قائل أنه نظام عام دولي آمر مطلق إلى قائل بأنّه نظام عام فوق وطني أو عبر وطني، إلا أنّ هذه التسميات، رغم اختلافها، يجب أن تصب في معنى واحد لا يقبل التجزئة هو النّظام العام في التجارة الدّولية.

نقول في هذا الصدد، أنّه مهما تعددت التّسميات فإنّ الشيء الأكيد هو أن هذا النوع من النظام العام يشكل الجانب الآمر في القواعد القانونية عبر الدولية، الذي لا يجوز للعاملين في ميدان التجارة الدولية مخالفة أحكامها، إن من حيث اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على علاقتهم أو من حيث موضوعها.

انطلاقا ممّا تقدم، يتضح لنا مضمون النظام العام الدّولي الحقيقي أو المطلق في مجموع القواعد المستنبطة من المعاهدات الدّولية والمبادئ العامة للقانون، أو من أعراف التجارة الدولية، وحتّى من الممارسة القضائية، فيكون عندئذ لزاما على القاضي والمحكم

على حدّ سواء التمييز بوضوح بين مجال القانون التجاري الدولي والقانون الداخلي، فهذا النوع من النظام العام هو تعبير عن الأخلاق الدولية التعاقدية أو العرف الدولي.

ثانيا- في وظيفة النّظام العام عبر الدّولي ومدى فعاليته

يرى جانب من الفقه أنّ طبيعة عمل النّظام العام الدّولي الحقيقي ليست نفس طبيعة عمل النظام العام الدّولي في المفهوم الموروث عنBARTIN من خلال شرحه لفكرة الاشتراك القانوني بين الدّول التي اعتمدها في تشيد نظرية النظام العام[487]، ولم يعد المقصود به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بسبب محتواه المخالف للنظام العام المشترك بل التطبيق المباشر لهذا النظام العام الدّولي الحقيقي كنظام عام مشترك بين النظم القانونية الوطنية، وبهذا المعنى فإن للنظام العام وظيفتين وظيفة استبعادية ووظيفة ايجابية[488].

يرى بعض الفقه أنّ النّظام العام الدّولي الحقيقي يملك وظيفة ايجابية وليست وظيفة استبعادية، وهي **وظيفة ايجابية دولية** في حين أن الوظيفة الايجابية الاسنادية المتمثلة في القوانين ذات التطبيق الضروري هي وظيفة ايجابية وطنية، ولكن خارج نطاق المعاهدات الدّولية التي تحدد النّظام العام الدّولي الحقيقي يظل من الصعب تحديد القواعد والمبادئ عبر الوطنية التي تملك مضمونا دقيقا يفرض نفسه على الدول.

---

[487]- **صلاح الدين جمال الدين**، قانون العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 207.

[488]- يستخلص الباحثون وجود نواة لاصطلاح النظام العام من فقه نظرية الأحوال الإيطالي في القرن 13 م، فميّز الفقيه BARTOLE بين الأحوال المفيدة التي يمكن أن تمتد خارج الإقليم الذي صدرت فيه، فتتبع الشخص أينما ذهب حتى خارج دولته، والنوع الثاني هو الأحوال البغيضة التي تبقى حبيسة الإقليم الذي صدرت فيه.

كما استخدم الفقيه (مانشيني) فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، و الواضح أن هذا المذهب استعمل فكرة النظام العام بوصفها فكرة مسندة تحتوي المسائل التي تخضع للقانون الإقليمي كالملكية العقارية، الأمن المدني ...الخ أمّا الفقيه الألماني SAVIGNY فقد ابرز دور النظام العام الإستبعادي في القرن 19 م حيث أوضح أن قاعدة الإسناد تعمل في النطاق الذي يسمح به الاشتراك القانوني.

- **عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص ص 530-532.

أ-في الوظيفة الايجابية والاستبعادية للنّظام العام عبر الدّولي

تتلخص الوظيفة الايجابية في التطبيق المباشر لمبادئ أساسية دولية، حيث استندت الكثير من الأحكام في حل المنازعات ذات الطابع الدولي على مثل هذه المبادئ وكذلك أعراف التجارة الدولية- كما حدث في قضية NORSOLAR -المشار إليها في موضع سابق- حيث تم اقرار مبدأ حسن النية دون المرور المسبق على القانون الوطني خاصة في ظل غياب اختيار صريــح من الاطراف للقانون واجب التطبيـــق، وليس عند هذا الاختيار، لأن سمو أعراف التجارة الدّولية في هذه الحالة الأخيرة عن طريق استخدام ميكانيزم النظام العام الدولي الحقيقي يمثل خرقا لمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق[489].

نظرا لصعوبة تحديد المحتوى الدقيق لهذا النّظام من قبل المحكم أو القاضي فسيكون من الصعب الاقتناع بسموه عن القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة التعارض بينهما ينبغي على المحكم أن يطبق النظام العام الدّولي الحقيقي، بحيث يساهم في توجيه جماعة الممارسين الدوليين للتجارة الدولية ويستجيب لضروراتهم، فيتدخل بطريقة ايجابية دون أن يكون من الضروري استشارة القانون الأجنبي المختص طبيعيا والذي عيّنته قاعدة الاسناد.

أما الوظيفة الاستبعادية للنّظام العام الدّولي الحقيقي، فهي نفسها المنوطة بالنظام العام بمفهوم القانون الدّولي الخاص، ولكنه يختلف عنه في أنّه لا يؤدي إلى استبعاد القانون أو القواعد واجبة التطبيق عادة بموجب اختيار الأطراف، أو الاسناد الموضوعي، بل أيضا استبعاد تدخل النظام العام الدولي لدولة ما.

[489]- **سلطان عبد الله محمود**، "الدفع بالنظام العام وأثره"، **مجلة الرافدين للحقوق**، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، ص 95 وما بعدها .

تتمثل هذه المهمة الاستبعادية ليس فقط في استبعاد القانون واجب التطبيق طبيعيا على موضوع النزاع بل أيضا استبعاد النظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص في حالة تعارضه مع النظام العام الدولي الحقيقي، وقواعد النظام العام عبر الدول ذاتها هي التي تحل محل القـــانون المستبـــعد، فالنظام العام عبر الدولي يقوم في هذه الحالة بوظيفة سلبية وهي الاستبعاد، وفي ذات الوقت بوظيفة ايجابية.

ب- في فعالية النّظام العام عبر الدّولي

يتساءل GOLDMAN كيف يمكن للقاضي الوطني من الناحية العملية أن يضع في الاعتبار النّظام العام الدّولي الحقيقي؟

في رأيه أنّ مبدأ النّظام العام الدّولي يشكل أيضا النّظام العام الدولي في دولة القاضي، وفي هذه الحالة فإنّ اللجوء إلى النظام العام الدّولي الحقيقي لا يحقق منفعة كبيرة، وإمّا أنّ المبدأ يكون متناقضا مع التشريع في دولته وفي هذه الحالة فإنّ القاضي الذي يفصل في نزاع متعلق بالنظام العام الدولي ينبغي باعتباره مكلفا باستيعاب النظام العام الدولي ونتيجة لذلك يتحرر من الالتزام بنظامه القانوني، فإذا كان هناك نص آمر في قانون مشترك بين جماعة يفرض نفسه على القاضي يجعله يستبعد أي قاعدة داخلية تتعلق بنظام عام مخالف لهذه القاعدة الآمرة[490].

فلا تقتصر فكرة النّظام العام بمجال العلاقات الخاصة الدّولية على حماية المصالح العليا للمجتمع، وإنما يدخل في الاعتبار كذلك ضرورة حماية التضامن الدّولي، والذي يتطلب من كل دولة أن تسهم في تنشيط العلاقات الخاصة بين الشعوب وإزالة العقبات التي تعترض طريقها، ولو اقتضى منها الأمر شيئا من التضحية[491].

[490] -Voir : **LAGARDE Paul**, « Recherches sur l'ordre public en droit international privé», *Revue internationale de droit comparé,* Vol 12, N°4 , Année 1960, pp. 864-866.

[491] - **محمد أحمد أبراهيم محمود**، دور قـــضاء التحكيم التجـــــاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، مرجع سابق، ص207.

أمّا دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام الدّولي الحقيقي فيظهر من خلا ل أنّ هذا الأخير هو من يكرس هذا المفهوم ويقر بوجوده من خلال وضعه في الاعتبار المصالح المشتركة للتجارة الدولية، وتأكيدا على الحرية التي يتمتع بها المحكم في تطبيق هذه القواعد يؤكد الفقيه LALIVE لتبرير اتجاهه أنه" إذا كان من الصّعب في مجال القانون الدولي الخاص للتحكيم التجاري الدّولي تقبل مثل هذه الحرية في استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف واستبداله بحكم المحكم باعتباره الأكثر ملاءمة، فإنّه من الممكن لا بل من الواجب تقبل حرية المحكم الدولي في استبعاد اختيار الأطراف باسم النظام العام الدولي الحقيقي، والحرية التي يتمتع بها في هذا المجال هي حرية مطلقة لا بد أن تكون في نفس مستوى مبدأ "سلطان الإرادة ".

ج- دور المحكم في ارساء المفهوم الجديد للنّظام العام بما يتماشى والتّجارة الدّولية

يمارس الطابع المتطور لمفهوم النّظام العام الذي يعلو فوق الدّول عدّة تجاوزات على مبدأ سلطان الارادة والحرية التعاقدية، لأنّه لا يمكن أن يكون هناك سلطان الارادة وليبرالية قانونية إلاّ في الحدود العامة التي يرسمها المجتمع الدّولي للتجار وفي حدود احترام الأخلاق العليا ومتطلبات تضامن هذا المجتمع[492].

إذا كانت المصلحة الوطنية تتطلب من القاضي الوطني اقصاء القانون الأجنبي واجب التطبيق متى قدّر مخالفته لتلك المصلحة، فإنّ حماية التضامن الدّولي لجماعة التجار تتطلب من محكمي التجارة الدولية التنسيق بين هاتين المصلحتين، متى كان في تطبيق هذا القانون ما يتفق ومصلحة التجارة الدّولية أو حماية فكرة التضامن الدّولي ولو كانت تصطدم والمصلحة العامة في الدولة، متى كانت تلك المصالح تمثل حد أدنى يمكن النزول عنه.

[492]- **A P .LALIVE**, *Les problèmes relatifs à l'arbitrage international*, RCADI, T 1,1967, p.356.

يكون على المحكم تطبيق قواعد التجارة الدّولية وإن كانت تصطدم مع مصلحة وطنية عامة إذا توفر شرطان:

الأول: أن تكون القاعدة واجبة التطبيق ممّا تقتضيه حماية التضامن الدّولي الذي يتمثل في ضرورة تسير التجارة الدّولية وتنشيطها.

الثاني: ألا يكون من شأن القاعدة الواجبة التطبيق إهدار مصلحة وطنية خطيرة لا يجوز التخلي عنها والواضح أنّ التساؤل المنطقي في هذا المقام هو متى تكون القاعدة واجبة التطبيق ممّا يقتضي تسير حركة التجارة الدولية، ومتى تكون المصلحة الوطنية حدّا أدنى ممّا لا يجوز التخلي عنها ؟

إنّ الاجابة على هذا التساؤل يشكل مدخلا لاجتهاد التحكيم التجاري الدّولي والقضاء في ترسيم نظام عام دولي مشترك، والتخفيف من حدة إعمال النظام العام الوطني، وذلك حفاظا على المجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية من جهة وحماية للنظام العام الوطني بدولة القاضي من جانب أخر.

الملاحظ من النّاحية العملية صعوبة تقرير أيّ من القواعد تتعلق بتسيير حركة التجارة الدولية الأمر الذي دفع البعض إلى وضع الضوابط لتحديد دائرة النظام العام.

فقيل باستبعاد قرار التحكيم متى كان من شأنه إهدار لمبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة أو المساس بشخصية الإنسان، غير أنّ فكرة القانون الطبيعي ذاتها نعتت بكونها ليست أقل غموضا من فكرة النظام العام.

وحدد آخرون النّظام العام بمجال التحكيم بأنّه مجموعة من القواعد الأساسية التي تقررها بصفة عامة جماعة التجار[493].

[493]- عن: **محمد أحمد أبراهيم محمود**، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، مرجع سابق، ص209.

بهذا، يتأكد لنا دور التحكيم التجاري الدولي في ارساء مفهوم جديد للنّظام العام من خلال أنّ أغلب قراراته تتجه من ناحية لإضفاء ديناميكية على مصير هذه القـــــرارات، باحترام أطر الفلسفة التشريعية الآمرة لما يتبناه القانون الوطني واجب التطبيق أو قانون دولة التحكيم أوبلد التنفيذ الأمر الذي عبرت عنه المادة 26 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بالنص أنه: "يتعين على المحكم أن يبذل كل ما بوسعه كي يكون حكمه قابلا للتنفيذ الجبري إن اقتضى الأمر".

من ناحية أخرى الاتجاه نحو تطبيق مجموعة من المبادئ التي يتحقق بها المفهوم الواسع للنظام العام، وبالتالي افتراض حدا من التضامن بين الدول لتسيير حركة التجارة الدولية، واجتهاد لفكرة مرنة ينبغي تقديرها بما يحول دون تعقيد المعاملات ا لخاصة الدّولية.

ساهمت االأحكام التحكيمية بقسط وافر في ارساء مفهوم جديد للنّظام العام الدّولي والذي يسمو فوق الدّول ومنها

-الحكم الشهير للمحكم LARGREGEN، يتعلق هذا الحكم بنزاع تولد عن عواقب الاتجار بالنفوذ في الارجنتين، وترجع وقائع هذه القضية إلى بداية الخمسينات، عندما كانت شركة بريطانية ترغب في ابرام عقد مع الأرجنتين بمبلغ قيمته أربعملايين ليرة، وبعد الاتصال بالموظف المحلي الذي بذل جهده للحصول على مساندة ودعم الرئيس PERON والذي بدونه كانت فرصة ابرام العقد ضئيلة، ومقابل هذه الصفقة وعدته الشركة بعمولة قدرها 10%من المبلغ الإجمالي للعقد، غير أنه في سنة 1955 فقد PERON السلطة، ولكن هذا لم يمنع الشركة البريطانية من ابرام العقد بقيمة تسعة ملايين ليرة، الأمر الذي دفع الموظف بالمطالبة بالعمولة التي قد وعدت بها الشركة.

وقد عرض النزاع على المحكم LARGREGEN الذي نظر فيه على ضوء القانون الفرنسي باعتباره قانون مقر التحكيم وعلى ضوء القانون الارجنتيني الـــذي اختاره

الأطراف، وقد رفض هذا المحكم الطابع غير الأخلاقي للصفقة بداعي الرّشوة وجاء في قراره: "رشوة الموظف مخالفة للنّظام العام الدّولي حتّى ولو كانت صحيحة في القانون الأرجنتيني وأن مثل هذه المخالفة تشكل مخالفة للأخلاق الفاضلة العام الدّولي لجماعة الأمم"[494].

قرر المحكم عدم اختصاصه في اصدار الحكم في القضية قائلا:" بعد تقييم جميع الأدلة، قد اقتنعت بأنّ حالة مثل هذه تنطوي على مخالفة صارخة للأخلاق الفاضلة وللنظام العام الدّولي ولا يمكن لأي محكمة سواء في الأرجنتين أو في فرنسا أن تقر بصحة هذا العقد ولا في أي بلد متحضر ولا حتى أمام محكمة تحكيمية"[495].

-كما نجد القرار الصادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدّولية بباريس، حيث ثارت المشكلة بخصوص شرعية العقود التي أبرمت بين شركة يوغسلافية وشـــركات أجنبية، ويتعلق الأمر بعمليتين مزدوجتين استيراد – وتصدير، حيث كان الجزء الأخير من وهميا وغرضه فقط السماح للشركات اليوغسلافية بالحصول على ائتمان مخالف للنصوص اليوغسلافية، فاعتبر المحكمون أن العملية ليست مخالفة فقط للتشريع اليوغسلافي بل لأيضا للأخلاق والآداب الحسنة، ممّا ترتب عنه بطلان تلك العقود بطلانا مطلقا[496].

---

[494]- **BOUCOBZA Xavier**, « La prise en compte des intérêts de l'état dansle commerce international », op.cit , p 474. Certains présentent la corruption comme une menace pour les fondations des états et des institutions internationales. La corruption présente une grave menace pour prééminence du droit, la démocratie et les droits de l'homme.

[495]- **الرفاعي أشرف عبد العليم** ، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص 112-113.

[496]-CCI, 1982, n 2730, *Clunet*- 1984, p 914 obs, note Y. Derrains.

- La jurisprudence suisse a également rendu un hommage appuyé à la notion de « l'ordre juridique transnational » dans sa célèbre décision WESTLANB de 1994, le tribunal fédéral a estimé que le control exercé en suisse sur un sentence devait porter sur « l'ordre publique transnational ou universel incluant les principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard aux liens de litige avec un pays déterminé ».

- مشار إليه في مرجع: **جارد محمد**، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 188. أنظر أيضا

- **GAILLARD Emmanuel**, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », op ; cit, p p. 903-904.

للإشارة، فإنّ غرفة التجارة الدّولية نشرت تقنينا للممارسات الصادقة ووثائق ذات مضمون أكثر عمومية كمرشد لغرفة التجارة الدّولية بالنسبة للاستثمارات الدولية، وبصفة خاصة التقرير حول الابتزاز والرشوة في الصفقات والمعاملات التجارية، وهي قواعد سلوكية للانضباط الذاتي، حيث يستطيع المحكم الدّولي استخدام الوظيفة الإيجابية للنظام العام الدّولي الحقيقي في حالة انتهاك الأطراف لمبدأ من المبادئ التوجيهية[497].

الفرع الثّاني

النّظام العام أداة لإعداد قانون موضوعي للتّجارة الدّولية

يؤكّد فقه القانون التجاري الدّولي بأنّ الأسس التي يقوم عليها المجتمع الدّولي للتجار تشكل نوعا ثالثا من النّظام العام غير ذلك المعروف في القانون الدّاخلي أو في القانون الدّولي الخاص سواء من حيث مضمونه أو من حيث أسلوب عمله، ويفترض هذا الاتجاه وجوب الاعتراف بنظام عام شامل معدا لحاجات التجارة الدّولية، ولإكمال المبادئ العامة في القانون الوطني، وهذا الاتجاه يشير بتحفظ شديد إلى وجود نوعين من النظام العام في القانون الدّولي، احداهما يثار كعائق ضد اختراق القانون الأجنبي لنظام المحكمة الوطنية بينما يجد النّوع الثاني تبريره في حفظ التجارة الدّولية[498].

نظرا لعدم وجود تنظيم قانوني فوق الدّول، فإنّ فقه القانون الدّولي الخاص مازال مؤكّدا الطابع الوطني لقواعد النّظام العام الدّولي، ولكنه يشير إلى امكانية تصور نظام عام مشترك عندما يتواجد تنظيم دولي للعلاقات الخاصة الدّولية كالمعاهدات التي تهدف إلى وضع حلول بالنسبة لقواعد القانون الدّولي الخاص، أي بالاعتماد على الأساس ذاته الذي يقوم عليه القانون الدولي الخاص وهو التضامن الدولي مستهدفا نوعا من التوازن

http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/2307395-Gaillard.pdf

[497]- **X BOUCOBZA avier**, « La prise en comptedes intérêts de l'état dansle commerce international » , op.cit, p.483.

[498]- **LEBOULANGER Philippe**, « La notion (intérêts) du commerce international », op. Cit, p. 503.

الذي يساعد على تحقيق نوع من التنسيق والتعاون بين قوانين الدّول القائم على فرضية وجود حد أدنى من الاشتراك القانوني فيما بينها لا يجوز التنازل عنه، غير أنّ القضاء بدوره قد وصل عن غير قصد إلى خلق قواعد موضوعية تخص التحكيم التجاري الدولي باستخدام معيار التفرقة بين النظام العام الداخلي والنّظام العام الدّولي، وكان ذلك إمّا باللجوء إلى الطريقة التنازعية (**أوّلا**) أو دون ذلك(**ثانيا**).

أوّلا- دور النّظام العام في خلق قواعد موضوعية باللجوء إلى الطريقة التنازعية

ساهم القضاء الفرنسي في العديد من المرات في خلق قواعد موضوعية تهم التجارة الدولية، ومن بين القواعد التي تم ارساءها انطلاقا من فكرة النظام العام نجد قاعدة **"شرعية أحكام التحكيم غير المسببة"**

لقد كانت أنظمة التحكيم الانجلوسكسونية لا تلزم المحكم بتسبيب الحكم، حتى يبعدوه عن رقابة المحاكم القضائية، ولكن بصدور قانون التحكيم الانجليزي سنة 1979 أصبحت قاعدة التسبيب عامة في القوانين المدنية، لأن التسبيب وحده هو الذي يلقي الضوء ويحدد ما إذا كان المحكم قد احترم حقوق الدفاع أم لا[499].

نص المشرع الجزائري على قاعدة تسبيب أحكام التحكيم في المادة 1027 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص على أنه :".... ***يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة"، وتتأكد لنا قاعدة تسبيب الأحكام التحكيمية كذلك في مجال التحكيم التجاري الدولي بالعودة إلى القانون ذاته، في جزئه المتعلق بطرق الطعن في أحكام التحكيم، في المادة 1056التي***

[499]- للتفصيل أكثر في موقف المشرع الجزائري في النقطة راجع:

- **بن مدخن ليلة**، مبررات الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي وحدود اختصاص القاضي للنظر في الطعون بين فرض الرقابة واحترام إرادة الأطراف، مقال مقدم في الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر- واقع متطور-، يومي 21-22 أفريل، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2010، ص ص442-443. متوفر على الموقع:
http://manifest.univouargla.dz/documents/Archive/Archive%20Faculte%20de%20Droit%20et%20des%20Sciences%20Politiques/organisation%20des%20relations%20internationales%20en%20Algerie%20et%20la%20realite%20dun%20sophistique%20le%2021%20et%2022%20Avril%202010/benmedakhan.pdf

تنص على أنه: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ إلاّ في الحالات الآتية: ... 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب..."[500].

يعتبر مبدأ تسبيب الأحكام مبدأ قديم يلحقه الفقه بمبدأ جوهري وهـــو مبدأ احترام حقوق الدفـــاع، وقد نصت المادة 1471من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على نفس الحكم أنّه: " ***يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي ملخصا لادعاءات الأطراف وأسبابهم وأن يكون الحكم التحكيمي معللا***"[501]، وحتى في التحكيم بالصلح حيث يفصل المحكم في النزاع طبقا لقواعد العدالة فإنه ينبغي عليه تسبيب أحكامه، غير أنّ الطبيعة التعاقدية للتحكيم التجاري الدّولي تسمح بتصور امكانية التنازل عن هذا التسبيب[502].

---

[500]- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 26 فيفري 2008 يتضمن ق إ م إ، مرجع سابق.

[501]- الملاحظ ، أن مضمون المادة 1471 من القانون المدني الفرنسي الجديد تحول إلى المادة 1482 في قانون الأجراءات المدنية الفرنسي الحالي النافذ منذ 2011، وتنص المادة الجديدة على مايلي.

« La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens.
Elle est motivée ».
http://codes.droit.org/cod/procedure_civile.pdf

[502]- فقد نصت المادة 08 من الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف 1961 على أنه: " ***من المفترض من الأطراف أن يكونوا قد اتفقوا على أن يكون الحكم التحكيمي معللاً ، باستثناء:***

(أ) إذا كان الأطرف قد أعلنوا صراحة أن الحكم يقتضي ألا يكون كذلك، أو

(ب) إذا كانوا قد أخضعوا أنفسهم إلى أصول إجراءات تحكيمية - ليس من المتعارف عليه فيها تعليل الأحكام، ولهذا، وفي هذه الحالة أن يكون الأطراف أو واحدًا منهم لم يطلبوا صراحة أن يكون الحكم معللاً وذلك قبل انتهاء الجلسة أو إذا لم تكن هناك جلسة فقبل كتابة الحكم التحكيمي.

- Les parties sont présumées avoir entendu que la sentence arbitrale soit motivée, sauf:
a) si les parties ont déclaré expressément que la sentence ne doit pas l'être, ou
b) si elles se sont soumises à une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle il n'est pas d'usage de motiver les sentences et pour autant, dans ce cas, que les parties ou l'une d'elles ne demandent pas expressément avant la fin de l'audience, ou, s'il n'y a pas eu d'audience, avant la rédaction de la sentence, que la sentence soit motivé. Voir :
http://www.contentieux-international.net/offres/file_inline_src/358/358_P_7264_3.pdf

لتحديد دور الطريقة التنازعية في خلق القواعد الموضوعية انطلاقا من فكرة النظام العام نعود إلى القضية التي طرحت على القضاء الفرنسي، وبالتالي تحديد موقفه من مدى امكانية الاعتراف بحكم تحكيم أجنبي غير مسبب صادر وفقا للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع؟

ففي قضية El Massian[503] اعترضت الشركة الفرنسية VEUVE HENRI Brautchoux والشركة El Massian الانجليزية على أمر تنفيذ حكم تحكيم أجنبي غير مسبب صادر طبقا للقانون الانجليزي الواجب التطبيق على موضوع النّزاع، وقد حكم قضاة الموضوع ومن بعدهم محكمة باريس في صالح التنفيذ، ولكن الدفاع طعن بالنقض ناعيا على قضاة محكمة الدرجة الثانية منح الأمر بالتنفيذ لحكم تحكيم أجنبي لا يحتوي على أي تسبيب في حين أن تسبيب الأحكام مبدأ من مبادئ النّظام العام في القانون الفرنسي.

لقد رفضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في 14 يونيو سنة 1960 الطعن معلنة أنّ تسبيب الحكم المتنازع فيه لم يكن في حد ذاته متعارضا أو مخالفا للنظام العام الفرنسي الدّولي، وقد لاحظت محكمة النقض أنّ التحكيم كان خاضعا للقانون الانجـــليزي، وأنّ هذا القانون لا يفرض على المحكمين تسبيب أحكامهم كما أنّه لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي الدولي[504].

نلاحظ، أنّ المحكمة قد اتبعت حجة تقليدية مستمدة من الطريـــــــــقة التنازعية، ولجأت إلى التفرقة بين النظام العام الدّاخلي والنظام العام الدّولي بعد

[503]- اطلع على وقائع هذه القضية على الموقع:
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006953412

[504]-« …Que la cour d'appel retient encore que la loi anglaise n'impose pas aux arbitres l'obligation de motiver leurs sentences, que la régularité de la sentence rendu de FRANCK Y... au regard de la loi anglaise n'est pas discutée …
Que les juges du second degré ont justement admis que le défaut de motifs de la sentence litigieuse n'était pas, en lui- même, contraire à l'ordre public international français... » .

استشارة القانون الانجليزي المختص الذي لا يشترط التسبيب، وانطلاقا من هذه التفرقة توصلت المحكمة إلى خلق قاعدة مادية موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي.

لقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر والصادر في 22 نوفمبر 1966 في قضية Gerstle أن عدم تسبيب حكم التحكيم الأجنبي لا يتعارض في حد ذاته مع النظام العام الفرنسي بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص، حيث أن الحكم المتنازع فيه صدرغير مسببا طبقا لقانون ولاية نيويورك الواجب التطبيق على النّزاع، والذي يسمح للمحكمين بعدم تسبيب أحكامهم[505].

م يتبين لنا من خلال هاتين القضيتين وقضايا أخرى أنّ محكمة النقض قد لجأت إلى الطريقة التنازعية لتبرير حكمها وتعلن بوضوح عن ميلاد قاعدة موضوعية متعلقة بالتحكيم التجاري الدّولي، وهي أن أحكام التحكيم الأجنبية غير المسببة لا تتعارض مع النظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص وذلك بعد استشارة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ثانيا- دور النّظام العام في خلق قواعد موضوعية دون اللجوء إلى الطريقة التنازعية

أقرّ القضاء الفرنسي بمجموعة من القواعد المادية الموضوعية من خلال اعتراف محكمة النقض الفرنسية بمجموعة من المبادئ من بينها مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وقد قررت المحكمة هذا المبدأ دون اللجوء إلى الطريقة التنازعية في عدّة قضايا من خلال الدفع بالنظام العام كأداة لهذا الخلق[506].

---

[505]- « Le défaut de motif d'une sentence arbitrale étrangère n'est pas en lui-même contraire à l'ordre public Français au sens du droit international privé ».

- أنظر في وقائع القضية والمنطوق الحكم على الموقع:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006973338

[506] - **LEBOULANGER Philippe**, « La notion (intérêts) du commerceinternational », op.cit, p. 501.

تجنبا للتكرارسنكتفي بالإشارة إلى قضية IMPEX باعتبار أنّ قضية HECHTوGOSSET سنفصّل فيهما في موضع آخر من هذا البحث.

تتلخص وقائع القضية في أنّ الشركة الفرنسية IMPEX قد قامت بتصدير كمية من الحبوب إلى أربع شركات ايطالية على أساس تصوير العملية أنها بيع إلى البرتغال، وسويسرا ومنها إلى ايطاليا، وذلك للاستفادة من المزايا المقررة في اطار السوق الأوروبية المشتركة في حالة التصدير لدول أخرى خارج السوق ممّا دعا السلطات الفرنسية إلى رفض تراخيص التصدير على أساس الغش.

أثيرت مسألة بطلان العقود المبرمة مع الشركات الايطالية على أساس أن الاستعانة بدول أخرى خارج المجموعة الأوربية يشكل خرقا للنظام العام الفرنسي لعدم مشروعية السّبب، وخلصت المحاكم الفرنسية إلى أنّ بطلان العقود الأصلية لعدم مشروعيتها لا يؤثر في صحة شرط التحكيم الذي يتعين النّظر إليه استقلالا ، وبهذا المعنى فإنّ محكمة النقض في هذا الحكم أيّدت قاضي الموضوع على اعتبار أن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال عن العقد الأصلي، وعليه توصل القضاء الفرنسي مرة أخرى إلى خلق قاعدة موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدّولي، وكان الدّفع بالنّظام العام هو الأداة لتحقيق ذلك.

جاءت قضية DALICO في نفس سياق القضية السّابقة، حيث تمّ كذلك الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم، وقد قال الفقيه GAILLARD في هذا الصدد أنّ المنهج الذي سار عليه القضاء الفرنسي المتقدم يتحرك بالدّوافع الدّولية إذ يسعى إلى وضع قاعدة خاصة بالتحكيم التجاري الدّولي مستوحاة من القانون المقارن والطموحات المشروعة

للتعاملين في التجارة الدّولية، ومثل ذلك المنهج أي منهج القواعد الموضوعية أقل دون شك خطورة عن المنهج الآخر أي منهج قواعد التنازع[507].

مع تسليمنا بوجود منهج القواعد الموضوعية، ومع التطور الحاصل في مجال المعاملات الخاصة بكلّ أشكالها وحتى يؤدي النّظام العام عبر الدّولي وظائفه في إطار هاته العلاقات فإنّه يقتضي وبالضّرورة الاعتراف لهذا الأخير بميزة السّمو عن الأنظمة الدّاخلية المخالفة له، ولو كانت هي محلّ تنفيذ القرار التحكيمي، وكذلك على إرادة الأطراف المتدخّلة في العملية التحكيمية.

[507]- عن: **بوليحة سعاد**، استقلالية شرط التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، د س ن.

خلاصة الباب الأوّل

لم تعد ظاهرة الحدود السياسية ذات أهمية في عالم أضحى كقرية كونية تعلو فوق الأقاليم الجغرافية للدّول، ولمّا كان منهج التنازع واحد من أهم مناهج القانون الدّولي الخاص، فطبيعي أن يتأثر هو الآخر بما لحق العلاقات العابرة للحدود من تغيير أصابها في الشّكل والمضمون.

أمام ما تحمله هذه التغيّرات من تعقيدات كبيرة فهي تحتاج إلى منهج يشتمل قواعد جديدة ملائمة تعتمد على الأبعاد المختلفة للعلاقات الدّولية أكثر من الاعتماد على قواعد التنازع التقليدية التي تتّسم من حيث مضمونها بكونها قواعد غير مباشرة، فهي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، دون أن تفصل في النّزاع، إذ يتعين المرور بمرحلة قاعدة الإسناد، ومن ثم القانون الوطني الموضوعي الذي أشارت إليه، لنتمكن حينها من ايجاد حل للنّزاع.

لقد شهد القرن العشرون ملامح هذا المنهج الجديد في القـــــانون الدّولي الخاص، مضمونه الاستعاضة عن إسناد حكم المعاملات الدّولية للنّظم القانونية الوطنية من خلال ضوابط مستمدة من عناصرها، بإخضاع هذه المعاملات مباشرة لنظام خاص بها تشكل معطياته الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدّولية.

بهذا المعنى، **فقد** يظهر الطّابع الخصوصي للقواعد الموضوعية في أنّها اكتسبت مفهوما فنيا في الفكر القانوني المعاصر كمجموعة من القواعد الذّاتية التي تقدّم حلولا مباشرة لاشكاليات عقود التجارة الدّولية، ويتضافر لتشكيلها مجموعة من المصادر خاصة منها الاتفاقيات الدّولية والأعراف والعادات التجارية الدّولية وغيرها.

وعليه، انقسم مفهوم قانون التجارة الدّولية من حيث القواعد الموضوعية ذاتها إلى مفهوم ضيق نابع من الآراء الفقهية التقليدية وآخر موسع نابع من الاتفاقيات والأعراف والقواعد السائدة.

يقصد بالأوّل، القواعد التي تسري على عقود التجارة المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر، وهذا هو الغالب لدى معظم الفقهاء ومن ثم يظهر هذا القانون وكأنّه مجموعة من القواعد الموضوعية التي تتجاوز حدود الدّول لتحكم العلاقات التي تنشأ في إقليم أكثر من دولة، أو كنظام قانوني يحتوي على قواعد موضوعية متماسكة لحكم العلاقات التجارية الدّولية.

ويقصد بالثاني، أنّه مجموعة القواعد المستمدة من الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدّولية، والقانون النّموذجي الصادر عن اليونسترال، والعقود النّموذجية، والشروط العامة للعقود الدّولية بشأن البيع الدّولي للبضائع والعادات والأعراف التّجارية المتداولة بشأن معاملات تجارية معينة، وهو قانون يمنح العقود التجارية الدّولية نوع من الاستقلال عن أي نظام قانوني وطني لأيّ دولة.

هكذا، فإنّ النّظام التجاري الدّولي المتعدد الأطراف يشكل إطارا تنخرط في متنه جملة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية الدّولية، ولكن توافر الخصائص العامة للقاعدة القانونية في بعض مكونات هذا القانون قد تعرّض إلى جدل فقهي واسع أدى إلى البحث فيما إذا كانت القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية تشكل أصلا قانونا أم لا؟

أكّد الفقه الغالب أنّ قواعد قانون التجارة الدّولية قواعد قانونية حقيقية تستمد صفتها هذه من عدة عوامل أوّلها التعاون والتّضامن بين رجال التجارة الدّولية الذي أسّس لقيام نظام قانوني تؤيّده منظمات ومؤسسات هذا المجتمع، بل وجهازه القضائي المتمثل في مراكز التحكيم الخاصة والمؤسسية المنتشرة عبر العالم، التي تعطي هذه القواعد قيمتها القاعدية.

مع هذا الجدل القائم حول معيارية القواعد الموضوعية لقانون التجارة الـــــدّولية، فإنّه يبدو وفي الوقت الحاضر من المستحيل تجاهل أو إنكار قدرات هذه القواعد وصلاحيتها للتطبيق على المنازعات التحكيمية الدّولية كقـــــواعد قانونية حقيقية، لأنّ قانون التجارة الدّولية أصبح مجسّدا على المستوى العالمي خاصة في إطار التحكيم التجاري الدّولي أين تكاد

كل الأطراف تجمع على أهميته، ويظهر ذلك من خلال إشارة كل تشريعات التّحكيم صراحة أو ضمنا إلى تطبيقه عند التّطرق إلى القانون واجب التطبيق.

عليه، فإنّ تعدّد أبعاد العلاقات الدّولية سهّلت في تطوير منهج القواعد الموضوعية، وهو ما شخصته الجهود الدّولية والمبادرات التشريعية والقضائية وتوّجته حركات التوحيد في العالم، خاصة أمام توسّع مصادره ممّا جعلها عالمية التّطبيق سواء باستبعاد منهج التنازع أو بالإستناد إليه، وهو ما سيكون موضوع الباب الثاني.

الباب الثاني

منهج قواعد التّنازع في تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدولي بين الاستبعاد والإسناد

أصبح وجود القواعد الموضوعية أحد المناهج في القانون الدّولي الخاص كما بينّاه من خلال مصادره، ولكن الأمر يتطلّب الإجابة عمّا إذا كان تطبيق القواعد الموضوعية يتم بطريقة مباشرة أو من خلال منهج قواعد التنازع ؟

إذا كان من المفروض لا سبيل لتطبيق قواعد القانون الدّولي الخاص المادي إلاّ سبيل التّطبيق المباشر، وذلك تماشيا مع أهدافها التي تتمثّل في تلافي تعقيد منهج الإسناد، الذي لا يعطي حلاّ مباشرا للنّزاع، وإنّما يشير إلى القانون الذي يعطي هذا الحلّ بغض النّظرعن مضمون وآثار تطبيقه، حيث يكون القاضي وهو بشأن تطبيق القاعدة الموضوعية السالفة الذّكر على علم بمضمونها وآثار تطبيقها، فإنّ تطبيقها بهذه الطريقة يؤدّي إلى نتائج أهمّها استبعاد قاعدة الإسناد من نطاق هذا التطبيق، ولكن رغّم ذلك قد نكون أمام إمكانية الّلجوء إليها إذا ما أريد تطبيق القواعد الموضوعية التي تجد مصدرها في الإتفاقيات الدّولية أمام دولة غير متعاهدة حينما تشير هذه القاعدة – قاعدة الإسناد – في قانون القاضي إلى تطبيق قانون دولة متعاهدة، وكذا الحال فيما يخص القواعد الموضوعية الوطنية التي لا يمكن تطبيقها أمام قضاء دولة أجنبية من دون الّلجوء إلى منهج قواعد التنازع.

يختلف الأمر بشأن قواعد القانون التجاري الدّولي لعدم شموليته على حلولٍ لكافة منازعات العلاقات االخاصة الدّولية، ومن ثمة سيكون لإرادة الأطراف دور أساسي في تطبيق أحكام هذا القانون، سواء أمام القاضي الوطني أو أمام المحكّم الدّولي، على اعتبار هذا الأخير لم يوجد إلاّ من أجل احترام إرادة الأطراف في مجال هذه العلاقات، ولكن هل يمكن تطبيق هذه القواعد فيما لم يخترها الأطراف صراحة أو ضمنا، و ماهو التّبرير في فرض تطبيقها؟

بهدف بيان كيفية تطبيق القواعد الموضوعية بمختلف مصادرها، وإدراكا لأهمية إرادة الأطراف في الفرضين السّابقين، فلابدّ من بحث فرض استبعاد تطبيق منهج قواعد

الباب الثاني

منهج قواعد التّنازع في تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدولي بين الاستبعاد والإسناد

التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدّولي(الفصل الأوّل)، واسناد تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدّولي لمنهج قواعد التنازع(**الفصل الثاني**).

الفصل الأوّل

استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدّولي

يشكل تطبيق القواعد الموضوعية من خلال منهـــج قواعد التنازع الأسلوب الأكثر شيوعا، إلا أنّه لا يبدو الأسلوب الوحيد المتاح في تطبيق هذه القواعد، بل أنّ جانبا من الفقه قد أخذ يطلق على القواعد الموضوعية بالقواعد المباشرة مع التسميات التي تعبّر عن خصائص هذه القواعد.

أصبح التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية باستبعاد منهج قواعد التنازع ودون واسطة ومبرر يستند إليه القاضي أو المحكم، يأخذ حيزا كبيرا في مجالات التطبيق لها على المستويين الوطني الدّولي، وقد دفع هذا الحال جانبا من الفقه إلى تسمية هذه القواعد بقواعد التطبيق الضروري، إلاّ أنّ المذهب السابق يعتنقه القضاء الوطني في بعض الدّول حينما يكون بصدد عقد دولي.

نجد على المستوى الدّولي، القواعد العابرة للدّول أو ما يسمى بقانــون التجار الدّولي، التي كان لها حظ في التّطبيق المباشر أمام القضاء الوطني وفي شأن موضوعات معينة دون أن يعني ذلك استبعاد منهج قواعد التنازع وما يوجبه في إسناد العقد إلى قانون أجنبي.

خلافا للقضاء الوطني، يشكل تطبيق القواعد عبر الدّولية أمام التحكيم الدّولي بصورة مباشرة بعيدا عن منهج قواعد التنازع الميدان الواسع وإن استند إلى بعض الأسانيد والأسس التي تبرّر هذا التطبيق، سنحاول تبيان كيفية **تطبيق القواعد الموضوعية المرتبطة بالقانون الدّولي الخاص المادي باستبعاد منهج قواعد التنازع (المبحث الأول)** ثم نحاول تحديد كيفية تطبيق **القواعد الموضوعية عبر الدّولية دون الإستعانة بمنهج قواعد التنازع (المبحث الثاني)**

المبحث الأوّل

استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية المرتبطة بالقانون الدّولي الخاص المادي

باستقراء النّظم القانونية الوطنية وتطبيقات القضاء الوطني والدّولي، نجد أنّه لا يكاد يخلو أي منهما من وجود قواعد موضوعية أُعدت خصيصا أو بحكم طبيعتها لتحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدّولي، والتي لا يتوقف تطبيقها على أيّ قيد، بل يقوم القاضي أو المحكم بتطبيقها مباشرة على النّزاع المطروح أمامه دون حاجة لابداء المتعاقدين لرغبتهم في ذلك، بل نجد الدّولة نفسها تتسامح بتطبيقها إلى حد الخروج على كثير من قواعدها الآمرة نسبيا، وقد تتحول هذه القواعد إلى ذات طابع آمر مطلق في نطاق العلاقات الخاصة ذات الطابع الدّولي.

ذهب أغلب الفقه إلى تأكيد الطّابع المباشر في إعمال هذه القواعد ذات المصدر الوطني دون حاجة إلى منهج قواعد الاسناد مادامت تشكّل جزء من النّظام القانوني لدولة القاضي الذي طرح أمامه النّزاع، ما لم ينص المشرّع على غير ذلك، كما تتضمنه الكثير من التشريعات الحديثة المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية، منها التشيكوسلوفاكي والألماني[508]، فهي تتمتع على هذا النحو بقوة الإلزام الذّاتي، كما يدخل في هذه الطائفة قوانين الاستثمار الأجنبي وبعض القواعد التي هي من خلق القضاء (**المطلب الأول**)، نجد أيضا القواعد الموضوعية ذات المصدر الاتفاقي هي الأخرى لا يحتاج تطبيقها إلى واسطة منهج قواعد الإسناد، بل تطبّق تطبيقا مباشرا، وذلك فيما لو كان النّزاع مطروحا أمام قضاء دولة متعاهدة (**المطلب الثاني**).

[508] - القانون التشيكوسلوفاكي لسنة 1963، المعروف بتقنين التجارة الدولية، والقانون الألماني الخاص بالعقود الإقتصادية الدولية لسنة 1965.(أشرنا لهذين النموذجين على اعتبار أنّ ألمانيا وتشيكوسلوفاكيا من أولى الدّول التي وضعت تقنينا خاصا بالتجارة الدولية).

عن: **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق،ص108.

المطلب الأوّل

استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني

يستند استبعاد منهج قواعد التنازع والتطبيق المباشر للقواعد المـــــــوضوعية الوطنية، شأنها في ذلك شأن قواعد البوليس، إلى إرادتها في الإنطباق والتي تكشف عنها الصّلة العقلانية القائمة بين مضمون القاعدة وأهدافها ونطاق تطبيقها.

إذا كانت قواعد البوليس ذات تطبيق مباشر فلا يعني ذلك حسب الفقه أنّ كل قواعد التطبيق المباشر هي قواعد البوليس، ولهذا يفضل الدكتور"**هشام علي صادق**" تسميتها **بقواعد التطبيق الضروري** لكي تعبّر عن قواعد البوليس دون غيرها من قواعد التطبيق المباشر[509].

لا شك، أنّ أهم أنواع قواعد التطبيق المباشر الأخرى هي قواعد القانون الخاص المادي التي لم تشرّع في الأصل لحكم روابط القانون الداخلي، وإنّما هي تلك القواعد التي تطبق مباشرة على منازعات العلاقات الخاصة الدولية بمجرد دخول العلاقة في نطاق تطبيقها، دون الحاجة لمنهج قواعد الإسناد، سواء كان الأمر معروضا أمام قاضيها الوطني أو على قاضي أجنبي، على أنّه يبقى للقواعد ذات التطبيق الضروري قدرتها على التحديد الذاتي لنطاق تطبيقها دون حاجة لاعمال منهج التنازع إسوة بالقواعد المادية للقانون الدولي الخاص.

تأسيسا على ما ذكر، نجد بعض **القوانين ذات الهدف الحمائي**، تشكل مثالا واضحا لهذه القواعد الموضوعية التشريعية(**الفرع الأوّل**)، وقد اتجه القضاء إلى الأخذ بهذا النّظر، بحيث يميل إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي استقر عليها تطبيقا مباشرا وبصفة مستقلة عن منهج تنازع القوانين(**الفرع الثّاني**).

[509] - **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 770 وما بعدها.

الفرع الأوّل

استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر التّشريعي

اعترضت القانون الدّولي الخاص التقليدي أوضاع مستحدثة[510] لا تجد الحلول المناسبة ولا تقوى خصائصه التي رسمها القرن التّاسع عشر والنصف الأوّل من القرن العشرين على مواجهتها، فلم يعد موضوع تنازع القوانين مجرد مجموعة من قواعد الاسناد لا محلّ معها لوجود قواعد موضـــوعية، حيث انهارت تلك الخاصية بتزايد عدد القواعد الموضوعية التي تحكم مباشرة العلاقات الخاصة الدّولية والتي لا تجد مصدرها في المعاهدات الدّولية فحسب، بل كذلك في صورة قواعد أرساها التّشريع، سواء تلك ذات الطابع الحمائي (**أوّلا**)، أو التي يسنها المشرعون في الدول المختلفة بهدف تنظيم العلاقات الخاصة الدّولية حينما تمس النظام القانوني الوطني، ومنها القواعد المنظمة لطائفة معينة من العقود الدّولية كالبيع والنقل وغيرها (**ثانيا**).

أوّلا- استبعاد منهج قواعدالتنازع في تطبيق القواعد الموضوعية الحمائية

يدخل في هذه الطّائفة القواعد الحمائية المرتبطة بالاستثمار، وتلك الموجهة لحماية أطراف العلاقة العقدية.

1 -التطبيق المباشر للقواعد الحمائية لقوانين الاستثمار الأجنبي

تتعلق هذه القوانين، بتلك التي تطبق على العقود المبرمة بين الدّولة أوالأجهزة التابعة لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبية التي تتعلق مباشرة بالأنشطة التي تدخل في اطار خطط التّنمية الاقتصادية للبلاد محل الاستثمار[511].

---

[510]- **JORGE Manuel**, Les rattachements alternatifs en droit international privé, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Université Paris1 - PANTHÉON – SORBONNE, 1988, p. 5.

[511]- **محمد عبد الله محمد المؤيد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الـــــــــدولي، مرجع ســـابق، ص 184.

بهذا، تشكل قوانين الاستثمار الأجنبي مثالا واضحا للقواعد التي تطبق بصفة مباشرة، حينما تحدد نطاق ما تتضمنه من قواعد موضوعية تتجه إلى تحديد طبيعة العلاقات المحكومة بها، وشروط تطبيق ما تتضمنه من ضمانات وحوافز، وقد تعمد أيضا إلى تحديد المجالات التي يجوز الاستثمار فيها تبعا للسياسة الاقتصادية المعتمدة في البلد المعني، وعليه سنشير إلى بعض قوانين الاستثمار، ثم سنشير إلى بعض القواعد الموضوعية التي يتضمنهاهذا النوع من القوانين.

أ-في قوانين الإستثمارلبعض الدّول

يظهر لنا هذا النّوع من القواعد الموضوعية في قوانين الإستثمار لبعض الـــــــدول، مثل:

1)- في قانون الإستثمار الفرنسي

يشير الفقه الفرنسي في هذا الصدد إلى قانون الاستثمار الصّادر بتاريخ 12/28/ 1966[512]، والذي أقرّ نظاما قانونيا للاستثمارات الأجنبية في فرنسا[513].

2)- في قانون الإستثمار المصري

صدرت في مصر سلسلة من القوانين المنظمة للاستثمارات الأجنبية، فقد تبنّى المشرّع المصري في أوائل السبعينيات ما يسمى بسياسة الانفتاح الاقتصادي لتشجيع جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال بداية من سنة 1973.

توضحت معالم هذه السياسة باصدار القانون رقم 43 لسنة 1974 في شأن استثمار المال العربي والأجنبي والمناصق الحرة[514]، إلاّ أنّه ظلّ قاصرا إلى حدٍّ بعيد عن تقديم

---

[512] - La loi N° 66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger en ce qui concerne les investissements étrangers en France.
- https://www.legifrance.gouv.fr

[513] - **DEBY-Gérard Françoise**, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, op.cit, p.124.

[514] - قانون رقم 43 لسنة 1974 في شأن استثمار المال العربي والأجنبي والمناصق الحرة، متوفلر على الموقع:
http://www.arablegalportal.org/financial/legaldocs/investment/egypt/AnnexNo.14.pdf

ما يمكن تسميته بالحافز الحقيقي لجذب الاستثمار، فعدّل سنة 1979، ثم صيغ قانون 57 لسنة 1981، الذي أبطل مفعول قانون 1974، هكذا حتّى صدر القانون رقم 8 لسنة 1997 في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار[515].

بناء على ما تقدم، يقرر قانون الاستثمار المصري السابق رقم 43 لسنة 1974 في المادة 06 على أنّه: "***يتمتع المال المستثمر في جمهورية مصر العربية وفقا لأحكام هذا القانون، وأيا كانت جنسية مالكه أومحل إقامته بالضمانات والمزايا المنصوص عليها في هذا القانون***"[516].

يقتصر نطاق تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون على **الصفة الأجنبية للاستثمار** بصرف النّظر عن جنسية المستثمر، وإن كان تصور وجود مستثمرين أجانب هو الغالب نظرا للظروف الاقتصادية التي صدر فيها القانون لقلة عدد المواطنين ممن يملكون رؤوس الأموال أجنبية عدا قلة من المهاجرين[517].

يحظى المسلك السّابق بتأييد الفقه المصري لكونه مسلكا يتفق وحكمة التّشريعات القائمة على تشجيع تدفق رؤوس الأموال المحولة من الخارج للاستثمار بغضّ النّظر عن جنسية مالكها، فلا يتعارض هذا المسلك مع الاتجاه القائم على التفرقة في مجالات

---

[515] - القانون رقم (8) لسنة 1997 في شأن ضمانات وحوافزالاستثمار، متوفرعلى الموقع:
http://alexcham.org/Media/Files/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%208%20%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9%201997%20%D8%A8%D8%B6%D9%85%D8%A7%D9%86%D8%A7%D8%AA%20%D9%88%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%81%D8%B2%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%85%D8%A7%D8%B1.pdf
المعدل بموجب القانون رقم17 لسنة 2015، متوفر على الموقع:
http://www.mof.gov.eg/Arabic/_Layouts/MOF/ExternalPages/Laws/pdf/1765.pdf
- راجع في تحليل قانون 1997: **عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الإستثمار في الدول العربية(دراسة قانونية مقانة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودوره افي هذا المجال)، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2010 ، ص ص33-34.

[516] - قانون رقم 43 لسنة 1974 في شأن استثمار المال العربي والأجنبي والمناصق الحرة، متوفلر على الموقع:
http://www.arablegalportal.org/financial/legaldocs/investment/egypt/AnnexNo.14.pdf

[517] - **هشام علي صادق والحداد حفيظة السيد**، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول– الجنسية ومـــــــــركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998 – 1999، ص ص 340-342.

استثمارية معينة، بين المستثمر الأجنبي والمستثمر العربي حيث قصر المشرع المصري الاستفادة من أحكام هذا القانون في مجال الاستثمار في مشروعات الإسكان على الأموال العربية، أي الأموال المملوكة لشخص طبيعي يتمتع بجنسية إحدى الدّول العربية أو لشخص اعتباري يكون غالبية رأس ماله لمواطني دولة عربية أو أكثر.

جاء القانون رقم 8 لسنة 1997 بخطوة أكثر أهمية إذ تضمنت المادة 01 منه أحكام تسري على جميع الشّركات والمنشآت أيا كان النّظام القانوني الخاضعة له، التي تنشأ بعد تاريخ العمل به، لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الآتية، استصلاح الأراضي البور والصحراوية أو أحداهما، الانتاج الحيواني والداجني والسمكي، الـصناعة والتعدين، الفنادق والقرى السياحية والنقل السياحي والنقل المبرد للبضائع والثلاجات الخاصة بحفظ الحاصلات الزراعية والمنتجات الصناعية والمواد الغذائية ومحطات الحاويات وصوامع الغلال، النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر والنقل البحري لأعالي البحار، الخدمات البترولية المساندة لعمليات الحفر والاستكشاف ونقل الغاز، الإسكان الذي تؤجر وحداته كاملة خالية لأغراض السكن غير الاداري، البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء، وطرق واتصالات، المستشفيات والمراكز الطبية والعلاجية التي تقدم (10%) من طاقتها بالمجان، التأجير التمويلي، ضمان الاكتتاب في الأوراق المالية ورأس المال المخاطر، انتاج برامج وانظمة الحاسبات الآلية، المشروعات المموّلة من الصندوق الاجتماعي للتّنمية، ويجوز لمجلس الوزراء إضافة مجالات أخرى تتطلبها حاجة البلاد[518].

عُدّل القانون رقم (08) لسنة 1997 بموجب القانون رقم (17) لسنة 2015، حيث نصت المادة 02 منه والتي استبدلت المواد 02 و03 على أنه: "***لا تخل أحكام هذا القانون بالمزايا والإعفاءات الضريبة وغيرها من الضمانات والحوافز المقرّرة للشركات و المنشآت***

[518] - قانون ضمانات وحوافز الإستثمار رقم 8 لسنة 1997، متوفرعلى الموقع:

http://alexcham.org/Media/Files/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%208%20%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9%201997%20%D8%A8%D8%B6%D9%85%D8%A7%D9%86%D8%A7%D8%AA%20%D9%88%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%81%D8%B2%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%85%D8%A7%D8%B1.pdf

القائمة وقت العمل به، وتظلّ هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها، وذلك طبقا للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها"[519].

3)- في قانون الإستثمار الجزائري

تعتبر **الجزائر** واحدة من الدّول التي قامت بعدد من الإصلاحات الهيكلية، ودعمتها بجملة من الاجراءات التنظيمية والتشريعية التي عزّزت نجاحها الإرتفاعات المستمرة في أسعار النفط قبل الأزمة العالمية، ففتحت الباب للشركات الأجنبية للإستثمار في قطاعات مختلفة، وقد أثرت تدفقات الإستثمار في الجزائر على سياسات تحسين الاستثمار وجذبه، والعمل على تقنينه باصدار مجموعة من النّصوص التّشريعية التي تشكل قواعد موضوعية يجب تطبيقها كلّما دخلت العلاقة التعاقدية مجال تطبيقها، ومن أهمها[520]:

---

[519]- قانون رقم17 لسنة 2015، متوفر على الموقع:

http://www.mof.gov.eg/Arabic/_Layouts/MOF/ExternalPages/Laws/pdf/1765.pdf

-لا يسري هذا القانون على الشركات والمنشآت التي تستثمر في مجالات أخرى غير منصوص عليها أو تلك التي يضيفها مجلس الوزراء طبقا للمادة 02، وحرصت المادة 03 على تأكيد عدم الإخلال بالمزايا والإعفاءات الممنوحة بمقتضى اتفاقيات دولية أو تشريعات أخرى

- قانون ضمانات وحوافز الإستثمار رقم 8 لسنة 1997، مرجع سابق. راجع في تحليلي المواد المذكورة:

- **هشام علي صادق و الحداد حفيظة السيد**، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 343-344.

[520]- لقد عالجت الجزائر مسألة الاستثمارات مند الاستقلال عن طريق مجموعة من القوانين المتعاقبة حيث صدرت عدة تشريعات تضمنت العديد من الحوافز و المزايا للمستثمر، ومن هذه القوانين قانون رقم 63-277، مؤرخ في 26 جويلية 1963، يتضمن قانون الاستثمارات، ج. ر.ج .ج عدد 53، صادر في 1963.

-أمر رقم 66- 284، مؤرخ في 16 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الإستثمارات، ج.ر.ج.ج عدد 80، صادر بتاريخ 17 سبتمبر 1966. (ملغى).

-قانون رقم 82-11، مؤرخ في 21 أوت 1982، يتعلق بالإستثمار الإقتصادي الخاص والوطني، ج.ر.ج.ج عـــــدد 34، صادر بتاريخ 17 سبتمبر 1982.(ملغى).

=قانون رقم 88- 01، مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، ج رج ج عدد 02، صادر بتاريخ 13 جانفي 1988. وصولا إلى: مرسوم تشريعي 93-12، مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر.ج .ج عدد 64، صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

-قانون النقد والقرض 90- 10[521]، بالرغم من أنّ هذا القانون هدف إلى تفعيل السياسة النقدية، ممّا يعني أنه ليس بقانون الإستثمار إلاّ أنّه أكّد على مجموعة من المبادئ التي تسمح للأجانب بمزاولة أنشطتهم الاستثمارية ومن هذه المبادئ:

-حرية الاستثمار بالسماح للمقيمين وغير المقيمين بتجسيد مشاريع الاستثمار الأجنبي.

-التخلي عن شرط الشراكة بنسب محددة، واقرار امكانية تحويل الأرباح وإعادة تحويل رأس المال.

- قبول الجزائر مبدأ التحكيم الدولي عند المنازعات.

-عدم التمييز بين المقيمين وغير المقيمين ، وبين القطاع العام والقطاع الخاص، أساس تحقيق مبدأ المساواة بين المستثمرين.

-المرسوم التشريعي93-12[522]، بالرغم من أنّ قانون النقد والقرض تضمن بعض المبادئ الخاصة بمعالجة ملف الاستثمار، إلاّ أنّه بقي بدون نص خاص وواضح إلى غاية 1993 تاريخ صدور المرسوم التشريعي الخاص بترقية الاستثمار والذي أكد بعض الأحكام الواردة في قانون النقد والقرض، خاصة المتعلقة منها بالغاء التمييز بين الأجـــانب والمقيمين، والقطاع الخاص والعام، كما تضمن تسهيل وتبسيـــــــط اجراءات الاستثمار، وتقديم ضمانات وامتيازات ضريبية وجمركية وغيرها.

- الأمر 01-03 [523]، يتعلق بتطوير الاستثمار، والذي صدر نتيجة فشل المرسوم التشريعي93-12 في تحقيق الأهداف المتوخاة منه، فنصّ على توسيع نطاق الاستثمارات

[521]- قانون رقم 09-10، مؤرخ في 18 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج عدد 16، صادر بتاريخ 18 أفريل 1990.(ملغى).

[522]- مرسوم تشريعي 93-12، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

[523]- أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار ج.ر.ج.ج عدد 47، صادر في 22 أوت 2001.

لتشمل اقتناء أصول في اطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الانتاج القائمة أو المساهمة في رأس مال المؤسسة في شكل نقدي أو عيني، في اطار خوصصة جزئية أو كلية.

- **القانون 16-09**[524]، يتعلق بترقية الإستثمار، والذي يهدف إلى تحديد النّظام المطبق على الاستثمارات والوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الإقتصادية لانتاج السلع والخدمات.

أكد هذا القانون على ضمان استمرارية العمل وفق أرضية معروفة مسبقا، لا تعرف التغيرات المفاجئة، وهذا ما جاء في المادة 22 منه، أي الاستقرار التشريعي، كما تضمن تسهيلات ومزايا هامة، تنقسم إلى المزايا في اطار النظام العام، كتلك الخاصة بالاعفاءات الجمركية للتجهيزات المستوردة والتي تدخل في العملية الانتاجية، وإلى المزايا في اطار النظام الاستثنائي، كتلك المتعلقة بالاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للإقتصاد الوطني.

ب- القواعد الموضوعية المرتبطة بأمن الاستثمارات الأجنبية

تهدف قوانين الاستثمار بالأساس إلى تجميع وتوحيد ضمانات وحوافز الاستثمار الموجودة في قوانين عديدة، في إطار قانون واحد لتوحيد التعامل مع المستثمرين، ولتحرير الاستثمار من القيود والمعوقات الادارية والاجرائية [525].

تتضمن قوانين الاستثمار المختلفة قواعد تحدد المجالات التي يتم توجيه الاستثمارت نحوها مع جواز إضافة مجالات أخرى بموافقة الجهة المختصة وبعد وضع الآليات المعتمدة في قبول وتأسيس مشروعات الاستثمار، فإن هذه القوانين تهئ مناخ مناسب لجذب الاستثمارات الاجنبية من خلال اعتماد مجموعة من الضمانات والحوافز الاستثمارية وتكرس الضمانات والحوافز في صيغة قواعد مادية تطبق على علاقات

[524] - قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الإستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر بتاريخ 03 أوت 2016.

[525] - منصوري زين،" واقع وآفاق سياسة الاستثمار في الجزائر"، **مجلة اقتصاديات شمال افريقيا**، عدد 02، بدون سنة النشر، ص 129. مقال متوفر على الموقع:

http://www.univ-chlef.dz/renaf/Articles_Renaf_N_02/article_05.pdf

الاستثمار الاجنبي وبالذات في المجالات الاستثمارية التي تتضمنها تلك القوانين، ومن أهم هذه القواعد:

1)- قاعدة الثبات التّشريعي للقانون[526]

إذا أرادت الدّولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية أن تجعل من التشريع أداة لتشجيع هذا النّوع من الاستثمار وضمانه، فينبغي أن تكون هذه الأداة مستقرة نسبيا، ولا يأتي هذا، إلاّ إذا تم اصلاح الأنظمة القانونية وتطويرها في اتجاه عدم التّمييز بين المستثمرين الأجانب والمحلين.

تعدُّ بذلك قدرة الدّولة على بناء قاعدة قانونية مسايرة للتشريعات الدولية محفزا للاستثمارات الأجنبية، وتكون هذه القاعدة في شكل توفير اطار تشريعي وتنظيمي للاستثمار الأجنبي المباشر، ولكي يكون الإطار التشريعي محفزا لابدّ من وجود قانون موحد للاستثمار يمتاز بالوضوح والاستقرار[527].

بموجب قاعدة الثّبات التّشريعي، كصورة من صور القواعد الموضوعية ذات المصدر التّشريعي، تتعهد الدّول المضيفة للاستثمار بمقتضى نصوص تشريعية ألاّ تعدّل أو تلغي قانونها الذي يحكم عقد الاستثمار مع الطرف الأجنبي[528]، ومن الأمثلة التي يمكن

---

[526]- تعتبر هذه القاعدة من القواعد المألوفة في عقود الدولة بصفة عامة، وفي عقود الاستثمار بصفة خاصة،لا سيما مع التغيرات التي طرأت في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، ولكن الواقع يثبت أنّ إدراج هذا الشرط كان معمولا به قبل الحرب العالمية الثانية، حيث أدرج لأول مرة في عقد الامتياز الذي تم إبرامه بين الدولة الإيرانية من جهة، والشركة الانجليزية (*L'anglo- iranien*) من جهة أخرى، وكان ذلك بتاريخ 28 ماي 1933، بحيث نصت المادة 21 من هذا العقد على أنه:
" لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية".
- إقلولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، عدد01 كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، جانفي 2006، ص ص 98-99.

[527]- بولرباح غريب،" العوامل المحفزة للاستثمارات الأجنبية المباشرة (دراسة حالة الجزائر)"، **مجلة الباحث**، العدد 10، 2012، ص 103.

[528]- يعرف مبدأ الاستقرار التشريعي كذلك على أنه: « وسيلة تجعل التعديلات بالنسبة للمستثمر الأجنبي غير متناقضة، ومطبقة بالتوافق مع البلد المستضيف وكل الشروط الخاصة والتي خولتها له الدول عند حدوث الاستثمار"، كما يعرف :" **إنّ الدول تلتزم بعدم إدخال تعديلات على الإطار التنظيمي والتشريعي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عن تعديل أو إلغاء**

الإشارة إليها هنا نص المادة02 من القانون رقم 17 لسنة 2015 في مصر، والذي يتضمن عدم الاخلال بالمزايا والاعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والاعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها، ولذلك فإنّ الشركات والمنشات المستفيدة من قانون رقم (08) لسنة 1997 تبقى محتفظة بتلك المزايا والاعفاءات رغم تعديله[529].

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري، ففي اطار سياسته لجذب الاستثمار، فإنّ القانون الوطني للمستثمر كغيره من القوانين تضمن النصّ على شرط الثبات التشريعي، في المادة 39 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بالاستثمار الملغى، ثمّ أكدته المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى[530]، لتأتي المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار لتحتفظ به بنفس المضمون بحيث تنص على أنّه: " **لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو الغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا، على الإستثمار المنجز في اطار هذا القانون**"[531].

يفهم من هذا النّص، أنّ الدّولة قد تعهدت للمتعاقد معها بعدم تطبيق القوانين الجديدة التي شرع في انجازها على الرّغم من حق الدّولة في إدخال التعديلات الضرورية على نظامها القانوني بما يتماشى مع أهدافها الاقتصادية، باعتباره حق من الحقوق السيادية.

القوانين الخاصة بالاستثمارات أ فهو بمثابة تعطيل مؤقت لحق الدول ككيان ذي سيادة في ممارسة اختصاصه التشريعي والتنظيمي وحتى الدستوري في بعض الأحيان"

عن: **والي نادية**، النّظام القانوني الجزائري للاستثمار الأجنبي ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبـــــــية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسيـــــــــة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.س.ن، ص ص 223- 224.

[529]- قانون رقم17 لسنة 2015، متوفر على الموقع:

http://www.mof.gov.eg/Arabic/_Layouts/MOF/ExternalPages/Laws/pdf/1765.pdf

[530]- تنص المادة 15 على أنّه: " لا تطبق المراجعات أو الالغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في اطار هذا الأمر".

[531]- قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الإستثمار، مرجع سابق.

لقد ذهب المشرّع الجزائري إلى غاية حماية الحقوق المكتسبة التي استفاد منها المستثمر الأجنبي فيما يخص المزايا المحصل عليها بموجب التشريعات السابقة حسب نص المادة 35 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار حيث تنص المادة على أنه: " ***يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا والحقوق الأخرى التي استفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون، والتي أنشأت تدابير لتشجيع الاستثمار.***

تبقى الاستثمارات المستفيدة من المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بترقية وتطوير الاستثمار السابقة لهذا القانون وكذا مجموع النصـــــــــوص اللاحقة، خاضعة لهذه القوانيني إلى غاية انضاء مدّة هذه المزايا "[532].

دعم المشّرع الجزائري المستثمر بموجب شرط آخر هو " **التدعيم التشريعي**" بحيث مكّنه من الاستفادة من الأحكام الجديـــدة خاصة، إذا كانت توفر له مزايا إضافيـة، وهذا **إذا طلب ذلك المستثمر صراحة**، وهذا ما يعتبر تحفيز مضاعف.

أبرمت الجزائر العديد من اتفاقيات الاستثمار التي تضمنت شروط الاستقرار التشريعي والتدعيم التّشريعي، حيث تنص المادة 1/06 من اتفاقية الإستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم على أنه: "**إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن لهذه الشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية**" [533].

تحدد كل هذه النصوص سلفا توقعات المستثمر الوطني والأجنبي، لأنّ أيّ تغيير تشريعي يزيد من مخاوف المستثمر في تعامله معها، ويساهم في زعزعة الاستقرار المنشود

[532]- المرجع نفسه.

[533]- مرسوم تنفيذي رقم 01 -416، مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الإستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الإستثمار وترقيتها ودعمها ومتابعتها من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيليكوم من جهة أخرى، المنشورة في ج.ر.ج.ج عدد 80، صادر بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

لمناخ الاستثمارات بصفة عامة، ممّا دفع ببعض الدّول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقات الإستثمار شرطا خاصا بالثبات التشريعي[534]، مقتضاه إذذن، خضوع الاتفاق بما في ذلك شرط التحكيم لقانون الدولة المضيفة الساري لحظة ابرامه.

2)- قاعدة عدم التعرض للمشروع الاستثماري باجراء نزع الملكية

يعتبر موضوع نزع الملكية من المواضيع التي أسهب الباحثون والفقهـــاء في دراستها، والتعمّق في تحليلها، خاصة فيما يتعلق بالتّأميمات التي تعتبر صورة من صور نزع الملكية، وهو إجراء عرف انتشارا واسعا بعد استقلال العديد من الدّول النّامية بعد موجة الحركات التحررية بعد الحرب العالمية الثّانية[535].

يعود الأساس القانوني لمبدأ نزع الملكية إلى مبدأ آخر تبنته هيئة الأمم المتحدة لأوّل مرة في التّوصية رقم 626 المؤرّخة في 21 /1952/12 بعنوان" **الحق في استغلال الثروات والموارد الطبيعية بكل حرية"**، حيث اعترفت بسيادة الشعوب والأمم على ثرواتها الطبيعية، مؤكدة أنّ الاجراءات التي تباشرها الدول لاسترجاع ممتلكاتها بالتأميم أوغيره يجب أن يؤسّس على اعتبارات المصلحة العمومية والمصالح الوطنية[536].

---

[534]- تجدر الإشارة إلى ضرورة فهم التفرقة بين شرط الثبات التشريعي و شرط عدم المساس بالعقد، حيث يقصد بالأول تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليه لحظة إبرام العقد، مع استبعاد التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل، أمّا شرط عدم المساس بالعقد، فهو أن تتعهد الدولة بعدم المساس بالعقد ذاته بإرادتها المنفردة، مستخدمة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يمنحها لها القانون الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية، أو بوصفها سلطة الإدارة.

- قد يحتوى العقد المبرم بين الطرفين، الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي على كل من شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد في آن واحد، فتبدو التفرقة أقل وضوحا لا سيما عند تطبيقهما، فشرط الاستقرار التشريعي يرمي إلى عدم المساس بالعقد.

-عن: **معيفي عبد العزيز**، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2015، ص 309.

[535] - **CARREAU Dominique, Patrick Julliard**, *Droit international économique*, 4eme Ed , L. G .D.J, Delta, Paris, 1998 p.486.

[536]-راجع: **والي نادية**، النظام القانوني الجزائري للاستثمار الأجنبي ومدى فعاليته في استقـــطاب الاستثمـــــارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 164. كذلك: **حسين نورة**، الحماية القانونية لملـــــــكية المستثمر الأجنبي، مرجـــــــع سابق، هامش رقم 2 ص 29 .

إزاء حق الدولة بنزع الملكية للمنفعة العامة، هناك قاعدة موضوعية هدفها عدم التعرض للمشروع الاستثماري باجراءت هدفها نزع الملكية **إلاّ بشروط معينة**، حيث تعتبر هذه القاعدة ضمانة تحصن المال الأجنبي ضد اجراءات نزع الملكية كالتأميم والمصادرة وغيرها من الاجراءات المماثلة، وعدم السماح بالمساس به إلاّ عند تحقق شـــروط معينة، **ومقابل دفع تعويض كاف وفعال**، وهي شروط تحقق التوازن بين مصلحة المستثمرالأجنبي ومصلحة الدّولة المضيفة، حيث قضت المادة 22 من الدستور الجزائري على أنه: "***لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القـــانون، ويترتب عليه تعويـــــض عـادل، ومنصف***"[537].

ليس للدّولة المساس بالملكية الخاصة خارج نطاق تحقيق المنفعة العامة، وهو ما كرّسه المشرع الجزائري في الدستور بموجب المادة 64 [538]منه، كما قدّم المشرع ضمانات لحماية الملكية الخاصة، بضرورة لجوء الإدارة إلى اجراءات معقدة وجوهرية هدفها التصريح بالمنفعة العامة، وهو قيد يبرر اللجوء إلى نزع الملكية.

تختلف قوانين الاستثمارات في تنظيم هذه القاعدة وإن كانت تتفق في تأكيد ضرورة دفع التعويض الكامل والفعال إذا ما كان نزع الملكية للمصلحة العامة، ففي مصر لاتقتصر هذه القاعدة على ضمان التعويض الكامل والفعال في حالة تأميم المشروع الأجنبي فحسب، بل أنّ المادة 8 من قانون الاستثمار رقم 8 لسنة 1997 قررت أنّه لايجوز تأميم الشركات والمنشات أو مصادرتها، فهي بذلك قد منعت إجراء التأميم والمصادرة أصلا بهدف بث الطمأنينة في نفوس المستثمرين تشجيعاً لهم على الاستثمار في مصر رغم أن مثل هذا الاجراء يعد على وفق الفقه الراجح من اجراءات السيادة الاقليمية[539].

---

[537]- قانون رقم 16-01 ، يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

[538]- تنص المادة 64 على أنه:" **الملكية الخاصة مضمونة**".

-قانون رقم 16-01، يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق،

[539]- القانون رقم (8) لسنة 1997 في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، مرجع سابق. في الموضوع راجع:

عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الإستثمار في الدول العربية(دراسة قانونية مقانة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورهافي هذا المجال)، مرجع سابق، ص ص40-41. راجع كذلك: **هشام علي صادق و الحداد حفيظة السيد**، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، 345.

تعمل الاتفاقيات الثنائية في هذا الإطار على تلافي القصور الذي يشوب التّشريعات الوطنية من ناحية امكانية تعديل نصوصها التي لا تجيز أو تسمح بالتأميـــم في أي وقت، لتجعل الأمر يتم في إطار اتفاقية دولية تكون أكثر الزامية للطرف المضيف للاستثمار[540].

يتخذ تدخّل الدّولة لنزع الملكية صورا عديدة منها، التّأميم[541]، نزع الملكية للمنفعة العامة بالإضافة إلى المصادرة، والمقصود بالتّأميم هو مصادرة مشروع استثماري أو أكثر، يتعلق بمصدر من مصادر الثروة الطبيعية، ويعتبر من ضمن التأميم ما يسمى بالتأميم الزاحف، وهو مصادرة المشروع الاستثماري بصورة غير مباشرة و تدريجية، بزيادة الضرائب بين فترة وأخرى، اجبار المستثمر على زيادة العمالة الوطنية في المشروع[542].

---

[540]- لقد أخذت بهذا المبدأ اتفاقية تشجيع الاستثمار بين مصر ولبنان لعام 1997، في المادة 05 منها التي تنص: "***لا ينبغي لأي من الطرفين المتعاقدين أن يتخذ بصورة مباشرة أو غير مباشرة إجراءات بنزع الملكية أو التأميم، أو يتخذ أية إجراءات أخرى لها الصفة نفسها أو المفعول نفسه بشأن استثمارات المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر، إلاّ إذا كانت تلك الإجراءات متخذة في سبيل المنفعة العامة، كما هو مقرر بمقتضى القانون، على أساس غير تمييزي، وبموجب الطرق القانونية شريطة اتخاذ ترتيبات لدفع تعويض فعال وملائم".***

-راجع: **بن صغير عبد المومن**، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق، ص 172.

[541]- يمثل التأميم احد أهم صور تدخل الدولة في حقوق الملكية الخاصة، وقد ظهر في المطلع الثاني من القرن العشرين، وجاء لأول مرة في الدستور المكسيكي الصادر سنة 1917 في نص المادة 27 منه التي تنص على أنه: ***" يكون للأمة في أي وقت أن تفرض على الملكية الخاصة في أي وقت ما يمليه الصالح العام من القيود وما يقتضيه الاستخدام الأمثل للعناصر الطبيعية القابلة للتملك بغرض تحقيق توزيع عادل للثروات العامة وضمان المحافظة عليها".***

- أنظر: **الفار عبد الواحد محمد**، أحكام القانون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتاب، القاهرة، ص116.=

=وقد تكرس هذا الإجراء على المستوى الدولي، في سنة 1952، من خلال قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 626(د.7)، الذي أقرّ بحق الشعوب في تقرير مصيرها وحريتها الكاملة في استغلال مواردها وثرواتها، ليتم بعد ذلك إصدار قرار آخر في سنة 1962، تحت رقم 1830(د. 27) الذي أكد بدوره على التأميم واعتبره كدافع لتحقيق المنفعة العامة للدول، مع ضرورة دفع تعويض وفقا لمبادئ القانون الدولي.

- عن: **معيفي عبد العزيز**، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، هامش رقم 01، مرجع سابق، ص 203.

[542]- **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 129.

كما يعرف التأميم على أنّه عملية تحويل للملكية الخاصة إلى ملكية عامة، تقوم بها السلطات العمومية بموجب نص تشريعي[543] في ميادين ذات أهمية وطنية، مقابل تعويض يهدف إلى تحقيق مصلحة عمومية.

تمثل المصادرة إجراء تتخذه السلطة العامة في الدّولة المضيفة باسم السيادة الـــــــوطنية، فتستولي بمقتضاه على ملكية بعض أو كل الأموال أو الحقوق المالية لأحد الاشخاص، فهو أخذ الممتلكات العائدة للأجانب بدون تعويض، أمّا عن نزع الملكية للمنفعة العـــامة، فهو إجراء إداري يتم بموجب قرار إداري، عن طريق الإرادة المنفرة للإدارة، على أساسه يتم نقل الملكية الخاصة إلى ملكية عمومية ، بحيث يهدف إلى تملك الدولة أو إحدى مؤسّساتها العامة لعقار أو منقول بغرض تحقيق المصلحة العامة دون التمييز بين المواطنين والاجانب، مقابل تعويض مناسب[544].

تعمّد المشرع الجزائري في قانون الاستثمار، عدم ادراج أو التطرق إلى اجراءات نزع الملكية أو التدابير المماثلة، مبديا بذلك حسن نيته في جذب الاستثمار الأجنبي، واكتفى بالنص على المصادرة الإدارية بموجب المادة 23 من القانون 16-09 متعلق بترقية الاستثمار، التي تنص: " ... ***لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويترتب على هذا الإستيلاء تعويض عادل ومنصف***"[545].

نص قانون الاستثمارات العربية العراقي رقم 46 لسنة 1988 على عدم شمول المشروع المؤسس وعلى وفقه بأي قرارات تؤدي إلى حرمان المستثمر من ملكية رأس ماله كلا أو جزء بشكل مباشر أو غير مباشر بوسائل التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية إلا إذا كان

---

[543]- تنص المادة **678** من القانون المدني الجزائري، معدل ومتمّم على أنه: "***لا يجوز إصدار حكم التأميم إلاّ بنص قانوني على أنّ الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون***".

[544]- **بوسهوة نور الدين**، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي بين القانونين الدولي والجزائري، مرجع سابق، ص 85.

[545]- قانون 16-09، متعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

ذلك لاغراض المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل وخلال مدة اقصاها سنة من تاريخ التملك[546].

عاد قانون الاستثمار العربي رقم 62 لسنة 2002 ليؤكد هذه القاعدة في م14/أ وب والتي تنص "يتمتع المشروع المؤسّس بموجب أحكام هذا القانون بالضمانات الآتية:

أ/ عدم شموله بأي إجراء يؤدي إلى حرمان المستثمر من ملكية رأسماله كلا أو جزء بشكل مباشر أو غير مباشر بوسائل التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية.

ب/ عدم فرض قيود على حق المستثمر في إعادة رأس ماله وأرباحه وأي حقوق أخرى ناتجة عن الاستثمار وأن يكون التحويل بالعملة التي أدخل بها أو أية عملة أخرى قابلة للتحويل من العملات المقبولة لدى البنك المركزي العراقي[547].

3)- قاعدة تسوية منازعات الاستثمار باللجوء إلى التحكيم

يحرص معظم المشرعين وبالأخص في دول العالم الثالث على توفير ضمانات إجرائية هامة للمستثمر إلى جانب الضمانات الموضوعية السابقة، مفادها إخراج نزاع الاستثمار من ولاية القضاء الوطني للدّولة المضيفة للاستثمار، ومن ثم عقد الاختصاص في نظر تلك المنازعات إلى التحكيم أو الوسائل الأخرى غير الوطنية، لأنّ المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمر الأجنبي، ليست تعريف حقوقه والتزاماته، أو تحديد مداها، بل المشكلة تكمن في البحث عن وسيلة مستقلة ومحايدة، وفعّالة تمكّنه من اللجوء إليها للفضل في المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة، وخصوصا وأنّ المستثمر الأجنبي كثيرا ما يجد

[546]- القانون متوفر على الموقع

.http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/7852.html

[547]- القانون متوفر على الموقع

.http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/15767.html

صعوبات في الحصول على مساندة دولته له في دعواه ضد الدولة المضيفة، التي أضرت بمصالحه الاستثمارية[548].

يؤثر وجود مثل هذا النّص في اتذخاذ قرار الإستثمار من عدمه، ولهذا نجد الكثير من الدّول تشير إلى إمكانية حسم ما يثار من منازعات استثمارية بطريق التحكيـــم الدّولي، فعلى سبيل المثال تنص المادة07 من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار في مصر لعام 2015 على أنّه: "***يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون أو وفقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية***"[549]. ***كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الاقليمي للتّحكيم التجاري الدّولي***[550].

بهذا، يكون المشرع المصري قد ساير التطورات الدّولية المعاصرة واستجاب لطلب الأمم المتحدة بنقل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدّولي إلى التشريعات الـــدّاخلية، حيث أوصت أن يكون النقل موضوعا وشكلا مطابقا للأصل حتى يتحقق التوحيد التشريعي العالـــــمي لهذا الجانب[551]، وفي نفس الاتجاه سار المشرع الجزائري، حيث قضى بأهلية الدّولة أن تكون طرفا في التحكيم، خاصة بعد تصديق الجزائر على اتفاقية نيويورك سنة 1988.

حرصا من الجزائر على توفير مناخ استثماري ملائم وجاذب للاستثمار، قام المشرّع بنزع الاختصاص في المنازعات الاستثمارية من القضاء الوطني واسناد الولاية للتحكيم التجاري الدولي، رغم ما يشكله الأمر من مساس بسيادتها الوطنية، وذلك بموجب المادة 41

---

[548]- **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 445.

[549]- القانون المصري رقم17 لسنة 2015، متوفر على الموقع:
http://www.mof.gov.eg/Arabic/_Layouts/MOF/ExternalPages/Laws/pdf/1765.pdf

[550]- **هشام علي صادق والحداد حفيظة السيد**، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 345-346.

[551]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجـــــــع سابق، ص 187.

من المرسوم التّشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار الملغى، وبذلك أعلنت الجزائر انفتاحها على الأسواق الدّولية، ووضع حدّ للتردد في نصوصها القانونية غير المستقرة.

تأكّد هذا التوجه بنصوص الأمر 01-03 متعلق بتطوير الاستثمار الملغى، بعده بموجب القانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار حيث تضمن الاحالة إلى التحكيم بموجب المادة 24 التي تنص: " ***يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يتسبّب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلاّ في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف ابرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص***"[552].

حسب المادة فإنّه يتم اللجوء إلى التحكيم ليس على أساس الإشتراط العقدي بل على أساس الإتفاقيات الثنائية.

---

[552]- المادة 24 من قانون رقم 16-09، متعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

- لم يكن في العراق قانون الاستثمارات العربية رقم (46) لسنة 1988 الملغى ينص على تحديد جهة اختصاص في المنازعات الاستثمارية، ولهذا فإن تلك المنازعات تخضع ما لم يتم الاتفاق على خلافه لولاية القضاء العراقي تطبيقاً للقواعد العامة في الاختصاص.

- القانون متوفر على الموقع:http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/7852.html

- أما قانون الاستثمار العربي رقم 62 لسنة 2002 فإنه أخضع قرارات وزير التخطيط التي تحرم المشروع من حقوقه كلا او جزءً أو توقفه عن العمل أو تسحب اجازته لمدة معينة أو تصفيته نهائياً للطعن امام محكمة الاستئناف المختصة بصفتها التميزية خلال (30) يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار ويكون قرار المحكمة الصادر بهذا الشان باتا. المواد 18-19 أنظر القانون على الموقع:http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/15767.html

- ورغم ما توحيه هذه النصوص من خضوع منازعات الاستثمار للقضاء العادي إلا أن هذه الضمانة الاجرائية قد احكمتها اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الاموال بين الدول العربية واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار التي يكون العراق طرفا فيها، كما أن المنازعات الاستثمارية يمكن تسويتها بالخضوع للمركز العربي للتحكيم التجاري الذي أنشاته اتفاقية عمان العربية للتحكيم الدولي لعام 1987 والتي دخلت حيز النفاذ في 1993/2/14 مادام كان نطاق تطبيق هذه الاتفاقية ينحصر في المنازعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين او معنويين أيا كانت جنسياتهم ويربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقرات رئيسة فيها.

2- التّطبيق المباشر للقواعد الموضوعية الحمائية لأطراف العلاقة العقدية

يعتبر التيسير والحماية ضرورتان تتطلبهما كل علاقة قانونية، خاصة تلك التي يقدّر المشرع أنّها أشدّ الحاحا لهما، لما لهذه العلاقات من خصوصيات وظروف زمانية ومكانية تحيط بها وتجعل وضعها وحكمها متميّزا، فهناك مراكز تبرز الحاجة لحماية أصحابها بطريقة مجردة دون اقتضاء ارتباطهم بعلاقات قانونية مع الآخرين كالقاصر الذي توفي عنه والديه مثلا، وفي حالات أخرى لا تطبق هذه الحماية إلا بموجب علاقات تستدعي ذلك، مثل تلك التي يكون أحد أطرافها عاملا أو مستهلكا[553].

يثير البحث في هذا النّوع من العلاقات ضرورة تحديد طوائف العقود التي تتسم بالحاجة للحماية من جهة[554]، والتفرقة بين قواعد الاسناد التركيزية وقواعد الاسناد ذات الطبيعة الموضوعية أو ذات الغاية المادية، فيطبق القانون طبقا للقاعدة الأولى، استنادا إلى الصلة التي تربط دولة هذا القانون بالعلاقة أو المركز ذي الطّابع الدّولي، وهذه القاعدة لا تعطي أي اهتمام لمضمون القواعد التي سيعقد لها الاختصاص، بينما قاعد الاسناد ذات الطبيعة الموضوعية فهي تقصد تحقيق نتيجة مادية، وبالتّالي فهي تعقد الاختصاص للقانون الذي يحقق النتيجة التي تسعى إليها وهي حماية الطرف الضعيف[555].

نجد مثلا، في مجال العمل تللك التنظيمات الخاصة بالعمل في الخارج والتي تفرض على سبيل المثال على رب العمل شروطا يجب أن يدرجها في العقد مع الإجير خارج الاقليم لصالح هذا الأخير تعد تنظيما موضوعيا خاصا برابطة العمل الدولية، أي قاعدة قانون

---

[553]- راجع في موضوع حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص:

- **عيد عبد الحفيظ**، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الدولية الخاصة" **المجلة الأكاديمية للبحث القانون**، السنة الرابعة، المجلد 07، العدد 01، 2013، ص ص 22-48.

[554]- راجع: **الهداوي أحمد محمد**، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص74 و ما بعدها.

[555]- **الهواري أحمد محمد**، " خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص" ، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، عدد خاص، 2015، ص495. كذلك:

-**JORGE Manuel**, *Les rattachement alternatifs en droit international privé*, op, cit, p. 54.

دولي خاص موضوعي، مثل ذلك القانون الفرنسي الصادر في 19 جوان 1973 الخاص بالترخيص للعاملين في الخارج والملحقين بشركات أجنبية[556].

يرى بعض الفقه حدوث انقسام في منهج الاسناد إلى منهجين وفقا للأول يستمد القانون المطبق سند هذا التطبيق من اعتبارات التركيز، ووفقا للمنهج الثّاني يستند تطبيق هذا القانون إلى تحقيقه لنتيجة مادية معينة كحماية الطرف الضعيف الذي تدعو الحاجة لحمايته كالقاصر بغظ النظر عن مدى ارتباطه بعلاقة تعاقدية، حيث يكون ذلك بطريقة مجرة ومسبقة، وعليه فهذه القواعد تحمي هذا الشخص في مواجهة المجتمع الذي يعيش فيه[557].

قد تطبق هذه الطائفة من القواعد في حالات أخرى لا ترتبط بالضرورة بحالة ضعف، وإنّما يستفيد منها أصحابها لمواجهة المصالح المتعارضة في العلاقة العـــــــقدية، وبالتّالي فهي تعمل على ترجيح إحدى هذه المصالح على الأخرى، كما هو في مجال الالتزام بالنفقة[558]

نشير كذلك في مجال القانون الدولي الخاص، إلى الحماية المقررة بموجب اتفاقية لاهاي 24 أكتوبر 1956 الخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على الالتزامات المتعلقة بنفقة الأطفال، التي تعقد الاختصاص بموجب المادة 01 منها لقانون محل الإقامة للطفل لحكم

---

[556]- **المؤيد محمد عبد الله محمد** ، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الـــــدولي، مرجـــع سابق، ص 183.

- نجد بالنسبة للمستهلك أنّ المشرع الجزائري أصدر أول تشريع في هذا الشأن سنة 1989 والذي تم الغائه بموجب المادة 94 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي تعدّ قواعده حمائية، آمرة أكثر من ذلك ذات طابع جزائي.

- قانون 09-03 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2005، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

[557]- **الهواري أحمد محمد**، " خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص 497.

-في اطار القانون الدولي الخاص نجد حماية مماثلة لهذه المراكز بالنسبة لطائفة القصر، إذا ما نشأت في الحياة الخاصة الدولية، ولعلّ المثال الواضح تلك القواعد التي تضمنتها معاهدة لاهاي 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حماية القصر والسلطة المختصة باتخاذ هذه الاجراءات

[558]- المرجع نفسه، ص 498.

مسألة الحق في النفقة ومقدارها وإذا كان هذا القانون لا يقر للطفل بأي حق انعقد الاختصاص وفقا للمادة 03 من نفس الاتفاقية للقانون الذي تشير إليه قواعد الاسناد لقانون الدولة التي تنظر محاكمها في النزاع المتعلق بالنفقة[559].

هكذا، نكون أمام سلسلة من الاسنادات المتعاقبة، والتي تجعل قيام اختصاص محتمل لأكثر من قانون، ثم يصبح هذا الاختصاص نهائيا للقانون الذي يترتب على تطبيقه تقرير النفقة للـدائن بها، وهذه هي النتيجة الموضوعية أو المادية التي تهدف إلى تحقيقها قاعدة الاسناد الموضوعية.

ثانيا – استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية المنظمة لعقود النقل الدّولي

نشير لمجموعة من النصوص المتعلقة بالنقل بأنواعه المختلفة:

1-التطبيق المباشر لقواعد النقل الجوي

نشأت أحكام القانون الجوي عن طريق المعاهدات الدولية، ثم أخذت منها التشريعات الدّاخلية أحكامها، و هذا عكس القوانين الأخرى التي بدأت بتشريعات داخلية ثم امتدت إلى المجال الدولي[560].

تعدّ اتفاقية وارسو الموحدة لبعض القواعد الخاصة بالنقل الجوي الدولي الموقعة في 1929/10/12 والمعدلة ببرتوكول لاهاي 1955 والمكملة باتفاقية جوادالاخارا لعام 1961

[559]- أشار إليها: **الهواري أحمد محمد**، " خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، 498 وما بعدها.

[560]- **عصام حنفي محمود**، قانون التجارة الدولية، ص 68.

http://www.olc.bu.edu.eg/olc/images/415.pdf

وتعديلاتها من أهم اتفاقيات القانون التجاري الدولي وأكثرها قبولاً وأهميتها تظهر في التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين لطرفي عقد النقل الجوي[561].

صادقت معظم دول العالم على هذه الاتفاقية، وأصدرت قوانين تخضع أحكامها لأحكام هذه الاتفاقية، **بل سوّت هذه القوانين بين أحكام النقل الدّاخلي و النقل الدّولي**، ففي مصر لم يعد هناك فرق بين أحكام النقلين، إذ يخضعان كلاهما إلى أحكام اتفاقية وارسو إعمالا لحكم المادة 123 من قانون الطيران المدني الجديد رقم 28 لسنة 1981، التي تنص على أن :" ***تطبق أحكام اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ 12 /10/1929 ، والاتفاقيات الأخرى المعدلة والمكملة لها المنظمة إليها جمهورية مصر العربية على النقل الجوي الدولي والداخلي***"[562].

نلاحظ بوجود هذا النّص، أنّ المشّرع المصري أراد توحيد القواعد المطبقة على النقل الجوي الدّولي والدّاخلي، تفاديا للتعارض والازدواجية بين النوعين من النّقل، ولكن بصدور قانون الطيران المدني المصري رقم 17 لعام 1999 تمت التفرقة بين النقل الجوي الدولي والذي أخضعه لأحكام قانون الطيران المدني المصري رقم 17 لعام 1999 الاتفاقيات الدولية النافذة في مصر، ذلك تفاديا للتعارض والإزدواج في الأحكام، والنقل الجوي الداخلي الذي أخضعه للفرع 04 من الفصل 07 من قانون 1999 [563].

---

[561]- اتفاقية وأرسو الموحدة لبعض القواعد الخاصة بالنقل الجوي الدولي الموقعة في 12 أكتوبر1929، والمعدلة ببرتوكول لاهاي 1955 والمكملة باتفاقية جوادا لاخارا لعام،1961، دخلت حيز التنفيذ في 13 فيفري 1933، مصادق عليها من طرف الجزائر بمقتضى مرسوم رئاسي رقم 64-74 مؤرخ في 2 مارس 1964، ج.ر.ج.ج عدد 26، صادر بتاريخ 25 أوت 1964.

-انضمت الجزائر إلى اتفاقية غوادالاخارا 1961 المتممة لاتفاقية وارسو في سنة 1965 بموجب أمر 65- 267 مؤرخ في 25 أكتوبر 1965، ج. ر.ج .ج. عدد 104، صادر بتاريخ 21 ديسمبر1965.

- أما داخليا نجد القانون الجزائري رقم 98-06 مؤرخ في ربيع الأول والموافق ل 27 يونيو، متعلق بالقواعد العامة للطيران المدني، ج.ر.ج.ج عدد 48، صادر بتاريخ 28 جوان 1998 معدل ومتمم.

[562]- قانون الطيران المدني رقم(28) لسنة 1981، متوفر على الموقع:
http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-Job:53190&q

-راجع تحليل المادة: **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص191.

[563]- قانون الطيران المدني المصري رقم 17 لسنة 1999، متوفر على الموقع: http://www.f-law.net

سار على نفس الاتجاه عليه المشرع البلجيكي، في القانون الذي أصدره في 1936/04/07 المصادق على الاتفاقية الدولية لتوحيد بعض القواعد الخاصة بالنقل الجوي الدّولي لسنة 1929، وبالرغم من كون قواعدها لا تخص إلاّ النقل الدولي إلاّ أنّ المادة 02 من القانون البلجيكي الصادر بمرسوم تقرر أن ما جاءت به الاتفاقية يطبق على كلا من النقلين الداخلي والدولي[564].

تظهر أهمية اتفاقية وارسو الموحدة لبعض القواعد الخاصة بالنقل الجوي الدولي في التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين لطرفي عقد النقل الجوي وقد اعتمدت الاتفاقية ثلاثة أسس لم تتغير بتعديلات الاتفاقية المتكررة وهي:

- **مسؤولية الناقل الجوي** تقوم على أساس **الخطأ المفترض** من جـــــانب الناقل، بمعني أنّ المسافر أو الشاحن لا يلتزم بإقامة الدليل على وجود الخطأ في جانب الناقل بل يلتزم فقط بإثبات تخلفه عن التزام فرضه العقد عليه، وأن الناقل لا يستطيع التخلي عن المسؤولية إلا إذا أثبت أنّه أو تابعيه قد اتخذوا كافة الاحتياطات الضّرورية لتجنب الضّرر، أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها بسبب القوة القاهرة أو لسبب أجنبي لا يد لهم فيه، أو أنّ المضرور قد تسبب أو ساهم بخطئه فى إحداث الضرر[565].

لقد روعي في هذه القاعدة مصلحة كل من الركاب والشاحنين حسب المواد(17-18-19-20-21) من الاتفاقية.

- تحديد مسؤولية الناقل بمبلغ محدد مراعاة لمصلحة الناقل بما يمكنه من التأمين على هذه المسؤولية واستجابة لحاجات النقل الجوي الدّولي، ولهذا فإن الاتفاقية تتضمن مرونة كبيرة إذا ما قورنت بالقواعد الموضوعية الدّاخلية التي تتجاذبها اتجاهات

---

[564]- عن: **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص191.

[565]-**وضحة فلاح المطيري**، مسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركابوفقا للقانون الكويتي والأردني والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 41.

مختلفة[566]، خففت الاتفاقية من حدة قرينة الخطأ عن طريق تحديد التعويض الذي يلتزم به الناقل، وحدّدت هذه المبالغ في المادة 22 من الاتفاقية .

يسأل الناقل بموجب المادة 17 من الاتفاقية عن الضرر الذي يحدث في حالة الوفاة أو الإصابة بجراح أو أي أذى جسماني يلحق المسافر، متى وقع الحادث الذي أدى إلى الضرر أثناء وجود المسافر في الطائرة أو صعوده إليها أو هبوطه منها[567].

بالنسبة للبضائع والأمتعة فإنّ الناقل يسأل بموجب المادة 18 "عن الضرر الناجم عن هلاك أو ضياع أو تلف الأمتعة المسجلة أو البضائع إذا حدثت الواقعة التي تسببت في الضرر أثناء النقل الجوي"، ومدة النقل الجوي حددتها المادة 2/18 بأنها "*المدة التي توجد*

[566]- وهذه الاتجاهات تنقسم إلى ثلاثة اتجاهات ففي البلاد الانكلو–أمريكية يتم التّمييز على وفق قواعد الشريعة العامة بين نوعين من المسؤولية تبعاً لصفة الناقل وموضوع النقل النوع الأول ويسمى الناقل الخاص (private carrier) وهو غير ملزم بقبول النقل إلا بموجب اتفاق خاص في كل حالة، ولا تنعقد مسؤوليته إلا إذا وقع إهمال من الناقل وتم إثباته من المضرور، ثم النوع الثاني يسمى الناقل العام (common carrier) وهو من يتعهد قبول جميع طلبات النقل دون تمييز بين بعضها والبعض الآخر، وإذا كان محل النقل ينصب على الأشخاص فإن مسؤولية الناقل تعتبر مسؤولية تقصيرية أساسها الإهمال وتنشأ من القانون وليس من العقد، أما إذا كان محل النقل بضائع فيعد الناقل مؤمنا للبضاعة ولا يجوز التخلص منها إلا في أحوال معينة ومحدودة.

- أما الاتجاه الثاني فيمثله القانون الفرنسي القانون السويسري والتشيكي، وتقوم فيه المسؤولية على أساس فكرة الخطر وتقوم مسؤولية الناقل الموضوعية على مجرد الخطر ولو لم يثبت أي خطا في جانبه، فيكون الناقل مسؤول =بقوة القانون عن الضرر الذي يصيب المسافر أو البضاعة بمجرد حدوث الضرر وإثباته، ولا يتحلل من المسؤولية إلاّ إذا أثبت أنّ الضرر كان نتيجة لخطأ المصاب

- أما الاتجاه الثالث فيبني المسؤولية على أساس تعاقدي يلقي على كاهل الناقل التزاما بسلامة الركاب وهو التزام بتحقيق نتيجة

- راجع: **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 192.

[567]- اعتمد المشرع الجزائري في وضع نص المادة 145 من القانون رقم 98-06 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني حرفيا على نص المادة 17 من اتفاقية وارسو، حيث تنص المادة 1/145 على: "***الناقل الجوي مسؤول عن الخسائر والأضرار التي يصاب بها شخص منقول والتي تؤدي إلى وفاته أو تسبب له جرحا أو ضررا شريطة أن يكون سبب تلك الخسارة أو الجرح قد حدث على متن الطائرة أو خلال أية عملية إركاب أو إنزال***".

خلالها الأمتعة أو البضائع في حراسة الناقل سواء في المطار أو داخل الطائرة أو في مكان ما في حالة الهبوط الاضطراري خارج المطار"[568].

يسأل الناقل حسب المادة 19 من الاتفاقية عن الضرر الناجم عن التأخير في النقل الجوي للمسافرين وأمتعه والبضائع، ويقصد بالتأخير هنا، تفويت الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول عندما لا يتم الاتفاق على ميعاد محدد أو عند رفض الناقل ضمان الميعاد المذكور في جدول المواعيد الذي يعلنه[569].

يمكن للناقل نفي الخطأ من جانبه إذا ما أثبت أنّ الضرر نشأ بخطأ المضرور أو مساهمته في إحداثه وعندئذ يجوز للمحكمة أن تستبعد مسؤولية الناقل أو تخفف منها استناداً إلى مبادئ قانونها الوطني، في حين أجازت اتفاقية جوادالآخارا شرط إعفاء الناقل من المسؤولية عند حدوث ضرر ناتج عن عيب ذاتي في البضاعة[570].

---

[568]- وهذا ما تناولته المادة 1/146 من القانون 98-06 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني بنصها: "***يكون الناقل بالطائرة مسؤولا عن الخسائر والأضرار الناتجة عن ضياع أو تلف أو خسارة تصيب الأمتعة المسجلة أو الشحن بشرط أن يكون السبب الأصلي للخسارة قد حدث في الوقت الذي كانت فيه الأمتعة المسجلة أو الشحن تحت حراسة الناقل الجوي، سواء كان ذلك في المطار أو على متن الطائرة أو في أي مكان آخر، في حالة هبوط هذه الأخيرة خارج محطة جوية."***

- قانون رقم 98-06، يتضمن القواعد العامة للطيران المدني، مرجع سابق.

[569]-نظم المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 147 من القانون 98-06 المتعلق بالطيران المدني:***"الناقل الجوي مسؤول عن الخسائر الناتجة عن تأخر في النقل الجوي للأشخاص والأمتعة والشحن طبقا للقواعد المنصوص عليها في التشريع المعمول به."***

-كلا النصين يوضحان أن مسؤولية الناقل الجوي لا تترتب على مجرد التأخير في تنفيذ عقد النقل الجوي، وإنما عن الضرر الذي قد يلحق أو ينجم عن هذا التأخير، ويعتد بالميعاد المحدد على تذكرة السفر ويشترط أن يكون التأخير قد حدث أثناء فترة النقل الجوي أو المواعيد التي تنشرها شركات النقل الجوي.

[570]-نصت المادة 148 من القانون 98-06 المتعلق بالطيران المدني: " الناقل الجوي غير مسؤول عندما يبرهن أنه اتخذ صحبة كل مندوبيه الإجراءات الضرورية لتفادي الخسارة أو استحالة اتخاذهم ذلك.لا يكون الناقل الجوي مسؤولا عند نقل الأمتعة أو الشحن، إذا برهن أن الخسارة ناتجة عن عيب في البضاعة ذاتها".

- الملاحظ أنّ نص المادة 148 مستمد من نص المادة 1/20 من اتفاقية وارسو.

- راجع في الموضوع: **دمانة محمد**، دفع مسؤولية الناقل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2010-2011، ص 179 وما بعدها.

-أما القاعدة الثالثة فهي باستثناء الحالة المقررة في الفقرة السابقة، **بطلان** كل **شرط** يؤدي إلى **إعفاء الناقل** من المسؤولية أو تخفيض مبلغ التعويض عن المبلغ المحدد في المادة 22 من الاتفاقية.

2- التطبيق المباشر لقواعد النقل البحري

نجد العديد من التشريعات التي تتضمن قواعد موضوعية تنظم أحكام النقل البحري منها القانون الفرنسي الصادر في 02 مارس 1957 المتعلق بمسؤولية الناقل[571]، ويرى بعض الفقه أنّ المشرع المصري[572] سلك مسلك بعض المشرعين الأجانب مثل الأمريكي والمشرع البلجيكي، وهو إخراج عقد النقل الدّولي من دائرة التنازع، وهكذا تشكل هذه التشريعات ما يسمى بقواعد القانون الدّولي الخاص الموضوعي، وبالتّالي فهي قواعد تطبّق على العلاقات الدّولية الدّاخلة في نطاق سريانها المكاني، دون الحاجة إلى اللجوء إلى قواعد التنازع[573].

يعتقد البعض أنّ **القانون البحري** يعتبر من **طائفة القوانين ذات التطبيق المباشر**، إذ أنّه يستهدف قطاع اقتصادي هام كالقطاع البحري، وبالتّالي أكّد المشرع طابعها الآمر لتعلقها بالنظام العام، بل حرص على تعطيل أية قاعدة إسناد مهما كان مصدرها[574].

ونجد المشرع الجزائري قد ضبط هذا القطاع بموجب القانون رقم 98-05 المتضمن القانون البحري الذي يعدل ويتمم ذلك الصادر سنة 1976[575]، ولا شكّ أنذ هذا القانون لا يعطل المعاهدات البحرية السابقة، منها معاهدة المتعلقة بسندات الشحن والبرتوكول

---

[571] **-DEPITRE (M) Simon**, « Les régales Matériel dans conflit de lois », Op.cit. p. 598.

[572]- راجع في أحكام القانون التجارة البحرية المصري رقم 08 لسنة 1990، **عصام حنفي محمود**، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق ص 43.

- قانون التجارة البحرية المصري رقم (08) لسنة 1990، متوفر على الموقع:
http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-Job:52762

[573]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 194.

[574]- المرجع نفسه، ص 195.

[575]- قانون رقم 98-05 مؤرخ في 25 يونيو 1998، يعدل ويتمم أمر رقم 76-80، موافق ل 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري، ج. ر.ج. ج عدد 47، صادر في 17جوان 1998. معدل ومتمم.

المعدل لها عام 1968، باعتبارها من الأحكام الخاصة أو ما يعدّ في حكمها[576]، ولا يتصور انصراف نية المشرع إلى خرق التزاماته الدولية، حتى ولو كانت هذه الاتفاقيات تتعارض مع التشريع الدّاخلي.

يشتمل عقد النقل البحري على القواعد المادية الموحدة بموجب اتفاقيات دولية سواء ما تعلق منها بنقل الأشخاص أو تلك المعنية بنقل البضائع بحراً وهذا ما يتم بحثه في الآتي:

أ- نقل الأشخاص بحراً حسب اتفاقية بروكسل لسنة 1961

أبرمت هذه الاتفاقية في بروكسل بتاريخ 29 أفريل 1961 بهدف توحيد بعض القواعد المتعلقة بنقل الركاب بطريق البحر، وتسري هذه الاتفاقية على أي نقل دولي إذا كانت السفينة تحمل علم إحدى الدول المتعاهدة أو إذا كان مكان الانطلاق أو مكان الوصول طبقاً لعقد النقل واقعاً في دولة متعاهدة، وهذا حسب المادة 02 من الاتفاقية[577].

عقد النقل الذي تسري عليه الاتفاقية هو العقد المبرم بوساطة أو لحساب ناقل لنقل الركاب فيما عدا الإيجار والذي قد يكون مالك السفينة أو مستأجرها أو مشغلها وبين الراكب وهو الشخص الذي ينقل على السفينة أي المركب التي تسير في البحر[578].

أما المدة التي تغطيها القواعد المادية التي تتضمنها الاتفاقية فهي مدة النقل التي يكون فيها الراكب على ظهر السفينة، وكذلك عمليتي ركوبه ونزوله كما تتضمن أيضاً النقل المائي من الرصيف إلى السفينة أو بالعكس متى ما كانت تكاليف هذا النقل تدخل في الاجرة أو إذا كانت المركبة المستعملة في هذا النقل الإضافي قد وضعت تحت تصرف الراكب بوساطة الناقل.

[576]- معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة في 24 أوت 1924، انضمت إليها الجزائر بتاريخ 03 أفريل 1964، وصادقت عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 64-71، مؤرخ في 02 مارس 1964.

[577]- اتفاقية بروكسل المتعلقة بتوحيد بعض قواعد نقل المسافرين بحرا الموقعة ببروكسل بتاريخ 29 أكتوبر 1961، والتي انظمت إليها الجزائر بمقتضى أمر رقم 73-02، مؤرخ في 05 جانفي 1973.

[578]- راجع المادة الأولى من اتفاقية بروكسل.

يتّبع في تدويل عقد النقل بموجب الاتفاقية ما قررته المادة 01 بنصها "***يقصد بالنقل الدّولي أي نقل يكون فيه مكان الانطلاق ومكان الرسو طبقاً لعقد النقل واقعين إما في دولة واحدة إذا كان هناك ميناء للتوقف في الوسط أوفي دولتين مختلفتين***".

لقد تضمن برتوكول توقيع الاتفاقية تحفظين يقيدان من نطاق تطبيق الاتفاقية وهما:

- ألاّ تسري الاتفاقية بالنسبة للنقل الذي لا يعدُ نقلاً دولياً طبقاً للقانون الوطني للدولة المنضمة إلى هذا التحفظ .

-ألاّ تسري الاتفاقية متى كان كل من المسافر والناقل من رعايا طرف في الاتفاقية، كما لاتسري الاتفاقية على النقل المجاني أو على المسافر المتسلل لعدم وجود عقد نقل في تلك الحالة، ولكنها تسري على النقل التجاري الذي تقوم به الدول والسلطات العامة التابعة لها.

ب- نقل البضائع بحرا (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل البحري للبضائع هامبورغ (1978)

تكمن أهمية نقل البضائع بحرا في أهم الآثار التي تحدثه الاستثمارات في هذا المجال على اقتصاد الدول، وبالتّالي فإنّ توحيد النّظام القانوني لهذا النّوع من النقل من شأنه أن يعزّز اليقين القانوني، وتعدّ من بين الخطوات لتحقيق ذلك إقرار الاتفاقية التي يشار إليها بقواعد هامبورغ في 31 مارس 1978 في مؤتمر دبلومسي دعت إليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عقد في هامبورغ، وقد استندت هذه الاتفاقية إلى مسودّة أعدتها لجنة الأمم

المتحدة لقانون التجارة الدّولية[579]، وتهدف قواعد هامبورغ إلى وضع نظام موحد لحقوق والتزامات الشاحنين والناقلين والمرسل إليهم المستفيدين من عقد النقل.

ركّزت الاتفاقية في الموضوعات التي عالجتها على **مسؤولية الناقل** في حاله **فقدان** أو **تضرر** البضائع، وكذلك مسؤولية الناقل في حالة **التأخير** في التسليم والتي تقوم على أساس الخطأ المفترض، حيث تنص المادة 5/1 من اتفاقية هامبورغ على أنّ:

" يسأل الناقل عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها، وكذلك الناتجة عن التأخر في التسليم إذا وقع الحادث أثناء وجود البضائع في عهدته على الوجه المبين في المادة 04، ما لم يثبت الناقل أنّه قد اتخذ هو أو أحد مستخدموه أو وكلائه جميع ما كان من المعقول تطلب اتخاذه من تدابير لتجنب الحادث وتبعاته[580]".

ركّزت الاتفاقية من جانب آخر على مسؤولية الشّاحن عند تلف أو تضّرر السفينة كما هو الحال مثلاً عند نقل أشياء أو بضائع خطيرة في حين تتعلق الأحكام الأخرى من قواعد الاتفاقية بوثائق النقل الصادرة بما في ذلك سند الشحن ووثائق النقل غير القابلة للتفاوض وأحكام بشأن تحديد الدعوى والاختصاص والإجراءات التحكيمية على وفق الاتفاقية[581].

دخلت اتفاقية هامبورغ حيز النفاذ في 01 نوفمبر1992، تقررالمادة 03 من هذه الاتفاقية على دخولها حيز النفاذ في اليوم الأول من الشهر التّالي لانقضاء سنة واحدة على

[579]- **خلفي أمين**، المسؤولية المدنية للناقل البحري للبضائع دراسة مقارنة بين (التشريع الجزائري واتفاقية هامبورغ 1978)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعـــــــلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 07.

[580]- راجع أحكام اتفاقية هامبورغ بشأن النقل البحري للبضائع بحرا على الموقع:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/transport/Rotterdam_Rules/Rotterdam-Rules-A.pdf

[581]- راجع كذلك: اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئياعلى الموقع:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/transport/Rotterdam_Rules/Rotterdam-Rules-A.pdf

تاريخ ايداع الوثيقة العشرين للتّصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام ويسري الحكم ذاته بالنسبة للدول الأخرى التي تصبح طرفاً في الاتفاقية بعد دخولها حيز النفاذ[582].

تعد الاتفاقية تتويجاً للجهود الهادفة إلى وضع نظام قانوني دولي حديث وموحد يحكم نقل البضائع بحراً بعد تأكد عدم ملائمة الاتفاقية المتعلقة بتوحيد بعض القواعد ذات الصلة بسندات الشحن والتي تم اقرارها ببروكسل في 1924/8/25 بعد أن كانت نسبة كبيرة من عمليات النقل البحري للبضائع محكومة بهذه الاتفاقية الاخيرة[583].

3 التطبيق المباشر لقواعد النقل البري

ينصرف مفهوم النقل البري إلى كل من النقل بالسيارات والنقل بوساطة السكك الحديد فضلا عن النقل متعدد الوسائط ونكتفي بذكر أهم الاتفاقيات ذات الصلة بهذا النوع من النقل والتي تقرر قواعد مادية موحدة:

أ- النقل بالسيارات: اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ 91 ماي 1956 الموحدة لبعض القواعد ذات الشأن بالنقل البري الدولي للبضائع.

ب- النقل بوساطة السكك الحديد: وقد ابرمت بشأنه اتفاقيات متعددة ومنذ عام 1890 إذ تم ابرام اتفاقية بيرن في 14 أكتوبر 1890 بشأن نقل البضائع والتي عدلت بموجب اتفاقية باريس 1896 ثم في بيرن1905، وعدّلت باتفاقيا لاحقة تم آخرها سنة 1953

---

[582]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 197.

[583]- **خلفي أمين**، المسؤولية المدنية للناقل البحري للبضائع دراسة مقارنة بين (التشريع الجزائري واتفاقية هامبورغ 1978)، مرجع سابق، ص 07.

للإشارة فإنّ هناك مشروع لاستبدال اتفاقية بروكسل لسنة 1924 من قبل لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدّولية (CNUDCI) تماشيا مع التطورات الحاصلة في مجال النقل البحري، باعتبار أحكام الاتفاقية السابقة توصف بالقدم بالرّغم من تعديل أحكامها عدة مرات، إلاّ أنّها لا تستـــجيب للتغيرات التي طرأت في مجـــال تطبيقها ، وظهرت هذه الرّغبة في التعديل سنة 1996 بحيث أسندت هذه المهمة إلى اللجنة البحرية الدولية (CMI) لإعداد هذا المشروع، وفي سنة 2002 تولت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية تكوين فوج عمل يتكون من ممثلي الدول الاعضاء في اللجنة ، باشراك بعض المنظمات الدولية كغرفة التجارة الدولية. راجع في الموضوع:

-**RACINE Jean Baptiste**, « Projet de convention CNUDCI sur le transport de marchandises par mer : entre modernité et complexité », *Revue des contrats*, 01 octobre, N° 4, 2007, p. 1261.

الخاصة بتوحيد قواعد النقل بالسكة الحديدية للركاب والأمتعة، أما الاتفاقيات الخاصة بنقل البضائع بالقطارات فإنّ أهمها اتفاقية سنة 1921[584].

نجد بالنّسبة لنقل المسافرين والأمتعة اتفاقية بيرن المبرمة بتاريخ 23 أكتوبر 1924 وكذلك اتفاقية روما المبرمة بتاريخ 23 نوفمبر 1933 والمعدلة في بيرن بتاريخ 25 فيفري 1961، إذ تنص المادة 1/1 منها بأن تكون القواعد المادية المقررة واجبة التطبيق على عمليات النقل الدولي المحددة وذلك بمراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في الفقرات التي عددتها تلك المادة.

تفرض الاستثناءات التي تشير إليها الفقرة السابقة قواعد تنازع بدلاً من القواعد المادية وعلى ذلك فإنّ القواعد المادية تكون واجبة التطبيق مباشرة دون أن يتم الاسناد إليها بوساطة قواعد التنازع ولهذا فهي تتخذ طابع القانون الدّولي الخاص المادي.

أخيراً تجدر الاشارة إلى أنّ هناك اتفاقيات دولية تضع قواعد مادية موحدة في مجالات أخرى كالوكالة التجارية والتحكيم ومسائل ذات صلة بموضوعات أخرى غير العقود ولم يتسع المجال لبحثها[585].

[584]- **مسيحة أشرف شوقي**، القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 167.

[585]- وللمزيد من التفاصيل بشأن هذه الاتفاقيات راجع كل من موقع لجنة الامم المتحدة لتكون التجارة الدولية ومعهد توحيد القانون الخاص على الموقعين: www.unidroit.org و www.uncitral.org

الفرع الثّاني

استبعاد منهج قواعدالتنازع في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي

لعب القضاء الوطني دورا مهما في ايجاد حلول للمنازعات المطروحة أمامه بغضّ النّظر عن طبيعة النّزاع، فقد أوجد القضاء في بعض الدّول حلولاً لاتطبق إلاّ على المنازعات المتعلقة بعقود دولية أو ذات عنصر أجنبي، بحيث أنّ الفقه أخذ يشير إلى هذه الحلول على أنّها قواعد موضوعية تطبّق مباشرة دون الالتفات إلى ما تقرره قواعد تنازع القوانين.

وجد القضاء نفسه في بعض الدّول أمام خيار صعب بين التمسك بالقانون المشار إليه بواسطة قاعدة التنازع، وبين ترجيح القانون الذي أنشأه التجّار وتواضعوا على العمل به في علاقاتهم فما كان من هذا القضاء إلا الإقرار بهذا الواقع وتطبيق تلك القواعد التي تشكل في رأي جانب من الفقه نظاما قانونيا ثالثا يتوسط القانون الدّولي العام والقانون الوطني ذلك هو نظام القواعد الموضوعية.

سواء استخدم هذا القضاء وسيلة تفسير النّصوص القانونية أو لجأ إلى فكرة النّظام العام الدّولي أو حتى طبق الحلّ الذي تشير به قاعدة التنازع، فإنّ استقرار هذه الحلول في النّظام القانوني الذي نشأت فيه يجعلها محلاً للبحث والدّراسة لمعرفة ما آل إليه حال هذه القواعد.

تأكيدا لما سبق، لابدّ من عرض القرارات القضائية التي يشير إليها هذا الفقه بأنّها أوجدت قواعد موضوعية في القانون الدّولي الخاص، بغض النّظر عن الوسائل التي لجأ إليها (**أولا**)، فإنه وضع حلولا استقرت في النّظام القانوني لعقود التجارة الدّولية، فكانت اللّبنة التي أرست مجموعة من القواعد الموضوعية في إطار هذه العقود (**ثانيا**).

أوّلا- وسائل القضاء في خلق القواعد الموضوعية

يلجأ القاضي إلى وسائل عديدة منها:

1-اللّجوء إلى تفسير النّص القانوني المعني

نتساءل هل يستطيع القاضي أن ينشئ قواعد قانونية أثناء قيامه بعملية تفسير النّص القانوني، أو بمناسبة هذا التفسير؟

يعدّ التّفسير من صميم عمل القاضي الذي يلجأ إليه من أجل إزالة الغموض الذي يشوب النّص القانوني، فبقيامه بهذه المهمة قد يتخطى أحيانا مجال التفسير والتطبيق إلى مجال الخلق والابتكار، فكثيرا ما يتأثر القضاة بالظروف الواقعية للمنازعات المعروضة أمامهم، وهو ما ينعكس على التفسير الذي يعطونه للقواعد القانونية الوضعية، بل هم يتجاوزون هذه القواعد تحت ستار التفسير للوصول إلى الحلول القانونية العادلة للمنازعات، وهنا تختلط عملية التفسير بعملية خلق القانون[586].

تتم عملية تفسير النّص على وجه يؤدّي إلى التعديل من بعض آثاره، وهذا ما يمكن أن نستشفه من خلال ما اتبعته محكمة النّقض الفرنسية عندما أيدت قضاة الموضوع في تفسير نص المادتين 83، 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تحظر على الدّولة الفرنسية التصالح.

بعد أن تبيّنت محكمة الاستئناف أنّ هذا الحظر يشكل عقبة في مجال العلاقات الاقتصادية الدّولية في وقت تزايدت فيه العقود بين الدّولة والأشخاص الخاصة، وهو ما يعني استبعاد تطبيق المادتين.

رفضت محكمة النقض الطعن الموجه ضد حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 1966/02/12 مقررة أنّ المحكمة عرضت فقط لبيان ما إذا كانت قاعدة حظر التصالح والخاصة بالعقود الداخلية يمكن تطبيقها أيضا على العقود الدّولية، فخلصت محكمة

[586] - **تناغو سمير عبد السيد**، النظرية العامة للقانون،مرجع سابق، ص 732.

النقض في نزاع (Galakis) هذا إلى استنتاج مؤداه أنّ الحظر يجب عدم سريانه على العقود الدولية، وفي قرارها الصادر بتاريخ 1966/05/02 قيدت من نطاق سريان المادتين مؤكدة حق الدّولة الفرنسية وهيئاتها العامة في الخضوع للتحكيم الدّولي[587]، ورغم النّقد الموجه لهذا الحكم إلاّ أنّ القضاء قرّر عبره قاعدة مادية في القانون الدّولي الخاص تطبق مباشرة دون اللجوء إلى منهج التنازع[588]، خرج بها على نصّ التشريع القائم تحت غطاء التفسير، ويقول البعض أنّ المحكمة ذاتها لو سئلت عن حدود اختصاصها لما ترددت في تحديد هذا الاختصاص في حدود التّفسير والتّطبيق، ولكنها في الواقع مارست دورا حقيقيا قاسمت فيه المشرع دوره[589].

---

[587] - وتتلخص وقائع القضية أنّ الدولة الفرنسية أمضت عقدا مع مجهز سفينة أجنبي، متضمنا شرط تحكيم يخول هيئة اختصاص في حالة نشوب نزاع لهيئة التحكيم في لندن، فثار نزاع عند تنفيذ هذا العقد، على إثره لجأ مجهز السفينة إلى التحكيم وقام بتعين محكم عنه، بينما امتنعت الدولة الفرنسية عن تعيين محكمها، وصدر الحكم لصالح مجهز السفينة وتحصل على أمر تنفيذ الحكم من رئيس محكمة السين المدنية، وقد اعترضت الدولة الفرنسية على التنفيذ وتمسكت ببطلان شرط التحكيم على أساس أن القانون الفرنسي يمنع الدولة من اللجوء إلى التحكيم، ولكن محكمة باريس رفضت هذه الحجة وقررت صلاحية الشرط محل النزاع، وأن التحريم الوارد في المواد 83، 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي خاصة بالعقود الداخلية، ولا تسري على العلاقات ذات الطبيعة الدولية. عن **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 237.

-راجع: **عدلي محمد عبد الكريم**، خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الـــــدولة والأشخاص الأجنبية، مقال متوفر على الموقع

http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/396/4/revue-algerienne-pour-Science-des%20Droits-Econnomique-et-Politiques.pdf

وكذلك: **إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي وماهر محسن عبود الخيكاني**، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار(دراسة مقارنة)، مقال متوفر على الموقع :http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=37158

[588] - يرى الفقيه Loussouarn أنّ ذات النتيجة التي توصلت إليها محكمة النقض، كان يمكن بلوغها عن طريق قاعدة التنازع، لو عينت المحكمة بمعرفة ما إذا كان الحظر يمكن اعتباره من المسائل المتعلقة بأهلية الدولة، حيث تخضع مسألة الأهلية للقانون الوطني في تلك الدولة، أو أنها مسألة تخضع لقانون العقد، وبذلك كان يمكن لمحكمة النقض عند اعتبار حظر التصالح مسألة يحكمها القانون الواجب التطبيق على العقد وليست من مسائل الأهلية، وعن طريق إعمال قاعدة التنازع أن تبلغ ذات النتيجة، بيد أن المحكمة وضعت مباشرة قاعدة موضوعية دون ذلك باعتبار أن العقود الدولية تفلت من هذا الحظر.

- **عشوش عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق،1988 ، ص 32.

[589] - **إبراهيم أحمد شحاتة**، " اجتهاد القاضي "، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية** لجامعة عين شمس، العدد2، السنة الرابعة، 1962، ص 418.

يقرّ بعض الفقهاء أنّ المحكمة قررت قاعدة موضوعية هي حق الدّولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدّولية، وأن حماية مصالح الدّولة يتمثل في حماية مصالح التجارة الدّولية، وبالتّالي ليس من مصلحة الدّولة الفرنسية أن تبرم اتفاق تحكيم ويطمئن المتعاقد معها على هذا الاتفاق ثم تتنصل من تعهداتها تحت رداء حصانتها.

نجد من بين أهم خصوصيات التحكيم في فض المنازعات بين الدولة والأشخاص الأجنبية المتعاقدة، أنّ الدّولة سلبت بعضا من اختصاصاته، لاسيما الدّفع بالعنصر السيادي في مواجهة الأطراف والادعاء بسلطتها، ناهيك عن عدم مسؤولية الدّولة جراء لجوء مشاريعها إلى التّحكيم، كما أنّ من خصوصيات التحكيم تحقيقه لميزة الاستقرار التعاقدي، سواء في تجسيد مبدأ استمرارية العقد في ظل القوة القاهرة[590] أو عن تأثير الإجراءات الانفرادية للدّولة [591].

[590] - إن المنازعات التي تدور حول حالة القوة القاهرة يغلب عليها الطابع الفني ومن ثمة فإنّ الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة يتوفر للقائمين عليها الخبرة والدراية العلمية الكافية، هنا تبرز أهمية التحكيم لفض مثل هده المنازعات =ذلك لأنّ الأطراف لا يودون في الغالب انهاء رابطتهم العقدية بسبب هذا الحادث الذي أوجد حالة من القوة القاهرة، وإنما قد يجدون من المناسب أكثر من ذلك أن يعيدوا النّظر في هذه الرابطة لتصبح أكثر توافقا مع الظروف الجديدة تعاونهم من جديد على اساسها في مثل هذا المناخ الذي لا يتسم بالندية التي تسود الخصومات عادة، الواقع إن الغرض من ادراج شرط القوة القاهرة في مجال العقود بصفة عامة هو تحديد المقصود بها، وذلك إما بالإحالة في مثل هذا الصدد لنظام قانوني معين وغالبا ما يكون القانون الواجب التطبيق على العقد نفسه، أو إجراء ء تحديد حصري يتضمن بيانا جامعا بالأحداث التي تندرج تحت هذا المصطلح، وهما تكون لعقود الاستثمار خصوصيتها لارتباط هذه الأحداث عادة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية و السياسية أو لصلتها بطبيعة النشاط الاقتصادي =نفسه، وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه خصوصا في العقود ذات الالتزامات المتقابلة، فإن الأمر يختلف في عقود الاستثمار حيث أنّ هناك حرص على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها لضمان استمرار هذه العلاقة الاستثمارية بين الأطراف المعنية.

- أنظر: **الجازي عمر مشهور حديثة**، "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، **مجلة نقابة المحامين**، العددان التاسع، أيلول وتشرين الأول، عمان، 2002، ص6. **وعدلي محمد عبد الكريم**، خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق.

[591] -يفرق الفقه عادة بين نوعين من الاجراءات الانفرادية التي تقدم عليها الدولة في عقد الاستثمار وتؤثر بطريق غير مباشر على تسوية المنازعات بطريق التحكيم.

النوع الأول من هذه الاجراءات يتمثل في قيام الدولة بإحداث تغييرات جوهرية في تشريعها الوطني مما قد يؤثر على مدى سلطتها في اللجوء إلى التحكيم أو الالتزام بأحكامه أو قد يكون من شأن هذه التغييرات التعديل في القواعد القانونية التي =تحكم

2- التبرير على أساس قواعد التنازع

قد تجد المحكمة أنّ القانون الأجنبي يتفق مع القاعدة المادية التي قرّرتها، فتلجأ عندئذ إلى منهج التنازع، وهو ما حدث في القرار الصادر في نزاع(San Carlo) بتاريخ 1964/04/14، حينما اعتبرت أنّ الاتفاق المبرم في إطار القانون الخاص يخضع للقانون الأجنبي الذي يقرّ صحة التحكيم متى اكتسب العقد طبيعة العقد الدولي، بعد أن قامت بتكييف الحظر الوارد في المادتين 83، 1004 على أنّه نوع من عدم الأهلية الخاصة يخضع فيما لو كان العقد يتسم بالطابع الدّولي لقانون العقد[592]، وهنا نشأت القاعدة المادية التي مفادها أهلية الدولة ومؤسساتها العامة في الخضوع للتحكيم في العقود الدّولية ذات الطبيعة الخاصة، وبالتّالي اعتبار المادتين السابقتين من النّظام العام الدّاخلي الذي لا يسري على العلاقات الدّولية.

الملاحظ، أنّ المحكمة اعتمدت في رجوعها في شأن أهلية الدّولة في الخضوع للتحكيم إلى قاعدة التنازع التي تشير باختصاص القانون الأجنبي، إلاّ أنّ المحكمة بإقرارها هذه القاعدة المادّية فهي أقرت حلاّ ظاهر الفساد، وهو ما كان بمثابة صدمة بالنسبة للفقه[593]، حيث لا يتصور عقلا التسليم بخضوع أهلية الدّولة لقانون أجنبي، وبعدها تجاهلت المحكمة منهج التنازع وأغفلت البحث عن مضمون القانون الأجنبي فيما لو كان يحظر على الدّولة حق الالتجاء إلى التحكيم، وتصدت لوضع قاعدة موضوعية ذات تطبيق مباشر لا يتوقف إعمالها على قاعدة التنازع تبيح للّدولة الأمر في الروابط العقدية الدّولية.

تسوية النزاع، أما النوع الثاني فيقصد به الإجراءات التي تتخذها الدولة لإبطال أو فسخ عقد الاستثمار الذي يتضمن الاتفاق التحكيمي.

[592]-عن: **ياقوت محمود محمد**، المتعاقدان في اختيار قانون العقد الدولي بين النظر ية والتطبيق ، مرجع سابق، ص ص 301-302.

[593]- **DEBY-Gérard Françoise**, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Op, Cit, P.117. « On a également trouvé choquant, sur un plan théorique que la solution soit abandonnée aux dispositions d'une loi étrangère qui n'a pu envisager de régler la compétence des états étrangers »

لقد تواترت أحكام القضاء[594] على هذا النحو متخلية عن التّستر وراء منهج التنازع، وصولا إلى تطبيق بعض القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدّولية، حتى أعلن القضاء صراحة وبوضوح عن استقلال القواعد الموضوعية التي قام بوضعها استجابة لظروف الدّولية عن منهج التنازع، فقد تطور القضاء منذ قضية Galakis فكان القرار الصادر فيها مرحلة مهمة من التطوّر والرغبة في استبعاد منهج التنازع، وبالتّالي التّخفيف من تطبيق القانون الدّاخلي على العقود الدّولية، وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية بصورة صريحة في قرارها الصادر 1972/07/04في قضية (Hecht) أكدت فيه قاعدة موضوعية في القانون الدولي الخاص، المتعلقة بالمعاملات الدّولية تقضي باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بغضّ النّظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد الدّولي[595].

بهذا المعنى، اكتسبت هذه القواعد الموضوعية القضائية طابع العموم والتجريد النّابع من الاستقرار القضائي في شأنها وباضطراد الأحكام المتواترة عليها، وبالتّالي إعلان القضاء عن استقلال هذه القواعد باعتبارها قواعد القانون الخاص المادي ذات الأصل القضائي، والتي لا يحتاج تطبيقها لمنهج قواعد التنازع.

3- اللّجوء إلى النّظام العام الدّولي

لجأ القضاء في حالات معينة إلى فكرة النّظام العام لإقرار بعض القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، وليس المقصود هنا النّظام العام الدّاخلي[596] الذي لم يعد له دور ليفرضه على كل المجالات الدّولية، وإنمّا المراد النّظام العام الدولي الذي يعبّر عن الأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين الدّول، كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين،

---

[594] -**المؤيد محمد عبد الله**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الـــــطابع الدولي، مرجع سابق، ص240.

[595] - عن: **ياقوت محمود محمد**، حرية المتعـــاقدان في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 303.

[596] - **سلطان عبد الله محمود**، "الدفع بالنظام العام وأثره" ، **مجلة الرافدين للحقوق**، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010.

- فكرة النظام العام الداخلي تنتمي إلى نطاق التفسير القضائي، ذلك أن القاضي باعتباره عضو في جماعة معينة يتوفر لديه الإدراك بالخصائص السياسية لفكرة القانون، وبعبارة أخرى يعني الضمير الكامن للقانون في بلده.

-أنظر: نسيغة فيصل ، دنش رياض "النظام العام" ، **مجلة المنتدى القانوني**، العدد الخامس، 2008، ص 171.

ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، وكذلك مبدأ توازن الأداءات التعاقدية وعدم جواز الإثراء بلا سبب وغيرها[597].

يؤكّد فقه القانون التجاري الدّولي، أنّ الأسس التي يقوم عليها المجتمع الدّولي للتجار يشكل نوعا ثالثا من النّظام العام غير ذلك المعروف في القانون الدّاخلي ولا حتّى ذلك المعروف في القانون الدّولي الخاص الذي يكون دوره هو منع خرق القانون الأجنبي لنّظام المحكمة الوطنية، ويجد هذا النوع الثالث تبريره في الحفاظ على التجارة الدّولية[598].

اتجهت بعض الأحكام في البداية إلى دور القواعد الموضوعية التي انتهت إليها إلى فكرة النّظام العام[599]، إذ قد تجد المحكمة أنّ القانون واجب التطبيق على النزاع لا يتفق مع القاعدة الموضوعية المقرّرة، فتستعمل النّظام العام وسيلة وسيطة للوصول إلى تلك النتائج[600]، من ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1950/06/21 في نزاع شركة البريد البحرية الفرنسية والذي يقضي بصحة شرط الدفع بالذّهب المدرج في عقد قرض دولي خاضع للقانون الكندي الذي تقضي أحكامه ببطلان هذا الشرط، وأكّدت المحكمة في حكمها أنّ من حق المتعاقدين في مثل هذا العقد الاتفاق على الدفع بشرط الذهب - ومقتضى هذه القاعدة تقييد إن لم يكن استبعاد للضرر الناشئ من انخفاض القوة الشرائية للعملة المستخدمة في العقد الدولي - حتى وإن كان هذا الدّفع مخالفا للأحكام الآمرة في القانون واجب التطبيق على العقد الذي هو القانون الكندي وحتى مخالفا للقانون الدّاخلي لفـــــرنسا، التي جعلت هذا الشرط باطلا في المدفوعات الداخلية بينما تسمح

---

[597]- **الحجايا نور حمد**، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، مقال مقدم في إطار المؤتمر السنوي السادس عشر المتعلق " التحكيم التجاري الدولي "، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، متوفر على الموقع:http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/alhagaia.pdf

[598]- **هشام علي صادق**، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن، ص 296.

[599]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص716.

[600]- **DEBY-Gérard Françoise**, *le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, op.cit, P.127.

بصحته في المدفوعات الدّولية وذلك عملا بالقانون الفرنسي الصادر في 1928/06/25 الذي يقر صحة هذا الشرط المتفق مع المفهوم الفرنسي للنظام العام الدّولي[601].

أضفى هذا الحكم أهمية كبيرة على تساؤلات بعض الفقه، عمّا إذا كان هذا الحكم يعدّ في حقيقة الأمر تطبيقا للدفع بالنّظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع أم أنّه استناد خاطئ يقرّ الشّك على اعتبار أنّ الأمر يتعلق بكون القضاء قد خلق بالفعل قاعدة موضوعية دولية.

كان القانون الفرنسي يتضمن قاعدة آمرة لا تقرّ سلامة شرط الدّفع بالذهب في الوقت الذي صدر فيه الحكم وفي ذلك تعارض، ممّا يترتب عليه عدم جواز الاستناد إلى النّظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي في الوقت الذي كان فيه هذا الشرط غير جائز أيضا في القانون الداخلي الفرنسي[602].

أكّد جانب آخر من الفقه أنّه إذا ما تمّ التمسّك بما يسمى بقاعدة **النّظام العام** أمام القضاء الفرنسي **ذي الطبيعة التدويلية**، فإنّه لا يكون نظاما عاما بمفهومه الدّاخلي أو النظام العام النسبي ولا هو أيضا نظاما عاما في القانون الدولي الخاص، بل هو نظاما عاما ثالثا خاصا بالعلاقات الدولية الخاصة يهدف إلى استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية التي تكون ذات مضمون مماثل للقوانين الفرنسية المعدّة للعلاقات الدّاخلية[603].

حاول البعض من الفقه تجنب فكرة النّظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد، مفضلا استخدام هذه الفكرة لتبرير التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية التي انتهى إليها القضاء في مجال عقود التجارة الدّولية، أو اعتبار هذه القواعد من قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري.

---

[601] -**LOUSSOUAN Yvon**, cours général de droit international privé, R.C.A.D.I, 1973 -2, p. 310.

[602] - **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص717.

[603]- **Goldman (B)**, Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, R.C.A.D.I ,1963 – 2, p.432.

- أشير إلى هذه الفكرة في مرجع:

يقرر في هذا المعنى، الأستاذ البلجيكي (Rigaux) أنّ القواعد الموضوعية على هذا النحو تحدد سريانها من خلال قاعدة إسناد مفردة الجانب تشير باختصاص قانون القاضي، وهو يقترب من قواعد البوليس[604]، ويقدّر الفقه البلجيكي الأكثر حداثة في هذه المسألة أنّ القضاء كان هدفه واضحا تماما في إقصاء قاعدة التنازع في هذه الحالة، حيث أنّ قابلية القاعدة التي تختص مباشرة على حالات التجارة الدولية تنطبق أيّا كانت استناداتها الإقليمية[605].

يبدو أنّ القضاء الفرنسي استخدم وسائل متعددة تحرر عن طريقها من القواعد المعدّة للعلاقات الداخلية، سواء لجأ إلى قواعد إسناد، أو إلى تفسير هذه القواعد بشكل جعله يعدل من نطاق تطبيق هذه النصوص، أو لجأ إلى استحداث نظام عام دولي ذي اثر

شهاب عاطف، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي (طبيعته- نشأته- انعقاده صحته)، د.د.ن، د.ب.ن، ص322 وما يليها.

عندما تمت الإشارة إلى قضية Dalico حيث قضت محكمة استئناف باريس بأن قصرت مسألة صحة وفعالية اتفاق التحكيم وبحثها من خلال مقتضيات النظام العام الدولي دون اية إشارة إلى نظام تنازع القوانين. أ نظر النص الفرنسي للحكم:

-« Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du control principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient , sous réserve des règles impérative du droit français et de l'ordre public international , d'après la commune volonté des parties , sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ; qu'en l'espèce , la cour d'appel a légalement justifiée sa décision en établissant l'existence de la clause d'arbitrage sans avoir égard à la loi Libyenne du contrat et a souverainement retenu , par l'analyse et l'interprétation des documents produit , que l'annexe invoquée avait , notamment pour objet de substituer la cause d'arbitrage stipulée a l'origine à celle donnant compétence aux tribunaux libyens et que son intégration dans l'ensemble contractuel démontait , bien que ce document ne fût pas signé , la commune intention des parties à se soumettre à la clause litigieuse ».

[604]- يشير البعض بحق إلى خطأ تشبيه القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص بقواعد البوليس، لأنّ الأولي تهدف إلى الاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية، بينما تهدف الثانية إلى حماية النظام العام الداخلي، وأن تطبيق قواعد البوليس يفترض وجود ارتباط بين العلاقة العقدية والدولة التي تنتمي هذه القواعد إلى نظامها القانوني، بينما لا يشترط هذا الارتباط لإعمال القواعد الموضوعية إلاّ إذا اعتبرنا الاختصاص القضائي للمحكمة التي تنتمي هذه القواعد إلى قانونها هو نوع من الارتباط بين العقد والنظام القانوني لدولة هذه المحكمة، وهو ما يتضمن نوع من الخلط غير المستساغ بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد الاختصاص التشريعي من ناحية أخرى.

- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 718-719.

[605]- المؤيد محمد عبد الله، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 228.

يخالف الآثار المعتادة للنظام العام في القانون الدولي الخاص[606]، فإنّه قد أوجد قواعد موضوعية تتلاءم وطبيعة العقود الـــــدولية، رغم أنّ هذا التوجه منتقد فقها لأنّه يجعل من النّظام العام ظرفا للإسناد وليس عقبة أمام تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد[607].

ثانيا – القواعد الموضوعية التي أرساها القضاء

نظرا لأهمية هذه القواعد فضّلنا إبرازها في هذا العنوان المستقل، رغم أنّنا أشرنا إليها من خلال تحليلنا للوسائل التي اعتمدها القضاء لإرسا ها.

1 - قاعدة حرية اختيارعملة العقد الدّولي

تعدّ مسألة المدفوعات الدولية من المسائل التي برز فيها دور القضاء في وضع قواعد موضوعية تبررها حاجات التجارة الدولية، وبالتالي صحة شروط ضمان العملة إذا ارتبطت بعقد دولي بهدف توقي مخاطر تغيير سعر العملة في الوقت الذي تعدّ فيه مثل هذه الشروط باطلة إذا ما أدرجت في العقود الداخلية لتعلقها بالنّظام العام، ويدعم هذا الاتجاه معظم قرارات التحكيم الحديثة لغرفة التجارة الدّولية، حيث تعترف بمشروعية هذا النوع من الشروط دون أن تهتم بالقانون الواجب التطبيق.

يتضح لنا، أنّ شرط اختيار عملة الوفاء في العقود الدّولية شرط صحيح بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق، وهو ما يضفي الاستقرار في التجارة الدولية، وقد اعتبر القضاء الفرنسي على يد المدعي العام Matter أنّ شرط الوفاء بالذهب أو على أساس

---

[606] - من بين القرارات التحكيمية في هذا المجال القرار رقم 1971/1938 فقد قرر المحكمون فيه أنّ النّظام العام عبر الدولي يقف بكل قوة ضد تراجع الدولة عن عقد تحكيم وقعته بإرادتها عند إجراءات التحكيم أو التنفيذ متذرعة ببطلانه.

-أنظر: **محمدي محمد عبد الرحمان**، "النّظام العام واتفاق التحكيم"، **دراسات وأبحاث قانونية**، العدد 1، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون الأعمال والمقاولات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2007، ص 169 .

[607]- DEBY-Gérard Françoise, *le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, op.cit., N°162, P. 128.

قيمته هي شروطا صحيحة[608] حيث لا تخضع العقود الدولية للسعر الإلزامي الذي تخضع له المدفوعات الداخلية، وإنما تخضع لنظام طليق من كل نظام وطني[609].

تعتبر هذه الشروط أصلا عاما مشتركا متعلقا بصميم التجارة الدولية، أو ما يطلق عليه بالنظام العام الدولي الحقيقي أو المشترك الذي يجب احترامه بغض النظر عن قواعد التنازع وهذا هو موطن التجديد في القضاء[610].

بالإضافة إلى القرار الصادر في نزاع شركة البريد البحرية الفرنسية المذكور آنفا نجد قرارا آخرا صدر في الشّأن ذاته في النزاع المسمى (Atard)، أين لجأت محكمة النقض الفرنسية إلى نظرية العقد دون قانون، إذا يكون للأطراف حرية اختيار العملة بناء على حرية اختيار الأطراف للنّظام القانوني الذي يحكم عقدهم، تلك الحرية التي تمكنهم في مجال الشروط التعاقدية خاصة منها المتعلقة بالنقد من التحرر من هيمنه أي قانون وطني، والخضوع لقانون التجارة الدولية (LexMercatoria) الذي يؤلف قانونا للشعوب ذو طبيعة تلقائية .

قريب من موقف القضاء الفرنسي نجد القضاء المصري يجيز الوفاء بعملة أجنبية دون الاعتداد بقيمتها ذهبا، رغم أنّ القانون الصادر في 1935 يحرم شرط الذهب المشترط في العقود المتضمنة مدفوعات دولية، ولكن مصر صادقت على معاهدة بروكسل لسنة 1924 الخاصة بتوحيد القواعد المتعلقة بسندات الشحن والتي تقضي

---

[608] - **عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 276.

[609] - **المؤيد محمد عبد الله**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 223.

[610] - يرى البعض من الفقه أنّ مسلك القضاء وخاصة منه الفرنسي هو توسع في إعمال العرف القائم على تعليق الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية، والعرف الدولي على هذا النحو في مفهومه هذا مفهوم ومعيار اقتصادي من الممكن أن لا يتطابق مع المعيار القانوني للعقد الدولي المستمد من اختلاف جنسية المتعاقدين، ووفقا لما ذهب إليه (Matter) ينبغي أن يتولد عن حركة متبادلة عبر الحدود للمنافع الاقتصادية المتبادلة .أنظر:

DEBY-Gérard Françoise, *le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, op, cit, N° 129, p .100.

مادتها 4/5 والمادة 09 حساب الخسارة الناجمة عن المخاطر البحرية على أساس قيمـــة الذهب، وأن هذه التنظيمات تعتبر قانون العلاقة في الروابط التي تخضع لاتفاقية بروكسل، وعلى هذا الأساس ينتقد جانب من الفقه موقف بعض الأحكام القضائية من إعمال قانون 1935 رغم المصادقة على معاهدة بروكسل، وهذا الأمر يصطدم مع اعتبارين، أولهما إهمال الغاية التي تسعى إليها المعاهدات الدّولية والحد من غلو مفهوم النّظام العام في فض المنازعات الخاصة الدّولية، وثانيها وجود نظام عام نوعي خاص برّوابط التجارة الدّولية [611].

2- قاعدة مشروعية واستقلالية شرط التّحكيم

يحتل التحكيم أهمية بارزة على صعيد المعاملات الدولية، ومن القواعد التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن مشروعية واستقلال شرط التحكيم[612]، ويعود الأساس النّظري والعملي لقاعدة استقلال شرط التحكيم إلى ضرورات التجارة الدولية ومزايا التحكيم، وكذلك ما يقرّره مبدأ سلطان الإرادة والخروج أحيانا عن أحكام القانون الآمرة في القانون المختار لحكم العقد ممّا يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية، وقاعدة استقلال شرط التحكيم تهدف إلى إزالة المخاوف وتحصين شرط التحكيم من البطلان الذي يمس الاتفاق.[613]

بهذا المعنى، فإنّ هذا الشرط يتمتع باستقلال قانوني تام على نحو يكون بمنأى عن الآثار المحتملة لعدم صحة العقد الأصلي في إطار العقود الدولية، ويرجع ذلك لأنّ لكل من العقدين موضوعا مختلفا عن الآخر[614].

---

[611] - **المؤيد محمد عبد الله**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 230.

[612] - أنظر في شرح مبدأ استقلالية شرط التحكيم وآثاره:

- **عبيدات رضوان**، "الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم وفق أحكام القانون الأردني المقارن"، **دراسات، علوم الشريعة والقانون**، المجلد 38، العدد2، 2011، ص652 وما يليها.

[613]- **Eric LOQUN**, *Les règles Matérielles du commerce international*, op.cit., PP. 460-461.

[614] - **عبيدات رضوان**، "الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم وفق أحكام القانون الأردني المقارن" ، مرجع سابق، ص 656 وما بعدها

رغم ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي، إلاّ أنّه يظل متميزا عنه بمحله الخاص به، فمحل شرط التحكيم عمل إجرائي بحت يتعلق بحسم المنازعات النّاشئة عن العقد الأصلي، وهو محل منفصل عن هذا الأخير الذي يضاف إليه على نحو يجعل كل منهما عقدا متميّزا عن الآخر وإن تضمنتهما وثيقة واحدة[615].

لقد اكتسب العمل بقاعدة استقلالية شرط التحكيم بعدا أكثر عمقا وهو تحرير هذا الشرط من كل إحالة إلى قانون دولة معينة بواسطة منهج تنازع القوانين، ويتأكد لنا عمق هذه القاعدة بالعودة إلى أهم القضايا التي أخذ فيها بهذه القاعدة، من ذلك ما أصدره القضاء الفرنسي في نزاع Gosset[616].

تتلخص وقائع القضية في أنّ شركةCARAPELLI الايطالية أبرمت عقد بيع كمية من الحبوب مع الشركةGosset الفرنسية، وقد كان هذا العقد متضمنا شرط التحكيم، ولكن الشركة الفرنسية لم تحصل على التصريح بالاستيراد في الوقت المحدد، ممّا جعل الشركة الإيطالية تلجأ إلى التحكيم مطالبة بالتّعويض عن الضّرر الذي لحق بها نتيجة عدم وفاء الشركة الفرنسية بـــالتزاماتها، وقد قضت محكمة التحكيم بتعويض الشركة الإيطالية، وهنا دفعت الشركة الفرنسية برفض طلب الأمر بالتنفيذ على أساس أنّ العقد الأصلي باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنّظام العام الفرنسي المتعلق بالاستيراد والتصدير، وبناء عليه يعتبر شرط التحكيم لا غيا.

غير أنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدّفع وقضت في 1963/05/07 بأنّ اتفاق التحكيم الدّولي سواء ابرم منفصلا أو تضمنه التصرف القانوني المتعلق به يتمتع دائما باستقلال قانوني تام دون أن يتأثر بأي بطلان محتمل للتصرف القانوني.

---

[615]- **بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 76.

[616]-Cass-Civ, 7/5/1963, Dalloz 1963, p.545. Note: J. Robert, Rev-Crit, 1963,p.615. Note: Motulsky, *Clunet*, 1964, p.182.

بهذا المعنى، تكون محكمة النقض الفرنسية قد استبعدت تطبيق قواعد النّظام العام النسبي المتعلقة بالاستيراد والتصدير في فرنسا استنادا إلى قاعدة موضوعية من قواعد النظام العام الدّولي الحقيقي المطلق، خاص بالتحكيم التجاري الدّولي، وهي صحة واستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

لقد رتّب المعلقون على القرار نتيجتين في الجانب الأول، أقرّ إمكانية إخضاع التحكيم أو شرط التحكيم ذاته لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأساسي أمّا الجانب الآخر، فهو عدم تأثير كل ما يحصل من بطلان للعقد على شرط التحكيم متى كان العقد دوليا[617]. ولكن الفقه الفرنسي قد وجد في القضاء السابق تمسكا بمنهج التنازع لأنّ المحكمة قررت صحة شرط التحكيم تبعا للقانون الواجب التطبيق.

بعد أن كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في معظم التشريعات[618]، والاجتهاد القضائي والتحكيمي تصديا لتحايل الأطراف للعدول عنه مما يؤثر على فعالية اتفاق التحكيم، ظهر مفهوم جديد لهذا المبدأ يفكّ الارتباط ليس فقط بينه وبين العقد الأصلي، وإنّما ذهب إلى أبعد من ذلك بتقرير مبدأ الاستقلالية عن كل قانون وطني داخلي يخضع له اتفاق التحكيم بأن أصبح قائما بمجرد الاتفاق عليه[619].

DEBY-Gérard Françoise, *le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, op, cit, p .103.

[618]- أكد هذا المبدأ معظم التشريعات الوطنية بشأن التحكيم منها القانون الحكيم المصري رقم 27 لعام 1994، السوري في المادة 11 من قانون التحكيم، كما أخذ بنص مشابه قانون التحكيم الأردني رقم 31 لعام 2001 في المادة 22، كما أكد القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 على مبدأ الاستقلالية في المادة 178، وأقر به المشرع الجزائري في نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[619]- فالتطورات اللاحقة قد جعلت من استقلال شرط التحكيم قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص، وقد جاء هذا التطور في أحكام صدرت عن محكمة النقض الفرنسية، وبالذّات في الحكم الصادر بتاريخ 1971/05/18 ثم تأكد في القرار =الصادر بتاريخ 04/ 1972/07 في النزاع المسمى بنزاع Hecht ويتعلق النزاع بعقد ابرم في هولندا بين شركةBuisman الهولندية و السيد Hecht الفرنسي الجنسية والمتوطن في فرنسا، وبموجب هذا العقد فقد منحت الشركة للسيد Hecht توكيلا حصريا لبيع منتجات الشركة في فرنسا وفق الشروط المقررة في المرسوم الفرنسي الصادر عام 1958، وبعد مدة نشأ نزاع بين المتعاقدين، طالب إثره السيد Hecht من الشركة الهولندية الحضور أمام المحكمة مطالبا فسخ العقد ودفع العمولة والتعويضات، فدفعت الشركة بعدم اختصاص المحكمة على أساس أن شرط التحكيم المدرج في العقد يعقد الاختصاص =

إنّ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني هو التصور الحديث لهذا المبدأ، فحسب Fouchard فالاستقلالية بهذا المعنى لم تعد تعني فقط الاستقلالية عن العقد الأصلي، وإنما الاستقلالية بالنسبة لمختلف القوانين الوطنية التي تخضع اتفاق التّحكيم لها بتطبيق منهج التنازع المعروف في القانون الدّولي الخاص، ولكنه يرى أنّ الاستقلالية بهذا المعنى تضعنا أمام حالة العقد بدون قانون[620].

يثبت الواقع أنّ الأخذ بمبدأ الاستقلالية عن كل قانون وطني لـــــــيس بهذا المعنى، وإنّما المقصود إيجاد طريقة لتحديد المعايير الواجب تطبيقها لتقدير صحة التحكيم. ويضيف أنّ هذه المعايير تتجلى في ثلاثة وهي الطريقة التّنازعية، طريقة القواعد المادية والطريقة التي تجمع بين المنهجين.

أمّا بالنسبة ل MAYER فهو يرى أنّه إذا كانت الاستقلالية الموضوعية تتعلق بعلاقة اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي الذي يتضمنه، فإنّ الاستقلالية القانونية تتعلق بالنّظام القانوني الذي يجب أن يخضع له اتفاق التحكيم.

=لصالح غرفة التجارة الدولية بباريس، وقد قبلت المحكمة هذا الدفع في 1969/11/26 وأيدته محكمة الاستئناف في 1970/06/19، ثم أيدت محكمة النقض الاستئناف وبالتالي رفض الطعن الموجه ضد قرارها من السيد Hecht في 1972 وقد كانت حجة السيدHecht في بطلان شرط التحكيم على أساس أن العقد يخضع للقانون الفرنسي الذي لا يقر بهذا الشرط في هذا النوع من العقود، غير أن المحكمة قررت أنه رغم الإشارة الصريحة للقانون الفرنسي باعتباره قانون العقد، فإن للأطراف أن يستبعدوا تطبيقه ، ويتبنوا شرط التحكيم في مجال قانون آخر، وبالنتيجة فإنه في مسائل التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء ابرم منفصلا أو أدرج في التصرف القانوني الذي يتضمنه يتسم باستقلال قانوني تام ، وهذا الحلّ يقوم على أساس التوفيق بين مبدأين : مبدأ استقلال الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ومبدأ استقلال شرط التحكيم في العقود الدولية.

- Malgré la référence expresse à la loi Française (en tant que loi du contrat) les parties ont pu exclure l'application de la loi Française et adopter une clause compromissoire en dehors des hypothèses ou celle-ci l'autorise .En effet, en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours par rapport à celui-ci, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique.

[620]- راجع في هذا المعنى مؤلف:**عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق.

باعتبار أنّ اتفاق التحكيم هو اتفاق دولي فمن المفروض أن يخضع لقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق وإلى منهج التنازع.

بدأت الممارسات الحديثة لنظام التحكيم تبتعد شيئا فشيئا عن هذا المنهج لتحديد القانون الواجب لتطبيق، وعليه إقصاء منهج التنازع وطريقة الإسناد ومحاولة استغراق هذه الاستقلالية في مبدأ صحة اتفاق التحكيم.

الملاحظ، أنّه في غياب تعريف قانوني أو قضائي للمبدأ يفضل أن يكون تعريفه أولا بالإشارة إلى المنهج التقليدي المطبق على العقود الدولية وهو منهج التنازع، وأنّه منهج لا يتناسب مع اتفاق التحكيم التجاري الدولي لكون هذا الأخير عبارة عن اتفاق ذو طابع مختلط، وبالتالي فإنّ عملية التكييف والإسناد عملية طويلة وصعبة، وأنّ الهدف من اللجوء لنظام التحكيم هو السرعة، وتفاديا لهذه الصعوبة ظهر حل يتمثل في الأخذ بقاعدة استقلالية شرط التحكيم كقاعدة مادية.

لم تقتصر قاعدة استقلال شرط التحكيم على القضاء الفرنسي بل أنّه قد تم تبنيها في التحكيم الدّولي، فمتى كان العقد باطلا يبقى اتفاق التحـــــكيم مشروعا بذاته، ويستند هذا الحل إلى قواعد غرفة التجارة الدّولية للتوفيق والتحكيم في المادة 13/4 من قواعد 1955 والمادة 8/4 من قواعد 1975، والمادة 6/4 من قواعد 1998 ولا يغيّر من طبيعة مصدره من أهميته مادام هذا النّص نتيجة لتقنين مهني لأحد عناصر القانون التجاري الدولي[621].

[621] - مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أكدت عليه الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الدولية، فكثير من تلك الأحكام اعتبرته من مبادئ التحكيم في التجارة الدولية دون الحاجة إلى الاستناد إلى قانون وطني لتبرير المبدأ.=
=فطبقًا لنص المادة2 /3 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس فإن أي نزاع حول وجود اتفاق التحكيم أو صحته يطرح ابتداء على الهيئة الدائمة في الغرفة وهي محكمة التحكيم ، فإذا اتضح لهذه الهيئة عدم وجود اتفاق تحكيم أو أنه ظاهر البطلان فإنها تستبعد طلب التحكيم، أما عدا تلك الحالات فإن إجراءات التحكيم تستمر، كما أن المادة 8/4 من ذلك النظام قد قررت امتداد سلطة المحكم للنظر في أي ادعاء يثار أمامه حول انعدام العقد الأصلي أو بطلانه، ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم ذاته وكافة الآثار المترتبة على ثبوت أي من تلك الادعاءات.=

تم النص على استقلالية شرط التحكيم في الكثير من الاتفاقيات الدولية، منها اتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 5/1، الاتفاقية الأوروبية بجنيف 1961 في المادة 6/2، واتفاقية واشنطن لسنة 1966[622].

يترتب على الأخذ باستقلالية شرط التحكيم، الاعتراف للمحكم للفصل في اختصاصه بمعنى إذا لم يكن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي جائزا، فإنّ إقرار المحكم حول إبطال العقد الأصلي سيمس في نفس الوقت اختصاصه، حيث سيؤدي بطلان العقد الأصلي الذي أدرج فيه شرط التحكيم إلى إبطال شرط التحكيم. وبالتالي سيتعرض اختصاص المحكم للخطر إذا ارتبط مصير الشرط بمصير العقد الأصلي.[623]

-كما أن المادة 08 من نظام المصالحة والتحكيم الجديد لغرفة التجارة الدولية تنص على أنه «إذا اتفق الطرفان على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنهما يقبلان بذلك الخضوع لهذا النظام، وإذا رفض أحد الطرفين المشاركة في التحكيم أو امتنع عن ذلك، يتم التحكيم رغم رفضه أو امتناعه».

وجدير بالتنويه أن لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 28 أبريل 1976م التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري قد نصت في المادة 21/1 على أن «تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المستقل» ثم نصت الفقرة الثانية على أن «لهيئة التحكيم الاختصاص بالفصل في وجود وصحة العقد الأصلي الذي يعد شرط التحكيم جزءًا منه».

-كما تبنت لائحة التحكيم الصادرة عام 1985 عن غرفة لندن للتحكيم الدولي في مادتها 14/1ما جاءت به المادة 21/2 من اللائحة التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

أما نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لسنة 1998 فقد نصت المادة 4/6 منه على استقلال شرط التحكيم عن العقد، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 16/1منه جاء النص كما يلي «ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءًا من العقد كما لو كان اتفاقًا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم».

- راجع: **الجهني عيد بن مسعود**، "استقلال شرط التحكيم وصلاحيات المحكم"، مقال منشور على الموقع:
http://www.alriyadhtrading.com/show_content_sub.php?CUV=69&Model=M&SubModel=117&ID=2176&ShowAll=On

[622] - اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى 1965، صادق عليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 95- 346، مرجع سابق. راجع:

شهاب عاطف، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، مرجع سابق، ص 282 وما يليها.

[623] - **جمال مصطفى، عبد العال عكاشة**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية في ضوء القانون 94/27، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 350.

يصبح للمحكم باستقلالية هذا الشرط سلطة ليقدر وجوده وصلاحيته، ومنه نستنتج النتيجة الثانية التي هي تحصين شرط التحكيم من كل بطلان باعتباره قاعدة موضوعية واجبة التطبيق على عقود التجارة الدّولية، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد تنازع القوانين.

يترتب عن هذا الشرط نتيجة أخرى لا تقل أهمية هي تكريس النّظام العام الدولي المطلق بمفهومه الحقيقي أمام المحكم الدّولي، حيث لم يعد للنّظام العام الدّاخلي دور ليفرضه على كل المجالات الدولية، ولم يعد المحكم في وضع منافس لقاضي الدولة في إعمال قواعد النّظام العام الدّولي الذي تحرر من النّظام القانوني الدّاخلي[624]، الصلاحية الدّولية لشرط التحكيم المبرم بواسطة أشخاص القانون العام والراسخة منذ قضية Galakis، بالإضافة إلى تحرير شرط التحكيم من كل إحالة إلى قانون وطني بواسطة منهج التنازع.

3- قاعدة أهلية الدولة وهيئاتها العامة في الخضوع للتّحكيم

تحظر العديد من الأنظمة القانونية الوطنية على الدّول وهيئاتها العامة الخضوع للتحكيم[625]، أو تقييد هذا الخضوع، ويوجد هذا الإشكال خاصة في الدّول الليبرالية ذات الأنظمة القانونية التي تفرق بين القضاء العادي والإداري، فتجعل الاختصاص لجهات

[624] - **المؤيد محمد عبد الله**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص ص 244-245.

[625] - كان موقف الجزائر غادة الاستقلال رافضا للتحكيم من باب أنّه يمس بسيادتها، وكان تخوفها هذا راجع للأحكام القانونية التي تتضمنها بعض الاتفاقيات الدولية للتحكيم الدولي التي تحدّ من بعض جوانب سيادة الدول المتمثلة في اختصاصها الحصري والمطلق في إقامة عدالتها بنفسها، كما أنّ انعدام الأساس القانوني كان وراء عدم اللجوء إلى التحكيم الدولي، حيث تقضي المادة 442 من أمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية بمنع الدّولة والأشخاص الاعتباريين العمومين من طلب اللجوء إلى التحكيم، واستمر هذا المنع إلى غاية صدور المرسوم التشريعي 93-09 مؤرخ في 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر 66- 154 متضمن قانون الإجراءات المدنية ج.ر.ج.ج عدد 27 صادرة بتارخ 27 أفريل 1993، وبصدور قوانين الاستثمار والغاء قانون الإجراءات المدنية بموجب القانون رقم 08-09، مؤرخ في 26 فيفري2008، يتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق، والذي كرس بصفة واضحة وجلية التحكيم التجاري الدولي بين الدولة والمستثمرين الأجانب حيث تنص المادة 1/1006 منه : "***يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم***..."

القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تكون الدّولة أو الأشخاص العامة طرفا فيها للقضاء الوطني، في حين يحدد بعضها هذا الاختصاص لجهات القضاء الإداري وعلى نحو قاصر[626].

يرى البعض أنّ حماية المصلحة العامة تتحقق بشكل أفضل بواسطة القضاء الإداري وأنّه من غير المعقول أن تقرر مصلحة الدولة وجود قضاء يتولى الفصل في المنازعات وتلجأ هي نفسها إلى قضاء خاص غير تابع لها، بينما يرجعه البعض الآخر لطابع النّظام العام الذي تتصف به صلاحيات القضاء الإداري.

ذكرنا أنّ المشرع الفرنسي منع خضوع الدّولة أو هيئاتها العامة للتحكيم، وورد هذا المنع في المادتين 83، 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، غير أنّه بتاريخ 1966/05/02 أيّدت محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع في قرارها الصادر في نزاع Galakis، فقضت بأنّ الحظّر الوارد في المادتين المذكورتين حضرا خاصا بالعقود الداخلية، ومن ثم فإنّه لا يسري على العقود الدّولية التي صيغت على وفق شروط تتطابق مع عادات التجارة الدّولية، ويعد هذا القرار حلقة ضمن سلسلة من بينها القرار الشهير الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض في 15/04/ 1964 في نزاع San Carlo المذكر آنفا.

لهذا، فإنّ شرط التحكيم الوارد في عقد دولي مبرم من قبل الدّولة أو أحد أشخاصها العامة لا يخضع لمنهج التنازع، وإنّما تحكمه قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدّولي الخاص حسب ما انتهى إليه القضاء الفرنسي.

يشهد الواقع على تمتع الدّولة بالأهلية الكاملة في إدارة أموالها الخـــــاصة والعامة، وهو الأمر الذي يعطي لها الحرية في أن تجري اتفاقات التحكيم في المعاملات الدّولية التي تتعلـــــق بهذه الأموال، فإذا أقدمت على ذلك رغم الحظر المفروض عليها في التشريع الداخلي، فإنّ تصرفها لا يقع باطلا وذلك لسببين :

[626]- **هشام علي صادق، الحداد حفيظة**، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998-1999، ص 219.

السبب الأول: أنّ توقيع الدّولة لاتفاق التحكيم هو تصرف قانوني ليس فيه مخالفة للنظام العام الدولي، وهو المرجع الذي ينبغي الاستناد عليه للحكم على صحة أو بطلان الاتفاق باعتباره قد ورد بشأن إحدى المعاملات الدّولية، ويعني هذا تحتم استبعاد القانون الوطني للدّولة عند الحكم على أهليتها في مجال إبرام اتفاق التحكيم، وهو ما أثبته العمل الدّولي في كثير من الحالات، حيث تلجأ الدّولة إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها .

السبب الثاني: أنّ توقيع الدّولة لاتفاق التحكيم رغم الحظر المفروض عليها في التشريع الداخلي يعتبره Carabiber تنازلا من جانبها عمّا قرره القانون الوطني لمصلحتها من وراء هذا الحظر، وهذا التنازل أمر جائز لأنّ الدّولة التي وضعت هذاالحظر لتلتزم به، هي ذاتها التي تتحرر منه، فالدّولة كما أشار بعض الفقه هي مصدر قانونها الدّاخلي، وتستطيع في كل وقت أن تعفي نفسها من القواعد التي وضعتها[627].

[627]- **أنظر: خلوف أحمد**، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (دراسة تأصيلة تحليلية)، ط02، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 300.

المطلب الثّاني

استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الاتفاقي

يجب التّمييز في تطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية بين مرحلتين، إذ تكون الاتفاقيات المنشئة للقواعد الموضوعية في المرحلة الأولى مصدرا للحقوق والالتزامات الدّولية، ويتمثل الالتزام الملقى على عاتق الدولة في هذه المرحلة، بتعديل التشريع الداخلي من خلال استقبال القواعد الموضوعية الموحدة ذاتها إلى النطاق وبالطريقة المنصوص عليها في قواعد التّطبيق.

من المعلوم أنّ المعاهدة أو الاتفاقيات الدّولية لكي تصبح لها قوة القانون أو اسمى منه في القيمة القانونية[628]، يتعين خضوعها للتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة في القانون خاصة منها المادة 04 من ق م ج[629]، وهذه الإجراءات ضرورية خاصة إذا كانت

[628]-أكّدت ذلك المادة 150 من الدستور الجزائري التي تنص على أنّه: "***المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون***".

[629]- يعتبر النشر إجراء ضروري لتطبيق الإتفاقية داخليا، لكن المشرع الدستوري الجزائري لم ينص على إجراء النشر في المادة 132 من الدستور والتي تقابلها المادة 150 بعد تعديل 2016، وقد اغتنم المجلس الدستوري الفرصة المناسبة ليقرر بما لا يدع مجالا للشّك مبدأ نشر الاتفاقيات الدولية المصادق عليها طبقا للأضاع الدستورية، وكان ذلك في قراره رقم 01-89، مؤرخ في 20 أوت 1989 بشأن دستورية أحكام قانون الأنتخابات رقم 89-13، مؤرخ في 07 أوت 1989، ج.ر.ج.ج عدد 36 لسنة 1989.

-تأكيدا لقرار المجلس الدستوري، أصدر المشرع التنظيمي مرسوم رئاسي رقم 90-359 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 الذي اسند لوزير الخارجية اختصاص السعي لنشر الاتفاقيات الدولية التي تلتزم بها الجزائر، لكن أسلوب التعبير الذي استعمله هذا المرسوم يوحي أنّ مسألة النشر متروك للسلطة التقديدرية للوزير يستعمله متى قرّر ذلك.

-(مرسوم رئاسي رقم 90-359 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يحدد صلاحيات وزير الخارجية، ج.ر.ج.ج عدد50، صادر بتاريخ 21 نوفمبر 1990).

- راجع في هذا الموضوع: **عمار رزيق**، نشر الإتفاقيات الدّولية المتعلقة بحقوق الانسان في النظام القانوني الجزائري، ص 105، مقال متوفر على الموقع: http://www.webreview.dz/IMG/pdf/62.pdf

أيضا: مختاري عبد الكريم، "لمجلس الدستوري واصلاح النظام الإنتخابي الجزائري- حكم دستوري أم محكمة دستورية"، **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، السنة الرابعة، المجلد 08، العدد01، 2013، ص ص 84-111.

الاتفاقية غير ذاتيـــــة التنفيذ، وإذا كانت المادة المذكورة لا تميز بين المعاهدات أو الاتفاقيات ذاتية أو غير ذاتية التنفيذ في الإجراءات التي تعطيها قوة القانون، إلاّ أنّ نصوص الاتفاقيات الدّولية غير ذاتية التنفيذ لا تخاطب سوى الدّول المتعاهدة دون رعاياها، على أساس أنّ التّصديق يدخل الاتفاقية حيز النفاد ويلزم الدّولة بها، ولكن لا يعترف بها القانون الدّاخلي إلاّ بعد النشر[630].

المرحلة الثانية إذن، تتمثل في استقبال[631] القواعد الموضوعية في النّظام الداّخلي للدّول المتعاهدة طبقا لقواعد التطبيق المعينة التي تجعل من القواعد الموضوعية فعالة وقابلة للتنفيذ في كل نظام قانوني، فبظهور وثيقة النشر في الجريدة الرّسمية تندرج الاتفاقية في النظام القانوني الداخلي، وتنتج آثارها القانونية بما يمكِّن المواطن أو المتعاقد في موضوعنا الاحتجاج بها أمام الجهات القضائية، غير أنّ موضوع هذا المطلب سيتمحورحول فكرتي استبعاد منهج قواعد التنازع من خلال التركيز الإقليمي كمعيار لتطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية (**الفرع الأوّل**) واستبعاد منهج قواعد التنازع من خلال التركيز الموضوعي لتطبيق هذه القواعد(**الفرع الثّاني**).

[630]- راجع في الاتفاقيات ذاتية التنفيذ وغير ذاتية التنفيذ: **سعد الله عمر**، قانون التجارة الـــــــــدولية، مرجع سابق، ص50.

-رجع كذلك في موضوع نشر الإتفاقيات غير ذاتية التنفيذ والتي لا يعترف بها القانون الداخلي إلاّ بعد النشر:

عماررزيق، نشر الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان في النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص 108.

[631]-**BRIBOSIA HAENRI**, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire, Refliction générale sur le point de vue de l'ordre juridique Belge», *Revue Belge du droit international*, 1/1996, Ed Bruylant, Bruxelles, 1996, p.36.

الفرع الأوّل

استبعاد منهج قواعدالتنازع من خلال التركيزالإقليمي كمعيارلتطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية

إذا كانت القواعد الموضوعية تتخذ من الاتفاقيات الدّولية مصدرا لها، فإنّ هذه الاتفاقيات تكون ملزمة لأطرافها فقط من الدّول المتعاهدة والتي تلتزم بتنفيذها ومراعاتها بحسن نية، ويتم تحديد نطاق عمل القواعد الموضوعية في كل نظام قانوني وطني من خلال قواعد التطبيق، فضلا عن ما قد تتضمنه هذه الاتفاقيات من قواعد تنازع تتولى ملء الثغرات التي لا تحكمها قواعدها الموضوعية.

لكن بمجرد أن تندمج القواعد الموضوعية بعد استقبالها في كل نظام قانوني للدّول المتعاهدة تبعا للإجراء الدستوري المناسب والمقرر في دستور تلك الدول[632]، فإنّها تعتبر

جزء من المجموعة القانونية الموضوعية أو ما يسمى بقانون القاضي لكل دولة متعاهدة.

سنتناول تباعًا عناصر التركيز في تطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية**(أوّلا) ثمّ** عناصر تدويل القواعد الموضوعية الاتفاقية **(ثانيا).**

أوّلا – عناصر التركيزفي تطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية

غالبا ما يرد نص صريح في الاتفاقيات الموحدة يتعلق باستبعاد قاعدة التنازع، وهو ما ورد في المادة 02 من اتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، والمادة 9/1 من اتفاقية إبرام العقود الدولية للبيوع بتأكيدها الصريح بوجوب استبعاد قواعد القانون الدّولي الخاص لغرض تطبيق القانون الحالي، ما لم تقضي هذه القواعد بخلاف ذلك.

[632]- راجع في الموضوع، **مختاري عبد الكريم**، " عن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في الجزائر- نصوص مبتورة وممارسة معدومة-" **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، السنة السادسة، المجلد 11، العدد01، 2015.

يمكن عند غياب مثل هذا النّص الصّريح أن يتم استبعاد قواعد التنازع بطريـــقة غير مباشرة، وذلك بأن تحكم الاتفاقية بقواعد موضوعية بعض المسائل المرتبطة بالعلاقة، وتترك أخرى لقواعد الإسناد، ويتم تحديد نطاق القواعد الموضوعية الاتفاقية من خلال مجموعة من القواعد تسمى **بقواعد التطبيق** التي تهتم بمسألة **تحديد متى تطبق** أحكام الاتفاقية، من خلال استخدام معايير وضوابط تماثل تلك المستخدمة في قواعد التنازع، كمحل الإبرام أو التنفيذ، أو ضابط الجنسية أو الموطن وغيرها من الضوابط[633].

يسوق الفقه بعض الأمثلة على قواعد التطبيق، كالمادة 10 من اتفاقية بروكسل لعام 1924 الخاصة بالنقل من خلال سند شحن التي تنص "***تطبق أحكام الاتفاقية الحالية على أي سند شحن صادر عن إحدى الدول المتعاهدة***"، نذكر أيضا المادة 14 من اتفاقية بروكسل للحجز والرهن البحري لعام 1926، ويمكن الإضافة إلى هذه الاتفاقيات، القواعد الواردة في **01/** أ من اتفاقية فيينا للبيع الدّولي للبضائع لعام 1980 التي تنص: " ***تطبق أحكام هذه الاتفاقية على على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة تكون: - عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة ...***[634]".

نذكر كذلك المادة 01 اتفاقية المعهد الدّولي لتوحيد القانون الخاص المتعلقة بعقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات[635]، والمادة 02 من اتفاقية هامبورغ للنقل البحري للبضائع[636].

---

[633]- **المحاسنة محمد احمد علي**، تنازع القوانين في عقود التجارة الالكترونية نحو ايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مرجع سابق، ص ص 150-151.

[634]- راجع النص على الموقع :

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

[635]- تنص الماة الأولى على ما يلي:

-1 - La présente Convention régit l'opération de crédit-bail décrite au paragraphe 2, dans laquelle une partie (le crédit-bailleur)

-a) conclut, sur l'indication d'une autre partie (le crédit-preneur), un contrat (le contrat de fourniture) avec une troisième partie (le fournisseur) en vertu duquel elle acquiert un bien d'équipement, du matériel ou de l'outillage (le matériel) dans des termes approuvés par le crédit-preneur pour autant qu'ils le concernent, et=

ما يلاحظ على اتفاقيات القواعد الموضوعية أنّها تتطلب فضلا عن دولية العقد أن يكون لها مساس بالنّظام القانوني للدّول المتعاهدة على وفق المعيار الذي تتبناه كأن يكون لأطراف العقد محلا للأعمال في دول متعاهدة أو أن يتم النقل من وإلى دولة متعاهدة أو أن يكون الشحن أو التفريغ قد تم في دول متعاهدة أو أن سند الشحن أو أية وثيقة مثبتة لعقد النقل قد صدر في دولة متعاهدة.

لا يوجب مجرد تحقق معيار التركيز في دولة متعاهدة تطبيق القواعد الموضوعية التي تتضمنها الاتفاقية ما لم يكن التركيز قد تم في وحدة إقليمية لدولة متعاهدة تسري فيها الاتفاقية، ذلك أنه من الجائز ووفقا المادة 93 من اتفاقية فيينا 1980، والمادة 18 من اتفاقية اوتاوا للإيجار التمويلي، أن تعلن الدّولة المتعاهدة، التي يكون لها وحدتان إقليميتان أو أكثر تطبق فيها بموجب دستورها أنظمة قانونية مختلفة، سريان الاتفاقية المعنية على جميع وحداتها الإقليمية أو على واحدة منها فقط أو أكثر ولهذه الدولة في أي وقت أن تعدل إعلانها بتقديم إعلان آخر.

=- b) conclut un contrat (le contrat de crédit-bail) avec le crédit-preneur donnant à celui-ci le droit d'utiliser le matériel moyennant le paiement de loyers.

2. - L'opération de crédit-bail visée au paragraphe précédent est une opération qui présente les caractéristiques suivantes:

- a) le crédit-preneur choisit le matériel et le fournisseur sans faire appel de façon déterminante à la compétence du crédit-bailleur;

-b) l'acquisition du matériel incombe au crédit-bailleur en vertu d'un contrat de crédit-bail, conclu ou à conclure entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur, dont le fournisseur a connaissance;

- c) les loyers stipulés au contrat de crédit-bail sont calculés pour tenir compte notamment de l'amortissement de la totalité ou d'une partie importante du coût du matériel.

3. - La présente Convention s'applique que le crédit-preneur ait ou qu'il n'ait pas, à l'origine ou par la suite, la faculté d'acheter le matériel ou de le louer à nouveau, même pour un prix ou un loyer symbolique.

4. - La présente Convention régit les opérations de crédit-bail portant sur tout matériel à l'exception de celui qui doit être utilisé par le crédit-preneur à titre principal pour son usage personnel, familial ou domestique . Le texte disponible sur :
http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/convention-cr%C3%A9dit-bail1988.pdf

[636]- راجع محتوى المادة على الموقع:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/transport/hamburg/hamburg

يجب على الدّولة المتعاقدة أن تبيّن بوضوح في تلك الاعلانات الوحدات الاقليمية التي تسري فيها الاتفاقية، وبالتالي إذا كانت هذه الاتفاقية سارية في وحدة إقليمية أو أكثر في دولة متعاقدة بموجب الاعلان الصادر منها، ولكن ليس في جميع وحـــــداتها الاقليمية، كان مكان عمل أحد الأطراف في تلك الدولة، فإنّ مكان العمل هذا لا يعتبر في حكم هذه الاتفاقية، كائنا في دولة متعاقدة ما لم يكن موجود في وحدة إقليمية تطبق فيها هذه الاتفاقية.

بناءعلى ما سبق، إذا لم تصدر الدّولة المتعاقدة أيّ اعلان بموجب المادة 1/93، فإنّ الاتفاقية تسري على جميع وحداتها الاقليمية[637].

ثانيا- عناصر تدويل القواعد الموضوعية الاتفاقية

ترتبط عناصر تدويل القواعد الموضوعية الاتفاقية بمسألة جوازية تطبيق القاضي الأحكام الموضوعية التي تضمنتها الاتفاقية على العقد الدّولي، رغم عدم تحقق شروط تطبيقها لتخلف المعيار المتطلب لتركيز الرّابطة العقدية في احدى الدّول المتعاقدة.

اتخذت مثلا اتفاقية وارسو المبرمة عام 1929 المتعلقة بالنقل الجوي، واتفاقية بروكسل لعام 1924 المتعلقة بتوحيد بعض قواعد سندات الشحن من اختلاف الدولتين اللتين يتم بينهما تنفيذ النقل معيارا لدولية العقد، بغض النّظر عن جنسية السفينة أو الناقل أو الشاحن، على أنّ دولية العقد وفقا للمعيار الذي تتبناه مثل هذه الاتفاقيات التي تتضمن قواعد موضوعية لا تكفي لتطبيق أحكامها، وإنما يجب توفر شروط إضافية مكملة تنص عليها المعاهدة وتصل الرابطة بدول متعاقدة أو أكثر[638]، كما تمّ شرحه في العنوان السابق.

[637]- راجع نص المادة 93 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 على الموقع:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

[638]- **ياقوت محمد محمود**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 306.

تأسيسا على ما ذكر، يجب التفرقة بين ***عناصر التدويل وعناصر التركيز*** في العلاقة العقدية التي تتضمنها الاتفاقية، فبينما تكون وظيفة العناصر الأولى **تدويل** العلاقة أي تحديد **متى تكون العلاقة دولية بارتباطها بعدّة دول، سواء كانت هذه الدّول أطراف في الاتفاقية أم لا**، فإنّ وظيفة عناصر **التركيز** تحديد متى **تتركز العلاقة أعلاه في دولة متعاهدة** بأن تحوز نقاط ارتباط محددة مع الدّول المتعاهدة، والربط بين المعاهدة ومعايير تركيزها في إحدى الدّول المتعاهدة على هذا النحو هي مسألة لا شأن لها بالضرورة بمعيار دولية العقد كشرط جوهري من شروط تطبيق المعاهدة.

بمعنى آخر، أنّه قد ترتبط عناصر تدويل العلاقة بعناصر تركيزها، وليس ذلك ضروريا، فيكفي مثلا لتطبيق معاهدة هامبورغ أن يكون سند الشحن صادرا من إحدى الدّول المتعاهدة ما دام عقد النقل قد اتسم بالصّفة الدّولية، بأن تمّ بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين حتى لو كانتا غير متعاهدتين.

اشترطت مثلا اتفاقية وارسو للنقل الجوي لعام 1929 لانطباق أحكامها تركيز العلاقة في الدّول المتعاهدة بأن تكون محطّة القيام ومحطة الوصول كائنتين في دولتين متعاقدتين، واشترط لدولية العقد الخاضع لها أيضا أن يتم النقل بين نقطتين واقعتين على إقليم دولتين أطراف في الاتفاقية، أو على الأقل أن تقع نقطتا قيام الطائرة أو وصولها على لإقليم دولة متعاقدة واحدة، ولكن لا يشترط أن يتم تركيز العلاقة باستعمال ذات العناصر التي يتحقق بها تدويلها، لأن شرط دولية العلاقة لا غنى عنه مع ضرورة تركيز العلاقة في دولة متعاهدة.

يجعل التوّسع في مجال تطبيق بعض الاتفاقيات الدّولية التي تنطوي على قواعد موضوعية ومنحها طابعا عالميا تركيز العلاقة في دولة متعاهدة غير لازم، وهو مسلك استثنائي في تشريع المعاهدات، ويظهر هذا الطابع العالمي في اتفاقية لاهاي لسنة 1964 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث تطبق أحكامها حتى ولو لم تكن هناك رابطة بين العقد وأيّ من الدول المتعاهدة، فيكفي أن يكون عقدا

دوليا بالمعيار الذي تبنته بأن يكون أطراف العقد يقيمان في دولتين مختلفتين مع اشتراط أن يتم نقل المبيع من دولة لأخرى أو صدور تعبير الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين، فيكون العقد دوليا ولكنه غير متركز في إقليم دولة متعاقدة[639].

يَشترط التوسع في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية بداهة بأن يكون النّزاع مطروحا أمام قضاء إحدى الدّول المتعاهدة[640]، وفي هذا الفرض وحده يتم تطبيق القواعد الموضوعية التي قررتها المعاهدة تطبيقا مباشرا باعتبارها جزءا من النّظام القانوني لدولة القاضي، بل أنّ الرجوع إلى منهج تنازع القوانين في هذا الفرض هو بمثابة إنكار لهداف المعاهدة بشكل يناهض مساعي التوحيد[641].

أمّا لو طرح النّزاع على قضاء دولة غير متعاقدة، فليس للقاضي تطبيق أحكام الاتفاقية الموضوعية الموحدة لأنّها لا تشكل جزءا من نظامه القانوني، وإنّما تخضع الرابطة العقدية للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في الدولة التي طرح النّزاع على محاكمها، الذي يمكن أن يكون قانون دولة منضمة للمعاهدة، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق أحكام المعاهدة أمام قضاء دولة غير متعاقدة.

[639] - **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 26.

[640]- **DEBY-Gérard Françoise**, *le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux,* op, cit, P.177.

[641] - **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص744.

الفرع الثّاني

استبعاد منهج قواعد التنازع من خلال التركيز الموضوعي كمعيار لتطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية

أجازت المادة 92 من اتفاقية فيينا لعام 1980 للدّولة المتعاهدة أن تعلن وقت التوقيع أو التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام، أنها لن تلتزم بالجزء الثاني من هذه الاتفاقية أو أنّها لن تلتزم بالجزء الثالث منها، وعندئذ لا تعدُ الدولة التي تصدر إعلانا بعدم سريان الجزء الثاني المتعلق بإبرام العقد، أو بعدم سريان الجزء الثالث المتعلق بالقواعد الموضوعية في بيع البضائع، فيما يتعلق بالجزء الذي صـــــــدر الإعلان في شأنه، *دولة متعاهدة في* حكم المادة 1/1 *من هذه الاتفاقية*، وقد أعلنت كل من الدّول الاسكندنافية (السويد،النرويج، فنلندا، الدانمارك) استبعادها للجزء الثاني من الاتفاقية وفقا للمادة 1/92 من الاتفاقية[642]. يقابل نص المادة 92 من اتفاقية فينا المادة 18 من اتفاقية(اوتاوا) 1988[643].

[642]- راجع نص المادة على الموقع:

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

[643]- تنص المادة 18 على ما يلي:

- "1. - Tout Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration par une nouvelle déclaration.

2. - Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

-3. - Si en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un Etat contractant, mais non pas à toutes et si l'établissement d'une partie est situé dans cet Etat, cet établissement sera considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un Etat contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. - Si un Etat contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/convention-cr%C3%A9dit-bail1988.pdf

بإقامة العلاقة بين المادة 92 من اتفاقية فينا والمادة 95 منها التي تنص: " **لأي دولة أن تعلن وقت ايداع وثيقة تصديقها أو قبولها أو اقرارها أو انضمامها، أنّها لن تلتزم بأحكام الفقرة الفرعية 1 /ب من المادة الأولى من الاتفاقية"**، فإنّه لا يمكن لمحاكم الدول المتعاهدة التي تتوصل من خلال قواعد القانون الدّولي الخاص على وفق(المادة1/1-ب)[644] إلى تطبيق قانون دولة متعاهدة أعلنت تمسكها بالحكم الوارد في المادة 92، أن تستبعد هذا الإعلان، بل يتوجب عليها تطبيق ما تقرره تلك الدولة المتعاهدة من إعلانات وتحفظات وإن أدت تلك الإعلانات والتحفظات إلى استبعاد الاتفاقية، كما تقرره المادة 2/92 "عدم عدَ تلك الدولة، دولة متعاهدة في نطاق الموضوعات التي ينظمها الجزء الثاني أو الثالث المستبعد".

يسري الحكم السابق ذاته فيما لو تم تطبيق الاتفاقية أمام التحكيم الدولي من خلال قاعدة من قواعد تنازع القوانين سواء كانت باختيار الأطراف أو بتطبيق قانون البائع، خلافا للحال فيما لو كان اختيار الأطراف لقواعد الاتفاقية اختيارا ماديا إذ يلتزم المحكم بتطبيق الاتفاقية كما هي دون ربطها بأي قانون وطني لدولة متعاهدة سواء كانت من الدول التي أعلنت تمسكها بالحكم المقرر في المادة 1/92 أم لم تكن.

رغم أنّ هذا الحكم لا مثيل له في اتفاقية اوتاوا، إلاّ أنّ الاتفاقية الأخيرة أوردت في المادة 1/19 قاعدة تماثل تماما القاعدة الواردة في المادة 94 من اتفاقية فيينا التي تنص:

" ***يجوز لأي دولتين متعاقدتين أو أكثر تطبق على الموضوعات التي تنظمها هذه الاتفاقية نفس القواعد القانونية أو قواعد قانونية تتصل بها اتصالا وثيقا، أن تعلن في أي وقت أن الاتفاقية لا تنطبق على عقود البيع أو على تكوينها إذا كانت أماكن عمل***

[644] - تنص المادة الأولى في فقرتها الفرعية 1/ب على ما يلي:" ***تطبق أحكام الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: أ- ...***

ب- عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة".

الأطراف موجودة في تلك الدول. ويجوز أن تصدر تلك الاعلانات بصورة مشتركة او بإعلانات انفرادية متبادلة ..."[645].

مقتضى القاعدة في الاتفاقيتين جواز إعلان الدول المتعاقدة التي تشترك في القواعد القانونية نفسها أو يكون لها قواعد قانونية تتصل بالموضوعات التي تنظمها الاتفاقية اتصالا وثيقا بأنّها لن تطبق قواعد الاتفاقية على عقود البيع أو على علاقات الإيجار التمويلي أو على إبرامها متى ما كان للأطراف في هذه العقود أو العلاقات محلا للأعمال في تلك الدول، ويسري الحكم ذاته فيما لو اشتركت الدّولة المتعاقدة مع دول أخرى غير متعاهدة متى كان للأطراف محلا للأعمال في تلك الدّول.

يبدو أنّ الفائدة المتوخاة من هذه القاعدة تتمثل في تشجيع انضمام دول ذات نظم قانونية مشتركة وعدم منعها من الانضمام إلى الاتفاقية حرصا على قواعدها الموضوعية المشتركة التي تنظم الموضوعات ذاتها وأن إتاحة الفرصة أمام الدّول بإمكانية التحفظ على تطبيق الاتفاقية – فيينا أو اوتاوا- حينما يكون للأطراف محلا للأعمال في هذه الدول يسمح، من جانب آخر، لمحاكم الدّول المتعاهدة الأخرى أن تطبق الاتفاقية على عقود البيع أو الإيجار التمويلي استنادا إلى المادة 1/1 من اتفاقية فيينا أو المادة 1/3-أ من اتفاقية اوتاوا[646]، وهو ما سيؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق الاتفاقيتين تطبيقا مباشرا.

لكن ما الحكم لو تم هذا التطبيق استنادا إلى الفقرة (1/ب) من الاتفاقيتين؟ أي استنادا إلى قواعد التنازع؟

---

[645]- تنص المادة 1/19 من اتفاقية أوتاوا على:

1. "- Deux ou plusieurs Etats contractants qui, dans des matières régies par la présente Convention, appliquent des règles juridiques identiques ou voisines peuvent, à tout moment, déclarer que la Convention ne s'applique pas lorsque le fournisseur, le crédit-bailleur et le crédit-preneur ont leur établissement dans ces Etats. De telles déclarations peuvent être faites conjointement ou être unilatérales et réciproques...".
http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/convention-cr%C3%A9dit-bail1988.pdf

[646]- تنص المادة 1/3-أ من اتفاقية أوتاوا على:

« 1- La présente Convention s'applique lorsque le crédit-bailleur et le crédit-preneur ont leur établissement dans des Etats différents et que:
- a) ces Etats ainsi que l'Etat où le fournisseur a son établissement sont des Etats contractants;... »
-http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/convention-cr%C3%A9dit-bail1988.pdf

رغم أنّ الاتفاقيتين لم تصرحا بالحكم المقرر في هذه الحالة خلافا للمادة 92 التي تنص على عدم عدّ الدولة المعنية دولة متعاهدة في حكم المادة 1/1 من اتفاقية فيينا، إلاّ أنّه لا يوجد ما يمنع من سريان الحكم ذاته على عقود البيع أو الإيجار التمويلي متى كان للأطراف محلا للأعمال في دول تشترك في نظم قانونية وأعلنت عدم تطبيقها للاتفاقيتين في نطاق التعامل المعني.

إذا أدت قواعد التنازع إلى تطبيق قانون دولة متعاهدة وكان للأطراف محلا للأعمال في دول تشترك في قواعد قانونية تنظم الموضوعات ذاتها أو تتصل بها اتصالا وثيقا، توجب على المحكمة المعنية تطبيق تلك القواعد القانونية وتستبعد الاتفاقيتين[647].

يسري ذات الحكم فيما لو تم هذا التطبيق أمام التحكيم الدولي من خلال قواعد التنازع أي تطبيقا تنازعيا وليس ماديا قائما على الاختيار المادي لأطراف النزاع لاتفاقية دولية لأنه يجب عندئذ تطبيق الاتفاقيتين في هذه الحال وإهمال ما تكون قد تحفظت عليه الدول المعنية.

نجد بهذا المعنى، أنّ أجهزة الدّول المتعاهدة هي الملزمة وحدها بتطبيق الاتفاقية ومن النّاحية العملية فإنّ محاكم هذه الدّول هي الملزمة وحدها بمراعاة هـــذه الاتفاقيات، أمّا المحكمين فلا يتساوون مع أجهزة الدّول، ولذلك فإنهم يكونوا بمستوى أجهزة الدّول غير المتعاهدة فلا يلزمون بمراعاة الاتفاقية، ولكن هذا يترك المجال مفتوحا أمامهم في تطبيق الاتفاقية بوصفها قانونا واجب التطبيق من النّاحية الموضوعية.

يشير جانب من الفقه إلى ضرورة الحذر من تحقق شروط السريان الزمنية للاتفاقيات قبل تطبيقها ولكن ذلك قد لا يمنع محاكم الدول المتعاهدة من تطبيق

[647]-وقد يكون السبب راجعا إلى ان الدول المتعاهدة التي لا تطبق الاتفاقية على نوع محدد من العقود هو ذاك النوع الذي يكون للأطراف محلا للأعمال في دول متعاهدة او غير متعاهدة تشترك في قواعد قانونية تبقى رغم عدم تطبيقها للاتفاقية في هذا النوع من العقود من الدول المتعاهدة في الانواع الأخرى من العقود وبعبارة أخرى فإن المادة 92 تخص نطاق التطبيق الموضوعي أما م 94 فتخص نطاق التطبيق المكاني.

الاتفاقيات نظرا للمرونة الكبيرة التي توفرها المادة 1/1-(أ-ب) من اتفاقية فيينا، أو المادة 03 من اتفاقية اوتاوا، ومن حيث التطبيق الزمني لاتفاقية فينا مثلا نجد المادة 2/100 تنص على أنّ: "***لا تنطبق هذه الاتفاقية إلا على العقود المبرمة بتاريخ بدء سريان الاتفاقية فيما يتعلق بالدّول المتعاهدة المشار إليها في الفقرة الفرعية (1/أ) والدول المتعاهدة المشار إليها في الفقرة الفرعية (1/ب) من المادة (01) أو بعد هذا التاريخ***".

يوضح القرار الصادر من محكمة GRENOBLE الصادر بتاريخ 1993/6/16 هذه المرونة، إذ يتعلق القرار بنزاع بشأن عقد شفهي أبرم بين شركة YTONG الفرنسية و LALAOSAالاسبانية في فيفري عام1991، والطرف الأول وهي الشركة YTONG تمثل بائع فرنسي، أما الطرف الثاني فيمثل مشتري إسباني، ورغم أن الاتفاقية قد دخلت حيز النفاذ بين كل من فرنسا وإسبانيا في شهر أوت من عام 1991 إلا أن المحكمة لجأت إلى الفقرة (1/ب) بوصف الاتفاقية تمثل قانون البائع (فرنسا) دون إضافة أي تبرير إضافي سوى القول باستحالة تطبيقها للاتفاقية من خلال الفقرة (1/أ)[648].

من تحليل القرار يتضح، أنّ شروط نفاذ الاتفاقية لم تتحقق بعد في الدولة المتعاهدة الأخرى إسبانيا طبقا لما تحدده المادة 2/100 ولهذا لجأت المحكمة إلى المادة1/1-ب.

[648]- اطلع على قرار: Cour d'Appel de Grenoble, Chambre des Urgences 1993/06/16، على الموقع: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=27&step=FullText

المبحث الثّاني

استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية

لابد من التّمييز في تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية بين القضاء الوطني والتحكيم الدّولي، إذ أنّ المشكلة في الفرضية الأولى هي تطبيق قواعد مادية دولية غير منتمية لأيِّ نظام قانوني وطني في حين يمثل هذا التّطبيق أمام التحكيم الدّولي في الفرضية الثانية تدويلا للقانون واجب التّطبيق، وهي مسألة لا تنفصل عن قضاء التّحكيم، وقد انعكس هذا التّمييز على اختلاف الأسس التي يستند إليها في تطبيق هذه القواعد أمام القضاء الوطني عنه أمام التّحكيم الدّولي، وعليه سنتناول فكرتي التّطبيق المباشر، وبالتّالي استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية أمام الجهات القضائية المختصة (**المطلب الأوّل**) ثم ندرس أولوية تطبيق القواعد الموضوعية بين مناهج القانون الدّولي الخاص(**المطلب الثاني**).

المطلب الأوّل

استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية أمام الجهات القضائية المختصة

يتضح لنا أنّ التّطبيق الذّاتي للقواعد الموضوعية قد يكون ممكنا دون أن تعوق الإرادة هذا التّطبيق خاصة في إطار العقود الخاضعة للتّحكيم الدّولي، بمعنى أنّ الإرادة لا يمكن أن تكون الأساس الوحيد والمانع لتطبيق القواعد الموضوعية، وتبدو حينئذ آلية التنازع وكأنّها مستبعدة تلقائيا، وأنّ تطبيق القواعد الموضوعية لا يتأتى إلاّ في ظلّ هجر منهج التنازع.

قد يطبق المحكم القواعد الموضوعية آخذا في الاعتبار نصوص العقد وعادات التجارة الدّولية عند الفصل في النّزاع، بغض النّظر عن القانون الذي اختاره المتعاقدان أو حتى في ظلّ سكوتهم عن هذا الاختيار بما يفيد أنّ تطبيق القواعد الموضوعية يكون على نحو مباشر دون مساعدة قاعدة الإسناد المتمثّلة في الإرادة، ومرد ذلك هو شدّة تعقيد منهج التنازع ونتائجه الشاذة ممّا يؤدّي إلى عدم توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني.

يرى الفقه الرّاجح إمكانية التّطبيق المباشر للقواعد الموضوعية دون حاجة إلى منهج قواعد التنازع بحكم أنّها تندرج في نظام قانوني يشكل في عناصره الجوهرية قانونا ذات تطبيق مباشر أو فوري، وأنّ هذه القواعد لا تحتاج إلى سند أو صفة تبرر تطبيقها فبمجرد وجودها ودخول المنازعة في سريانها سواء أمام القاضي(**الفرع الأوّل**) أو أمام المحكم تكون واجبة التّطبيق(**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

استبعاد منهج قواعدالتنازع في تطبيق القواعد عبر الدّولية أمام القضاء الوطني

كيف يكون تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية أمام القضاء الوطني تطبيقا مباشرا دون الاستعانة بقواعد الإسناد إذا كان هذا القضاء ملزم بالقانون الذي تشير إليه قواعد التّنازع في نظامه القانوني؟ ألا يتعارض التّطبيق المباشر لهذه القواعد مع التزام القاضي بقاعدة الإسناد أو مع الصّفة الملزمة والآمرة لهذه القاعدة ؟

تكتسي الإجابة على هذا التساؤل أهمية بالغة لأنّها تحدد مستقبل ومدى فعالية آلية تنازع القوانين باعتبارها التّقنية الأساسية التي يقوم عليها القانـــون الدّولي الخاص[649]، وهو ما جعل الفقه يشكّ أصلاً في القدرة على تطبيق هذه القواعد تطبيقا مباشرا باستبعاد منهج التنازع(**أوّلا**)، في حين ذهب البعض الآخر إلى تبرير ذلك التّطبيق على أساس فكرة الاستقبال(**ثانيا**).

أوّلا – شك الفقه في القدرة على استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد عبر الدّولية

مازال الفقه السائد في القانون الدّولي الخاص يوجب إسناد العقد إلى قانون دولة بالمعنى المقصود في القانون الدّولي العام، ويجد هذا الفقه، أنّ كل تطبيق لقواعد عابرة للدّول أمام القضاء الوطني لا يزال يكمن في إعمال القانون الواجب التّطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية[650].

---

[649]- أنظر في هذا الطرح: **المصري محمد وليد هشام**، "مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة التنازع و القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 35، 2008، ص ص 231 -260.

[650]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، طبعة 1995، ص 203. **وطرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص ص 93-94.

لقد بلغ التمسك بهذه الثوابت مبلغا دفع أنصاره إلى توجيه الانتقاد إلى القضاء الوطني الذي يطبّق هذه القواعد بمعزلٍ عن قاعدة الإسناد، أو بالإستناد إلى قواعد القانون التجاري الدّولي كقاعدة "**العقد شريعة المتعاقدين**" بهدف تطبيق قواعد التجارة الدّولية أمام هذا القضاء على حساب ما تقضي به قاعدة التنازع الوطنية في قانون القاضي.

ففي نزاع يتعلق بعقد وساطة أو رعاية Sponsrship أبرم بين إحدى الوكالات السعودية وبين شركة فرنسية بهدف حصول الطرف الثاني على مقاولة من الباطن داخل المملكة لقاء دفعها للطرف الأول أجرة وساطة بنسبة 7% من قيمة المقاولة من البـــــاطن، تدفع أولا بأول مع كل تسوية مالية تتم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن (الشركة الفرنسية)، ولدى امتناع (الشركة الفرنسية) عن دفع ما تبقى من أجرة الوساطة بعد أداء نسبة 75% منها بزعم نشوء خلافات بينها وبين المقاول الأصلي وأن الوسيط أو الراعي (le sponsor) قد أخل بالالتزامات المترتبة على عقد الرعاية المتضمنة قيامه بتسوية الخلافات، فأقام الطرف السعودي الدعوى أمام محكمة نانت (NanteS) الفرنسية (بوصفها محكمة موطن الشركة المدعى عليها) للمطالبة بباقي القيمة المستحقة.

قضت المحكمة باستحقاقه لكامل القيمة المتفق عليها، ولكن ما أثار النقد أنّ المحكمة استندت في قضائها إلى الشروط العقدية فقط دون أن تسند العقد إلى القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية، وهو هنا القانون السعودي بوصفه قانون دولة التنفيذ الأوثق صلة بالعقد، وكان بإمكان المحكمة الفرنسية أن تتوصل إلى الحكم السابق ذاته في ظل هذا القانون دون أن يؤخذ عليها مخالفة قاعدة الإسناد في قانونها وما يترتب عليها من وجود عقد دون قانون أمام القضاء الوطني[651].

بالمقابل، فإنّ إعمال قاعدة التنازع، لا يمنع من التّطبيق المباشر للقواعد الموضوعية عبر الدّولية على أساس التطبيق الأحادي لهذه القواعد أمام القضـــــاء الوطني، ذلك التّطبيق الذي يجمع بين الإسناد المزدوج والأحادي في الوقت نفسه، وفي إطار

[651]- راجع: طرح **البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد،مرجع سابق، ص ص 124-125.

هذا المنهج الحديث في الإسناد يمكن تطبيق القواعد العابرة بأشكالها كافة وليس فقط عادات التجارة الدّولية بصفة أحادية، في الوقت ذاته تنطبق فيه قواعد القانون واجب التطبيق تبعا لقاعدة الإسناد المزدوجة في قانون القاضي دون أي تعارض.

لا يتعارض التّطبيق المباشر من خلال هذا المنهج فضلا عن احترامه منهج تنازع القوانين، مع التزام القاضي بإعمال قواعد التنازع في نظامه القانوني دون إتاحة أيّة إمكانية لتدويل القانون واجب التطبيق أو وجود عقد دون قانون.

ثانيا- تبرير استبعاد منهج قواعدالتنازع في تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية على أساس فكرة الاستقبال

عرف الفقه فكرة الإستقبال منذ زمن طويل، والمقصود منها هو نقل تنظيم قانوني من عمل الغير كما هو، وقبوله وكأنّه تنظيم من صنع المشرّع أو القضاء الوطني، فهي فكرة فنية جديدة تعين على تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية بعيدا عن تدخل قاعدة الإسناد وعلى أساس هذه الفكرة اجتهد الفقهاء لتحليل العلاقة بين قانون الدّولة والنّظام القانوني الخاص بالهيئات والمنظمات المهنية.

وُجدت هذه الفكرة لدى أنصارها بهدف تبرير تطبيق القواعد الموضوعية أمام القضاء الوطني كقاعدة صلاحية واستقلال شرط أو اتفاق التحكيم، وصحـــــة ارتباط الدّولة باتفاق التحكيم، ومقتضى تلك الفكرة أنّ القضاء إذا كان يطبق تلك القواعد دون أية استعانة بقاعدة إسناد، فما ذلك إلاّ لأنّ القواعد المذكورة قد تم استقبالها وإدماجها في النّظام القانوني الوطني، وصارت بالتّالي جزءا من قانون القاضي، ومن ثم تكون واجبة التّطبيق بالأفضلية على أي قانون آخر.

تتّضح هذه الأفضلية في ظلّ غياب القضاء الدّولي للقانون الخاص، حيث لا يتأتّى تطبيق قواعد وعادات وأعراف التجارة الدّولية إلاّ عن طريق استقبال وطني تعود كيفيته

ومبدأه إلى سيادة الدّولة وفي حدود احترام سيادتها وقوانينها، وبالتّالي تُعِين هذه الفكرة في تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدّولي استقلالا عن قاعدة الإسناد[652].

يتحقق التّطبيق المباشر للقواعد الموضوعية، وبالتالي استبعاد منهج التنازع ليس فقط على أساس اندماج هذه القواعد وانخراطها ضمن قواعد قانون القاضي بالمعنى الواسع، إنّما يتحقق أيضا عن طريق ***تكملتها للقانون الأجنبي الواجب التطبيق*** حينما تنضم إلى قواعد هذا القانون الأجنبي، ولكن التّطبيق المباشر لا يتأتى إلاّ في الفرض الأوّل الذي تندمج فيه هذه القواعد في قانون القاضي، إذ يمكن للقاضي في ذلك الحين تطبيقها دون توقف على إحالة من جانب الأطراف أو القانون الواجب التطبيق[653].

تعدُّ القواعد الموضوعية الموحدة التي سنتها غرفة التجارة الدّولية في مجال الاعتماد المستندي لعام 1983 من أهم الأمثلة على التّطبيق المباشر لقواعد مادية عابرة للدّول أمام القضاء الوطني، ففي حكم صادر عن محكمة استئناف باريس في (1989/9/21) أيدت فيه محكمة تجارة باريس التي طبقت العادات الموحدة في مجال الاعتماد المستندي دون أن تكون هناك إحالة إليها في القانون الواجب التطبيق أو من قبل أطراف النّزاع[654].

يبدو أنّ المحكمة لم تجد من المناسب تحديد القانون الواجب التطبيق تبعا لقاعدة الإسناد الفرنسية المقرر تطبيقها في نزاع من هذا النوع الذي تحكمه العادات المستقرة في التجارة الدّولية والتي اكتسبت قوة في الممارسة توازي إن لم تكن تفوق أيّة قواعد وطنية وقد صدر القرار استنادا إلى المادة21 من تلك العادات الموحدة.

من أهم القرارات التي يمكن الإشارة إليها في هذا الصدد، قرار المحكمة العليا في فنزويلا الصادر بتاريخ 1997/10/09، إذ استندت المحكمة الوطنية في كراكاس

[652]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص439 .

[653]- **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 122.

[654]- المرجع نفسه، ص 123.

CARACAS إلى مبادئ معهد روما في تفسيرها لدولية عقد يتضمن شرط تحكيم خاضع لاتفاقية التحكيم التجاري لدول أمريكا اللاتينية لعام 1975.

ففي عقد يتضمن شرط تحكيم أبرم بين شركتين فنزوليتين، ادعت إحدى الشركتين بطلان شرط التحكيم لعدم اكتساب العقد الصفة الدولية، أما المحكمة العليا الفنزويلية، فقد استندت في رفضها للإدعاء السابق وتأييدها لمحكمة الموضوع كراكاس التي قررت صحة شرط التحكيم في عقد بين شركتين وطنيتين، بالقول أن إحدى الشركتين هي ليست في الواقع إلا فرع لشركة أمريكية، وهذا ما يضفي على العقد- برأي المحكمة العليا- الصفة الدولية، وقد أشارت المحكمة العليا إلى مبادئ معهد روما في تكييفها للصفة الدّولية للعقد، حيث تقرر هذه المبادئ بأن مفهوم "دولية" العقد يجب تفسيرها بأوسع تفسير ممكن وبالشكل الذي يستبعد فقط تلك العقود التي تتركز جميع عناصرها في بلد واحد فقط.

الفرع الثّاني

استبعاد منهج قواعدالتنازع في تطبيق القواعد عبرالدّولية أمام قضاءالتحكيم

يستند التّطبيق المباشر للقواعد الموضوعية عبر الدّولية عن طريق استبعاد منهج التنازع أمام التحكيم التّجاري الدّولي إلى المبادئ العامة في القانون الدّولي الخاص بمختلف أشكالها، كقانون اختصاص المحكم، أي قانون القاضي بالمعنى المشابه لهذه الفكرة في مجال تنازع القوانين، وكذلك إلى "***مبدأ سلطان الإرادة***" كمبدأ عام من مبادئ قانون التّجارة الدّولية، وكمبدأ مقبول على نحو كبير في أنظمة القانون الدولي الخاص الوطنية، وبالتّالي فالمحكم ملزم باحترام اختيار الأطراف.

نشأت هذه القواعد لتنظيم العلاقات الخاصة الدّولية في المجتمع الدّولي للتجار من خلال نشاطات المؤسسات المهنية وهيئات التحكيم الدّولي.

يرى جانب من الفقه التحكيمي الحديث أنّ نقطة الانطلاق في تبرير التطبيق المباشر لشروط العقد تتمثل في اتفاق الأطراف ومبدأ "**العقد شريعة المتعاقدين**" نظرا لأنّ العقد هو قانون الأطراف الناشئ عن الواقع الذي يوجب على المحكمين عدم تجاوز هذه الإرادة وإلاّ كان القرار مشوبا بتجاوز الاختصاص الذي يكون سببا لرفض تنفيذ القرار (**أوّلا**).

يلحق بالتبرير النّظري السّابق، ما تقرره مختلف اتفاقيات التحكيم التجاري الدّولي فضلا عن قوانين التحكيم التي سبق ذكرها.

إذ تؤكّد هذه الاتفاقيات والقوانين وجوب مراعاة المحكّم لشروط العقد وعادات التجارة عند الفصل في النّزاع، وذلك بصرف النّظر عما إذا كان الأطراف قد اختاروا قانونا وطنيا لحكم النّزاع أم لا، وهذا ما يشير بوضوح إلى أنّ تطبيق هذه القواعد إنّما يتم على نحو مباشر في حالات معينة دون توقف على إرادة الأطراف أو على قاعدة التنازع (**ثانيا**).

أوّلا- تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية أمام التّحكيم بالاستناد إلى اتفاق الأطراف

يتمتع "**مبدأ سلطان الإرادة**" أمام التحكيم التجاري الدّولي بمجال واسع من حيث التّطبيق، يختلف عنه في مجال القضاء الدّاخلي، فإذا كان أساس قدرة الإرادة على اختيار القانون يستند أمام القاضي الوطني على قاعدة التنازع المدرجة في قانونه، فإنّ فقه وقضاء التحكيم اعتبروا أساس القوة الملزمة للارادة مستمد من قاعدة قانونية تعطي الإرادة القدرة على وضع شروط العقد التي يلتزم الأطراف بأحكامها[655].

هكذا، أضحى "**مبدأ سلطان الإرادة** " جزء من القانون التّجاري الدّولي، والملاحظ أنّ المبدأ السابق يعطي الأطراف حرية عند اختيارهم لقانون العقد، الذي قد يكون على غير صلة بالعقد، أو عدم اخضاعه لأيِّ قانون، أو اخضاعه لما يسمى بقانون التجار الدّولي، أو تجزئة العقد ما بين عدة قوانين.

[655] - **نرمين محمد محمود صبح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 113.

وعليه، فإنّ تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية أمام التحكيم التجاري الدّولي قد يكون بصفة صريحة أو بصفة ضمنية، ولكن ماذا لو تعارض القانون الدّاخلي المختار مع القواعد الموضوعية عبر الدولية؟

1-الاتفاق الصّريح على تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية[656]

لما كان النّظام القانوني لعقود التجارة الدّولية لا يعدو أن يكون سوى مرآة تعكس صورة العلاقات السارية في مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود، فيبدو واضحا أن تمتد اتجاهات تدويله تماشيا مع التدويل الذي شهدته هذه العلاقات، ويتم التدويل باسعتمال الأطراف مصطلحات تشير إلى رغبتهم في اخضاع علاقاتهم للقواعد عبر الدّولية[657].

قد يتم تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية إذا استخدم الطرفين مصطلح **"القانون التجاري" أي"** Lex Mercatoria " ، فبمناسبة خصومة التحكيم رقم 4761، تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدّولية، بين طرف إيطالي، وآخر ليبي، صدر حكم باتفاق الأطراف بصفة جزئية، يحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع وينص على أنّ:

" 1- القانون الليبي هو القانون واجب التطبيق من حيث المبدأ على أوجه النزاع فيما لا يخالف النظام العام الدولي ومبادئ حسن النية.

2- لو فرض أنّ القانون الليبي لم يتم اثباته إعمالا للمادة 08 من وثيقة تحديد مهمة المحكم، فإنّ هيئة التحكيم ستطبق القانون التجاري" Lex Mercatoria " أو المبادئ العامة للقانون.

---

[656]- راجع في كيفية صياغة شرط القانون الواجب التطبيق: **الحموري طارق**،" قراءة مبسطة في عقود التجـــــارة الدولية"، أشغال ندوة جامعة الدول العربية حول: صياغة وإبرام عقود التجارة الدولـــية، في الفترة ما بين 25 -29 ديسمبر، شرم الشيخ، مصر، 2009.

[657]- راجع في موضوع اختيار الأطراف قواعد التجارة الدولية: **أيت منصور كمال**، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الإقتصادي، مرجع سابق، ص319 وما بعدها.

3- القانون التجاري "Lex Mercatoria " سينطبق لأيضا حيث يكون القانون الليبي كما اثبته لأيا من الأطراف ناقصا بشكل واضح أو لم يكن كاملا في شأن وجه أو أكثر من أوجه النزاع"[658].

تظهر خصوصية سرد هذا المثال في استخدام الأطراف لمصطلح "Lex Mercatoria " بشكل صريح، رغم كونه يأخذ مركز الدّور الاحتياطي في تطبيقه.

الملاحظ خاصة في مجال عقود الدّولة عدم تركيز الأطراف لشرط اخـــتيار القانون، وذلك باستخدام صياغة "Formula " يعبرون بها عن رغبتهم عن عدم تطبيق القانون الدّاخلي على العقد، ويرى التحكيم في هذه الصياغة ، اتفاقا صريحا على الخضوع للقواعد عبر الدّولية.

قد يكون اتفاق الأطراف على تطبيق هذه القواعد باستعمال مصطلحات أخرى منها " ***تطبيق مبادئ قانون التجارة الدّولي والتي طبقتها المحـــــاكم الوطنية والدّولية***"، وكذلك الاتفاق على أن تلتزم هيئة التحكيم باصدار حكمها " *وفقا للمبادئ العامة المعتادة في الأمم المتمدّنة*" أو النّص على أنّ "*الأطراف يؤسسون علاقاتهم فيما يتعلق بهذا الاتفاق على مبادئ الود وحسن النية، وكذلك التفسير المعق وللشروط هذا الاتفاق*".

ذهبت هيئة التحكيم تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدّولية، دائما، في قرارها الصادر في 1996 تحت رقم 8365 إلى تطبيق القواعد عبر الدّولية تطبيقا استثناريا، ومن دون الاستعانة بالقواعد الوطنية على اعتبار أنّ أطراف النّزاع هم من رغبوا في ذلك.

---

[658] -«1- Le droit libyen est en principe applicable a tous les aspects du litige, en ce qu'il n'est pas contraire a l'ordre public international et aux principes de la bonne foi.
2- Dans l'hypothèse ou le droit libyen n'aurait pas été prouvé conformément a l'article 8 de l'acte de mission, le tribunal arbitral appliquera la lex mercatoria, soit les principes généraux du droit.
3- La lex mercatoria s'appliquera également si le droit libyen tel qu'il a été établi pour l'une ou l'autre des parties était manifestement lacunaire ou incomplet sur un ou plusieurs aspect du litige ».
-Rendu dans l'affaire n 4761 en 1984, in Recueil CCI, II, p 298.

عن: **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية، مرجع سابق، ص 359.

تتلخص وقائع النّزاع في القضية في عدم قيام بنك ألماني بالوفاء بقيمة ضمان مصرفي كان أصدره لصالح بائع ألماني عن طريق أحد البنوك الأسبانية، وقد كان المشتري الإسباني يرغب في شراء سفينة صيد من بائع ألماني، لذا تقدم لبنكه الوطني ليصدر له ضمانا مصرفيا لفائدة البائع الألمـــاني، وبعد قيام هذا الأخير بتنفيذ التزامه بتسليم السفينة محل التعاقد، لم يتلق الثمن المحدد في العقد.

نتيجة ذلك، قام البنك الإسباني بمطالبة البنك الألماني بالوفاء بقيمة الضـــــمان، غير أن هذا الأخير رفض ذلك، الأمر الذي دفع بالبنك الأوّل إلى اتخاذ إجراءات التحكيم للحصول على حقه، وتبعا لذلك طالب المدعي من هيئة التحكيم تطبيق القواعد عبر الدّولية باعتبار أنّ أحد بنود العقد يقضي بتطبيق المبادئ العامة للقانون الدّولي وعادات التجارة الدولية، إلاّ أنّ المدعى عليه رفض إعمال ذلـــــك القانون، بحيث دفع بأنه قانون غير متكامل، وأن تطبيقه لا يكون إلا بهدف سد النقص المحتمل لمسه في القانون الوطني معتبرا أنّ المقصود بعبارة قواعد قانون التجار الدّولي هو تطبيق المبادئ العامة في القانون الدّولي الخاص، وعند نظرهـــــا في النّزاع المطروح أمامها، انتهت هيئة التحكيم إلى تقرير مسؤولية البنك الألماني نتيجة عدم وفائه بقيمة الضمان المصرفي تأسيسا على المبادئ الواردة في قانون التجار "Lex Mercatoria ".

ومن هذه المبادئ مبدأ التعهدات الملزمة، مبدأ حسن النّية في تنفيذ الالتزامات العقدية، مبدأ عدم إعفاء أحد الأطراف من تنفيذ التزامه مادام الطرف الآخر لم يخرق أحكام العقد وذلك من دون الرجوع إلى أي قانون وطني، مبدأ تعويض الضّرر[659].

بناء على ذلك، قضت المحكمة بأنّ البند الوارد في عقد الضمان بتطبيق المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدّولية يعطي إشارة صريحة لرغبة الطرفين في استبعاد

[659] - **أيت منصور كمال**، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الإقتصادي، مرجع سابق، ص 322.

تطبيق قوانينهم الوطنية أو تطبيق قانون آخر، لذلك فإن المجال يتسع لتطبيق قانون التجارة الدّولية[660].

وقد يتم الاتفاق أيضا على أنّ " **القانون واجب التطبيق على المسائل الموضوعية بين الأطراف سيتم تحديده من قبل الهيئة آخذة في الاعتبار صفة الأطراف والصفة الدولية لعلاقاتهم ومبادئ القانون والعادات السائدة في العالم المتقدم**" [661].

ما تجد الإشارة إليه، هو أنّ الواقع العملي يثبت عدم وجود اتفاق حول التعابير المستعملة من طرف المتعاملين للدلالة على هذه القواعد، غير أنّه مع ذلك، فإنّ الأشكال المختلفة للصياغة لا تعني اختلافا في المضمون العام، فهي ليست سوى مرادفات لمعنى واحد، وتصب كلها في رغبة الأطراف في تسوية منازعاتهم بموجب قانون غير وطني.

2- الاتفاق الضمني على تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية

الملاحظ عمليا، أنّ أكثر فروض تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية هي تلك التي لا يتفق فيها الأطراف على مثل ذلك الأمر[662]، ما دفع الفقه إلى البحث لايجاد تبريرات للتطبيق المباشر لهذه القواعد في هذه الفروض منها:

أ-قاعدة من يختار القاضي يختار قانونه

وجد تبرير التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية عند سكوت الإرادة عن اختيار تلك القواعد سنده في قاعدة "***من يختار القاضي يختار قانونه***" فمادامت هذه القواعد العابرة

---

[660]-**بن أحمد الحاج**، "العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص ص 98-99.

[661]- **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية، مرجع سابق، ص 358 وما بعدها.

[662] « …L'une au moins de ces orientations spécifiques ne résulte pas toujours de clauses de choix du droit applicable, mais souvent de l'absence ou indépendamment de telles clauses : c'est celle qui conduit l'arbitre du commerce international a appliquer la *lex mercatoria*,… ».

عن: نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، هامش رقم 2، مرجع سابق، ص 366.

للدول هي قانون اختصاص المحكم فإنّ **وجود *شرط تحكيمي يعد اتفاقا ضمنيا*** على تطبيقها مباشرة دون وساطة نظام تنازع القوانين[663].

ربط بعض الفقه التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية استقلالا عن قاعدة الإسناد أمام قضاء التحكيم بقاعدة " **من يختار القاضي يختار قانونه**"[664]، حيث لا يملك المحكم قانونا وطنيا يعد بمثابة قانون اختصاصه على عكس القاضي، الأمر الذي يقضي اعتبار مجموع القواعد الموضوعية كقانون اختصاصه، فيقوم المحكم بتطبيقها مباشرة عملا بالمبادئ العامة في القانون الدّولي الخاص، فتطبيقها يكون مفترضا بمجرد الالتجاء إلى هيئة التحكيم، وفي كل عقد يتضمن اتفاق التحكيم، إذ ليس هناك قانون وطني له الحق دون غيره بالانفراد في حكم العلاقات غير الوطنية بما فيها المرتبطة بالتجارة الدولية

يعدّ عدم جود واقعة تحديد القواعد الواجبة التطبيق غالبا احدى القرائن التي يجوز الاستناد إليها في شأن الاتفاق الضّمني على اخضاع العلاقة للنّظام القانون عبر الدّولي، ما لم يثبت العكس.

---

[663]- يقول LOQUIN :

« Le choix d'un arbitrage institutionnel international peut partiellement être interprété comme présumant dans le silence des parties le choix implicite des règles anationales pour régir leur litige. Certe, a eux seuls, ces indices seront sans doute insuffisants. Mais leur cumul, combiné a l'internationalité du litige, et l'impossibilité de le situer d'une manière convaincante dans un ordre juridique, permettant de leur donner un tel sens ».

- عن: **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، هامش رقم 2، مرجع سابق، ص 368.

[664]- حيث يقول:

JEAN MICHEL JACQUET « Cette application est acquise par le seul fait du recours à un arbitrage commercial international et, plus exactement par la seule insertion dans le contrat international d'une clause compromissoire, au moyen de laquelle le contrat se trouve virtuellement placé dans l'orbite de certains principes et de certaines règles applicables aux relations juridique de ce type ».

عن: **عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، الهامش رقم 56، ص 412.

ب- لجوء الأطراف إلى التحكيم بالصّلح

سواء كان تحكيما قانونيا أو تحكيما مع التفويض بالصلح، فإعطاء الاختصاص لمركز تحكيمي *يعبر عن إرادة ضمنية في تركيز العلاقة القانونية في النّظام القاعدي الذي تكونه العادات الدّولية*، دون أن يكون لتحقيق ذلك عن طريق قاعدة الاسناد[665].

انتهت هيئة التحكيم، في تحكيم الحالات الخاصة، المرفوعة من الشركة الانجليزية « Mechema Ltd» ضد الشركات البلجيكية « S.A .Mines, Minérais et Métuax » بعد أن أشارت إلى أنّ اتفاق الأطراف على منحها سلطة التفويض بالصلح، إلى أنّ:" ***المحكمين سيلتزمون بالقانون التجاري»*** Lex Mercatoria ***بمناسبة ممارستهم لسلطتهم كمحكمين مفوضين بالصلح[666]".***

باستقراء قضاء التحكيم نجده يؤكد على ضرورة التطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدّولية خصوصا عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد أو طلبهم ذلك بصفة صريحة، وقد يلجأ المحكم إلى تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية متى تبيّن له استحالة تطبيق قانون معين على النزاع سواء بسبب نقص في العقد أو تناقض في مواقف أطراف المنازعة، وبالتّالي عدم امكان ربط النزاع بقانون معين، كأن يتمسك كل طرف بتطبيق قانونه الوطني فيستحيل على المحكم الترجيح بينهما، أو أن يذهب استنتاج المحكم إلى اتجاه نية الأطراف أمام هذه الوقائع إلى اخضاع المنازعة لقواعد وأعراف التجارة الدّولية.

---

[665]-وفي هذا الصدد يقول الفقيه "Fouchard" بالطبع نحن نعتقد أنّ تطبيق المحكمين لعادات وأعراف التجارة الدولية يفرض نفسه دائما دون أن تكون هناك ضرورة لأن يجيز الأفراد بذلك صراحة في اتفاقهم أو عن طرق لائحة هيئة التحكيم، وليس بالضرورة أن يحدد الأطراف أو لائحة التحكيم أن تلك القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، لأنّ ***الطبيعة والوظيفية الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي تؤدي إلى التطبيق التلقائي أو المباشر من المحكم لقواعد التجارة الدولية،*** فالاختصاص القضائي للمحكم يجعله يطبق القواعد الموضوعية باستقلال كامل عن كل قاعدة إسناد وعن كل بحث عن القانون الواجب التطبيق باعتبار أن هذه الجهة القضائية هي مصدر تكوين وإرساء القواعد الموضوعية.

[666]- **امجد سعد الدين**، " دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق" ، مرجع سابق، ص 94.

أيضا: **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 373.

انتهت أحد هيئات التحكيم، تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدّولية، إلى أنّه في ضوء تمتعها بسلطة التفويض بالصلح، فإنّ: " هيئة التحكيم سوف تحكم، عند الضّرورة، وفقا للقواعد المشتركة بين القوانين التّونسية والفرنسية والمنظمة للالتزامات والعقود، وفقط حيثما يختلف النظامان حول الحلّ المتعلق بمسألة معينة يلائمها تطبيق قانون دولة، فإنّ هيئة التحكيم ستضلع بتحديده، لكنها سوف تطبق بشكل أساسي الشروط التعاقدية وستأخذ في الحسبان الأعراف التّجارية، وستمارس عند اللّزوم سلطات المحكم المفوض بالصلح "[667].

تتجه أحكام التحكيم إلى تطبيق القانون الدّاخلي المختار من قبل الأطراف مع الحرص في الوقت ذاته على التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية عبر الدّولية، وعندئذ يتم تجزئة العقد، فتخضع الالتزامات العقدية في جانب منها لحكم القانون الـــواجب التطبيق، بينما تخضع المسائل الأخرى وعلى الأخص ذات الطابع الفني في إطار المهنة لعادات التجارة وغيرها من القواعد العابرة للدّول[668].

يستند هذا التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية عبر الدولية مع إعمال القانون الواجب التطبيق على ما تقرره اتفاقيات وقوانين التحكيم من وجوب مراعاة المحكمين لشروط العقد وعادات التجارة في كل الأحوال[669].

---

[667]-أنظر: **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 372.

[668]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص 207.

[669]- ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى القرارات التحكيمية التي طبقت فيها محاكم التحكيم مبادئ معهد روما في قرارات حديثة بهدف تأكيد وتفسير القانون الوطني الواجب التطبيق، ففي نزاع بين بائع هولندي ومشتري تركي الجنسية بشأن =رفض المشتري دفع المبلغ المتفق عليه كثمن لمكائن انتاج السكر مدعيا وجود صعوبات مالية نتيجة الانخفاض المفاجئ في أسواق السكر، أما البائع الهولندي فإنه أعلن فسخ العقد وطالب بالتعويض.

قررت المحكمة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الهولندي، وقد تمسك المشتري بقاعدة الإعسار(hardship) كأساس لدفاعه على وفق المادة 258/6 القانون المدني الهولندي الجديد، ولكن محكمة التحكيم قد أكدت في رفضها للإدعاء السابق الطابع الاستثنائي للإعسار والذي يتطلب تغييرا جوهريا في التوازن بين الالتزامات العقدية وليس مجرد زيادة في كلفة الأداء، وقد أشارت المحكمة في تأكيدها لهذا الاستنتاج ليس فقط إلى المادة السابق ذكرها في القانون الهولندي إنما إلى المواد 6-1-2 من مبادئ معهد روما لعقود التجارة الدولية.

ج-استبعاد قواعد التنازع كواقعة سلبية لتطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية

عبّر الفقيه الإيطالي RUBINO-SAMMARTANO عن المبادئ العامة للقانون كنوع من القواعد الموضوعية عبر الدّولية من خلال نظرية "*الأساس المشترك*" التي يتم تطبيقها عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم كواقعة سلبية، والذي يجب أن يفيد استبعاد قواعد التنازع وفي نفس الوقت يعتبر ذلك السكوت اختيارا ايجابيا للأساس المشترك بين قوانين الأطراف واستبعاد القـــــواعد المختلفة فيها، وعليه ننتقل من حالة عدم اختيار إلى حالة اختيار مزدوج ايجابي بالنّسبة للقواعد المشتركة وسلبي بالنّسبة للمختلفة، وعندما لا تكفي القواعد المشتركة لحلّ النّزاع على المحكم أن يعتمد العادات السابقة بينهم وفي غيابها على الأعراف السائدة في دولهم[670].

من أهم قرارات التحكيم التي أشارت إلى المبادئ العامة عبر الدّولية بوصفها مبادئ عامة لقانون التجارة الدّولي، خاصة بعد حكم اللورد الإنجليزي Asquith الحكم المفرد في قضية أبو ظبي سنة 1951، والتي كانت تتعلق بتفسير العقد المبرم بين حاكم أبو ظبي وشركة تنمية البترول المحدودة[671]، فقد وجد اللورد Asquith أنّ قانون أبو ظبي باعتباره القانون الواجب التطبيق لا يتضمن نظاما قانونيا متكاملا يمكن اللجوء إليه وتطبيقه، ممّا

وفي قرار تحكيمي آخر صدر في روما عام 1996، لجأت محكمة التحكيم إلى مبادئ معهد روما لتأكيد الحل المقرر في قانون وطني بعدَه حلا يتطابق مع المعايير الدّولية، ففي النزاع بين شركتين انجليزية وإيطالية بشن بيع وقود زيتي، كان العقد يشير صراحة إلى خضوعه للقانون الإيطالي ويوجب مراعاة شروط العقد وعادات التجارة على وفق المادة 843 من قانون الإجراءات المدنية الإيطالي، وطبقت المحكمة مواد متعددة من مبادئ معهد روما لتأكيد صحة إبرام العقد بشكل رضائي دون أية شكلية متى ما تطابق الإيجاب والقبول وطبقت مواد أخرى للحكم بالتعويض.

[670]- **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 283 وما بعدها.

[671]- يصرّح المحكمون أنا المشاكل المتعلقة بالتفسير عامة يفصل فيها حسب الطرق المطبقة من قبل الفقه، والتي تكون هي نفسها في أنظمة القوانين العالمية. ونجد نفس الفكرة في تحكيم (CCI) ونجد فيها المحكم يقول في أحد القرارات: "ليس =ضروري أخذ قرار حول القانون الواجب التطبيق لسبب بسيط وهو أنّ المبادئ العامة تفسر العقود، لأنها يمكن أن تطبق مثل أية قواعد التي تكون موحدة لأهم الأنظمة القانونية للدول المتحضرة بصفة خاصة الإنجليزي أو..." أنظر:

- KASSIS Antoine, *Théorie générale des usages du commerces*, L G D J, Paris, 1984, p. 335.

دعاه إلى تسليم العلاقة التعاقدية إلى المبادئ العامة للقانون السائد في الدّول المتمدنة، وتطبيق أحكام القانون الإنجليزي عليه باعتباره انعكاسا لتلك المبادئ[672].

ذهبت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1979 في قضية إلى تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بوصفه من المبادئ العامة المشتركة لقوانين الأمم المتمدنة والتي تندرج ضمن قانون التجارة الدولي لتكون قانونا واجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم بخصوص وكالة تجارية بين طرف تركي وآخر فرنسي قام بإنهاء الوكالة بصورة سببت ضررا للطرف التركي، حيث قضت هيئة التحكيم باستبعاد تطبيق كل من القانون الفرنسي والقانون التركي واللجوء إلى قانون التجارة الدولي من خلال أحد مصادره المبادئ العامة للقانون وخاصة مبدأ حسن النية[673].

ثانيا– تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية أمام التّحكيم دون الاستناد إلى اتفاق الأطراف

تعمل مراكز التحكيم الدّائمة على توسيع نطاق تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية من أعراف وعادات التجارة الدّولية، وإبراز الصفة القانونية لهذه الأعراف من خلال تطبيقها دون حاجة إلى اختيار أطراف النزاع لها[674]، إذ أصبح للمحكم سلطة تقدير كبيرة يسعى من خلالها إلى إيجاد الحلول الذّاتية التي تلاءم معاملات وعقود التجارة الدولية

[672]- انتقد مصطلح " **الأمم المتمدنة** " بالنّظر إلى الغموض الذي يكتنفه، وباعتبار أنّه لا معنى لهذا المصطلح بعد زوال ظاهرة الاستعمار، فيجب أن نتحدث إذن عن النظم القانونية الرئيسية.

- **بويحي جمال**، القانون الدّولي في مجابهة التحدّي الامريكي ، مرجع سابق، ص ص 37-38.

[673]- **الطراونة مصلح أحمد**، قانون التجارة الدولي، مرجع سابق، ص 95.

- **فياض محمود**، " مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، **مجلة الشريعة والقانون**، السنة 27، العدد الرابع والخمسون، أفريل، 2013.

[674]- **شريف هنية**، " إعمال القواعد عبر الدّولية في التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص 157.

أنظر أيضا:

-**PRUJINER Alain**, "L'arbitre et le droit", Revu de règlement de déférents de Mc Gill, vol 1 :1,2014, p .86

بإرساء هذه العادات التي لا نظير لها في القوانين الداخلية، لأنّه إذا تعددت أنظمة التنازع بتعدد الدّول تتحقق النّزعة الوطنية الضيقة التي لا تخدم مصالح التجارة الدّولية.

نجد من تطبيقات العادات والأعراف الدّولية في مجال التحكيم القضية المعروضة على محكمة النقض الفرنسية في قضية Valenciana، والتي طبق فيها المحكم ما يسمى قانون التجار، تتلخص وقائع القضية في أنّ شركة Américain Primary Coal التزمت بتوريد لمدة 3 سنوات لشركة اسبانيةEspagnoleValeciana de Comentos Portland كمية من الفحم حيث نصت المادة 07 من العقد على تسوية النّزاع وفق نظام تحكيم CCI في مسائل الإجراءات، أمّا القواعد الواجبة التطبيق على الموضوع فلم يحدد من قبل الأطراف، وعليه أصدر المحكم حكما جزئيا يقضي بخضوع النّزاع لعادات التجارة الدّولية باعتبارها الأكثر ملائمة للنّزاع، فدفعت الشركة الاسبانية ببطلان الحكم للأخذ بالعادات التجارية، في حين كان من المفروض تطبيق قواعد تنازع القوانين في حالة غياب الإرادة الصريحة، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع، وتم صدور القرار عن الغرفة المدنية بتاريخ 1991/10/22. لصالح الطرف الفرنسي[675].

توصل الأستاذ " DARAINS " السكرتير العام لمحكمة العدل الدّولية لغرفة التجارة الدّولية والمحكم الدّولي "LALIVE " في أحد أبحاثهما المشتركة بأنّ: " بعض المعاملات التجارية الدّولية تتصل بشكل وثيق بالأعراف لدرجة أنّ المحكمين يشيرون إليها مباشرة لحل المشاكل المتعلقة بها دون توجيه النّظر إلى حلول القانون الدّاخلي التي تطبق بصفة عامة على المنازعة، فذلك هو الحال على سبيل المثال فيما يتعلق بالبيوع الدّولية حيث يشير المحكمون بشكل نظامي إلى " INCOTERMS " لتفسير المصطلحات التجارية مثل البيع FOB ET CIF[676].

[675]- عن: **جارد محمد**، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص 98-99.

[676]- أنظر: **بن أحمد الحاج**، "العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدّولية"، مرجع سابق، ص 100.

متى تركزت العلاقة العقدية في النّظام القانوني عبر الدّولي أو كان تطبيق الأنظمة القانونية الدّاخلية غير ملائمة، وجب إعمال القواعد الموضوعية عبر الدّولية بصفة مباشرة[677].

1-تركز العلاقة التعاقدية في النّظام القانوني عبر الدّولي

تتركز العلاقة التعاقدية في النّظام القانوني عبر الدّولي إذا كانت تنتمي بطبيعتها إلى مجتمع الأعمال عبر الدولية، سواء كانت غريبة عن كافة الأنظمة الوطنية أو نظرا لتمتعها بتنظيم عبر دولي تفصيلي، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية لاهاي لعام 1964 التي رسمت نظاما للأعراف التجارية الدّولية، وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 المعروف باسم اتفاقية فينا، التي استقر التحكيم على تطبيق أحكامها وحتى القضاء كذلك يفعل[678].

باستقراء أحكام تلك الاتفاقية وبتتبع موقف التحكيم التجاري الدّولي منها يظهر أنّها تتعدى مجرد المعاهدة الدّولية لتصل إلى درجة تجسيد مضمون بعض القواعد عبر الدولية، حتى أنّ البعض اعتبرها مصدرا موحدا لهذه الأعراف.[679]

لم يتم في شأن منازعة تتعلق ببيع منازل مجهزة بين بائع من تكساس الامريكية وإحدى الوزارات السّورية، الاتفاق بين الأطراف بشأنها على القانون الواجب التطبيق قضت هيئة التحكيم برعاية غرفة التجارة الدّولية بأنّ " الهيئة ترى أنّ المنازعة التي تختص

---

[677]- المرجع نفسه، ص 99.

678 - Pour prendre un exemple judiciaire récent, la Cour d'appel du Québec a récemment appliqué d'office aux deux parties à un contrat international les règles de la *Convention de Vienne* alors que les parties invoquaient seulement les règles du droit civil interne des États en cause. La décision est manifestement bien fondée, la *Convention de Vienne* faisant partie du droit des deux états en question et elle était applicable incontestablement en vertu de son article 1.
Les parties l'avaient ignorée dans leurs arguments. La Cour a quand même fondé sa décision sur le contenu de cette convention. Voir -**PRUJINER Alain**, "*L'arbitre et le droit*", Op.cit, p. 94.

679- **EMMANUEL S. Darankoum**, « L'application de la convention des nations unies sur le contrat de vente international de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce internationale dehors de la volonté des parties est –elle prévisible ? », *Revue québécoise de droit international*, 2004, p11. Disponible sur : http://rs.sqdi.org/volumes/17.2_-_darankoum.pdf

بالفصل فيها بين الأطراف تتمتع بطابع تجاري معتاد يجوز حسمها في ضوء أحكام العقد والأعراف التجارية الدولية دون أن تكـــون هناك حاجة إلى الاستناد إلى قانون معين"[680].

نكون في حالات معينة أمام ضرورة تركيز المنازعة في النظام عبر الدولي لاحتوائه على أحكام تتولى تنظيم المسألة بشكل شامل، فقد قررت إحدى هيئات التحكيم تحت رعاية غرفة التجارة الدّولية في قرار لها صادر تحت رقم 8331 لعام 1996[681]: أنّه من الضروري والمناسب أن نلجأ إلى تطبيق أحكام " lex mercatoria " متمثل في تقنين مبادئه التي صدرت 1994 بشأن العقود الدولية لتفسير ما ورد في مذكرة التفاهم"

2- عدم ملائمة تطبيق الأنظمة القانونية الدّاخلية

نظرا للصّفة المركبة للعقود المرتبطة بعلاقات الأعمال عبر الدّولية، فإنّه قد يصعب على المحكم تركيز المنازعة في أحد الأنظمة القانونية الداخلية، ممّا يدفعه إلى تطبيق المبادئ العامة وأعراف التجارة الدولية، فقد أشارت هيئة التحكيم تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدّولية إلى أنّ: " ***العقد ينبغي تنفيذه في ثلاثة دول مختلفة، وتحديد قانون معين يخضع له يمثل بعض الصعوبات فواضحا أنّ الأطراف قد أرادوا اللجوء إلى المبادئ العامة وأعراف التجارة الدّولية***"[682].

3- قيام الأولوية في تطبيق القواعد عبر الدّولية الآمرة

تعتبر هذه الحالة استثنائية تمنح للمحكم إسوة بالقاضي استبعاد القواعد القانونية الداخلية المختارة لصالح القواعد عبر الدولية الآمرة[683]، كتلك التي تحارب الفساد

---

[680] - **بن أحمد الحاج**، "العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 100.

[681] - **GAILLARD -Emmanuel**, « Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », in *journal de droit international*, 122 année, N1 janvier-Février-Mars, 1995, p18.

[682] - « Le contrat devait être exécuté dans trois pays différent et la fixation pour son application d'une loi particulière présenterait des difficultés. Les parties ont manifestement entendu se référer aux principes généraux et aux usages du commerce international ».Sentence CCI rendu das l'affaire n 1659 rendu en 1972, citée par DERAINS, in *Rev.arb* ; 1973 p.134.

عن : نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية...، مرجع سابق، ص 378.

[683] - **شريف هنية**، " إعمال القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص 160.

والـــــــرشوة، والتمييز العرقي، وقد يكون تطبيق هذه القواعد بالأولوية في حالة التعارض المحتمل بين القانون الواجب التطبيق والقواعد الموضوعية التي تشكل نظاما عاما دوليا ثالثا، فإنّه يوجب على المحكمين، وهم المدافعين عن المصالح الأساسية للمجتمع الدولي للتجار، إلى تغليب تلك القواعد على أي قانون وطني[684].

يتفق هذا المسلك مع ما يسير عليه القضاء الوطني في بعض الدّول، كما هو الحال في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية شركة البريد البحرية عندما استبعدت المحكمة القانون الكندي بالدفع بالنّظام العام والحال أنّ الشّرط يخالف القانون الفرنسي، فانتهى الفقه إلى أن النظام العام الذي تم الدفع به في هذه القضية هو نظام عام دولي حقيقي يتعلق بالتعاملات النقدية الدّولية[685].

يمكن الإشارة هنا أيضا إلى قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدّولية تحت رقم 3916 في عام 1984 "*فقد رفضت المحكمة تطبيق القانون السوري رغم أنه القانون المختار والواجب التطبيق لكونه، برأي المحكمة، يتعارض مع حرية التّجارة ومبادئ عدم التمييز التي تتعلق بالّنظام العام الدّولي وهو ما يجب إعلاؤه على أي نظام داخلي*". إذ أنّ القانون السوري يتضمن حكما يقضي بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع الكيان الصهيوني، وعدَ هذا الحكم من النّظام العام الوطني[686].

قد يتم تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية بالإضافة للحالات المذكورة، في حالات أخرى منها وجود نقص في القانون المختار بشأن المنازعة المعروضة على المحكم، أو حالة تعذر اثبات الأطراف القانون الدّاخلي المختار، دون أن ننسى حالات التطبيق الجامع للقانون الداخلي المختار والقواعد عبر الدّولية، كما حدث بمناسبة عقد بيع مواد

---

[684] - **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 1995، ص 212.

[685] - **LOUSSOUAN Yvon**, *cours général de droit international privé*, Op Cit, p 310.

[686] - **الرفاعي أشرف عبد العليم**، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 82.

- **الفخري عوني محمد**، التنظير القانوني الداعم للعولمة الاقتصادية الرأسمالية، مرجع سابق، ص 154 .

بيترولية، والمبرم بين الشركة النيجيرية " SONIDEP" للمنتجات البترولية وشركة " SIGMOIL " اتفق الطرفان في العقد على أنّ: " صحته وكمال اتمامه سيكون محكوما بالقانون الفرنسي، كما اتفقا أن يتم تسوية المنازعات عن طريق التحكيم في باريس وفقا لقواعد الأونسترال"[687]. **لكن ماذا لو تعارض القانون الدّاخلي المختار مع القواعد الموضوعية عبر الدولية؟**

يذهب **"د/هشام علي صادق"**[688] إلى تبني الحل القائم على تفضيل القانون الوطني المختار على القواعد عبر الدّولية على أساس أن أحكام القانون المختار تعد بمثابة شروط عقدية يمكنها مخالفة القواعد المادية العابرة للدّول ذات الطّابع التكميلي أو المفسر[689].

لكن لنا أن نتساءل عن التعارض الذي يحصل بين هذه القواعد والقانون الوطني الذي تم التوصل إليه بتطبيق ضوابط الإسناد الاحتياطية في دولة مقر التحكيم؟

يبدو أن الواقع التحكيمي يتفق مع الرّأي الفقهي في هذا الشأن، وهو أن رجوع المحكمين إلى القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد عند سكوت الإرادة عن الاختيار، هو رجوع يهدف في الغالب إلى استكمال النقص في ما يوجد من قواعد موضوعية عابرة للدّول، وهذا الإسناد الاحتياطي لا يمس الأصل العام وهو التّطبيق المباشر للقواعد الموضوعية، حتى وإن تعارضت مع القانون واجب التّطبيق وإن كان مثل هذا الفرض نادر الحدوث.

أمّا إذا سكت المتعاقدون عن اختيار أي قانون داخلي، أو توجهوا باختيارهم نحو قواعد القانون التجاري الدولي فإنّ للمحكمين، مع ذلك، الرجوع إلى قواعد الإسناد التي

---

[687] - **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية...، مرجع سابق، ص 387.

[688] - **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدّولية،1995، ص 208.

[689] - يدعم هذا الحل ما تقرره بعض الاتفاقيات من وجوب تطبيق المحكم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التي يراها مناسبة على وفق الظروف "كما هو حال **اتفاقية جنيف** في المادة 07" أو القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع اتفاقية عمان العربية لعام 1987 المادة 1/21" ومراعاة شروط العقد وعادات التجارة وفي كلتا الحالتين، إذ مادام الرجوع للقانون الواجب التطبيق بقاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة هو رجوع يكمل ما نقص في القواعد العابرة للدول فيفترض بأنه لا يتم إلا عند عدم وجود حل فيها.

يرونها ملائمة لتحديد القانون الداخلي الواجب التطبيق على العقد لتلافي الفراغ التشريعي الناجم عن النقص في قواعد هذا القانون العابر للدول[690].

المطلب الثّاني

أولوية تطبيق القواعد الموضوعية بين مناهج القانون الدّولي الخاص

اعتبرت إشكالية تطبيق منهج القواعد الموضوعية ووضعه بين مناهج القانون الدّولي الخاص من المشاكل التي ثار حولها جدل فقهي واسع، ممّا أوجد تناقضا وخلطا نظريا بين أصالة القواعد الموضوعية كمنهج مستقل له دوره في تقديم الحلول الملائمة للعلاقات الخاصة الدّولية، وكأسلوب مباشر محدد المضمون ينهي النزاع أو يتفاداه في تلك العلاقات[691].

إذا كان الفقه قد تفهّم خلفية الحاجة لمنهج القواعد الموضوعية، فإنّ اختلافا من نوع آخر قام بين هؤلاء يتعلّق بتحديد طبيعة العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية بغيره من المناهج.

تغيّر مفهوم النّظام القانوني نفسه بتطور المعاملات عبر الحدود، والذي يخضع له العقد الدّولي بمقتضى إرادة الأطراف، وهو ما جعل الأولى بالفقه البحث عن **فكرة الائتلاف القانوني** بدلا من تركيز البحث على **فكرة النّظام القانوني**، التي أجهدت فقه قانون التجار نفسه في سبيل تأكيد وجود قواعده.

اتجه جانب من الفقه أمام اختلاف الأسّس التي يتم عليها بناء تطبيق القانون أمام القضاء الوطني والتحكيم الدّولي، إلى تسمية القاعدة التي تجيز المتعاقدين اختيار قانون

[690] - **ياقوت محمود محمد**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص377.

[691] - **محمد عبد الله محمد المؤيد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الـــــدولي، مرجع سابق، ص 353.

العقد الدّولي بالقاعدة المادية أو الموضوعية، لأنّها تتأسس على حرية التعاقد في التجارة الدّولية، وهذا ما قد يزيل الفوارق بين المنهجين(**الفرع الأول**).

من جانب آخر فإنّ اشتراك كل من القواعد الموضوعية وقواعد ذات التطبيق الضروري في الصفات الموضوعية والاشتراك في المصدر الوطني في بعض الأحيان حينما تصدر القاعدة الموضوعية من مشرع وطني فإنّ ذلك قد يوهم بأنّ هذه القواعد قد أصبحت ذات تطبيق ضروري، وهي في الحقيقة ما وجدت إلاّ لتنظيم جانب من العلاقات الخاصة الدّولية متى كان لها صلة معينة ومعقولة بالنظام القانوني للدولة المشرعة لها.

خلافا للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تطبق لحماية مصالح حيوية للجماعة ترتكز عليها السياسة التشريعية، وهذه المصالح توجب التطبيق المبـــــــاشر والفوري لها، بغض النظر عن طبيعة العلاقة سواء كانت وطنية بجميع عناصرها أم ذات طابع دولي(**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعدالتنازع

يرى جانب من الفقه أنّ العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج التنازع و هي علاقة تنافسية، بحيث أنّ ظهور منهج القواعد الموضوعية قد ارتبط بعدم ملائمة منهج التنازع خاصة لحكم العلاقات الخاصة الدولية، ومقتضى علاقة التنافس هو أنّ وجود أحد المنهجين يستتبعه استبعاد الآخر، يرى الأستاذ "**أحمد عبد الكريم سلامة**" أنّ هذه النّظامين لهما من البداية قابلية متساوية للتطبيق، وتلك الملاحظة تبصر بأنه يوجد نظامين قانونيين متنافسين[692](**أولا**)، في حين يرى البعض أنّ التكامل هو القائم بينهما ممّا يجعلنا نتساءل عن أيّ منهما يطبق بالأولوية على الآخر؟(**ثانيا**).

أوّلا-التنافس أساس العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد التنازع

يوجد الكثير من الاختلافات بين منهج قواعد التنازع ومنهج القواعد الموضوعية وضعتهما في حالة من التجاذب أو التنافر، أو على الأقل في وضعية تنافسية وهذا بحجة أنّ المنهج الأخير يضيق الخناق على الأوّل، ويجعله في أزمة لا يستطيع تجاوزها، ولا يلجأ القاضي لتطبيق قواعد منهج التنازع إلا في حالة ما إذا لم يجد حلا للمسألة المطروحة عليه في إطار منهج القواعد الموضوعية التي تعتبر هي الأصل، بينما تلعب قواعد التنازع دورا احتياطيا واستثنائيا، لا تكون له أهمية إلاّ عند عدم وجود قاعدة موضوعية قابلة للانطباق، وعلى هذا النّحو من المستحيل على أيهما أن يعمل في مجال الآخر، ففي حالة وجود قانون موضوعي موحد في اتفاقية دولية يثار التساؤل عن الدّور الذي تلعبه قاعدة الإسناد.

[692]- **عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 391.

بهذا المعنى، نتحدث عن التطبيق الذّاتي للقواعد الموضوعية، وهو ما يعطي هذه القواعد نوعا من شمولية الاختصاص في المجال الذي تطبق فيه، وهذه الشمولية تعني إنكار إمكانية تطبيق قانون وضع أصلا للروابط الدّاخلية، كما أنّها تؤسّس على خصوصية الأنشطة الخاصة الدّولية التي تستلزم تنظيما ذاتيا وتبرر استبعاد منهج قاعدة الإسناد[693]، لا سيما تحت ستار صعوبة تحديد القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد أو عدم كفاية توطين العلاقة متى تبين استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع إما لنقص في العقد أو لعدم إمكانية ربط النزاع بقانون دولة معينة.

ظهر هذا في الكثير من أحكام التحكيم، من ذلك ما قضت به محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدّولية في 26 أكتوبر 1979 في قضية NERSOLOR، حيث جاء بقرار المحكمة أنّه " أمام صعوبة اختيار القانون الوطني الذي يفرض تطبيقه بقوة كافية، فإن المحكمة قدرت أنّه من الملائم بعد أخذ الطابع الدولي للعقد في الاعتبار، استبعاد كل رجوع حتمي إلى تشريع معين، سواء التركي أو الفرنسي، وتطبيق قانون التجارة الدّولي بين الشعوب ". فاستبعدت محكمة التحكيم القانون الواجب التطبيق للعلاقة أولا، ثم تقرير الحل الملائم للعلاقة ثانيا، تطبيقا لفكرة النّظام العام بمفهومه الدّولي أمام المحكمين[694].

تطبق القاعدة الموضوعية على هذا الأساس بمجرد أن يتوفر في العلاقة محل النّزاع شرط أساسي وهو اتصافها بالطّابع الدولي حتى تعتبر ذاتية التطبيق ودون إعمال قاعدة إسناد تحدد حالات تطبيقها.

[693] - **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ص431-432.

[694] - عن: **عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 393.

ثانيا- أولوية تطبيق القواعد الموضوعية أمام الجهات القضائية المختصة

يفسّر بعض الفقه الذي يقول بعلاقة التعايش القائمة بين المنهجين على أنّه توزيع ولو ضمني للاختصاص، وعندئذ يكون منطقيا التساؤل حول أي من المنهجين تكون له الأولوية في التطبيق على الآخر الذي لا يدخل إلاّ بصفة احتياطية ؟

1-أولوية تطبيق القواعد الموضوعية أمام قضاء التحكيم

يحتفظ منهج التنازع بمكانه مرموقة بوصفه الأصل في تنظيم الرّوابط العقدية الدّولية، إلاّ أنّ هذا لا يعني معاملة القواعد الموضوعية بوصفها منهجا تابعا في هذا الخصوص، لأنّ سيادة منهج التنازع مرتبط إلى حد ما بالندرة النسبية للفروض التي يضطر فيها المحكم إلى اتباع منهج القواعد الموضوعية، أما في حالة إيجاده لتنظيم مباشر للحالة المطروحة في قاعدة موضوعية في القانون الدّولي الخاص، فإنّه يتعين عليه حينئذ تغليب الحكم الذي يتضمن القاعدة المباشرة استجابة للاعتبارات الدّولية التي تقتضيها طبيعة العلاقات الدّولية[695].

عملا بما انتهى إليه الاجتهاد الفقهي والقضائي الغالب والقائل باعتبار أنّه يوجد نظام قانوني للعقود الدّولية يمكن تطبيقه بغضّ النظر عن جميع النّظم القانونية وهو القانون الدّولي للتجار، الذي تعتبر مبادئ المعهد الدّولي لتوحيد القانون الخاص من أهم مكوناته كنظام قانوني، حيث ورد في التأويل الرسمي لهذه المبادئ أنّها تمثل نظاما قانونيا للعقود التجارية الدّولية حيث تشمل أصولا مشتركة بين مختلف القوانين الوطنية، وأنّ الأطراف من مصلحتهم اختيارها كقانون منطبق عوضا عن اختيار قانون بلد ما، إلا أنه من الأفضل ربط هذا الاختيار بشرط تحكيمي، وإذا تم اختيارها فإنّها تنطبق دون أي قانون

[695] - **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 692.
راجع في موضوع مخاوف تطبيق هذه المبادئ بهذه الطريقة: **الورفلي أحمد**، التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 603.

وطني عدا ما يتجه إلى احترامه من الأحكام الآمرة من القوانين التي تجب تطبيقها مهما كان القانون الواجب التطبيق والمقصود هو القواعد ذات التطبيق الضّروري.

تطرق الباب التمهيدي من المبادئ إلى جانب إمكانية تطبيقها كنظام قانوني متكامل، إلى امكانية اعتمادها كبديل عن القانون المنطبق، وذلك إذا تعذر على المحكم التوصل إلى تحديد مضمون القانون الواجب التطبيق[696].

يبدو منطقيا للبعض أنّ منهج القواعد الموضوعية تصبح له الأولوية في التطبيق على منهج التنازع، وذلك إنّما ينبع من حتمية أنّ القواعد الموضوعية تعدّ أكثر ملائمة لطبيعة المعاملات التجارية الدّولية ولا تأتي قواعد القانون الوطني إلاّ في مرتبة تالية، وهو ما يجسده قضاء التحكيم بوجه خاص بحيث لا يتقيد بقواعد التنازع مادام هدفه هو تحرير التجارة الدّولية من رقبة القـــــوانين الدّاخلية، ومادام أنّ هذه القواعد تعتبر القانون الذاتي والخاص بالتحكيم.

يرى الفقيه FAUCHARD أنّ اللجوء إلى هذه القواعد يجب أن يكون أمرا عاديا وأوتوماتيكيا في الوظيفة التحكيمية فيما يخص النزاعات الدّولية[697]، ويرى الأستاذ LOUSSOUARN أنّ العادات والأعراف التجارية تشكل المصدر الأساسي للمحكم ممّا ينبغي معه إسناد العقد الدّولي إلى هذه القواعد التجارية الدّولية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام[698].

هذا التوجه لقضاء التحكيم يعني أنّ المنهج الموضوعي هو الأصل بينما لا تلعب قواعد الإسناد إلاّ دورا احتياطيا لا تبدو أهميته إلا عند عدم وجود قواعد مباشر

[696] - أنظر محتوى هذه المبادئ على الموقع:

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf

[697] - **عبد الهادي عباس وجها هوامش**، التحكيم الاختياري والإجباري، التحكيم في المنازعات الدولية والتحكيم في التجارة الدّولية، المكتبة القانونية أديب استنبولي، 1982، ص 432.

[698] - محمد كولا، تطور التحكيم التجاري في الجزائر، منشورات بغدادي، 2008، ص 226.

التطبيق[699]، فيقول الأستاذ KOPELMANAS أنّه " فقط عند سكوت العقد والعادات الدولية، فإنّ القانون الوطني يجد محلا لتطبيقه"[700].

هكذا، فإنّ الإسناد الذي تنهض به قاعدة التنازع لصالح قانون وطني معين هو إسناد احتياطي وفي ضوء هذا النظر يمكن إدراك حقيقة ما أراده البعض بقولهم أنّ قواعد الإسناد هي الوسيلة الاستثنائية المتبعة لحل مشكلة التنازع في إطار الروابط الدولية[701]، وهكذا يبدو منهج التنازع منهجا أصيلا من حيث اتساع نطاق إعماله واحتياطيا من حيث كيفية الإعمال الأمر الذي يؤكد استقلاله عن القواعد الموضوعية فيقوم إلى جانبه ويتعايش معه.

هنا يصحّ ما عبّر عليه الدكتور **أبو زيد رضوان** حيث يقول:"... **التحكيم التجاري الدّولي... قد غدا اليوم وكأنه يتمرد على كل ما كان يقدم له المأوى بالأمس، وأصبح الآن في وضع يمكن معه القول مع البعض بأن له قانونه الذي يكاد يكون مستقلا، بل وربما سينزع أرضا، إن لم يكن بالفعل، من القانون الدولي الخاص ليقيم عليها قانون خاصا دوليا يكون بمثابة قانون مشترك للأمم وذلك من خلال تطبيقه لعادات وأعراف التجارة الدولية، بل ومن خلال صياغته لقواعد التنازع بين القوانين خاصة به"** [702].

قد يتردد المحكم في حالات بين ضرورة احترامه لإرادة الأطراف التي يستمد منها اختصاصه[703]وبين تحقيق الإرادة الجماعية لمجتمع التجارة الـــــــــدّولية التي ينتمي إليها، وتدعيما لهذا التوجه نلاحظ أنّ أغلب التّشريعات الوطنية والمعاهدات الدّولية وكذلك

[699] - المؤيد محمد عبد الله محمد منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص457.

[700] - **عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص398.

[701] - **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 693.

[702] - **أبو زيد رضوان**، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 125.

[703] **MAYER- PIERE**, *L'application par l'arbitre des conventions international de droit privé*, op, cit, p 281.

لوائح هيئات التحكيم الدّولية تحثّ المحكم على مراعاة العادات والأعراف التجارية الدولية[704].

يظهر هذا التوجّه بتأكيد حق المحكم في أن يأخذ في الاعتبار نصوص العقد وعادات التجارة الدّولية عند الفصل في النزاع في اتفاقية جنيف في شأن التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 فقد نصت المادة 7/1 : " **يكون الأطراف أحرارا في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع وفي انعدام إشارة الأطراف إلى القانون واجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يقدرون ملاءمتها في القضية، وفي الحالتين يأخذ المحكمون في الحسبان اشتراطات العقد وعادات التجارة"** [705]

لقد نصت المادة 1/21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 أنه: " **تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين والقانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة** ".

---

[704]-أنظر: **حداد يوسف سليمان عبد الرحمان**، "القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط"، **المؤتمر السنوي حول التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية** المنعقد في الفترة 26-28 أغسطس، 2013، المنعقد في صلالة، عمان. متوفر على الموقع:
http://www.gcac.biz/salalh19/ar2/wp-content/uploads/2014/09/%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D9%85%D8%A4%D8%AA%D9%85%D8%B1-%D8%B5%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-%D9%81%D9%8A-%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%81%D8%B7-26-8-2014.pdf

-لقد أسهمت الأعراف التجارية في تحقيق وحدة المجتمع الدولي للتجار، ولو أنّ هذه الوحدة لا تعني اتفاقا كليا في المصالح مثلما ذهب إليه الفقيه PAUL LAGARDE بقوله أن المقصود بهذه الأعراف هو وجود حد أدنى من= =التنظيم ومن اتحاد المصالح، ووجود آليات لفض الخلافات بين أفراد هذا المجتمع.عن: **الورفلي أحمد**، التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص597.

[705]- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدّولي (جنيف 1961).
www.ohadac.com/.../convention-europeenne-sur-l-arbitrage-commercial-international

أمّا بخصوص لوائح ونظم هيئات التحكيم نشير إلى ما ذكرته المادة 5/13 من لائحة غرفة التجارة الدولية لعام 1975 التي تقرر أنّه " **في جميع الأحوال يأخذ المحكم في الحسبان اشتراطات العقد وعادات التجارة**".

بعد تعديل قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدّولية الذي أصبح ساريا أبتداءا من 1998/01/01 نصت المادة 1/17 على أنّه: "***للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع، فإذا لم يوجد مثل ذلك الاتفاق طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تراه ملائـــمة في هذا الخصوص***"، وذلك بعد أن كانت المادة 3/13 تنص: "***للأطراف حرية تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النّزاع، فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدد قواعد التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص***" .

نفس المعنى أخذ به نظام التحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة لسنة 1975 في المادة 3/33 منه.

فيما يتعلق بموقف التشريعات الوطنية من هذه المسألة، نجد القانون الدّولي الخاص السويسري لسنة 1987 الذي يمثل نموذجا واضحا للجمع بين قواعد التنازع والقواعد الموضوعية بشأن تقرير صحة الاتفاق التحكيمي، حيث رأى البعض في شأن هذا النص أنه يتضمن قاعدة اسناد ذات مضمون مادي، لأنّها تسمح للقاضي السويسري المعروض عليه النزاع الفصل في صحة التحكيم بالتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية في قانونه[706].

كما تقرر المادة 1496 من قانون الإجراءات الفرنسي الجديد على أنّه " ***يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد المختارة من قبل الأطراف وفي حالة تخلف هذا الاختيار***

[706] - Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé Suisse http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=270807

فوفقا للقواعد التي يقرر أنه من الملائم اعمالها، ويراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية" [707].

لقد اعتبر الفقه أنّ النص المذكور يعدّ تبنيا من طرف المشرع الفرنسي للمنهج المباشر، حيث لم يكتف بإقرار القاعدة العامة المعمول بها في النّظم القانونية والمتمثلة في حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، بل تعداه إلى منح المحكم سلطة تطبيق القواعد القانونية تطبيقا مباشرا، وذلك من دون الرجوع إلى إعمال منهج قاعدة الاسناد [708].

يعتبر القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم التجاري الدّولي حسب التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية من بين القوانين التي سمحت بتطبيق القواعد الموضوعية الخاصة بالتجارة الدولية في المادة 1050 نصت على أنّه:" ***تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون...***"[709]، ويقصد بهذه الأخيرة القواعد الموضوعية التي يشير إليها المتعاقدان، كما يمكن أن يطبقها المحكم من تلقاء نفسه في حـــــالة غياب هذا الاختيار، وهو ما يعني أنّ المشرع الجزائري سوى بين المحكم والأطراف في تطبق هذه القواعد، ولقد علّق بعض الفقه خاصة الأستاذ " *بن عبد الرحمان* " على المادة السابقة بأنّ الأعراف لا

---

[707]-نشير إلى أنّ المادة 1496 تقابلها المادة 1511 بعد تعديلها بمقتضى المادة الثانية من المرسوم:

Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage

-Art. 1496 modifié par **Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage – art.2**

« Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ».

Consulter:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=5BF4490F51E4ED82277DB41458EB78A7.tpdjo08v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070716&idArticle=LEGIARTI000023450571&dateTexte=20141220&categorieLien=id#LEGIARTI000023450571

[708]- أنظر: **بن أحمد الحاج**، "العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 103.

[709]- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 26 فيفري2008، يتضمن ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

تتمتع بالنسبة للتّشريع الجزائري بالدّور المكمل بل تقف في مستوى مواز بالقواعد القانونية الأخرى[710].

2- أولوية تطبيق منهج تنازع القوانين أمام القضاء الوطني

يذهب بعض الفقه منهم الأستاذ "**عبد الكريم سلامة**" أنّه من غير الممكن الادعاء بأولوية تطبيق منهج القواعد الموضوعية على منهج قاعدة الإسناد أمام القـــضاء الوطني، بل أنّ العكس هو الصحيح على اعتبار أنّ القاضي الوطني يسهر على تطبيق القواعد التي شرّعها مشرع دولته ويأتمر بأوامر هذا الأخير، وله عند الاقتضاء تطبيق القواعد الموضوعية[711].

ليس هذا غريبا على الفكر القانوني، حيث من الثابت أنّ سلطان القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية يعتمد على تسامح الدّول والنّظم القانونية الوطنية، التي يجب الأخذ بها في حالة التنازع، وأنّ رجال التجارة الدّولية سيظلون خاضعين للقانون الدّاخلي في مسائل أحوالهم الشخصية، وقوانين أخرى خاصة منها المتعلقة بالضريبة والشؤون الاجتماعية وقواعد النّظام العام.

يضيف أكبر الدعاة للقواعد الموضوعية الأستاذ GOLDMAN ويقول" إنّني لا أعتقد أن يكون من الممكن التّفكير في الإحلال الكامل للقواعد المادية للقانون الدّولي الخاص محل التنظيم التقليدي للتنازع خصوصا في المجال الواسع الذي لا يتصل بالتجارة الدولية"[712].

بين المد والجزر في أولوية تطبيق أحد المنهجين على الآخر، هناك من يقول أنّ مجرد وجود شرط التحكيم لا يعني ضرورة تطبيق عادات التجارة الدولية بل يجب النص على

[710]- مشار إليه من: **موكه عبد الكريم**، القانون الواجب التطبيق على المنازعات الخاصة بالثمن، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الخامسة، المجلد 10، العدد02، 2014، ص 335.

[711]- **عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص399-400.

[712]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 460.

ذلك صراحة، وأنّ انتفاء تحديد قانون وطني لدولة معينة لا يؤخذ على أنه تحديد ضمني لقانون غير وطني، ولا يمكن القول أنّ مجرد اللجوء إلى التحكيم يوجب تجاوز قواعد الإسناد أو القوانين الوطنية، حيث أنّ هناك اتجاه قوي لدى المحكمين ينطلق من التحليل الإجمالي للمركز المتنازع عليه، لتحديد القواعد التي تحكم محل النزاع على نحو أفضل، وهذا هو الحال إذا كانت المسائل المطروحة تجد حلا لها في نصوص العقد أو في قواعد التجارة الدولية، عندئذ لا جدوى عن البحث عن القانون واجب التطبيق عليها[713].

يتضح لنا **أنّ منهج تنازع القوانين يتميز بأنّه منهج قضائي**، بمعنى أنّ تطبيقه يفترض وجود حالة اعتداء على مركز قانوني معين متولد عن العلاقة أو الرابطة ذات الطابع الدولي، وأنّ الحق في الدعوى قد نشأ لصالح شخص معين، هو صاحب الحق أو المركز القانوني في طلب الحمـــاية القضائية، فلا يطبق منهج التنازع إلاّ إذا رفع النزاع أمام القاضي أو المحكم، أمّا قبل ذلك فلا مجال لإعماله، ولا نجد هذه الصفة القضائية في **منهج القواعد الموضوعية، لأنّ تطبيقه لا ينحصر في حالات وجود نزاع قائم** بين الطرفين في إطار روابط التجارة الدّولية، **وإنما يمكن العمل به حتى في المراحل الأولى لنشأة تلك الرّابطة**، ويظهر ذلك خاصة في إطار العقود النمطية والشروط العامة وعادات وأعراف التجارة الدّولية التي تساعد في حسن إبرام العقد وتحديد التزامات وحقوق الأطراف، ممّا يجنب الوصول إلى حد النّزاع.

[713] - **عبد المجيد منير**، التنظيم القانون الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص ص 62-63.

الفرع الثّاني

منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري

أقرّ فقه القانون الدّولي الخاص منذ عهد "Savigny" بوجود بعض القواعد الوطنية ذات الطبيعة المطلقة والآمرة، والتي يجب تطبيقها بغض النّظر عن ارتباط العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني، أو حتّى رغم تركيزها الفعلي في دولة أجنبية، وهي قواعد شرعت لتنظيم الرّوابط الدّاخلية، وإن كان مراعاة طبيعتها الآمرة تقتضي امتدادها أيضا إلى العلاقات الخاصة الدّولية بغض النظر عن حكم مخالف يتضمنه القانون المختص بحكم العلاقة العقدية بمقتضى قواعد الإسناد[714]، ويتعلق الأمر بقواعد البوليس ذات التطبيق الضّروري التي تعتبر من ناحية وطنية المنشأ والهدف وتشريعية الوضع، ومن ناحية ثانية فهي ضرورية التّطبيق أمام القاضي الوطني وحتّى أمام القاضي الأجنبي على كافة العلاقات والرّوابط التي تتصل وتمس المصالح الحيوية للدّولة، ويبقى التّساؤل عن مدى تطبيقها أمام المحكم؟

الجدير بالذكر، أنّ الأولوية التي تشغلها القواعد ذات التطبيق الضروري في مواجهة قواعد التنازع هي أولوية مطلقة، لا تتعطل حتى أمام حكم واجب التطبيق بمقتضى اتفاقية دولية، وهو ما كرّسته المادة 2/7 من اتفاقية روما لسنة 1980 المعدلة في 2008 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث نصت على أنّ " **أحكام الاتفاقية الحالية لا تحول دون تطبيق قواعد بلد القاضي التي تحكم بطريقة آمرة الحالة المعروضة وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد**"[715].

---

[714]- ياقوت محمد محمود، قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص ص 8-9.

[715]-

اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما 19 جوان 1980.

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29

- **راجع في موضوع الأتفاقية: طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص237 وما بعدها.

للإشارة أنّ هذه الاتفاقية عدلت في 17 جوان 2008 بنظام الاتحاد الأوروبي رقم 2008/593 حول القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والذي يطلق عليه اسم " **روما 1** وقد استبدل نص المادة 7 بالمادة 9 حيث تنص على أنه:

تعدّ فكرة تحديد ما إذا كانت القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية محل الدّراسة في عداد القواعد ذات التطبيق الضروري ذات أهمية بالغة، باعتبارهما تنتميان كليهما للمنهج المباشر، لذلك سنحدد مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري (**أوّلا**) ومدى التزام المحكم بها(**ثانيا**) ثم نحدد مدى اعتبار القواعد الموضوعية من القواعد ذات التطبيق الضروري بمعنى العلاقة بينهما (**ثالثا**).

أوّلا- مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

يعترف القانون الدّولي الخاص بوجود مفهوم دقيق للنّظام العام يعرف بقوانين البوليس ذات التطبيق الضروري، حيث أضحت هذه الفكرة من الأفكار الأساسية التي تحتل مكانا بارزا في هذا الفرع القانوني، وظهرت كنتيجة لبروز مبدأ تدخل الدّولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي للأفراد تحقيقا لبعض الضرورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تهدف حماية النّظام العام للدّولة والصالح العام، وذلك بالحد من حرية الأطراف في المجال التعاقدي، إذ لا يمكن الإفلات من هذه القواعد التي ارتبطت بالمنهج الأحادي في تنازع القوانين لتعبّر عن بعث جديد لهذا المنهج القديم الذي هجر تحت تأثير تعاليم المدرسة Savigny المزدوجة.

يعدّ الفقيه FRANCESCAKIS أوّل من تعرض لقواعد البوليس ذات التطبيق الضّروري وذلك في رسالته للدكتوراه حول " **نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدّولي الخاص**" ، وهو من قال أنّ هذا المنهج أصبح ينافس منهج قواعد الاسناد[716] وأيده في

=- « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique ,sociale ou économique, au point d'en exiger l'application a toute situation entrant dans son champ d »application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement » .
- **MELIN Françoise**, droit international privé, 4eme Ed, extenso, Paris, 2010, p.193.
-voir également, **DERRUPE Jean et LABORD Jean pierre**, *Droit international privé*, Dalloz, Paris 2011, p 165.
- للاطلاع على تعديل اتفاقية روما اطلع على الموقع:
http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/cooperation_judiciaire/obligations_romeI.pdf

[716] - **GUILLAUME Johanna**, *L' affaiblessement de l'état- nation et le droit international privé* , L.G.D.J, Paris, 2011,p 435.

ذلك جانب من الفقه نذكر منهم DE NOVA والفقيه الإيطالي SPERDUTI الذي يرى أنها قوانين ضرورية التطبيق[717]، وRIGAUX في بلجيكا وغيرهم.

يقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري، مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني والذي بلغ طابعها الآمر حدًا يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن نوع العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي[718].

يتبيّن أنّ القاضي ملزمٌ بتطبيق مثل هذه القواعد على كافة المنازعات المعروضة عليه مادام أنها تدخل في نطاق سريانها، فإذا كان القاضي في منهج قاعدة الإسناد ينطلق من العلاقة أو المشكلة المعروضة ابتداء، للبحث عن القانون الواجب التطبيق، فإنه في اطار منهج القواعد ضرورية التطبيق ينطلق من القاعدة القانونية ابتداء للبحث عن العلاقة أو المسألة التي تختص بها وتنطبق عليها[719].

بلغت هذه القواعد من الأهمية حدًا كبيرًا لا يسمح أن تدخل في منافسة مع القوانين الأجنبية، ما يعني أنّه يتحتم إنزال حكمها الموضوعي على المسائل الواقعة في مجال سريانها دون إذن أو مرور بقواعد الإسناد، وهو ما يدعم قول الفقيه البلجيكي CRAULICH الذي تحدث عمّا أسماه " **تخفيض مرتبة قاعدة التنازع**"، حيث قرّر أنّ لقواعد البوليس أو

---

[717]- **MONEGRE Francoise**, *Droit international privé*, 5édition, Litec, Paris, 2009, p 69

راجع كذلك: **عبد الكريم احمد سلامة**، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، د. س.ن، ص25.

[718]- **BUREAU Dominique, HoratiaMuirWatt**, *Droit international privé*, Tome2, Partie spéciale, Presses Universitaires de France,2eme Ed, Paris ,2007, p. 315.

[719]- La méthode conflictualise part d'une situation concrète qu'elle tente de rattacher a une loi en mesurant l'intensité de ses liens avec les différentes nations en concours, S'agissant des lois de police, le raisonnement est inversé. Le point de départ est le champ d'application de la loi dans l'espace, il faut rechercher l'existence d'une loi locale qui revendique impérativement son application et c'est la loi d'application immédiate qui fixe elle-même son domaine d'intervention.

- عبد الكريم احمد سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص80.

للقواعد ذات التطبيق الضروري هيمنة وصدارة على قاعدة التنازع حيث تقيد الأولى الثانية وتحدد مجال تطبيقها[720].

انتهى جانب من الفقه المعني بدراسة هذا النّوع من القواعد إلى ضرورة اعتماد المعيار الوظيفي أو الموضوعي بعد أن خلص إلى عدم أو كفاية معيار الغاية أو الهدف وكذلك المعيار العضوي والمادي، فقام هذا المعيار عليهما معا[721]، تبعا للوظيفة التي تؤديها القواعد في النظام القانوني الذي تعدّ جزء منه، لذلك تعرف هذه القواعد من جهة أخرى بأنها " القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي"[722].

ثانيا-مدى التزام المحكم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضّروري

أشرنا فيما سبق أنّ المحكم ليس له قانون اختصاص داخلي، وترتيبا على ذلك تصبح القواعد ذات التطبيق الضروري بمثابة قواعد أجنبية للمحكم، وباعتبار أن المحكم يستمد اختصاصه وسلطاته من إرادة أطراف العلاقة العقدية، فإنه يتعين عليه أن لا يخرج عن هذه الارادة وأن يصون التوقعات المشروعة للأطراف المتعاقدة[723].

قد يطبق المحكم القواعد ذات التطبيق الضروري فيكون عندها مثل القاضي الوطني الذي يراعي المصلحة الوطنية، في حين أنّ مهمته هي رعاية المصلحة الخاصة

---

[720] - **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 62.

[721] - راجع بشأن هذه المعايير: **سلامة فارس عرب**، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 510-533.

- **ياقوت محمد محمود**، قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، مرجع سابق، ص ص71-104.

[722] - **عبد الكريم احمد سلامة**، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

[723] - **هشام علي صادق**، " مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري"، **المجلة المصـــرية للقانون الدولي**، المجلد الخمسون،1994، ص ص 106-117.

للأطراف، وهذا ما يجعل تطبيق المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري و كأنّه" **ضريبة لضمان تنفيذ حكمه**"[724].

يرى الفقيه A. VON Maher أنّه ينبغي على المحكم أن يطبق القواعد ذات التطبيق الضروري لأنه إذا لم يطبق القواعد التي تحمي المصالح الاساسية للدولة، فإنه يمكن لقاضي الدولة أن يعتبر تلك المنازعات التي تمس بتلك الموضوعات غير قابلة للتحكيم فيها.

وعليه، إذا كان من الممكن للمحكم الالتزام بقواعد البوليس التي تنتمي لقانون العقد فما مدى الزاميته بتلك التي تنتمي لقانون أجنبي عن العقد؟

1-التزام المحكم بالقواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية إلى قانون العقد

تثير هذه الحالة إشكالية قابلية هذه القواعد للتطبيق وليس تحديد هويتها.

يرى جانب من الفقه أنّه ينبغي على المحكم تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى النّظام القانوني الذي ينتمي إليه العقد، تحت تحفظ وحيد هو عدم مخالفتها للنظام العام الدّولي الحقيقي الذي يفرض نفسه على المحكم.

على سبيل المثال في حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدّولية بباريس سنة 1984 تم استبعاد القانون السوري الخاص بمقاطعة اسرائيل وبصفة أدق استبعد المحكمون قواعد البوليس المتعلقة بالحضر الاقتصادي على اسرائيل المنصوص عليه في قرارات الجامعة العربية لمخالفتها للنّظام العام الدّولي الحقيقي، لأنه يقومحسب المحكمون على التمييز العنصري والديني والعرقي، وهو ما يصطدم بمبادئ النظام العام الدولي الحقيقي المستند على مبدأ حرية التجار وعدم التمييز[725] على الرغم أنّ أطراف النزاع هي

[724] - **MAYER PIERRE**, « *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé* », / in le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, pp 554-573.

[725] - **الرفاعي أشرف عبد العليم**، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 82.

التي اختارت قانون العقد الذي تنتمي إليه القواعد ذات التطبيق الضروري، وتختلف معالجة المحكمون لمشكلة تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري لقانون العقد بحسب ما إذا كان الأطراف هم من اختار القانون أو المحكم.

أ- تحديد قانون العقد من قبل الأطراف

يكون المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، وكنتيجة لهذا الاختيار يكون عليه تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في هذا القانون، ولا يعتبر إعمال هذه القواعد اخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف، ويمكن أن نتصور استبعادها من المحكم فقط إذا كانت تشكل تعارضا مع النّظام العام الدّولي، فيؤسس حكمه في هذا الفرض على موضوع القانون وليس على أساس طبيعته[726].

نكون أمام فرضية أخرى نسوقها في المثال التّالي، فلو افترضنا أنّ الأطراف بدلا من اختيار القانون السويسري اختاروا القانون الألماني، وحدّدوا بدقة أنّ اتفاقهم لا يخضع لقانون المنافسة للمجموعة الأوروبية، فهل في هذا الفرض يجوز للمحكم عدم تطبيق قواعد البوليس بحجة أن أطراف العقد اختاروا القانون الألمـــاني اختيارا جزئيـــا كقانون للعقد، واستبعدوا الجزء المتعلق بقواعد البوليس؟

ب- تحديد قانون العقد من قبل المحكم

نجد المحكم الدّولي عكس القاضي الوطني لا يعرف القانون المختص لحكم العقد[727]، أي ليس له قانون اختصاص، وبالنتيجة إذا لم يختر الأطراف قانونا يحكم العقد فإن كل القوانين التي لها علاقة بالعقد تكون ممكنة التطبيق، لذلك لا يكون غريبا تطبيق المحكم القواعد ذات التطبيق الضروري مباشرة، دون البحث عن علاقتها بقانون العقد،

[726] - **عيادي فريدة**، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 107.

[727] - **EMMANUEL S. Darankoum**, L'application de la convention des nations unies sur le contrat de vente international de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce internationale dehors de la volonté des parties est –elle prévisible ?, op, cit, p 5.

حيث يتضح لنا أن المحكم وضع قواعد البوليس لقانون العقد في مستوى واحد مع قواعد البوليس الممكنة التطبيق على اتفاق الأطراف[728].

نستنتج، أنّ تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري في النّظام القانوني الذي يحكم العقد لا يشكل صعوبة في الممارسة العملية، حيث عندما يتحقق المحكم من القانون الواجب التطبيق على العقد، فإنه يقوم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في هذا القانون، وإعمالها قد يؤدي إلى إبطال الشروط العقدية المخالفة لها.

2- مدى التزام المحكم بالقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد

تعتبر قوانين البوليس الأجنبية من المسائل التي شغلت بال جانب من الفقه في القانون الدولي الخاص والتي يبدو فيها الرأي مذبذبا[729]، فيدور التساؤل حول ما إذا كان يمكن الاعتراف بإعمال قوانين البوليس التابعة لدولة أجنبية والتي ترتبط بصلة مع العقد محل النزاع، ولو كانت هذه الدولة غير صاحبة القانون الواجب التطبيق على العقد؟ ولفهم الفرض نسوق المثال التالي:

بنك سويسري قرض بالدولار الأمريكي لشركة برتغالية وأخضع عقد القرض للقانون الإنجليزي على أن يجرى التحكيم في" زيوريخ السويسرية"، فلم تسدد الشركة البرتغالية قيمة القرض بحجة أنها لم تحصل على ترخيص بتحويل المبلغ من السلطات النقدية البرتغالية.

---

[728]-نجد في هذا الصدد قرار صادر عن غرفة التجارة الدولي بباريس في القضية رقم 4132 لعام 1983، حيث أخذ المحكم بهذا الحل في نزاع متعلق بعقد كان من المفروض تنفيذه في كوريا وفي جزء منه في اقليم المجموعة الاقتصادية الاوروبية، حيث صرح المحكم أن القانون الكوري هو الواجب التطبيق مباشرة على العقد بما في ذلك قوانين البوليس.

راجع: عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 107.

[729]- تطرق الأستاذ **هشام علي صادق** لمسألة أخرى بشأن إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري وأثار فكرة التفرقة بين تطبيق القاعدة الأجنبية ووضعها في الاعتبار في مرجعه: القانون الواجب التطبيق على عقود التـــــجارة الدولية، مرجع سابق، ص 919 وما بعدها.

- **MONEGER Françoise**, *Droit international privé*, op.cit., p. 73.

نلاحظ في هذا المثال، أنّ كل من القانون السويسري والبرتغالي أجنبيين عن قانون العقد الذي هو القانون الانجليزي، فهل يستطيع المحكم الأخذ بعين الاعتبار القانون البرتغالي إذا رأى أنّها ضرورة لتحقيق أهدافها، رغم أنّ العقد يخضع للقانون الانجليزي؟

للإجابة على هذا التساؤل نميز بين ما إذا كان المحكم من اختار قانون العقد أو الأطراف.

أ-حالة اختيار الأطراف لقانون العقد

إن المبدأ الذي يلتزم بمقتضاه المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الاطراف يكفي أحيانا لاستبعاد قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن هذا القانون، وعليه يرى جانب من الفقه أنّ القانون المختار من قبل الأطراف يتطابق مع توقعاتهم المشروعة بما في ذلك قواعد التطبيق الضروري، ولا يمكن أن يتنازع القانون المختار مع قانون بوليس لا ينتمي إلى نفس النّظام القانوني[730].

أخذ بالل السابق قضاء التحكيم في القضية المتعلقة بالعقد المبرم بين بنك باكستاني وشركة هندية تعهد فيه البنك بضمان المدفوعات المستحقة للشركة الهندية، وقد رفض البنك تنفيذ التزامه بالضمان استنادا إلى المراسيم الباكستانية التي حضرت الدفع لأي طرف هندي بسبب العداء السياسي بين البلدين حينذاك، واعتبر البنك أنّ الدفع غير قانوني وهذه قاعدة ذات التطبيق الضروري والتي تنطبق على النزاع المطروح علما بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الهندي ويعتبر العقد صحيحا.

لقد حكم المحكمون لصالح الطرف الهندي إعمالا لقانون العقد بما يتضمنه من قواعد ذات تطبيق ضروري وتجاهلوا قواعد البوليس في القانون الباكستاني التي يؤدي اعمالها مفاجأة المتعاقدين وهو ما لا يجوز[731]، وعليه فإنّ القواعد ذات التطبيق الضروري

[730] - **منير عبد المجيد**، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 202.

[731] - **المؤيد محمد عبد الله محمد** منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، 468.

في القانون المختار تكون لها الأولوية على سائر قوانين البوليس الاجنبية، وبالتالي ففي المثال السابق يرجح المحكم تطبيق قواعد البوليس في القانون الانجليزي.

ب- تحديد المحكم لقانون العقد

انطلاقا من فكرة غياب قانون الاختصاص بالنسبة للمحكم الدّولي، وفي ظل غياب اختار الأطراف لقانون العقد، فكل القوانين الوطنية وغير الوطنية توضع على كفة واحدة، وبالنتيجة لا أحد سيتعرّض للمحكم عند تطبيقه للقواعد ذات التطبيق الضـــروري الأجنبية عن القانون الذي سيختاره لحكم العقد، ومن هنا تبرز مشكلة تنازع قواعد البوليس أمام المحكم الدّولي.

الملاحظ عمليا عدم وجود اجماع بين المحكمين فيما يتعلق بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد، عندما يكون هذا القانون مختارا من قبل الأطراف، فتميل أغلب أحكام التحكيم إلى تطبيق القواعد ضرورية التطبيق لقانون الدولة التي يتوقع تنفيذ الالتزامات التعاقدية فيها أو مكان تنفيذ حكم التحكيم، حيث يحرص المحكمون على الاستناد على مبدأ الفعالية عن طريق تطبيق القواعد الضرورية التطبيق لقانون دولة المتوقع تنفيذ الالتزامات التعاقدية في اقليمها باعتبارها جزء من الحقل الاتفاقي للأطراف، وبشكل آخر قانون الدّولة التي سينفذ فيها الحكم، والتي سيرفض قضاءها غالبا تنفيذ الحكم عند تجاهل القواعد الآمرة في قانونه[732]، ممّا يجرد الحكم التحكيمي من فعاليته والحكمة من اللجوء إلى التحكيم[733]، ما عدا الحالات التي تكون فيها هذه القواعد مخالفة للنّظام العام الدّولي.

[732] - نصت المادة 2/5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمتعلقة بتنفيذ أحكام على أنه:

"***يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد***".

[733] -voir : **SOUAD Baby Youssef**, *Le contrôle post-arbitral de la sentence international a l'épreuve de l'ordre public substantiel*, Ed A-pedone, France, 2014, p. 210.

نجد في هذا الصدد قرار غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 4132 لسنة 1983 والتي أشرنا إليها في الهامش رقم 483، حيث أنّ المحكم لم يطبق القواعد الضرورية التطبيق للقانون الكوري والمتعلقة بالمنافسة باعتباره القانون الذي عينه المحكم للعقد، وإنما كذلك تلك المتعلقة باتفاقية روما الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، كون العقد منفذ في ايطاليا.[734]

بهذا، يشهد الواقع التحكيمي تضاربا في الأحكام إزاء موقف المحكمين من قواعد البوليس الأجنبية عن قانون العقد، فتارة تطبق وتارة أخرى تستبعد غير تلك المتعلقة بقانون دولة تنفيذ الحكم، وعليه إذا كان مبدأ سلطان الارادة يعطي سلطة للأطراف فإنّ القواعد ذات التطبيق الضروري تعطي هذه السلطة للمحكم أو القاضي، ولكن تبقى فعالية نظام التحكيم تستلزم التطبيق الفعلي للنظام العام وقواعد البوليس، لأن المحكم لا يحل محل القاضي إلا برضا الأنظمة القانونية الوطنية، ولا يمكن للدولة أن تعترف بعدالة خاصة دون أن تفرض في نفس الوقت على القائمين عليها أن يأخذوا في الاعتبار المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها الدّولة.

ثالثا: مدى اعتبار القواعد الموضوعية من القواعد ذات التطبيق الضروري

تشترك القواعد الموضوعية محل الدّراسة مع القواعد الضرورية التطبيق أو قواعد البوليس في أنّ كلا منهما يتضمن تنظيما موضوعيا للمسألة محل النّزاع، والتطبيق المباشر، غالبا للقواعد الموضوعية، ودائما في القواعد ذات التطبيق الضروري، فماذا يفرق القواعد الموضوعية عن قواعد التطبيق الضروري؟

[734]- **عيادي فريدة**، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الـــــــــدولي، مرجع سابق، ص110.

1-اختلاف منهج القواعد الموضوعية عن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري

لعلّ اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري بصورة مستقلة عن قواعد التنازع المزدوجة على هذا نحو هو الذي يدفعنا إلى ايضاح الفرق بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري في التصدي لمشكلة تنازع القوانين[735]، والفكرة التي تقوم عليها القواعد الموضوعية في القانون الدّولي الخاص والقواعد ضرورية التطبيق يبين لنا أن هناك عدة أوجه للاختلاف نفصّل فيها كما يلي:

أ-الاختلاف من حيث طبيعة العلاقة محلّ التنظيم

من الواضح أن القواعد ذات التطبيق الضروري نظرا للأهداف التي تسعى لتحقيقها فإنّها تطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة سواء كانت وطنية أم ذات طابع دولي، ولو أنّها عملت ابتداء وأساسا لحكم الروابط الداخلية، ولكن بالنظر إلى هدفها ومبتغاها فهي تسري على كل الروابط حتى ولو كانت ذات عنصر أجنبي، ولهذا فإنّ القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الوطني كانت تتميز عن القواعد ذا ت التطبيق الضروري اعتمادا على إرادة المشرع الذي يسنها.

في بعض الأحيان عندما تطبق بصورة مطلقة دون تمييز بين المنازعات الدّاخلية والدّولية فإنها تكون ذات تطبيق ضروري، ولكنها تكون قواعد موضوعية للتجارة الدولية عندما يتقرر تطبيقها بخصوص العلاقات الخاصة الدولية أي العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ولذلك فإنّ القاعدة ذات التطبيق الضروري تفترض نفي خصوصية الرّابطة الدّولية، أمّا القواعد الموضوعية فهي تفترض الاختلاف الجوهري بين الرّابطة الدّاخلية والدّولية[736]

---

[735] - أنظر في دارسة بعض الفروق بين المنهجين: **سامي بديع منصور، عبده جميل غصوب، نصري أنطوان دياب**، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 75 وما بعدها.

[736] - **مكي ايمان طارق، عبد الرسول عبد الرضا جابر**، " القواعد ذات الحلول العالمية في القانون الدولي الخأص"، **مجلة العلوم الانسانية**، المجلد 1، جامعة بابل، 2014، ص ص 49-60.

http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=93297

ب- الاختلاف من حيث أولوية التطبيق

تكون للقواعد ذات التطبيق الضروري أولوية في التطبيق سواء على القواعد الموضوعية أو على قواعد التنازع، فتسري بقوتها الذاتية دون حاجة لقاعدة اسناد تحدد حالات تطبيقها، حيث يجب على القاضي أن يبحث في قواعد قانونه أولا، ليعرف ما إذا كانت تريد الانطباق، فإذا لـــم يجد، اتجه إلى القواعد في نظامه القانوني سواء بصورة مباشرة أو إعمالا لقاعدة التنازع، وهذا هو حال قانون التجارة الدولية في تشيكوسلوفاكيا لعام 19، وألمانيا الديمقراطية سابقا لعام 1976 واللذان أوردناهما في مواضع سابقة.

وما تجدر إليه الإشارة أنّ مجرد انعقاد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية لا يؤدي إلى تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، بل لابد من وجود رابطة جدية ووثيقة بين العلاقة محل النّزاع والنّظام القانوني لدولة القاضي المختص بالفصل في القضية، أمّا القواعد الموضوعية فتسري إذا تحقق في العلاقة وصف هو" الدّولية" أو الاتصال بمصالح التجارة الدّولية، كل ذلك دون تطلب توفر أيّة صلة اسناد إلى قانون القاضي، مالم تعتبر تلك الصلة هو انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة القاضي، وهو ما لا يمكن منطقيا قبوله حسب الأستاذ " عبد الكريم سلامة"، لمّا ينطوي عليه من خلط بين أساس الاختصاص التشريعي أم تحديد القانون الواجب التطبيق وبين الاختصاص القضائي بالفصل في النّزاع[737].

ج- الاختلاف من حيث المصادر

تمتاز القواعد ذات التطبيق الضروري بأنّها ذات مصدر تشريعي، وهو المصدر الوحيد لها فهي وطنية المنشأ والهدف وتشريعية الوضع[738]، أمّا القواعد الموضوعية محل

[737]- **عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص366.

[738]- **مكي ايمان طارق، عبد الرسول عبد الرضا جابر**، " القواعد ذات الحلول العالمية في القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص 51.

الدراسة فإنها تتميز بتعدد مصادرها اتفاقية أو وطنية أو عابرة للدول كما سبق أن وضّحناه في موضع سابق.

2-طبيعة العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري

اشتد الخلاف مرة ثانية بشأن العلاقة التي تربط منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، بين التنافر والتعايش كما يلي:

أ- التنافس بين المنهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري

من خلال دراستنا لأوجه الفرق بين المنهجين تبيّن لنا، أنّه لا يوجد بينهما جامع غير كون قواعد كلا المنهجين ذات مضمون موضوعي مباشر، دون أن يحتاجا لآلية قواعد التنازع، ممّا يجيز للقاضي تطبيقها على نحو مباشر خاصة بالنّسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري باعتبارها قواعد تختلف عن القواعد الموضوعية من حيث هدفها، إذ تسعى إلى عدم افساح المجال لأي تنظيم مهما كان مضمونه دوليا أو وطنيا، وبالتالي فهي تستأثر بحكم العلاقة محل النزاع.

تظهر علاقة التنافس بين المنهجين في الكثير من الجوانب سواء أمام القضاء الوطني أو قضاء التحكيم التجاري الدولي، خاصة أن هذا الأخير يعتبر أقل حـــرصا من القضاء الداخلي على اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري وبالتالي رعاية المصالح العامة التي تهدف إلى تحقيقها.

رفضت بعض أحكام التحكيم تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، عندما استشعرت أنّ تطبيقها سيؤدي إلى الاخلال باليقين القانوني للأطراف، وعلى اعتبار أن قانون اختصاص المحكم هو القواعد الموضوعية، وبالتالي عدم امكانية ترجيح تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري(كما حدث في الحكم الصادر في قضية قرض الشركة الهندية من البنك الباكستاني السالف ذكرها).

غير أنّ الصّفة الآمرة للقواعد ذات التطبيق الضروري لـــيست ذات طابع آمر مطلق، حيث قد تقرر الدولة قاعدة موضوعية مناهـــضة للقاعدة ذات التطبيق الضروري ، وترخص للقضاء بتطبيقها، وأنّ هدف الدّولة من وراء ذلك ليس تحقيق مصلحة العلاقات الخاصة الدّولية بقدر تحقيق مصلحتها الخاصة، وهي الحيلولة دون العزلة الاقتصادية، كما هو الأمر بالنسبة لقاعدة شرط الذهب أو العملة الاجنبية في المدفوعات الدّولية.

لقد رجح الفقه أنّه من غير المتصور أن تخضع العلاقات الخاصة الدّولية لكافة القواعد الآمرة في قوانين الدول المرتبطة بالعلاقة، وإنما فرق الفقه بين القواعد الآمرة ذات الطابع الآمر النسبي وبين القواعد الآمرة ذات الطابع المطلق، واعتبر قواعد البوليس من النّوع الأوّل، لذلك نجد بعض الدول ترخص لقضائها بتطبيق القواعد الموضوعية التي تجيز اشتراط الدفع بالذهب، وشرط التحكيم دون أن يمتد حظر هذا الشرط المقرر في دولة القاضي إلى نطاق العقود المالية ذات الطابع الدّولي، بل أنّ المحكم يستبعد القواعد الآمرة في القوانين الدّاخلية استنادا إلى قاعدة موضوعية والتي تقرر صحة شرط التحكيم واستقلاليته[739].

ب- التعايش بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري

يثير تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مشكلة تعدد المناهج في القانون الدّولي الخاص، ممّا يتعين حسمه بما يحقق التوازن المتطلب بين الحرية التعاقدية باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه التجارة الدولية وبين العدالة الاجتماعية باعتبارها الضمان بالنسبة للطرف الضعيف اقتصاديا، مما حمل المحكمون لأسباب عملية بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون الدّولة التي يتوقعون تنفيذ الحكم في اقليمها[740] والتي تريد الانطباق على الرابطة العقدية اعمالا لهذا المنهج، وكفالة للفاعلية

[739] - **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 472.

[740] - الغالب عمليا تنفيذ الحكم التحكيمي تلقائيا دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية معينة، وقد يرفض الطرف الصادر عليه الحكم تنفيذه، في الوقت الذي يسعى فيه من صدر الحكم لصالحه تنفيذه بكافة الطرق القانونية المتاحة له وإن كان

اللازمة لأحكام المحكمين، وفي بعض الحالات يكتفي قضاء التحكيم بالأخذ بعين الاعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون العقد دون تطبيقها على أساس عدم الاخلال بالتوقعات المشروعة بمصالح الأطراف.

لقد أثارت مسألة الأخذ بعين الاعتبار أو تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري جدلا فقهيا واسعا بعد أن استخدمت المادة 19 من القانون الدولي الخاص السويسري كل من الاصطلاحين السابقين، كما أنّ اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد تصدت في عبارات غير واضحة لإمكان الاعتداد بآثار قوانين البوليس الأجنبية وهو ما يتضمن كل من فكرتي التطبيق والأخذ في الاعتبار[741].

الملاحظ عمليا من خلال أحكام قضاء التحكيم تطبيقه الجامع لأنظمة القانون الدولي الخاص المحيطة بالنزاع، دون التقيد بنظام دولة معينة، بالإضافة إلى تطبيق المبادئ التي استقر عليها العمل التحكيمي والمستمدة من العقود النموذجية، وكذلك المبادئ العامة التي تعدّ من مكونات القانون التجاري الدولي المعاصر. نستنتج، أنّ العلاقة بين المنهجين علاقة تعايش، باعتبار أنّ كلاهما يطبق في مجاله المتميز مع مراعاة تفوق منهج القواعد الموضوعية، خاصة في حالة التنازع بين المنهجين.

=ذلك جبرا بمساعدة القاضي بالحصول على أمر تنفيذه. وبالنسبة للجزائر يؤكد الأستاذ " نور الدين تركي" أن كل الأحكام التحكيمية الصادرة ضد المؤسسات الجزائرية تم تنفيذها دون تدخل قاضي التنفيذ. أنظر:

- **TERKI Noureddine**, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, op. cit, p 126.

[741]- و تطبيق القاعدة القانونية يعني انزال ما تتضمنه من حكم على المسألة المطروحة إذا توافرت شروط هذا التطبيق المقررة في الفرض الذي تواجهه القاعدة، فالإضرار بالغير كفرض يوجب التعويض كحكم، أمّا الأخذ بعين الاعتبار القاعدة القانونية فالمقصود منه استشارة القاعدة دون التصدي لتطبيقها أو الأخذ بحكمها، ويحدث هذا عندما يضع القاضي في الاعتبار القاعدة القانونية في القانون الأجنبي بوصفه شرطا لتطبيق القاعدة الوطنية، ومثال ذلك المادة 3 من قانون العقوبات المصري التي تنص" كل مصري ارتكب وهو خارج القطر فعلا يعتبر جناية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى احكامه إذا عاد إلى القطر، وكان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه". ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يضع قانون العقوبات الأجنبي في اعتباره ليتأكد من أن الفعل المرتكب معاقب عليه وفقا لهذا القانون

(وهذا هو الفرض في المادة 3 من قانون العقوبات المصري) دون أن يطبق القانون الاجنبي على المركز المطروح، وإنما هو سيطبق الحكم الوارد في القانون الوطني إذا توفرت شروط هذا التطبيق، ومن بينها أن يكون الفعل مجرما في القانون الأجنبي. راجع:

- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 920-921.

الفصل الثاني

اسناد تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدّولي لمنهج قواعد التنازع

استشعرت الدّول أنّ تقاعسها منفردة أو مجتمعة عن وضع القواعد الموضوعية لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، يحمل مغبة الإضرار بمصالحها الخاصة وباعتبارات العدالة من ناحية، وبالمصالح المشتركة، ونمو العلاقات الدّولية فيما بينها من ناحية أخرى، وكان عليها عندئذ، أنّ تفسح السبيل أمام اختيار القانون المناسب والملائم لتنظيم تلك العلاقات، لا سيما مع إدراكها أنّ قانونها الوطني موضوع أصلا لحكم العلاقات القانونية الدّاخلية البحتة، الذي قد لا يقدم تنظيما يتوافق وطبيعة العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وقد وجدت الدّول ضالتها في منهج غير موضوعي، يقوم على قاعدة أو مجموعة قواعد، تشريعية أو قضائية، مهمتها اختيار القانون الوطني أو الأجنبي، الذي يتكفل بالتنظيم الموضوعي لمنازعات العلاقات المذكورة، وتسمى هذه القواعد بقواعد التنازع، والتي تشكل منهجا متميزا وأصيلا في القانون الدّولي الخاص.

بعدما أظهرنا قصور قواعد منهج التنازع التقليدية وعجزها على الإلمام بمتطلبات التجارة الدّولية، واتجاه الفكر القانوني نحو خلق قواعد موضوعية تعطي حلولا مباشرة للمنازعات المرتبطة بهذه التجارة، كثرت التساؤلات حول الدّور الذي تلعبه القواعد الموضوعية في حل منازعات عقود التجارة الدّولية، خاصة فيما يتعلق **بقدرتها على الاستغناء عن منهج قواعد التنازع من أجل تحقيق ذلك.**

يبقى في كل الأحوال التساؤل مطروحا حول ما إذا كان تجاوز القوانين الوطنية بحجة عدم ملائمتها لحكم مسائل عقود التجارة الدّولية أمرا كـــافيا لتبرير هذا التجاوز، أم أنّه ينبغي البحث عن الأثر الذي يترتب على إعمال تلك القواعد على موضوع النّزاع بما لا يشكّل اعتداء على التوقعات المشروعة لأطراف العقد التجاري الدّول؟

إنّ تعدد القوانين الوطنية، ووجود قواعد موضوعية موحدة، سواء كانت ناتجة عن اتفاقيات دولية أو لا، يجعل من الضّروري اللّجوء إلى وسائل معينة لغرض اختيار أو تعيين القانون واجب التّطبيق على علاقة قانونية محدّدة[742].

مادام تنازع القوانين هو الجزء الأساسي في القانون الدّولي الخاص، يعالج هذه المسألة بصورة تقليدية، فلابّد إذن من البحث في قواعد تنازع القوانين في شأن العقود وبالذاّت تلك العقود التي تشكّل الجزء الأكبر في مجال عمليات التجارة الدّولية، ولكن تنظيم تنازع القوانين بين قوانين دول إذا كان يشكل الصّورة النموذجية لتنازع القوانين فيجب عدم إهمال صورة أخرى مختلفة تظهر فيها القواعد الموضوعية العابرة للدّول في شأن علاقات تماثل تلك المنظمة بموجب قوانين وطنية، ويمكن أن تنطبق فيها هذه القواعد في ضوء صلتها بالقانون واجب التطبيق.

إذا كانت الاتفاقيات الدّولية من أدوات توحيد القواعد الموضوعية، فإنّ تطبقها يكون على أساس تصديق الدّول الأطراف عليها، إذ يلتزم قضاة هذه الدّول بمراعاة أحكامها من حيث نطاق التطبيق المكاني والمادي، حيث تندمج قواعدها الموضوعية في القانون الخاص، بما يضفي عليها طبيعة تكميلية في إمكانية تطبيقها، فضلا عما تقرره هذه الاتفاقيات بذاتها فيما يخـــص تطبيقها، حيث يجب في هذا الصدد اللجوء إلى استعمال قاعدة تنازع تتخذ شكلا أو صيغة موحدة[743].

يرى جانب من الشراح[744] أنّ القواعد الموضوعية محل الدّراسة لا تسري إلاّ بمقتضى قاعدة قانون إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية (**المبحث الأول**)، أو قاعدة إسناد أخرى تشكل مبررا لتطبيق هذه القواعد(**المبحث الثاني**)، ويجب ألاّ يفهم أنّ حاجة هذه القواعد الموضوعية لقاعدة إسناد يعني أنّ تلك القواعد تدخل في تنازع مع القوانين الداخلية، بل أنّ المقصود من ذلك هو مجرد استعارة تلك القواعد الموضوعية لقواعد الإسنا الموجودة.

[742] - **Jacquet (J.M) DELBEQUEB (Ph)**, *Droit du commerce international*, Dalloz, 1997, N°.159, P.94.
[743]- **Ibid**, p.95.
[744]- **DEBY-Gérard Françoise**, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, op.Cit, PP. 320-321.

المبحث الأوّل

إسناد تطبيق القواعد الموضوعية لمنهج قواعد التنازع وفق قاعدة قانون الإرادة

استقر في مختلف النّظم القانونية مبدأ "**العقد شريعة المتعاقدين**"، في الحدود التي ينشأ فيها وفقا للقانون، وبحسبان أنّ العقود والاتفاقات هي من أنسب الوسائل لتحقيق العدل في المعاملات المالية للأفراد، فمن الطبيعي أن يرتضي الشخص التعاقد كلّما كان في ذلك مصلحته، وفي حدود المصلحة العامة ترك القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم وتضمينها من الشروط ما يكفل تحقيق مصالحهم وهذا هو "***مبدأ سلطان الإرادة***" في نطاق علاقات القانون الدّاخلي، إلاّ أنّ هذا المبدأ قد تحوّل عن مفهومه السابق في نطاق القانون الدّولي الخاص إلى "**مبدأ قانون الإرادة** " والذي يعني حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي[745]، وبالتّالي استخدم" *مبدأ قانون الإرادة* " كمبدأ أساسي تخضع له العقود الدولية، وكمبدأ في حل تنازع القوانين في مسائل هذه العقود (**المطلب الأول**) مع بقاء التساؤل مطروحا بظهور القواعد الموضوعية حول تحديد مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدّولية(**المطلب الثاني**).

[745]-**KEMDEM Fetze Innocent**, » L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *les cahiers de droit*, vol.40, n 3, 1999, p. 649. Voir : http://id.erudit.org/iderudit/043564ar

المطلب الأوّل

" مبدأ قانون الإرادة " كمبدأ أساسي في مجال عقود التجارة الدّولية

يرى جانب من الفقه ومن بينهم الدكتور"**عبد الكريم سلامة**"[746] أنّه لا توجد هناك قواعد موضوعية ذاتية التطبيق، فطالما أنّ تلك القواعد خارجة عن القاضي، أو المحكم، ولا تشكل جزء من نظامه القانوني، فهو لا يستـــــطيع تطبيقها من تلقاء نفسه، ودون وساطة أو وسيلة فنية يعرفها، ويستطرد ويقول أنّه في شأن القواعد الموضوعية الخاصة بالعقود الدولية تعد تلك الوسيلة في النهاية "***إرادة الأطراف في تلك العقود***".

لقد ارتأت معظم تشريعات الدّول أنّه من الملائم تمديد العمل بمبدأ "سلطان الإرادة" إلى ميدان العلاقات والاتفاقات ذات العنصر الأجنبي، حيث يكون للمتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الإرادية، فإذا كانت تلك التصرفات والعقود تتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة، فهذا لا يعني أنّها توجد من فراغ قانوني، بل لابد أن تخضع في تكوينها وشروطها وآثاره، لقانون أو لنظام قانوني، وتحديد ذلك القانون أو النظام القانوني هو من عمل المتعاقدين أنفسهم، وإذا كان القانون قد اعترف للمتعاقدين بالحق في تعيين أو في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، فإنّ المقتضى الطبيعي أن يمارس هؤلاء ذلك الحق بإعلان إرادتهم الصريحة بأنّ قانون هذه الدولة أو تلك أو حتى القواعد الموضوعية التي استقرت في مجال معين هو الواجب التطبيق عند المنـــازعة، غير أنه قد نكون أمام حالة إهمال الأطراف تضمين عقدهم شرط الاختصاص التشريعي، ولكن رغم ذلك لا يجب إغفال إرادتهم الضمنية، وهي إرادة ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها، لأنها إرادة حقيقية (**الفرع الأول**)، وقد نكون أمام غيبة قانون الإرادة فكيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق؟ (**الفرع الثاني**).

[746]-**عبد الكريم أحمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق... ، مرجع سابق، ص 418.

الفرع الأوّل

معالم فكرة قانون الإرادة

لم تتبلور مسألة خضوع عقود التجارة الدّولية من حيث الموضوع للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين في فقه القانون الدّولي الخاص إلاّ في فترة حديثة نسبيا، وبالتحديد في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين[747]، حيث مرّت هذه القاعدة بتطورات تاريخية عديدة على مدار عدة قرون منذ فقه المدرسة الإيطالية القديمة، حتى أصبحت على صورتها الحالية(**أولا**)، وبالتالي تكريسها من قبل العديد من الأنظمة القانونية الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية(**ثانيا**)، ورغم هذا التكريس الواسع إلاّ أنّ قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة انتقدت(**ثالثا**)، وهو مالم يؤثر في إعمالها وذلك مهما كانت كيفية تعيين قانون الإرادة هذا صراحة أم ضمنا(**رابعا**).

أوّلا- تطور فكرة قانون الإرادة

لمّا كان العقد الدولي لا يرتب آثاره إلا بمقتضى القانون، الذي يمنح الإرادة الفردية مكنة إبرام العقد ابتداء، فقد استقر فقه تنازع القوانين على أنّ جوهر فكرة قانون الإرادة هو الاعتراف لأطراف العقد بحق اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم، وعند هذا الحد يتوقف دور إرادة الأطراف، ويخضـــــع العقد، بعد ذلك، خضوعا كاملا لذلك القانون.

بدى هذا المفهوم لفكرة قانون الإرادة غير ملائم لمعطيات التجارة الدّولية المعاصرة، فقانون الإرادة وفق المفهوم السابق، هو قانون وطني لدولة معينة، وهذا لا يتناسب مع خصوصية التجارة الدولية، والحال كذلك، قد يكون من المناسب تخويل إرادة الأطراف دورا يجعل تلك العقود في مأمن من مثالب القوانين الوطنية.

[747]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 19.

تعتبر فكرة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي لقانون إرادة المتعاقدين، قديمة قدم العلاقات التي تتم عبر الحدود، فقد عرفت هذه الفكرة في مصر البطلمية، خلال المائتي عام قبل الميلاد، حيث كان المتعاقدان يختاران القانون الواجب التطبيق على عقدهم القانون المصري أو القانون البطلمي، وذلك عن طريق اللغة التي يحرران بها عقدهما،فإن حرر باللغة " الديموطيقية " المصرية دلّ ذلك على اختيار تطبيق القانون المصري، وإن حرر بالغة " الإغريقية " دلّ ذلك على اختيار القانون البطلمي[748].

كانت العقود في ظل مدرسة الأحوال القديمة، تخضع لقانون الدّولة التي أبرمت فيها، سواء من حيث موضوعها، أو من حيث شكلها، ومع نهاية القرن الخامس عشر خطا الفقيه الإيطالي "Ruchus Curtius" الخطوة الأولى نحو اختصـــــاص قانون الإرادة، لمّا برر اختصاص قانون بلد الإبرام تبريرا آخر، إذ برره على أساس أنه القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف ضمنيا[749].

حاول الفقيه الفرنسي "Dumoulin " في القرن السادس عشر، أن يكشف ويبلور فكرة قانون الإرادة بخصوص قضية الزوجين" دوجاني"، بأنه ولئن كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد، إلاّ أنّ النظام المالي لهما يخضع لقانون واحد، هو قانون موطن الزوجية بحسبان أنّ إرادة الزوجين الضـــــــــمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك القانون، فاستكمل القاعدة بقوله أنّه إذا كان قانون محل الابرام قد فرض اختصاصه استنادا للإرادة الضمنية، فإنّه بإمكان المتعاقدين بإرادتهما الصريحة اختبار قانون آخر ليحكم

[748] - **عبد الكريم احمد سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ص 158-159.

[749] - **ياقوت محمود محمد**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 25.

- أنظر كذلك: **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)،مرجع سابق، ص 304

- **TERKI Nourddine**, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, Op.cit., p 101 et s.

عقدهم[750]، وقد رحب فقهاء القرن الثامن عشر وخاصة" Boullenois" بما قرّره" Dumoulin"[751].

عادت هذه الفكرة للظهور على يد الفقيه "Savigny" حينما عرض لأفكاره حول تحليل طبيعة العلاقات القانونية، وتركيزها في المكان، واعتبر أطراف تلك العلاقات قد خضعوا باختيارهم لقانون ذلك المكان، ولكن بهذا الإسناد الآمر يكون الفقيه Savigny قد جرّد الارادة من محتواها الحقيقي ألا وهو إمكانية اختيار قانون العقد[752].

لقد سلم الفقيه "Mancini" فيما بعد بفكرة خضوع العقود الدّولية للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا، عملا بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته[753].

وهكذا استقر مبدأ سلطان الإرادة بصفة نهائية في القرن التاسع عشر، بما يكفله للمتعاقدين من حق اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، سواء ارتد حق الاختيار هذا إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما ذهب إليه أنصار النّظرية الشخصية، أو استند إلى سلطان القانون، وهو ما أكد عليه أنصار النظرية الموضوعية.

منذ ذلك الوقت استقرت تلك القاعدة فقها وقضاء وتشريعا، حتى غدا مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية بمثابة عرف دولي أو مبدأ معترف به في كافة النظم القانونية.

750- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 96

751 -**LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre et SOMMIERES Pascal de Vareilles**, *Droit international privé,* 8e édition, Dalloz, Paris, 2004, p. 91.

752- وفي هذا الصدد تقول RANOUIL Véronique :

« Le principe n'est pas que les parties intéressés choisissent la loi de l'obligation ; Il est celui de l'application de la loi du lieu de l'exécution de l'obligation car elle est supposée choisie ».

RANOUIL Véronique, *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept*, Presse Universitaire de France, Paris, p.27.

753 - **MAYER Pierre**, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Revue Française de Théorie Juridique,* N°3, 1985, p.130.

ثانيا- الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة في مختلف الأنظمة القانونية

تعتبر قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة من أهم وأقدم قواعد القانون الدّولي الخاص التي أرستها قواعد تنازع القوانين في جل الأنظمة القانونية[754].

من الثابت تاريخيا، أنّ" مبدأ سلطان الإرادة" الذي تحوّل عن مفهومه السابق في نطاق القانون الدولي الخاص إلى " **مبدأ قانون الإرادة**" هو الذي كان سائدا في العلاقات التعاقدية، والذي نادت إليه مختلف المدارس الفقهية باختلاف أسسها، والتي جسّدت فكرة أنّه لا يمكن للشخص أن يلتزم إلاّ بما ارتضى به[755]، غير أنّ مبدأ سلطان الإرادة لم يعرف فاعليته إلاّ بعد أن اعتنقته معظم التشريعات الداخلية للدول وأكدته الأحكام القضائية والتحكيمية، وكرّسته العديد من الاتفاقيات الدّولية.

1- تكريس مبدأ قانون الإرادة تشريعا

لقيت قاعدة " قانون الإرادة " صدى كبير لدى مختلف الدّول حيث اتخذتها معظم التشريعات الوطنية قاعدة إسناد أصلية في مجال العقود الدولية[756]، واعتبرتها من المبادئ

---

[754]- **BEREAU Dominique**, *L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois* , Mélanges en hommage à François Terrée, Presse universitaire de France , Ed D , Paris, 1999, p.186.

[755] - TERRE François, SIMLER Philippe, LEQETTE Yves, *Droit civil, Les obligation*, Dalloz, Paris, 1999, pp. 29-30.

[756]- كرس القانون المدني العراقي المبدأ في المادة 25 القانون النمساوي لعام 1979 الذي ينص:» على الالتزامات التعاقدية الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنا." وكذلك الأمر الذي أخذ به المشرع الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986 الذي ينص: " يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف "، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 الذي أورد المبدأ في المادة 1/116 والذي اتخذ نفس صيغة القانون الألماني، كما أخذ بالمبدأ القانون الفرنسي، وفي الموضوع، راجع:

- **FERJANI Nabil et HUET Véronique,** « L'impacte de la discision onusienne d'embargo sur Juillet l'exécution des contrats internationaux », *Journal de droit international (Clunet*) , N°3, 2010, p 108.

- أنظر:**عبد الكريم احمد سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 160.

- وقد كرس المبدأ في الولايات المتحدة الأمريكية في القانون التجاري الموحد في المادة 1/301 التي تنص: "الأطراف في المعاملات الدولية يجوز لهم الاتفاق وفقا لقانون أية ولاية أو دولة أخرى ... ".

- عن: **زمزمي إبراهيم بن أحمد بن سعيد**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، ص 101.

المستقرة في نظمها[757]، ومن تطبيقات هذا المبدأ نجد المادة 18 من القانون المدني[758] الجزائري التي تنص على أنّ : " ***يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.***

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

يتّضح لنا من النّص، أنّ المشرع الجزائري كرّس مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، لكن قيّد هذه الحرية بضرورة أن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وذلك مراعاة لعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.

لقد حاول المشرع بهذا المعنى استبعاد فرض أن يختار المتعاقدين قانونا لا صلة له بالعلاقة التعاقدية، تهربا منهم من أحكام القانون الذي يفترض تطبيقه، وهو ما يعرف بالغش نحو القانون.

بهذا المعنى، يتبين لنا الطابع الليبرالي لقاعدة التنازع الجزائرية، وهو ما يندرج في إطار التحولات التي عرفها النظام القانوني والاقتصادي في الجزائر، والرامية إلى مسايرة مجرى العلاقات الاقتصادية الدّولية[759].

لم يتخلّف النظام القانوني المصري عن تأكيد إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة، ولم يقطع عهده بما كان عليه الحال في مصر البطلمية، حيث أقرّ القانون المدني المصري هذا المبدأ في نص المادة 1/19و التي تنص على:"***يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتّخذا موطنا، فإنّ اختلفا موطنا***

[757] - **الجوادي سلطان عبد الله محمود**، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 123.

[758] - قانون رقم 05-10، مؤرّخ في 20 جوان 2001 يعدّل ويتمم أمر رقم 75-58 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 44، صادر بتارخ 26 جوان 2005.

[759] - **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار" التجربة الجزائرية نموذجا" ، مرجع سابق، ص 287.

سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتّفق المتعاقدان أو تبيّن من الظّروف أنّ قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"[760].

حرصت معظم الدّول في مسألة حلّ المنازعات المتعلّقة بعقود التّجارة الدّولية على اعتبار إرادة الأطراف إحدى المبادئ الرّئيسية التي يقوم عليها التّحكيم، في تشريعاتها الوطنية المتعلّقة بالتحكيم الدّولي، وفي هذا الصّدد جاء في المادة 1050 من ق إ م إ الجزائري[761] على أنّه:"***تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بالقانون الذي اختاره الأطراف ...***".

2-تكريس مبدأ قانون الإرادة قضاء

صاحب فكرة تبني قانون الإرادة، من الفقه، ومختلف التّشريعات الدّاخلية تجسيدها كذلك من طرف القضاء، ففي فرنسا ظل القضاء، يطبق قانون دولة محل إبرام العقد على أساس أنّه قانون الإرادة الضمنية، وفي ديسمبر من عام 1910 صدر أوّل قرر في قضية[762] Steamhsip Co. American Trading. Co c/ Québec، حيث جاء فيه:" ***إنّ القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها، أو بآثارها، أو بشروطها، هو القانون الذي يتبناه الأطراف***"[763].

لقد أكّد القضاء الفرنسي قاعدة قانون الإرادة مرة أخرى، عند النّظر في القانون الواجب التّطبيق على العقود، في حكم آخر صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 31 ماي 1932 حيث قضت على أنّ:" **القانون الواجب التطبيق على العقود سواء من حيث تكوينها، أو من حيث آثارها وشروطها هو ذلك القـــــانون الذي اختاره الأطراف، وأنّه**

---

[760]- القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:

http://www.f-law.net

راجع تحليل المادة: **عبد الكريم احمد سلامة**، علم وحدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولا و منهجا، مرجع سابق، ص 1063. و كذلك مرجعه: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 136.

[761]- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن ق.إ.م.إ ، مرجع سابق.

[762]- نقلا عن: **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سابق، ص 338.

[763]- **عبد الكريم أحمد سلامة**، علم وحدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولا و منهجا، مرجع سابق، ص 1060.

بين أشخاص من جنسيات مختلفة، فإنّ قانون المحل الذي أُبرم فيه العقد أو الواجب التنفيذ فيه، هو بحسب الأصل ذلك الذي يجب الاستناد إليه ما لم يكن استخلاص إرادة مضادة، وهذه الإرادة ليس من الممكن أن تكون صريحة ولكن يمكن أن تستخلص من ظروف الحال ويمكن أن تستخلص أيضا من عبارات العقد "[764].

كما قضت محكمة النقض البلجيكيّة في حكمها الصادر في 27 نوفمبر 1974 بأنّه: "**القانون الواجب التطبيق على العقد يتحدد في القانون الدولي الخاص البلجيكي بقاعدة قانون الإرادة، وتطبيقا لهذه القاعدة فإنّ لأطراف العقد يكون لهم مطلق الحرية في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم**"[765].

لقد حكمت محكمة النقض المصرية بما استقر عليه القضاء في الأنظمة القانونية المقارنة، في حكمها الصادر بتاريخ 4 ديسمبر 1989، حيث قضت برفض تطبيق نص المادة 212 من القانون البحري السوري التي تقضي ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية، واستندت في ذلك إلى اتفاق طرفيه على تطبيق أحكامه، وأنّ الطاعنة لم تتمسك بهذا القانون، بوصفه القانون المتفق على إعماله، ولكن باعتباره قانون محل الانعقاد الواجب التطبيق عملا بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني المصري.

أوضحت المحكمة أنّ تطبيق نص المادة 19 "**يدل على أنه يتعين الوقوف ابتداء على ما تتجه إليه إرادة الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فإذا لم يفصح المتعاقد عن إرادتهما في هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلاّ فقانون الدولة التي تم فيها العقد**"[766].

---

[764]- أنظر: **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار" التجربة الجزائرية نموذجا" ، مرجـــــع سابق، ص 286.

[765]- **المنزلاوى صالح**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 267.

[766]- القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:

http://www.f-law.net

-المنزلاوى صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص 267-268.

لقد كان كذلك، القضاء الإنجليزي في أحكامه السابقة قبل عام 1949 يؤيد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد بشرط أن يكون هذا الاختيار عن نية وغير مخالف للنظام العام وأن لا يمنع هذا الاختيار نص في القانون[767]، ولقد كانت انجلترا أول دولة طبقت هذا المبدأ

تلتزم في مجال الممارسة التحكمية محاكم التحكيم بالقانون الذي اختاره الأطراف باعتباره قانون إرادتهم، ومن بين هذه الأحكام، حُكم التحكيم الصّادر في قضية ارامكو Aramco ضد المملكة العربية السعودية أين أكّدت محكمة تحكيم المركز الدولي في حكمها المؤرخ في 22 أوت 1958 على أنه بمقتضى مبادئ القانـــــــون الدولي الخاص، فالقانون واجب التطبيق على عقد الدّولة القانون الذي اختاره الأطراف صراحة ويطبق في مقام ثان قانون الإرادة المفترضة[768]. وأضاف الحكم: " لابد من اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، والمعروفة باسم حرية المتعاقدين أو استقلالية الإرادة وبناء على هذا المبدأ وفي أي عقد دولي ينبغي أوّلا تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف صراحة"[769].

[767]- ومن القضايا المعروفة في القضاء الإنجليزي في هذا المجال هي قضية *NETA FOOD* التي طبقت فيها الحرية المطلقة باختيار القانون، وملخصها أن قانون (نيوفاولند) ينص على أن قواعد لاهاي يجب أن تحكم أي عقد نقل من ذلك البلد، وإن كل سند شحن بحكم هذا النقل يجب أن يتضمن شرطاً صريحا بتطبيق هذه القواعد وقامت شركة تجارية مركزها نيويورك بالتعاقد في نيوفاولند على نقل بضائع منها إلى نيويورك وكانت البضاعة (سمك رنجا) فأصدرت الشركة الناقلة سند الشحن خالياً من هذا الشرط، ولكن السند كان يتضمن نصاً صريحاً لتطبيق القانون الإنجليزي ونص آخر يقضي بإعفاء الشركة من المسؤولية من أخطاء التابعين، وفي أثناء عملية النقل أصيبت البضاعة بأضرار نتيجة إهمال الربّان، وبما أن سند الشحن كان باطلاً وفقا لقانون نيوفاولند، لعدم انضوائه على نص يشير إلى تطبيق قواعد لاهاي، إلاّ أن المحكمة (مجلس الملك) اعتبرت السند صحيحا وفقا للقانون الإنجليزي المختار الواجب التطبيق وفي ردها على الحجة القائلة بوجوب الصلة بين القانون الإنجليزي والعقد قالت: "إن هذه الصلة ليست ضرورية بتطبيق القانون الإنجليزي، لأنه قد يرغب الأطراف في تطبيق قواعد القانون التجاري الإنجليزي لشهرتها وأن قانون العقد طبقا لأحكام القانون الإنجليزي هو القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحةً أو ضمناً، حسبما تكشف عنه شروط العقد وظروفه وملابساته"

- **عبد الكريم ممدوح حافظ عرموش**، القانون الّدولي الخاص: الأردني والمقارن، د.د.ن، عمان، 1998، ص 325.

[768]- راجع في التعليق على هذا الحكم:**الحداد حفيظة السيد**، العقود المبرمة بين والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 464 وما يليها.

[769]- **سراج حسن أبوزيد**، التحكيم في عقود البترول، د ار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 704.

أكّد في نفس الاتجاه المحكم CAVIN في قضية SAPHIRضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول في حكمه الصادر بتاريخ 1963/03/15، أن الإرادة الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مجسدا بذلك قاعدة قانون الإرادة[770].

أجاب المحكم DUPPY في قضية" تكساكو" ضد الحكومة الليبية في حكمه الصادر بتاريخ 1977/01/19 عمّا إذا كان للأطراف حرية في تعيين النظام القانوني الذي يحكم عقدهم: " كل الأنظمة القانونية تطبق مبدأ استقلالية الإرادة في مجال العقود الدولية"[771]

في حكم آخر لمحكمة تحكيم غرفة التّجارة الدولية بباريس رقم 1512 الصّادر في سنة 1971 بشأن قضيّة تتعلّق بنزاع بين إحدى الدول الإفريقيّة ومواطن بلجيكي بخصوص عقد امتياز ممنوح له من قبل حكومة هذه الدولة، والتي قامت بإلغائه بإرادتها المنفردة، قضت المحكمة فيها طبقا لقانون الدولة الإفريقيّة باعتباره قانون الإرادة المختار بواسطة الأطراف المتنازعة.

كما قضت محكمة غرفة التّجارة الدولية بباريس في حكمها الصادر في 1983 في النّزاع المتعلّق بأحد عقود الأشغال العامة اللّيبية والمبرم مع مقاول فرنسي، بتطبيق القانون اللّيبي باعتباره القانون المتّفق عليه من قبل أطراف هذا العقد[772].

[770]- **الحداد حفيظة السيد**، العقود المبرمة بين والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 495.

[771]-**سراج حسن أبوزيد**، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص 575.

[772]-*Clunet*, 1983, p .910.

3-تكريس مبدأ قانون الإرادة في الاتفاقيات الدّولية

كرّس مجمع القانون الدّولي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، في دورة أثينا 1979 حيث نصت المادة 01 من توصياته على: "***تخضع العقود ... للقانون المختار بواسطة الأطراف...***"[773]، وتبنت المادة 02 من التوصيات العديد من الحلول التي أجازت للأطراف الاختيار فنصت على ما يلي: " ***يجوز للأطراف أن يختاروا كقانون حاكم للعقد إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين...***"[774].

أكّد مجمع القانون الدّولي نفس الأحكام في دورته الثالثة والستين لعام 1989، والمنعقدة في Santiago de Compostela بعنوان: " التحكيم بين الدّول وتشريعاتها أو هيئاتها والتّشريعات الأجنبية "، وذلك بنصّه في المادة 06 على: " ***يتمتع الأطراف باستقلال كامل في تحديد القواعد الاجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم...***"[775]

لم يقتصر الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة في المنازعات الخاصة الدّولية كمبدأ من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدّولي الخاص على القوانين الوطنية، والذي تقرره كذلك العديد من أحكام القضاء الوطني والتحكيم التجاري[776]، وإنّما أكّدته المعاهدات الدّولية المتصلة على نحو مباشر أو غير مباشر بالعلاقات التعاقدية، وأقرت بضرورته ونذكر منها:

أكّدت **اتفاقية روما** الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، أنّ مهمة تحديد القانون واجب التطبيق يتم بآلية الاختيار الارادي المطلق للأطراف، إذ نصت المادة 1/3 من هذه الاتفاقية على أن " ***يحكم العقد القانون الذي يختاره***

[773]- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 103.

[774]-**سراج حسن أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص574.

[775]- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 104.

الأطراف"[777]، وما تجدرالإشارة إليه أنّ هذه الاتفاقية تعدّ كالقانون الدّولي الخاص للعقود، بالنظر إلى الثقل القانوني الذي تمثله الثقافات التي تنتمي إليها الدّول الأعضاء[778].

أكّدت كذلك **اتفاقية لاهاي** لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع في نص المادة 07 على أنّه: " **يسري على عقد البيع القانون الذي اختاره الأطراف**"[779].

أخذت بنفس الإتجاه اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدّولية للمنقولات المادية في المادة 01 منها[780].

نلاحظ هذا التوجه في **اتفاقية مكسيكو** لعام 1994 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدّولية التي ابرمت بين دول الأمريكيتين الشمالية والجنوبية، حيث أكد أطرافها مواصلة التطور في بناء صياغة القانون الدّولي الخاص، والعمل على تجانس الحلول لقضايا التجارة الدّولية، واضعين في اعتبارهم الاستقلال الاقتصادي لكل منهم، ومن أجل تحقيق ذلك يجب إزالة الفروق بين أنظمتهم القانونية، وبناء على ذلك جاءت المادة 07 منها بما يلي: " ***العقد يحكم بواسطة القانون الذي اختاره الأطراف، واتفاق الأطراف على هذا الاختيار يجب أن يكون واضحا جليا، وفي حالة عدم وضوح هذا الاتفاق يستخلص ضمنيا من سلوك الأطراف ومن بنود العقد***"[781].

---

[777]- L'article 3 stipule : « Le contrat est régi par la loi choisi par les parties ce choix doit être exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou à une partie seulement de leurs contrat ».

[778]- **LOUSSOURN Yvon et BERNAND Thierry**, *Droit international privé*, 5 eme Ed, Paris, 1996, p. 428.

[779]- جاءت اتفاقية لاهاي لعام 1986 لتعديل اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بيع الأشياء المنقولة المادية، حيث أخذت هذه الاتفاقية الجديدة بعين الاعتبار التطورات الحديثة في مجال التجارة الـــدولية ، التي من أهمها ابرام اتفاقية فينا لعام 1980 بخصوص توحيد الأحكام الموضوعية لقد لبيع الدولي للبضائع.

- أنظر: الجواري سلطان عبد الله محمود، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص131.

-كذلك: زمزمي ابراهيم بن أحمد سعيد، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 103

[780] **-LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre**, *Droit international privé*, 5 éme Ed, Dalloz, PARIS , 1996 , p. 428.

-DERRUPPE Jean, *Droit international privé*, 13 éme, Dalloz, PARIS, 1999, p. 124.

[781]- **زمزمي ابراهيم بن أحمد سعيد**، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 105.

أمّا في مجال التحكيم، فقد نصت معظم الاتفاقيات الدّولية في هـــــــذا الشأن، وغالبية أنظمة هيئات التحكيم الدّائمة على تطبيق قانون الإرادة على النزاع المطروح على قضاء التحكيم، منها المادة 07 من **اتفاقية جنيف** لعام 1961 بشأن التحكيم التجاري الدّولي التي نصت على أنّه: " **يطبق على موضوع القانون الذي تم اختياره من جانب الأطراف، وعند عدم وجود مثل هذا الاختيار يطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة الاسناد الملائمة التطبيق مع مراعاة الأعراف التجارية** "[782].

جاء كذلك في نصّ المادة 1/17 من قواعد تحكيم غرفة التّجارة الدّولية المعدلة والسّارية في 01 جانفي 1998 على أنهّ:

"للأطراف حرّية الاتفاق على القواعد القانونية الواجبة على المحكم تطبيقها على موضوع النّزاع

وفي غياب اختيار الأطراف لقواعد القانون واجبة التّطبيق، يطبّق المحكّم قواعد القانون الذي يراها ملائمة.

وفي كلّ الحالات تأخذ محكمة التّحكيم في الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية المؤثّرة".

كما تؤكّد المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فيما يتعلّق بالقانون الواجب التطبيق على التحكيم على أنّ:

"أي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنّه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتّفق الطّرفان صراحة على خلاف ذلك".

---

[782]- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدّولي (جنيف 1961).

www.ohadac.com/.../convention-europeenne-sur-l-arbitrage-commercial-international.

وقدأخذ بهذا التوجه في المادة 2/21 من **معاهدة عمّان العربية للتحكيم التّجاري** لسنة 1987، حيث نصّت على أنه: "***تفصل الهيئة في النّزاع وفقا للعقد المبرم بين الطّرفين وأحكام القانون الذي اتّفق عليه الطّرفان***"[783].

ثالثا- الانتقادات الموجهة لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة

ازدهرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، كما أسلفنا، في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، تعبيراً عن الحرية التعاقدية تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يتكون من عنصرين أساسين هما كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني، وقدرة الإرادة على تعيين آثار التصرف القانوني.

نما هذا المبدأ في ظل المذاهب الفردية، إذ كان من اهتمامها في مجال القانون نظرية القانون الطبيعي، وفي مجال الاقتصاد، نظام الاقتصاد الحر[784].

إلاّ أنّ هذا المبدأ ورد عليه فيما بعد، في أوائل القرن العشرين عدة قيود أسهمت في تعيين حدوده، وذلك بفعل الاتجاهات الاجتماعية والاشتراكية وتدخل الدولة في مجالات عديدة في النشاط لم تكن تساهم فيها من قبل، وتبعاً لذلك خضعت قاعدة "خضوع العقد لقانون الإرادة "، لبعض القيود ولكنها مازالت هي القاعدة التقليدية بل الأساسية في تعيين القانون الذي يحكم موضوع العقد، ورغم رسوخ هذه القاعدة إلاّ أنّها قد تعرضت لانتقادات نوجزها فيما يأتي:

---

[783]- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار" التجربة الجزائرية نموذجا" ، مرجع سابق، ص ص 290-291.

[784]- يستثنى من هذه المبدأ خضوع العقد متى كان واردا على عقار كقاعدة عامة لقانون موقع العقار، فضلاً عن ذلك، هناك عقود ومسائل أخرى تخرج من نطاق هذا المبدأ، منها ما يتعلق بالقواعد الآمرة أوالمتعلقة بالنظام العام، لأن مجال تطبيق الإرادة هو ما يتعلق بالقواعد المكملة أو المفسرة أو المقررة لإرادة الأفراد التي تنظم العلاقات الخاصة بينهم، وكذلك يخرج من نطاقه تحديد أهلية أطراف العلاقة لأنها محكومة بقانون الجنسية، وتخرج من نطاقه أيضاً عقود العلاقات التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي، وكذلك المسائل المتعلقة بالميراث والوصية، إضافةً إلى مسائل الأحوال الشخصية وعقود التأمين المتعلقة بالعقار والأموال المنقولة التي يحكمها قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقدانه.

1- التسليم بحرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، يعني الاعتراف لهما بحل تنازع القوانين، مع أنّ هذه المسالة تعتبر من صـــــــميم عمل المشرع، لأّنها عبارة عن عملية تحديد لنطاق سلطان القانون.

2-إذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم العقد ويمنحه بذلك قوته الملزمة، فما هو القانون الذي يحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار هذا القانون؟ إن قيل إنّه القانون الذي اختاره المتعاقدان، فإنّ من شأن ذلك الوقوع في حلقة مفرغة، إذ يستمد القانون المختار اختصاصه من سلطان الإرادة، في حين تستمد الإرادة قوتها الملزمة من هذا القانون المختار.

فضلاً عن ذلك، فإنّ العقد لا يكون ملزماً إلاّ بمقتضى قانون يضع جزاءً على مخالفته، فكيف يستقيم ذلك مع القول بأن العقد هو الذي يحدد القانون الذي يحكمه، وإذا كان الأمر كذلك، فمعنى هذا أن الاتفاق الذي يتم بموجبه تحديد القانون الذي يحكم العقد هو نفسه غير خاضع لقانون يحكمه.

3- إن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، إذا طبقت فإنها قد تؤدي إلى نتائج غير مقبولة، عندما يقضي هذا القانون ببطلان العقد الذي اختار المتعاقدان وضع العقد تحت حكمه سواء كان هذا البطلان كلياً أم جزئياً، إذ لا يعقل أن يختار المتعاقدان قانوناً يبطل عقدهما كلاً أو جزءاً[785]، ويدفع أنصار قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة هذه الانتقادات بما يأتي:

[785]- voir : **Toubiana Annie**, *Le domaine de la loi du contrat en droit privé*, Thèse de doctorat, PARIS, 1972.

4- إن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لا يقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة لأنّ هذا الاختيار مستمد من قاعدة الإسناد التي تترك للمتعاقدين حرية الاختيار، وهي قاعدة موجودة في قوانين أكثر الدول، فكأنّ اختيار الإرادة للقانون واجب التطبيق يرتد في النهاية إلى سيادة القانون، كما أنه يجب عدم الخلط بين سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد المستمد من قاعدة الإسناد، وسلطان الإرادة في تنظيم شروط العقد حيث تكون خارج نطاق مشكلة تنازع القوانين[786].

5- إنّ الاتفاق على اختيار القانون الذي يحكم العقد، يعدّ عقداً مستقلاً عن العقد الذي يحكمه القانون المختار، فموضوع العقد الأوّل هو مجرد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الثاني، وهو العقد الأصلي.

يستمد الاتفاق على القانون واجب التطبيق بموجب هذا الرأي قوته الملزمة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي، التي خولت الأفراد حرية اختيار القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية[787].

6-إن المتعاقدين لا يقومان تماماً بتحديد القانون الذي يحكم عقدهما، ويرى (باتيفول) أن إرادة المتعاقدين لا تقوم بتعيين القانون المختص، وإنما هي تقوم بتركيز العقد في مكان معين.

إذا ما تم تركيز العقد على هذا النحو، فإنّ قانون المكان الذي اختاره المتعاقدان هو الذي يسري على العقد، وعلى هذا يمكن القول أن دور الإرادة ينحصر في تركيز العقد في مكان معين، ولا شأن لها في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وإذا كان الأمر كذلك، فليس من الغريب أن يقضي القانون الأجنبي ببطلان العقد في بعض الفروض، فهذا

[786]-**هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مرجع سابق، ص39.

[787]- **POMMIER JEAN Christophe**, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit conventionnel*, op, cit, p.130.

البطلان ليس نتيجة لتطبيق القانون الذي اختاره الطرفان، بل هو نتيجة لأعمال حكم القواعد الآمرة في قانون المكان الذي تركزت فيه العلاقة التعاقدية[788].

تبقى هذه الانتقادات والرد عليها، تدخل في نطاق الخلاف الفقهي حول قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة والدور الذي تقوم به الإرادة[789].

رابعا- كيفية تعيين قانون الإرادة

أياً كانت قيمة الانتقادات الموجهة، فإنّ ذلك لن يمنع من استقرار القاعدة في أكثر القوانين الوضعية، وأحكام القضاء في الدّول التي يكون القضاء فيها مصدراً رسمياً للقانون وخاصة في بلاد القانون العام، إلاّ أنه ثمة تساؤل يطـــــرح نفسه في هذا المجال، وهو كيفية التعبير عن الإرادة ؟

يكون التّعبير عن الإرادة بصورة صريحة أو بصورة ضمنية لاختيار القانون الواجب تطبيقه على الالتزام التعاقدي الدّولي، وهو ما سيتم التفصيل فيه.

1-الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

إذا كان القانون قد اعترف للمتعاقدين بالحق في تعيين القانون الذي يحكم عقدهم، فإنّ المقتضى الطبيعي، أن يمارس هؤلاء ذلك الحق بإعلان إرادتهم الصريحة أنّ قانون هذه الدّولة أو تلك[790]، أو حتى القواعد الموضوعية التي استقرت في مجال معين، هو الواجب التطبيق عند المنازعة، فإن تم ذلك كنّا بصدد الاختيار الصريح، أو الإرادة الصريحة لقانون العقد.

[788] - **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص 53.

[789]-**ELGHARBI Mustafa**, « Justice contractuelle et liberté de la volonté: un rapport problématique », *Revue de la recherche juridique*, droit prospectif, 30éme Année, N°107, 2005, pp. 180.

[790] - **FOUCHARD Philippe& GAILLARD Emmanuel et BERTHOLD Goldman**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op.cit, p.799 et s.

لقد أكدت القوانين الوطنية وكذا الاتفاقيات الدولية، أنّ الإرادة التي يعتد بها في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، هي تلك التي يعلنها الأطراف صراحة، أو تلك التي تكشف عنها الظروف ضمنا[791]،حيث تضمنت هذه القوانين، إشارات واضحة للاختيار الصريح في مختلف العقود وبطرق مختلفة.

نجد مثلا، المادة 60 من القانون المدني الجزائري تنص على أنّه: "...**التعبيرعن الإرادة يكون ...ويجوز أن يكون التعبيرعن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا**"[792].

باستقراء النص، يتبيّن لنا أنّ المشرع قد أخذ بالإرادة الصريحة والضمنية معا ويرجع أمر الكشف عما قصده المشرّع للقضاء.

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري في مجال الالتزامات التعاقدية، على أنّه: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.**

وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون محل ابرام العقد... "[793].

كما نص على الاختيار الصريح في العديد من الاتفاقيات الدولية، كمـــــا أسلفنا، ومن أهم هذه الاتفاقيات هي اتفاقية روما للالتزامات التعاقدية التي نصت مادتها 1/3 على

[791]- تستثنى من هذه المبدأ حيث تخضع كقاعدة عامة لقانون موقع العقار، فضلاً عن ذلك، هناك عقود ومسائل أخرى تخرج من نطاق هذا المبدأ منها ما يتعلق بالقواعد الآمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام، لأن مجال تطبيق الإرادة هو ما يتعلق بالقواعد المكملة أو المفسرة أو المقررة لإرادة الأفراد التي تنظم العلاقات الخاصة بينهم، وكذلك يخرج من نطاقه تحديد أهلية أطراف العلاقة لأنها محكومة بقانون الجنسية ، وتخرج من نطاقه أيضاً عقود العلاقات التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي، وكذلك المسائل المتعلقة بالميراث والوصية، إضافةً إلى مسائل الأحوال الشخصية وعقود التأمين المتعلقة بالعقار والأموال المنقولة التي يحكمها قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقدانه

[792]- أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، مرجع سابق.

[793]- المرجع نفسه.

ما يلي:" **يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا...**".

نظرا لأهمية الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق، فقد حثّ مجمع القانون الدولي، في دورة انعقاده بمدينة أسلو 1977 على ضرورة تعبير الأطراف عن إرادتهم صراحة في اختيار القانون الواجب التطبيق حيث نصت المادة 1/2:" **يتعين على الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة"**[794].

يكون الاختيار صريحا إذا ما تم الاتفاق على القانون واجب التطبيق بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي، أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه[795]، ويشترط أن يكون القانون المختار ذا صلة بالعقد، فمازال فقه القانون الدولي الخاص يشترط وجود هذه الصلة، مقررا أنّ الدافع المشروع لاختيار الأطراف لقانون دولة هو الذي ينفي نية الغش، ويؤكد هذا الفقه أنّ الدافع على الاختيار لا يكون مشروعا إلاّ بوجود صلة بين الدولة التي تم اختيار قانونها، وبين بقية العناصر الموضوعية للعقد كمحل الإبرام أو محلا لتنفيذ أو قانون موطن الأطراف أو قانون جنسيتهم.

إذا انعدمت تلك الرابطة أو الصلة، حقّ للقـــــاضي أن يستبعد القانون المختار، وينهض بنفسه بمهمة البحث عن القانون الذي تتوفر معه الصلة المذكورة[796].

---

[794]- **عبد الكريم احمد سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 191.

- أنظر كذلك مرجعه: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، هامش رقم111، ص1096.

-وورد في المرجع نفسه: أنّ نفس المجمع في دورة انعقاده بأثينا عام 1979، وعند بحثه القانون الواجب التطبيق على الاتفاقات والعقود بين الدولة و أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، نصت المادة 1/4 من قرار المجمع على أنه:" **من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون واجب التطبيق على عقدهم**".

[795]- **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 49.

[796]- **عبد الكريم احمد سلامة**، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص1097.

- منح المشرع الجزائري سلطات واسعة للقاضي في الأخذ بقانون إرادة الأطراف أو استبعاده. فالمشرع يعترف للقاضي بدور أساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق، على الالتزامات التعاقدية. ذلك بالبحث في مسألة تركيز العقد الذي أبرمه الأطراف، فإن توصل إلى أن تركيز الأطراف للعقد وفق القانون المختار صحيحا يطبقه، أما إن رأى أن القانون الذي اختاره الأطراف لا يشكل صلة حقيقة بالمتعاقدين أو بالعقد فيستبعده. فالقاضي لا يطبق القانون المختار من قبل الأطراف إلاّ إذا

بالمقابل ذهب اتجاه آخر، إلى القول بأنّ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة، وليس للقاضي تغيير القانون المختار بادعاء أنه يفتقد الصلة المزعومة بينه وبين الرابطة العقدية، لأنّ من شأن ذلك أن يخل بالتوقعات المشروعة للأطراف ويهدد المصالح الفردية التي يسعى القانون الدّولي الخاص إلى حمايتها[797].

لهذا، نجد أنّ أهم اتفاقيات القانون الواجب التطبيق كاتفاقية لاهاي لعام 1955 للبيع الدّولي للمنقولات المادية، واتفاقية لاهاي بشأن البيع الدّولي للبضائع واتفاقية روما المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، قد خولت المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ولا تتقيد المحكمة في تطبيق القانون المختار إلاّ بما تقرره القواعد الآمرة في قانون الدّولة الأوثق صلة بالعقد[798].

إذا كان الأصل أن يكون الاتفاق على القانون الواجب التطبيق لحظة أبرام العقد بموجب **شرط صريح** يدرج ضمن العقد الأصلي أو بمقتضى **اتفاق مستقل** عنه، فإنّ هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى إلى مرحلة لاحقة على ابرام العقد، وقد أكّدت على ذلك المادة 2/3 من اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي نصت على أنه: " ***يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على اخضاع العقد لقانون آخر***

=تأكد أنه يعبر عن مركز الثقل الفعلي في العلاقة العقد، بالتالي إرادة الأطراف لا يعمل بها إلاّ في حالة تحقق القاضي أن القانون المختار هو القانون الذي تم تركيز العقد فيه. إن تأكدّ القاضي من ذلك هل نقول أن الأطراف قد اختارا القانون الواجب التطبيق بأنفسهم؟ في هذه الحالة يمكن القول أن الأطراف ساعدوا القاضي في تحديد القانون الذي تم فيه تركيز العقد الذي أبرماه.

-من خلال ذلك يفهم أن المشرع نص في المادة 1/18 على قاعد إسناد أصلية، ليست بتطبيق قانون الإرادة، بل هي تطبيق القانون الأوثق (الذي له صلة حقيقية) بالمتعاقدين أو بالعقد. بما أنه على القاضي البحث والتأكد من أن القانون المختار من قبل المتعاقدين يمثل صلة حقيقية. وهو ما يتنافى مع مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة.

فالأجدر من المشرع أن ينص على تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق القانون الذي له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

[797]- **ياقوت محمد محمود**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 114.

[798]- **ياقوت محمد محمود**، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص109.

غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة، أو بمقتضى نصوص أخرى".

أخذ بالفكرة السابقة المادة 3/116 من القانون الدّولي الخاص السويسري التي تقضي بأنّه: " **اختيار القانون يمكن اجراؤه أو تعديله في أيّ وقت ...".**

إذن، وباعتبار أنّ أطراف العقد قد اختاروا صراحة القـانون الذي يحكم عقدهم، فإنّه يبقى على المحكمة تطبيق ذلك الاختيار،أمـــــا في حالة عدم اختيارهم له، وجب عليها كذلك الكشف عن القانون من خلال العوامل التي تحيط بالعقد وهذا يعني الاختيار أو الإرادة الضمنية.

2-الاختيار الضمني للقانون واجب التطبيق

من النادر أن يتجاهل الأطراف في العقود الدّولية تحديد القانون الواجب تطبيقه عليها بصورة صريحة، ومع ذلك فهناك من الحالات ما لا تكون فيها إرادة الأطراف واضحة، وقد يكون ذلك عن إهمال أو عمدا[799]، خوفا من فشل عملية ابرام العقد، فيسعى القاضي أو المحكم إلى البحث عنها في ضوء تعبير ضمني عنها.

يعتبر الاختيار الضمني اختيار حقيقي غير معلن[800]، يستخلصه القاضي أو المحكم من ظروف الحال، وعليه تساوي أغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدّولية بين أن يتم اختيار القانون صراحة أو ضمنا، فتؤكد على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

لهذا، فإنّ القيمة القانونية بين الاختيار الصريح والضمني قيمة متساوية، ولكنها تغلق الطريق أمام ما يطلق عليه الإرادة المفترضة بحسبان هذه الفكرة تستند إلى محض

[799]-**GOURION Pierre, PEYRAD Alain George, SOUBEYRAND Nicolas**, *Droit du commerce international*, 4eme Ed, L.G.D.J, PARIS, 2008, p.172.

[800] - **POMMIER Jean-Christophe**, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Op.cit, p. 97.

مجاز من جانب القاضي، يتم بمقتضاه افتراض إرادة لم تكن موجودة وغير حقيقية يحيط بها الكثير من اللبس والغموض[801].

يتم استخلاص الاختيار الضمني من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد، شرط أن تكون الإرادة الضمنية مؤكدة، ومن الحالات التي تعبر عن الاختيار الضمني، أن يكون العقد من العقود النموذجية التي تنتمي إلى نظام قانوني محدد، مثل وثيقة التأمين التي تنتمي إلى هيئة اللويدز الدّولية، والمعروفة أنّها تخضع للقانون الإنجليزي، أو استخدام صيغة الشروط العامة للعقد المعروفة في القانون الألماني، أو ايراد عقد يرتبط بعقد آخر سابق له تم فيه اختيار القانون الواجب التطبيق على نحو صريح، فيستفاد انصراف الإرادة إلى تطبيق القانون المختار[802].

لقد استقر القضاء والتحكيم على وجود عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد.

أ – دور العمل القضائي في تحديد الإرادة الضمنية

تظهر مهمة العمل القضائي في تطبيق القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدّولية في اتجاهين هما: مهمة **الكشف** عن الإرادة الضمنية، ومهمة **تطبيق القرائن التشريعية للكشف عنها**. فكيف يتم ذلك؟

يتحدد دور القضاء في الكشف عن الإرادة الضمنية في ضوء ما سمحت به القوانين الدّاخلية، وحتى بعض الاتفاقيات الدولية، فالغالب أن يتم اختيار القانون واجب التطبيق بصفة صريحة، غير أن الإرادة الصريحة لا تعدّ وحدها ضابطا للإسناد في الالتزامات التعاقدية، بل اعتمدت أغلب التشريعات على الإرادة الضمنية كضابط للإسناد أيضا، حيث لا تعلن الإرادة صراحة عن تطبيق قانون معين، بل يقتصر دور هذه الأخيرة على تبني

[801] - **ياقوت محمد محمود**، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص 78.

[802] - راجع في موضوع الاختلاف الفقهي حول الإرادة الضمنية:

علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 215.

بعض المؤشرات أو الظروف التي تحيط بالعملية التعاقدية، وهنا تظهر أهمية العمل القضائي في استكمال مهمة الإرادة في تحديد قانون مناسب للعقد عند عرض النزاع على القضاء.

- يذهب اتجاه فقهي للقول بأنّ التبرير القضائي لذلك التحديد، هو التعبير عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين والتي يستخلصها القاضي من الظروف التي رافقت العملية التعاقدية، والتي من شأنها الكشف عن تلك النية.

- أما التبرير الحقيقي فهو إعمال المركز الفعلي للعلاقة، الذي يستنتج موضوعيا من خلال عناصر العملية التعاقدية التي يعتمدها القضاء في بحثه عن الإرادة الضمنية[803].

الحقيقة أنّ القاضي وهو يبحث لكشف الإرادة الضمنية، فإنّه يعتمد على **مؤشرات** هي: مؤشرات **داخل العقد أو ذاتية**، ومؤشرات **خارج العقد**[804]، وتجمع الأولى كل من المؤشرات الخاصة والعامة والمكملة.

تعني **المؤشرات الخاصة**، أنها ليست عامة في كل العقود وتتجلى في مضمون القانون، فمثلا إذا كان أحد القوانين المتصلة بالعلاقة يقضي بصحة العقد خلافا للقوانين الأخرى، فإنه من الأولى إعمال القانون الذي يقرّ بصحة العقد، حيث حكم القضاء الفرنسي، بأنّه إذا اتصل العقد بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون أحدهما يقضي ببطلانه خلافاً لقانون الدولة الأخرى، فإنّه الأقرب إلى طبيعة الأمور هو تطبيق قانون هذه الأخيرة.

---

[803]- هناك من الفقه من رفض فكرة الإرادة الضمنية، مفضلا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد أن يتصدى القاضي مباشرة للعقد تمهيدا لإسناده للقانون الأوثق صلة به، إسوة بمنهج القضاء الفرنسي الحديث الذي ذهب إلى اعتناق نظرية باتيفول ، وحجة هذا الاتجاه أنّ تركيز العقد يحقق أمانا أكثر للمتعاقدين.

- **ياقوت محمد محمود**، الروابط العقدية الدولية بين النظريتين الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص78.

[804]-**CHABET Cyril**,« Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite »,*Communication Commerce Electronique*, N° 12 décembre, 2005 p. 31.

أمّا **المؤشرات العامة**، فتعني أنّها تتصل بكل العقود، فيتم استخلاصها من نصوص العقد، ومن الحالات التي تعبر عن الاختيار الضمني، وكمـــؤشر يخرج عن العقد، أن يدج فيه شرط يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة، على ألاّ يتعارض ذلك مع نصوص أخرى في العقد، يمكن استخلاص تلك الإرادة كذلك، من خلال اللغة التي حرّر به العقد، أو عملة الوفاء[805].

يدخل فيها مكان أبرام العقد، الذي استندت إليه غالبية القوانين والقرارات القضائية، لما يحققه من آثار عملية، وأيضا مكان التنفيذ الذي هو العنصر المادي الذي تتركز فيه مختلف المصالح، ومع ذلك فهو مؤشر يتعذر تطبيقه عندما تتعدد أماكن التنفيذ، فقد حكم القضاء المختلط في مصر، بأن اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة قد يستنبط منه رغبتهما في إخضاع العقد لقانون هذه الدولة[806].

أمّا **المؤشرات المكملة**، فترتبط بالأشخاص المتعاقدة وجنسيتهم ومحل إقامتهم وغيرها.

من أحكام القضاء العربي في استخلاص الإرادة الضمنية، حكم أصدرته محكمة الرباط لسنة 1920 جاء فيه: " **لو كان العقد يتصل بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون إحداهما يتضمن أحكام لتنظيم هذا النوع من العقود خلافاً لقانون الدولة الأخرى والذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام فقد يبدو من المنطق تطبيق قانون الدولة الأولى بوصفه قانون الإرادة**"[807].

---

[805]- لقد رأى بعض الفقه أنه يخرج من نطاق مظاهر الإرادة الضمنية الأحوال المذكورة، لغة العقد، مكان ابرامه جنسية المتعاقدين، حيث يرى هذا الفقه أنّ مثل هذه العناصر لا تحمل في ذاتها اليقين اللازم لتحديد قانون العقد ، وإن كان يمكن أن تدخل في تقدير ظروف التعاقد، وهي في كل الأحوال مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع وتمارس عليه المحكمة العليا رقابة التأكد من صحة الاستخلاص.

- أنظر: طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 52.

[806]- المرجع نفسه، ص295.

[807]- حكم محكمة الرباط في 1920/4/13، أشار إليه **هشام علي صادق**، المرجع السابق، ص 655.

يتجلى الأخذ بالإرادة الضمنية في القوانين الوطنية فيما عبّرت عليه المادة 19 من القانون المدني المصري: " **يسري على الالتزامات التعاقدية... ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف قانونا آخرهو يراد تطبيقه**"[808].

كما نصت المادة 2/121 من القانون الروسي الصادر عام 2001 على أنّ **اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحا، أو يمكن استخلاصه بشكل واضح من نصوص العقد أو مجموع ظروف الموضوع**، ونفس الفكرة أخذ بها القانون الكندي لإقليم الكيبك في المادة 1/311 على أن: " **التصرف القانون سواء انطوى على عنصر أجنبي أم لا يكون محكوم بالقانون المحدد في العقد بوضوح أو بواسطة القانون الذي يمكن استنتاجه بشكل مؤكد من أحكام هذا العقد**"[809].

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يبين موقفه بصفة صريحة من الإرادة الضمنية، لأنّ الظاهر من نص المادة 18 من القانون المدني يوحي أنّه أخذ بالإسناد الصريح دون الضمني، ولم يتحدد موقفه حتى بعد تعديل 2005، وقد يفسر هذا التجاهل في رغبة المشرع في تطبيق الضوابط الاحتياطية الواردة في نفس المادة.

هناك من يرى أنّ المشرع أخذ بالإرادتين معا[810] باعتبار أنّ هذا ما يتماشى مع طبيعة الإسناد في عقود التجارة الدولية، وهو ما يشكل الإسناد الأصـــلي لقانون المختص، ومن جهة أخرى نجد أنّ القواعد العامة في القانون الجزائري تـــأخذ بالإرادتين، وهو ما يظهر جليا في نص المادة 06 من القانون المدني الجزائري.

---

[808]- القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:http://www.f-law.net

[809]- نقلا عن: **المنزلاوى صالح**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص 286-287.

[810]- **بلمهوب عبد الناصر**، " دراسة تحليلية لنص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري "، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في الجزائر واقع متطور، يومي 21-22 أفريل 2010، جامعة قاصـدي مرباح، ورقلة، ص 55.

ب- دور العمل التحكيمي في تحديد الإرادة الضمنية

يتعامل المحكم الدولي مع القضايا المطروحة عليه بنفس تعامل القاضي من حيث تطبيقه للقانون المختار صراحة أو ضمنا، ومن حيث اجتهاده في إيجاد القانون الواجب التطبيق عند عدم الاختيار، مع الإمكانية التي يتمتع بها المحكم فيما يخص تطبيقه لقواعد التجارة الدولية، وهو ما قضت به المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على أنّ: " ***تفصل محكمة التحكيم ... وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة***".

في مجال التحكيم دائما، نشير إلى الحكم الصادر في قضية شركة الألومنيوم اليوغسلافية لسنة1976[811]، ويتعلق النزاع بمشكلات ثارت بصدد تنفيذ عقود بيع بين شركة ألومنيوم يوغسلافية ومشترٍ أمريكي عينت لحلها هيئة ثلاثية في إطار نظام غرفة التجارة الدولية جعلت مقر التحكيم في باريس، وعند اضطلاع هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبين لها عدم اتفاق الطرفين على هذا القانون مما يلقي عبء ذلك على عاتق هيئة التحكيم.

لقد حاولت الهيئة البحث عما يمكن أن يشير إلى قصد الطرفين للوصول إلى إرادتهما الضمنية، بدراسة ظروف العلاقة لاستخلاص ما يرجح تفضيل قانون على آخر، وانتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الدولة التي بها مقر محـــكمة الغرفة، استنادًا إلى إرادة الأطراف عند اختيارهم اللجوء لهذه المحكمة، وهو ما يستفاد ضمنيا أنّهم ارتضوا الخضوع لقانون الدولة التي بها مقر الغرفة.

[811]-حكم تحكيم غرفة التجارة الدولية، قضية رقم 2753 سنة 1976.

- *Clunet*, 1977, N° 2, p.947 et s.

- أنظر: **إبراهيم أحمد إبراهيم**، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 100 و103.

وقد قضت إحدى هيئات التحكيم المُشكّلة في إطار غرفة التجارة الدولية أن تطبيق القانون الذي تدل عليه قواعد تنازع القوانين يقتضي اختيار القانون الذي يرتبط به العقد أكثر من غيره برابطه قوية[812].

إذا كان العقد يتصل بدولتين أو أكثر في نفس الوقت " قانون مكان الإبرام وقانون محل التنفيذ مثلاً"، وكان قانون أحدهما يتضمن أحكاماً لتنظيم ذلك النوع من العقود خلافاً لقانون الدولة الأخرى، الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام، فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها أحكاماً لمثل تلك العقود بوصفه قانون الإرادة.

ج- دور الاتفاقيات الدّولية في تحديد الإرادة الضمنية

أخذت العديد من الاتفاقيات الدولية بفكرة التحديد الضمني للقانون واجب التطبيق، وهو ما عبرت عنه اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات في المادة الثانية منها، أين قيدت سلطة القاضي في استخلاص قانون الإرادة الضمنية، ويكون ذلك بالاعتماد على نصوص العقد التي تكشف على نحو مؤكد اختيار قانون معين[813].

كما لو اختار الأطراف التعاقد وفقا لعقد نموذجي الذي أعدته هيئة مهنية لدولة معينة، فيمكن أن يفسر على أنه اتجاه نية المتعاقدين للاختيار الضمني لقانون تلك الدولة[814].

يظهر تقيد القاضي في الاتفاقية، على أساس أنّه يجب أن يعتمد على نصوص العقد دون أن يشمل على ظروف العقد وملابساته، كالمفاوضات وغيرها، ولعل هذا ما جعل واضعي اتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على عقود الوساطة

---

[812]-حكم غرفة التجارة الدولية في القضية المرقمة 3316 في 10/23 /1979، قرار منشور في مجموعة أحكام التحكيم، ص88.

[813]- تنص المادة 2/2 من الاتفاقية على أنّه:

-« Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou **résulté indubitablement des dispositions du contrat** ».

[814] - **AUDIT Bernard,** « vente », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, PARIS, 2003, p.6.

والتمثيل إلى تبني توجه أخر أكثر مرونة، بحيث يوسع من سلطات القاضي في تحديد الإرادة الضمنية، ويظهر هذا جليا من نص المادة الخامسة منها[815].

كما قيدت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980 سلطة القاضي في استخلاص قانون الإرادة الضمنية في المادة 1/3 بنصها: " ... **أو مستمدة بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"**[816].

توجهت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها، إلى أن عقود القانون الخاص التي تكون الدّولة طرفاً فيها لا تخضع بالضّرورة لقانون تلك الدّولة، في حين قررت محكمة العدل الدولية خلاف ذلك، إذ ذهبت إلى أن هناك قرينة بسيطة في مثل هذه الحالة، على اختيار قانون تلك الدولة وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

ويبدو ذلك واضحاً في اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى فقد نصت المادة 42 منها على أنه:" **في غياب اتفاق الأطراف يطبق قانون الدولة المتعاقدة أي المضيفة للاستثمارات"**[817].

بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني، هناك فكرة ثالثة فرضت وجودها، هي فكرة قواعد الاسناد الاحتياطية، والتي يتم تحريكها عند غياب الإرادة الصريحة وتعذر الوصول إلى الإرادة الضمنية، وهي حلول وضعها المشرع في أغلب الدّول لحل مشاكل وصعوبات تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، وهو ما سنعالجه في عناوين لاحقة.

---

[815] - تنص المادة 2/5 من الاتفاقية على أنّه:

-« Le choix de cette loi doit être exprès ou résulte avec une certitude raisonnable des disposition du contrat et des circonstances de la cause ».

[816] - « Le choix expresse ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ... »

[817] - اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى 1965، صادق عليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، مرجع سابق.

الفرع الثّاني

تطور عملية الإسناد عند غياب قانون الإرادة

إذا لم يقم الأطراف باختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا، فإنّ هذا لا يمكن أن يكون مدعاة للامتناع عن الفصل في النّزاع من طرف القاضي، وإلاّ ارتكب جريمة انكار العدالة وإنما عليه أن يجتهد للوصول إلى تحديد هذا القانون.

وحينها، فلابدّ عليه من اللّجوء إلى ضوابط الاسناد الإحتياطية في قانونه لمعرفة القانون الواجب التطبيق، ويميز جانب من الفقه، بين اتجاهين يتصدى كل منهما لتحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة مختلفة، بين الإسناد التقليدي الجامد الذي يستند إلى ضوابط معلومة مسبقا (**أوّلا**) والإسناد الحديث المرن الذي يولي اعتبارا للطبيعة الذاتية للعقد (**ثانيا**).

أوّلا- الإسناد التقليدي الجامد للرّابطة العقدية

يتولّى المشرّع، بمقتضى عملية الإسناد الجامد، تحديد ضوابط إسناد تلزم القاضي بتطبيق قانون محدد على العقد متى سكتت الإرادة عن هذا التّحديد، ويتميز هذا الاتجاه بأنّه يصون توقعات الأطراف ويجنبهم ما قد يثيره سكوت العقد عن تحديد القانون من مشاكل، وممّا يمارسه القاضي من سلطة تقديرية في هذا التّحديد قد تطيح بهذه التوقعات.

هكذا، فإنّ الخاصية التّي تميّز هذا الاتجاه تحدَّد **بالعلم المسبق** للقانون الذي يحكم العقد في حالة غياب اختياره من المتعاقدين، وبهذا يتحقق لهم الأمان، من ناحية، ويكفل للتجارة الدّولية الاستقرار من ناحية أخرى.

ما يؤخذ عن هذا النّوع من الإسناد، أنّه لا يأخذ في الحسبان الظّروف الخاصة بكل أنواع العقود، خلافا لما سنراه في إطار الإسناد المرن، أين يمنح القاضي صلاحية تحديد القانون في ضوء ظروف الحالة المعروضة، ثم يختار القاضي القانون الأكثر صلة بها.

لقد تضمنت العديد من التشريعات والاتفاقيات الدّولية عدة قرائن تشريعية تساعد الجهة التي تنظر في المنازعة على إيجاد حلّ لها، حيث نجد قاعدة الإسناد المتعلقة بالعلاقات الدّولية تمتاز بالتعدد والتوسع.

تختلف القوانين الوطنية في تحديد العنصر الأهم من بين عناصر الإسناد والذي يعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة.

1-الإسناد التقليدي الجامد وفق التّشريعات الداخلية للدّول

تقضي قواعد التنازع في بعض الدّول إلى إسناد العقد إلى قانون الدّولة التي يجرى التنفيذ فيها، ومنها القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982[818]، إذ تنص المادة 24 منه على أنه: "***تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره الأطـــراف صراحة، وعندما لا يقوم الأطراف بالاختيار الصريح، فإنّ الالتزام التعاقدي يكون محكوما بقانون محل التنفيذ، وفي حالة وجود أكثر من محل تنفيذ، فيكون بقانون الأداء المميز أو الراجح، وفي حالة استحالة تحديد محل التنفيذ ، فيكون بقانون المكان الذي يكون على صلة وثيقة بالعقد***".

لقد اعتبر القانون المدني المصري في المادة 19 أنّه عند غياب الإرادة الصـــريحة أو الضمنية، فإنّه يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا في الموطن، وإذا اختلفا سرى قانون الدّولة التي تم فيها العقد[819]، وبهتين القرينتين حسم المشرع المصري مشكلة غياب الإرادة الصريحة والضمنية، فما هو موقف المشرع الجزائري؟

[818] - أشار إليه: **عبد الكريم احمد سلامة**، العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 440.

[819] - القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:

http://www.f-law.net

الملاحظ، بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أنّه أشار فقط إلى الإرادة الصريحة، دون الإرادة الضمنية، فتعديل المشرع لهذه المادة يوحي بأنّه قد أتى بضوابط إسناد احتياطية تطبقها المحكمة عند غياب الإرادة الصريحة[820].

ذكرنا سالفا أنّ القاضي له سلطة التحقق من أنّ القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم علاقاتهم التعاقدية له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وإن غابت هذه الصلة الحقيقة، فإنّه يستبعد قانون الإرادة. وعليه نتساءل ما هو القانون الذي سيطبقه في هذه الحالة؟

تجيب المادة 18/ 1و2 من التقنين المدني الجزائري على هذا الأمر بنصها على:"... ***وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.***

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد"[821].

يتضح من خلال هذا النّص أنّه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون واجـــب التطبيق، أو أنّ القاضي استبعد قانون الإرادة بسبب غياب الصلة الحقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو مع العقد، يطبق القاضي قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أو قانون مكان إبرام العقد.

تضمن النّص عدة قرائن، وهذا التعدد من شأنه تسهيل مهمة القاضي وحتى المحكم الدولي، وعلى دراجات يجب مراعاتها حسب الترتيب الوارد في النص.

- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

لقد خول المشرع الجزائري **قانون الموطن المشترك** للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب قبل قانون الجنسية المشتركة وقانون محل ابرا م العقد، والأصل أنّ تحديد الموطن

[820] - **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار" التجربة الجزائرية نموذجا" ، مرجع سابق، ص ص 297.

[821] - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنّه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركز أعماله.

يدافع أنصار هذا الإسناد بقولهم أن قانون الموطن المشترك القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، حيث اعتادوا أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عن إعماله.

انتقد بعض الفقه[822]، هذا التوجه في الإسناد، انطلاقا من فكرة أنّ عقود التجارة الدولية يفترض فيها في الغالب اختلاف موطن المتعاقدين، لأنّ مثل هذا الاختلاف هو الذي يحقق دولية العقد ويعتبر شرطا لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا ما سيؤدي بالقاضي إلى تطبيق ضوابط الإسناد الأخرى.

-قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

اختلفت معظم التّشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين[823]، كما اختلف القضاء بشأن هذا الضابط، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفترضة بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلا على الإرادة الضمنية مركز الأعمال المشترك[824].

غير أنّ هذا الإسناد منتقد بدوره، حيث من الصعوبة بما كان التعويل عليه في مجال عقود التجارة الدّولية، إذ يرى الفقه أنّ الجنسية لا تعد عنصرا مؤثرا في هذا النوع من العقود[825].

---

[822]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 787 وما بعدها

[823]- فالقانون المدني الإيطالي منح قانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب، وفضلها على قانون دولة محل ابرام العقد ، كما فعل المشرع الجزائري، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون الإسباني، فجعله قبل قانون الموطن المشترك وقانون محل ابرام العقد.

- نقلا عن: **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 332.

[824]- المرجع نفسه، ص 333.

[825]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 75.

-قانون محل أبرام العقد

أخذت العديد من تشريعات الدّول بهذا الضابط لتعيين قانون العقد في حالة عدم اختياره من الأطراف، وقد قيل عن الإسناد بموجب هذا الضّابط أنه إسناد يعبر عن صلة حقيقية وجادة بين العقد والقانون، ويكفل ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، غير أن هذا الضابط لم يسلم من النقد، من زاوية أنّ إبرام العقد يكون بناء على ظروف عارضة، تؤدي إلى الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف[826]، وهو ما أكده " Savigny" من حيث أنّ مكان ابرام العقد ليس له علاقة بموضوع العقد[827].

لكن إذا كان الحلّ الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني، منطقي في حالة غياب قانون الإرادة، إذ نص المشرع على هذه الضوابط الاحتياطية لتحديد القانون واجب التطبيق، عند غياب قانون الإرادة، فإنّه من غير المنطق في حالة استبعاد القاضي القانون المختار من قبل المتعاقدين لغياب الصلة الحقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو مع العقد.

أمّا التشريع الفرنسي، فنجده يخلو من نص مماثل للنصوص السّابقة، إذ أنّ تنازع القوانين في العقود الدولية غير منظم بقانون داخلي[828]، حيث يستخدم القضاء الفرنسي

---

[826]- يرى بعض الفقه أنّ لجوء القاضي إلى قانون بلد الإبرام، وإن كان معيارا ملائما لإسناد العقد من حيث الشكل، إلاّ أنه لا يتفق مع الاسناد الصحيح للجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية، فهذا الإسناد لا يتماشى من هذه الزاوية مع واقع التعامل في الأسواق الدولية وبشأن القانون المصري يرى صاحب هذا الاتجاه أنه لا يتماشى مع التطور الحاصل في التجارة الدولية، ولهذا يشير أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة اعتناق القضاء المصري نظرية الأداء المميز، استنادا لنص المادة 24 من القانون المدني المصري التي تنص:" تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:

http://www.f-law.net

-راجع في موضوع المادة: طلعت حلمي حسنين، دور الإرادة في العقود الدولية(دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.ن، ص ص 58-59.

[827] **-KOBER Gabriel**, La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises, thèse pour le diplôme d'études doctorales ,Université de droit d'économie et des sciences sociales de, Paris,(paris II), 1990, pp.85-86.

[828]- **AUDIT Bernard**, *Droit international privé*, 2éme éd, Paris, Economica,1997,p 627.

أحيانا المادة 1/1134 من القانون المدني الفرنسي والتي تجسّد " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، حيث تنص على أنّ العقود التي تتم قانونا تكون شريعة لمن تعاقد تمكن الأطراف من اخضاع تصرفهم للقانون الذي يستجيب لمصالحهم وذلك في حالة تنازع القوانين[829].

لكن حتى ولو لم تعتمد فرنسا على تلك القاعدة التنازعية في العلاقات التعاقدية الدّولية في نص داخلي، فإنّ مصادقتها على الأقل على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيوع ذات الطبيعة الدّولية للمنقولات المادية المعروفة باتفاقية لاهاي لسنة 1955، ودخولها حيز التنفيذ فيها ابتداء من تاريخ 01/04/1991[830]، فإنّ فرنسا تكون بذلك قد ملكت قاعدة إسناد خاصة بموجب المادة 1/2 منها التي نصت على أنّ: " **البيع يخضع لقانون البـــــلد الذي عينه المتعاقدون**"[831]، وهو ما يجعلنا نناقش الفكرة في ضوء الاتفاقات الدولية.

2- الإسناد التقليدي الجامد وفق الاتفاقيات الدّولية

اتخذت اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للمنقولات المادية، مجموعة من القرائن يؤخذ بها عند عدم اختيار الأطراف القانون صراحة، إذ قرّرت المادة 1/3:"***أنّ البيع يخضع – عند غياب الاختيار- إلى قانون الدولة التي يكون فيها للبائع محل إقامة وقت تلقيه الطلب*** " وهو ما يسمى بمكان طلب الشراء.

---

[829]- « Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi a ceux qui les ont faites ».

[830]- قبل سريان هذه المعاهدة كانت العقود الدولية تخضع لمختلف الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض، حيث كان مثلا عقد القرض الدولي يخضع في بداية الأمر لقانون مكان الإبرام ، ثم لقانون مكان تنفيذ العقد، ثم لقانون المكان الذي سيتم فيه تعويض الدين، وفي الأخير أصبح يخضع لقانون الإرادة بعد سريان اتفاقية روما في فرنسا.

JACQUET Jean- Michel, « Prêt », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, PARIS, 2003, -p.2.

[831]- **HUGUES Kenfack**, *Droit du commerce international*, 3eme Ed, Dalloz, PARIS, 2009, pp. 18-19.

لكن الاتفاقية أوردت استثناء على تطبيق قانون البائع، في الحالة التي يتلقى فيها المشتري طلب البيع في بلده، سواء تم ذلك من البائع، أو ممن يمثله، إذ يسري في هذه الحالة قانون مقر إقامة المشتري، وهذا القانون، هو القانون الموضوعي وليس التنازعي على اعتبار أن الاتفاقية لم تأخذ بفكرة الإحالة.

جاء في نفس المادة 2/3 بأنّ القانون الذي حركته إحدى القرائن أعلاه، يحكم العقد بكليته منذ انعقاده إلى تمام تنفيذه، إلاّ ما تم استبعاده بنص قانوني، مثل ما ذهبت إليه المادة 04 من تلك الاتفاقية، حيث أخرجت مسألة فحص البضاعة من قانون العقد وأخضعته للقانون الداخلي للدولة التي يجرى فيها فحص البضاعة على إقليمها أمّا آثار هذا الفحص على حقوق والتزامات الطرفين ستظل خاضعة لقانون العقد[832].

نجد اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في المادة 8 منها كذلك نصت على أنه: " ***عند غياب الاختيار للقانون الواجب التطبيق فإنه يطبق قانون الدولة التي يتوفر فيها البائع على مؤسسته أثناء إبرام العقد***".

3- دور العمل التحكيمي في ظلّ غياب قانون الإرادة

إذا انعدمت الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار القانون واجب التطبيق على العقد المبرم، وتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية، يكون للمحكم الأخذ بالأعراف التجارية، وهو ما تبنته اتفاقية جنيف لسنة 1961 في المادة 07 منها، حيث انفردت هذه الاتفاقية بدعوتها إلى تطبيق الأعراف التجارية الدّولية إلى جانب القانون المطبق سواء الذي توصل إليه المحكمون أو الذي اختاره الأطراف، بحيث تأتي هذه الأعراف متممة للقانون

[832]- ثروت حبيب، دراسة فى قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية (اتفاقية فيينا البيوع 1980)، ط2 ،1995، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ، بند 109، ص 241 .

المطبق[833]، ونفس الأمر أكدت عليه المادة 33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأنسترال.

لمّا نتحدث عن الإرادة فإنّه في مجال التجارة الدّولية، وفي إطار القواعد الموضوعية، صار لقانون الإرادة دور أكبر ومجال لتحديد القانون الواجب التطبيق وللمحكم والقاضي حرية استنباط هذه الإرادة من مجموعة من القرائن.

يؤدّي التوسّع في إعمال مبدأ سلطان الإرادة لا سيما الإرادة الضمنية إلى استبعاد آلية منهج قواعد الإسناد، فيمكن فض منازعات التجارة الدّولية بتفسير بسيط للعقد، وذلك استنادا إلى الإرادة الضمنية للأطراف، في تطبيق القانون التجاري الدولي، وذلك خاصة لمّا يعرض النّزاع أمام قضاء التحكيم، لأنّ أساس الاختيار في قاعدة موضوعية خاصة بالتحكيم الدّولي، وليس في قاعدة وطنية تخضع بصورة تقليدية كل عقد إلى قانون دولة.

في ظل غياب الإرادة الصريحة للأطراف، فإنّه يمكن استخلاص تطبيق القواعد الموضوعية، ففي نظر البعض وجود شرط التحكيم، سواء كان تحكيما قانونيا، أو تحكيما بالصلح، بصرف النظر عمّا إذا كنّا في الحالتين أمام تحكيم مؤسسي أو لا، على أساس أنّ اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات يفيد الرضا الضمني بالخضوع للقانون التجاري الدّولي[834].

---

[833] - الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدّولي (جنيف 1961).

www.ohadac.com/.../convention-europeenne-sur-l-arbitrage-commercial-international.

[834] - **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص ص 420-421. راجع الفكرة في الصفحات السابقة من هذه الدراسة، تحت عنوان التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أمام التحكيم التجاري الدّولي.

ثانيا- الإسناد الحديث المرن للرابطة العقدية

يلجأ إلى هذا النّوع من الإسناد عند عدم اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على العقد، ولم يحدد فيه المشرع ضوابط إسناد جامدة، فيعمد القضاء إلى استخلاص القانون واجب التطبيق عن طريق استخلاص طبيعته الذاتية، إذ ينحصر دور القاضي في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في اطار نظام قانوني معين يرتبط به العقد في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته، فإذا ما تم هذا التركيز، قام القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية، ويعبر على هذا النحو عن أوثق الصلات بها[835].

يرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني" Savigny"، ثم تطورت بعد ذلك على يد الفقيه الفرنسي" **باتيفول**" الذي يرى أنّ العقد كتصرف قانوني في حدّ ذاته هو حدث غير مادي، فلا يشغل حيّزا مكانيا يصعب معه على هذا النحو التركيز المكاني للرّابطة العقدية، إلاّ أنّه يحيط بالعقد أحداث مادية خارجية يمكن تركيزها مكانيا، ولهذا فإنّ تركيز العقد يعني اختيار مقره استنادا لما يحيط به من أحداث خارجية، ثم اختيار أحد هذه الأحداث وترجيحها على باقي الأحداث الأخرى واعتبار أن محل وقوع هذا الحدث هو مقر العقد[836].

مازال الفقه والقضاء، يشترط أن يكون القانون المختار على صلة بالعقد، لأنّ إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون محايد يتيح لهم التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين

[835]- **ياقوت محمد محمود**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 137.

[836]- **ياقوت محمد محمود**، الروابط العقدية الد لية بين النظرية الشخـــــــصية والموضـــــــــوعية، مرجع سابق، ص140.

-أنظر كذلك: **عنايت عبد الحميد ثابت**، "أساليب فض " تنازع القوانين" ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن- تحليل وتأصيل-"، **مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية**، العدد الخامس والستون 1995، ص9 وما بعدها.

المرتبطة بالعـــقد، وهذا ما كان يأخذ به القضاء الفرنسي قبل سريان اتفاقية روما سنة 1991.

يبدو أنّ البعض قد اكتفوا بوجود مصلحة مشروعة في اختيار قانون العقد، ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالرابطة، رغم ما يتضمنه هذا الرأي من مخالفة لوظيفة قاعدة التنازع، والتي تستهدف أصلا اختيار أحد القوانين المتصلة بالعقد، وتتزاحم لحكمه، وهو الأمر الذي يقتضي تواجد صلة جادة بين القانون المختار والعقد.

في حين يذهب، الفقيه الفرنسي " Batiffol" كما أسلفنا إلى ضرورة توفر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد[837]، وإن كان هذا الاختيار لا ينصب على القانون الأوثق صلة بالعقد، وذلك بعد أن وجد هذا الفقيه أنّ نظرية "التركيز الموضوعي" تعرضت للنقد الشديد لإهمالها إرادة المتعاقدين الصريحة إذا ما خالفت مركز الثقل في الرابطة العقدي، فتراجع عنها تحت وطأة تلك الانتقادات، وأجاز للمتعاقدين اختيار القانون الذي يكون على صلة معقولة بالعقد، أمّا إذا سكتت الإرادة فيحق للقاضي تركيز الرابطة العقدية في القانون الأوثق صلة بها.[838]

أمّا عن القضاء[839]، فقد اتخذ مواقف متباينة في هذا الصدد وفي التعبير عن هذه الصلة بعبارات مختلفة، فنجد القضاء الإنجليزي يشترط في هذه الصلة أن تكون

---

[837]- **ياقوت محمد محمود**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 120.

[838]- كان " باتيفول" يرفض الاعتراف بأيّ دور للإرادة في اختيار قانون العقد، ويرى أنّ الإرادة ما هي إلاّ ضابط للإسناد في قاعدة تنازع القوانين في دولة القاضي، ويقتصر دور هذا الضابط على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في اطار نظام قانوني معين في ضوء مقتضيات التعاقد وملابساته.

- أنظر: **ياقوت محمد محمود**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجـــــــع سابق، ص121-137.

[839]-الجدير بالذكر،أن القضاء الفرنسي لم يبين فكرة تركيز العقد وإعمالها بل تجاوز ذلك إلى تبان دور القاضي في استخلاص القانون واجب التطبيق من خلال عملية التركيز، ومن ضمن أحكام القضاء الصادرة في هذا الصدد، نجد ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1959/07/06، الذي تم الإقرار فيه " إذا لم تقم الأطراف المتعاقدة باختيار القانون المطبق على العقد صراحة، فعلى القاضي الذي ينظر في النّزاع أن يتولى البحث على هذا القانون مستندا في ذلك إلى ظروف التعاقد وملابساته.=

حقيقية[840] وهو الاتجاه ذاته في ألمانيا، في حين تذهب المحاكم الأمريكية إلى اقتضاء أن يكون قانون العقد على صلة طبيعية بالعقد.

نجد أنّ أشد هذه الاتجاهات قد تبنتها المحكمة الفدرالية السويسرية التي لم تكتف بوجود مصلحة معقولة من وراء الاختيار، بل أوجبت أيضا أن يكون هناك رابطة اقليمية بذلك القانون[841].

لتحقق فكرة التركيز الموضوعي للعقد يمكن اعتماد ثلاث وسائل منها اعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية بإخضاعها للقانون محل الإبرام، أو إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون واجب التطبيق معتمدا في ذلك على ظروف وملابسات العقد لربطه بنظام قانوني معين، وهو ما يعرف عند فقهاء الأنجلوسكسون " **بمنهج القانون الخاص بالعقد**"، كما يمكن اعتـــــــماد منهج وسط، باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية.

الملاحظ، أنّ الإسناد المرن يتفق مع ما تسير عليه المحاكم في البلاد الأنجلوسكسونية كذلك، وذلك في تحديد القانون الملائم، بالتحقق ليس فقط من نية الطرفين، وإنما بما يحمله الشخص المعقول من اهتمام لحل المشكلة، وإلى مجمل المسائل التي يأخذها في الحسبان وبصفة أساسية محل التعاقد، التنفيذ وغيرها، كما يعتمد أيضا على أسس الإقناع وأن يكون القانون الملائم الذي يضفي على العقد **الفعالية العملية**، فيكون هذا القانون الأوثق ارتباطا والأكثر جدية بالتعامل المعني.

=راجع: **شويرب خالد**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحـــقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق بن عكنون، 2009، ص 170.

- وقد قضت كذلك محكمة النقض الفرنسية في إحدى أحكامها الصادرة في 29 جوان 1971 بما يلي:

-« Les juges du fond apprécient souverainement les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat d'où ils déduisent la loi qui est applicable ».Voir :

- **DERRUPPE Jean**, *Droit international privé*, Dalloz, PARIS, 1990, p. 104.

[840]-لم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة في المادة 18 /1 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد**".

[841]-**ياقوت محمد محمود**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 121.

نظّمت أهم الاتفاقيات الدّولية في مجال الإلتزامات العقدية حالة انعدام الإرادة الصريحة للقانون الذي يفترض تطبيقه على أساس نظرية التركيز الموضوعي للرّابطة العقدية، ومن بينها نجد اتفاقية روما للقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980، إذ تنص المادة 1/4 منها على أنّ: " ***إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد لم يتم اختياره وفقاً للمادة (3) فإن العقد سيكون محكوماً بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد الارتباط الأوثق.ومع ذلك إذا كان جزء من العقد الذي يمكن فصله عن بقية الأجزاء أوثق اتصالاً ببلد آخر فيطبق قانون هذا البلد على هذا الجزء"***[842].

لقد فسّر الفقه توجه الاتفاقية بأنّه توجه موضوعي، وذلك بجعل القاضي يعتمد على العامل الأكثرارتباطا بالعقد، ويبحث عن مركز القوة في العملية التـــــــعاقدية[843]، فالفقه المناصر لهذه الاتفاقية يؤكد أنّها تجمع بين الإسناد الجامد والمرن للرّابطة العقدية، خلافا لاتفاقية لاهاي لسنة 1955 التي وضعت في المادة 2/4 ما يحدّد الأداء المميز مع مراعاة الفقرة 5 من نفس المادة، فيفترض أنّ العقد يكون أوثق ارتباطا بالبلد الذي يقيم فيه الطرف الذي يقوم بالأداء المميز[844].

يختلف الأداء المميز من عقد لآخر، فقد يكون الالتزام بالدّفع أو الأداء الذي يتمّ من أجله الدفع، وفي عقد البيع قد يكون التزام البائع بالتسليم، لأنّ التزام المشتري التزام محايد، والتزام المؤمن بتغطية المخاطر المؤمن ضدها، يعدّ الالتزام الرّئيسي في عقد التأمين،

---

[842]-« 1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits… ».

-اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما 19 جوان 1980.

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29

[843]-**LOUSSOUARN Yvon & BOUREL Pierre**, *Droit international privé*, 7éme Ed, Dalloz, 2001, p396.

[844] - La prestation caractéristique est : « celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre ».

راجع:

MAYER Pierre, HEUZE Vincent, *Droit international privé*, 7eme Ed, Montchrestien, Paris, 2001, p. 490.

وبالتّالي يخضع هذا العقد لقانون محل إقامة المؤمن بوصفه المدين بهذا الأداء، وفي عقد النقل هو التزام النـــــــاقل، وغيرها[845].

الملاحظ، أنّ تحديد الأداء المميز في كل طائفة من طوائف العقود حسب طبيعتها الذاتية على هذا النحو وإسناد كل عقد إلى قانون بلد المدين بهذا الأداء بغض النظر عن محل التنفيذ الفعلي له، وبالتّالي يحسب لنظرية الأداء المميز أنها أقامت الإسناد على أساس وظيفي مستمد من غاية قاعدة التنازع، التي تقوم على إسناد الرّابطة للنّظام القانوني الذي يتحقق في إطاره الأداء المميز في العقد بدلا من الأساس الإقليمي الذي أقام عليه" Savigny" نظريته بشأن التركيز المكاني للروابط العقدية في القرن 19 م التي نقلها عنه " Batiffol".

يرد على فكرة تطبيق قانون الأداء المميز بعض الاستثناءات التي تقيد من إطلاقها وذلك في حالات التي لا يتمكن فيها القاضي من تحديد الأداء المميز، أو أنه تمكن من ذلك ولكن تبين من ظروف التعاقد وملابساته وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية، ففي هذه الحالة لا تعمل فكرة الأداء المميز[846].

يمكن تبرير هذا الخروج الاستثنائي عن إعمال فكرة الأداء المميز، من حيث أنّ هناك حالات يصعب فيها تحديد الاداء المميز، عندما تتساوى مثلا التزامات الطرفين مما يصعب تركيز الأداء المميز الذي يختلف من عقد إلى آخـــــــر بحسب الأداء الاساسي فيه، وهو ما وضحته المادة 1/4من اتفاقية روما 2008[847].

---

[845]- صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 194-195.

[846]- حيث تنص المادة 4/4 من اتفاقية روما 1 لسنة 2008 على:

« Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

[847]- حيث تنص المادة 1/4 من اتفاقية روما 1 لسنة 2008 على:

« 1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit:

a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle;=

تعد فكرة الأداء المميز في العقد أكثر مرونة من فكرة الاسناد الجامد التي لا يراعي فيها المشرع طبيعة العقود والتي تتلائم مع توقعات الأطراف والتي تستجيب لمقتضيات العدالة كونها تبين أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع، باعتبار أنّ هذا الأداء المميز يستخلص من العناصر الموضوعية للطبيعة الذاتية للعقد التي تكمن القاضي من اسناد الرابطة العقدية.

هكذا، نلاحظ أنّ كل التّشريعات التي تطرقنا إليها حاولت تدارك إغفال المتعاقدين اختيار القانون واجب التطبيق، وذلك بتنظيمها صراحة لكل الإمكانيات التي تناسب موضوع العقد، إما القانون الذي تعينه قواعد الإسناد، أو القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النّزاع، أو تطبيق قواعد أعراف التجارة الدّولية، وهذا التعدد هو الذي يظهر المهمة الاجتهادية للمحكم في إيجاد القانون واجب التطبيق.

= b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle;
c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble;
d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays;
e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle;
f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle;
g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé;
h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi ... ».- http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/cooperation_judiciaire/obligations_romeI.pdf

المطلب الثّاني

تحديد مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدّولية

رغّم استقرار قاعدة قانون الإرادة وما ينتج عنها من حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم في كلِّ النّظم القانونية المقارنة، والاتفاقيات الدّولية والأنظمة القضائية، إلاّ أنّ تطبيق هذه القاعدة مازال محلّ اختلاف، لذا سنحاول تحديد دور القواعد الموضوعية في التأسيس لتطوير النّظرية التقليدية لتنازع القوانين.

يعكس استقرار قاعدة قانون الإرادة التأثر بالمذاهب الليبيرالية التي رسخت الحرّية التعاقدية، في حين يكشف الاختلاف في تطبيق هذه القاعدة عن تطور الأفكار والمضامين الاجتماعية والاقتصادية التي تؤثّرعلى الفاعلية القانونية لتـــــــلك القاعدة، لذلك سنحاول الكشف على مضمون قانون الإرادة وبالتّالي تغيير المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد (**الفرع الأول**)، ثم نحاول تبيان التوجه التّشريعي في تغيير المفهوم التقليدي لقاعدة قانون الإرادة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

التوّجه الفقهي في تحديد مضمون قانون الإرادة

لقد أدّت التّطورات التي حدثت في السنوات الأخيرة في مجال المعاملات الاقتصادية الدّولية إلى حدوث تطور ملحوظ في مفهوم قاعدة الإسناد فلم يعد نطاقها مقتصرا على إسناد العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلى نظام قانوني معين، بل إسناده إلى أكثر من نظام قانوني وطني، أو حتى لنظام غير وطني.

يتساءل الدكتور "جورج حزبون حزبون" حول مصير المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد على ضوء التطورات الحديثة، ويقول أنّه: "من المناسب في هذا الصّدد وفي هذه المرحلة، التأكيد أنّ ما كان يستند في اختيار القانون إلى غطاء تنازع القوانين من مبدأ قانون الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يخضع له الالتزام التعاقدي والذي كرّس في صورة قواعد إسناد بقيام الأطراف تم تقنينها في الكثير من الدّول، تجاوز حدود النّظرة التقليدية لآلية قواعد الإسناد بقيام أطراف العلاقة التعاقدية المشتملة على عنصر أجنبي باختيار قواعد عرفية شائعة في ميادين التجارة الدّولية، الأمر الذي يتطلب منّا مراجعة للصّيغة القانونية لتلك الأعراف التي أصبح الفقه يقبل بها باعتبارها جزءا من قانون عبر الدّول"[848]، تأسيسا على ما ذكر نحاول تحديد اختلاف نظرة الفقه حول مضمون قانون الإرادة بين التضييق والتوسيع والإعتدال (**أوّلا**) ثم نتطرّق لمبدأ قانون الإرادة في ظلّ النّظريتين الشّخصية والموضوعية (**ثانيا**).

[848]-جورج حزبون حزبون، " قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي"، مـــرجع سابق، ص ص 247-248.

أوّلا- مضمون قانون الإرادة بين التّضييق والتّوسيع والإعتدال

يعدُّ مبدأ قانون الإرادة في المنازعات الخاصة الدّولية مبدأ من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدّولي الخاص، وتتمثل أهمية هذا المبدأ أنّه يشكل عن حق أهم أدوات حل تنازع القوانين في مجال المنازعات الخاصة الدّولية، غير أن الفكر القانوني والممارسة التعاقدية الدّولية أفرزا مجموعة من المشاكل التي مست فعالية هذا المبدأ وبالتبعية إرادة الأطراف، فطرح التساؤل حول تحديد مضمون قانون الإرادة إذ اختلف توجّه الفقهاء على هذا الأساس في تحديد المقصود بقانون الإرادة بين مضيّق وموسّع.

1-الاتجاه نحو تفسير مضيق لقانون الإرادة

نميّز في هذا الصّدد بين عدّة تيارات منها:

أ-قانون الإرادة قانون ينتمي لدولة معينة

يرى جانب من الفقه[849] أنّ قواعد التنازع في القانون الدّولي الخاص تتميز بأنّها لا تشير إلاّ للقوانين الدّاخلية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفقا للقانون الدّولي العام، وبالتّالي لا يتصور هذا الفقه قيام حالة التنازع بين قانون دولة معنية والشرائع السائدة في بلد ما لا تتمتع بهذا الوصف.

يترتب عن ذلك أنّه إذا اختار المتعاقدين قانونا معينا، فإنّه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الدّاخلي لدولة معينة.

لذلك فإنّ العقبة الرّئيسية التي تحول دون تطبيق القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية أمام القضاء الوطني من وجهة نظر الفقه التقليدي، تتمثل في التمسك بضرورة توافر الصفة الدّولية للتنازع، حيث أنّ تنازع القوانين لا يقوم إلاّ بين قوانين دول كاملة السّيادة ممّا يعني استحالة تصور نشوء التنازع بين قواعد القانون التجاري الدّولي وقواعد القانون الداخلي أمام القضاء الوطني، على الرّغم من التسليم بأهمية العادات

[849] - **ياقوت محمد محمود**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص100 .

والأعراف التجارية الدّولية في تنظيم عقود التجارة الدّولية، أكثر من ذلك فهذا الفقه يرفض الاختيار التنازعي لعادات وأعراف التجارة الدولية من جانب أطراف العقد الدولي، ويرفض التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في مجتمع رجال الأعمال والتجار عبر الحدود[850].

بخلاف قضاء التّحكيم الذي له قواعده ونظامه الخاص، والذي لا يرتبط بقاعدة تنازع محددة، ولا ينتمي إلى دولة معينة بحيث تلعب العادات والأعراف التجارية الدّولية بالنّسبة له الدور الذي يلعبه القانون الوطني بالنّسبة لقاضي النّزاع، وبحيث تشكّل تلك الأعراف والعادات المادة الأولية التي يرتكز عليها العمل التحكيمي حينما تكون أكثر ارتباطا بالنّزاع من أي من القوانين الوطنية.

يضيّق هذا الاتجاه من نطاق هذا القانون ويقصره على القوانين الوطنية الصّادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقا لأحكام القانون الدّولي العام، وقد اعتنقت هذا الاتجاه محكمة العدل الدّولية الدائمة في حكمها الصادر عام 1929 حيث قضت أن " **كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص**"[851].

يبدو، أنّ هذا الاتجاه قد التزم به القانون المدني المصري المادة 1/19 التي نصت على أنّ " ***يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة***..."[852]، كما أن هذا التحديد لقانون الإرادة التزمت به أيضا الاتفاقيات الدولية، نذكر منها اتفاقية لاهاي 1955 في شأن البيوع

[850] - **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 251.

[851] - **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 251.

[852] - القانون المدني المصري

http://www.f-law.net

الدولية للمنقولات المادية والتي نصت في المادة 02 منها على أن " **البيع يكون منظما بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة**"[853].

نجد المادة 1/4 من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تحدد القانون واجب التطبيق عند غياب الإرادة بالقانون الأوثق صلة بالعقد، وتحدد ذات المادة بأنّ:" ***قانون الدولة التي يتركز فيها الأداء المميز"، وتتوالى فقراتها تكرار مصطلح " قانون دولة***"، وبالقياس على ذلك، يتعين أن يكون القانون المختار تبعا للمادة 1/3 منها منتميا إلى طائفة القوانين الوطنية[854].

تأسيسًا على هذا، أكّد البعض ضرورة أن يكون القانون واجب التطبيق" **تنظيم قانوني كامل**"، وهو الوصف الذي يصدق على القوانين الداخلية، وبالتالي استبعاد تطبيق قواعد التجارة الدولية، لعدم صلاحيتها لحكم العقد الدّولي بصفة مطلقة حسب هذا الاتجاه، وإن كان الأمر كذلك، فإنه لا يجوز كذلك تركيز العقد بها عند غياب إرادة الأطراف، والواقع أنّ التسليم بضرورة انتماء القانون المختار للقوانين الوطنية لا يتأثر بالخلاف الفقهي حول طبيعة القواعد المرتبطة بالتجارة الدّولية، فلا يغير من الأمر شيئا اعتبارها نظاما كاملا أم أنّها مازالت دون ذلك، فهي في كل الأحوال غير منتمية[855].

ب-نتائج كون قانون الإرادة قانون ينتمي لدولة معينة

يعدّ من أهم نتائج كون قانون الإرادة حسب هذا الاتجاه، قانـــــون دولة معينة، انتهاء أسطورة العقد بدون قانون، حيث لا يجوز إخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو قواعد القانون الدّولي العام، أو مبادئ القانون التجاري الدّولي، وبالتّالي فالنّظام القانوني الدّاخلي هو النّظام الوحيد القادر على منح العقد القوّة الملزمة.

---

[853]- **المنزلاوي صالح**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 270.

[854]- اصلع على الموقع:

http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/cooperation_judiciaire/obligations_romeI.pdf

[855]- **طرح البحور علي فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 91.

مؤدى هذا القول، أنّ قانون الإرادة هو قانون دولة معينة، يلزم باحترام كل التّغيرات والتعديلات التي قد تطرأ على هذا القانون بعد اختياره، ممّا يعني استبعاد أثر شروط الثبات التشريعي خاصة في اطار العقود التي تبرمها الدولة مع الأجنبية[856].

كما يترتب على توجيه اختيار الأطراف ناحية القوانين الوطنية تعذّر تطبيق القواعد غير المنتمية بصورة مفردة دون الربط بينها وبين أحد القوانين الوطنية[857].

يسوِّ بعض الفقه[858] بين اختيار الأطراف لقواعد غير وطنية، والذي يعتبر اختيار مادي محض وبين عدم اختيار أي قانون لحكم العقد، ومن ثمة يلتزم القاضي بالكشف عن قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد طبقا لما ورد في المادة 04 من اتفاقية روما للقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حينها تلعب القواعد الموضوعية، أو غير المنتمية دور القواعد المكملة للقانون الأوثق صلة بالعقد، أو بصيغة أخرى القواعد الاتفاقية البديلة لقواعده المكملة.

ما يمكن قوله في تقدير هذا الاتجاه، أنّه فيما يتعلق باتفاقية روما للقانون واجب التطبيق، وتأكيدها ضرورة خضوع العقد للقوانين الوطنية، فإنّه في المقابل لم يرد ما يؤكد رفضها تطبيق غير القواعد الوطنية، بل أنّ استقراء نص المادة 21 منها، يجعلنا نرجح العكس، حيث تنص على أنّه: " ***هذه الاتفاقية لا تعترض تطبيق تلك الاتفاقيات الدولية الأخرى التي تكون أو ستكون دولة متعاقدة طرفا فيها*** ".

بهذا المعنى، الزمت المادة ضرورة احترام نطاق تطبيق مختلف الاتفاقيات الدّولية المنظم إليها إحدى الدول المتعاقدة، ويسري الحكم على الاتفاقيات المتعلقة بالقانون واجب

---

[856] - يقصد "بشرط الثبات التشريعي"، تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد، على الحالة التي كان عليها لحظة ابرام العقد مع استبعاد التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل، بين الدولة والأطراف الأجنبية الخاصة، لا سيما في مجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية.

- أنظر:**عبد الكريم أحمد سلامة،**" شروط الثبات التشريعي عقود الاستثمار والتجارة الدولية"، **البحوث القانونية والاقتصادية**، العدد الخامس، جامعة المنصورة، مصر، 1989، ص 125.

[857] - **طرح البحور علي فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 93.

[858] - **طرح البحور علي فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق ، ص ص 93-94.

التطبيق أمام التحكيم الدّولي، والتي تخول المحكم تطبيق القواعد غير الوطنية، غير أنّ الإشكالية ليس في مدى قدرة الأطراف في اختيار القواعد غير المنتمية، وإنّما في كيفية تطبيقها أمام القضاء الوطني، وهو ما تم تحليله في الموضع سابق من هذه الدراسة.

2-الاتجاه نحو تفسير موسّع لقانون الإرادة

ظهر اتجاه حديث من الفقه يحمل تصور جديد لقاعدة الإسناد، وهو يدعو إلى تطوير نطاق هذه القاعدة لتشمل كيانا قانونيا يخرج عن المفهوم التقليدي للقوانين الدّاخلية للدّول بدلا من هجر قواعد الإسناد باعتبارها الوسيلة الفنية الوحيدة في الفقه التقليدي، والّلجوء إلى القواعد الموضوعية المباشرة.

ازداد التدخّل في موضوعات القانون الدّولي الخاص منذ وقت ليس ببعيد عن طريق القواعد موضوعية كما بيّنّاه من خلال مصادرها، وأخذ هذا التدخّل كامل أبعاده خاصة مع الانفتاح التّجاري وظهور الشركات المتعددة الجنسيات، وكذلك هيئات ومنظمات تقوم بدور المتدخل والمسير في هذا المجال، وهو ما رافقه ظهور قواعد تتعلق بالتجارية الدّولية، حينها بدأ التساؤل عن مصير قواعد التنازع، والدّعوة إلى تغيير مفهومها من قواعد إسناد غير مباشرة إلى قواعد إسناد تقوم بدور مزدوج.

لذلك ومن أجل إيجاد تصور يراعي التّطور الذي طرأ على العلاقات الخاصة الدّولية بوجه عام ومنها التجارة الدّولية على وجه الخصوص، يجب عند تحديد مفهوم القانون الأجنبي -كما يرد في الإسناد المبني على قاعدة التنازع-الإشارة إلى نظام قانوني لدولة أجنبية يختلف عن النّظام القانوني السائد في دولة القاضي، ومن هنا فلو أخذنا كلمة قانون بالمفهوم الضيق لاقتصرت على القانون بمعنى التّشريع أي بالمفهوم الفرنسي اللاتيني للتنازع.

أمّا إذا أخذناها بمفهوم النّظام القانوني أي بالتصوّر الأنجلو أمريكي، فإننّا سنقبل في مثل هذه الحالة ما تعتمد تلك الدّولة من عرف إضافة إلى التّشريع، كما يمكن أن نقبل

القواعد ذات الطبيعة القانونية المنبثقة عن مبادئ القانون الدّولي الخاص، والتي من أهمها **"قانون الإرادة"** التي تشير إلى إمكانية اختيار الأطراف للقانون الذي يرون أنّه الأنسب لحكم علاقاتهم، حيث أنّ هذه القاعدة الأخيرة هي في الأصل قاعدة عرفية تمّ توطينها عن طريق التّشريعات الدّاخلية أحيانا والعرف الدّاخلي أحيانا أخرى.

فإذا أخذنا كلمة قانون بمفهوم النّظام القانوني فلابد من التوسّع في نطاق مفهوم ما يمكن أن يشير إليه الأطراف صراحة أو ضمنا، ليشمل النّظام الداخلي لدولة القاضي، أو النّظام القانوني الدّاخلي لدولة أجنبية أو النّظام القانوني عبرالدّولي الذي يشمل قانون التجار الدّولي ذات المصدر العرفي.

لا شك أنّ التوجه نحو إخراج قاعدة الإسناد من مفهومها التقليدي الذي يشير إلى تطبيق قانون داخلي لدولة معينة وفتح المجال لقبول فكر أكثر انفتاحا يقبل بتطبيق القواعد الموضوعية اتفاقية كانت أم عرفية أم عبر دولية سيُفعّل دور القضاة والمحكمين، وذلك من خلال تحليلهم للعلاقة وتحديد طبيعتها والنّظام القانوني الذي ينطبق عليها.

وحتى يصل القضاء إلى هذه الدّرجة من التقدّم عليه أن يغيّر من كيفية تمسكه بحرفية التحليل المبني على طبيعة قاعدة التنازع، وبالتّالي محاولته تطوير مفهوم هذه القواعد، وقد لا يكون هذا الأمر غريبا ولا صعبا على القضاة بما يملكونه من سلطات مقررة لهم في نصوص تشريعية منها مثلا نص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:" **تطبق المبادئ العامة للقانون الدّولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".**

الملاحظ إذن، أنّ هذا الاتجاه ينادي بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، والتوسع في إسناد العلاقة العقدية، بحيث لا تقف عند حدود القوانين الدّاخلية للدّول، وإنّما يجوز إسنادها لتلك القواعد ذات الصبغة العالمية.

إنّ ما يمكن ملاحظته، أنّ المرونة في إعمال قاعدة قانون الإرادة أخذت شكلا تعبيرا عن التطور الحاصل في مفهوم الإسناد بفضل التّطور الذي حدث في المعاملات الاقتصادية عبر الحدود وذلك عندما أصبح لأطراف العقد حرية في اختيار ليس فقط قانون دولة معينة، كما هو بالنّسبة لمفهوم الفقه التقليدي للإسناد وإنّما حتى تلك القواعد العرفية التي نشأت في أوساط الجماعات العاملة في التجارة الدّولية، أو حتى إسنادها للمبادئ العامة للقانون.

3-الاتجاه المعتدل في تفسير قانون الإرادة

اعتبر الفقه المهتم بالموضوع أن سلطان الإرادة لا يعد قاعدة تنازع قوانين بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح إذ أنها تؤدى إلى نتائج مختلفة تختلف عن النتائج التي يرتبها تكييف قانون الإرادة بكونه قاعدة تنازع تقليدية أو قاعدة تنازع ذات أهداف مادية[859].

يرى البعض أنّ قاعدة الإرادة كقاعدة مادية أو موضوعية تختلف عن القواعد الموضوعية التي تتضمن حلولا موضوعية، ولكنها في نفس الوقت تختلف عن قاعدة الإسناد لأنّ هذه الأخيرة يتم إعمالها في إطار منهج تنازع القوانين ووفقا لآلياته، ومن ناحية أخرى فإنّ قاعدة الإسناد التقليدية تتخذ من إرادة المتعاقدين ضابطا لإسناد العقد لقانون معين لا يملك المتعاقدان الخروج عن أحكامه الآمرة، وليس للقاضي أن يهجر القانون المسند إليه إذا تبين عدم ملاءمته لتنظيم العقد بالنظر للصفة الملزمة لقاعدة الإسناد واحترام القانون الذي أراده المشرع ليكون مختصا بحكم النزاع، غير أنّ هذا القانون هو قانون وضع أصلا لحكم العلاقات الداخلية وبالتالي لا يتناسب مع معطيات العلاقة ذات الطابع الدولي[860].

[859]- **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 138.

[860]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص442.

بينما القواعد الموضوعية محلّ الدّراسة فهي تخول للإرادة حرية اختيار القواعد الموضوعية المعدة سلفا والمعلومة ابتداء للأفراد والمحكم والقاضي وهذه القواعد التي تنظم الرّابطة العقدية تندمج كما يذهب البعض في العقد وتصبح جزء من الشّروط التعاقدية دون أن ترتفع إلى مصاف القواعد الآمرة في القانون الذي يخضع له العقد[861]، فالغلبة التي عرفتها النّظرية الشخصية في مادة تنازع القوانين، قد أفضت إلى إبراز فكرة مفادها أن القول بسلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد وبالتبعية على موضوع النزاع يترتب عليه اندماج هذا القانون في ذلك العقد ليصبغ بصبغة الشروط العقدية وما يترتب على ذلك من أثار تمس هيبة القانون في الصميم، وتؤدي في الأخير إلى انفلات العقد من حكم القانون.

من جهة أخرى، فإنّ المشرع الوطني الذي أوجد قاعدة الإسناد التي تقضي بحق الأطراف في اختيار النظام القانوني الذي يحكم تصرفهم العقدي، قد يحد بمقتضى قوانينه الداخلية من آثار إعمال الاختيار وذلك باستبعاده للقانون المختار، وتطبيق القانون الوطني كنتيجة منطقية لذلك الاستبعاد وكأنّنا بذلك نقضي على دور الإدارة الذي منح أساسا برغبة من المشرع ذاته، وذلك حينما يتعلق الأمر بمصلحة اقتصادية أو اجتماعية معينة يرى المشرع الوطني ضرورة سموها على إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يرونه كفيلا بخدمة مصالحهم.

[861] - إنّ قيام قاعدة الإسناد على ضابط شخصي سمح بتدخل إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفتح المجال أما الفقه والقضاء لتفسير هذا الدور من حيث مداه والهدف من ممارسته وبالتالي مدى خضوع العقد لأحكام القانون المختار، فقد اعتبر أمصار النظرية الشخصية أنّ الأطراف عندما يقومون باختيار قانون العقد فإنهم يقومون بذلك وكأنهم يختارون شرطا من شروط عقدهم ، فالقانون المحتار يندمج العقد، ولا يعتبر الأخير خاضعا بل أن القانون يأخذ حكم الشرط التعاقدي، وهذا ما يترتب عليه حرية كبير يتمتع بها الأطراف عندما يختارون القانون الذي يحكم العقد بحيث يمكنهم اختيار أي قانون حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد، ويمكنهم ايضا ممارسة بعض السلطات على هذا عليه.

- أنظر: **نرمين محمد محمود صبح**، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 87-88.

لذلك، انتهى Jean Christophe POMMIER في رسالته حول " **مبدأ سلطان الإرادة وقانون العقد في القانون الدولي الخاص الاتفاقي**" إلى أنّ مبدأ سلطان الإرادة أمام التحكيم التجاري الدّولي يستمد مصدره من قاعدة تنتمي إلى ذلك التحكيم ومن هنا يطلق عليها " **قاعدة خاصة بالتحكيم التجاري الدولي**" فهي مستقلة عن أي قانون داخلي[862]، وهذه القاعدة تتميز بكونها قاعدة مادية نظرا لعدم تمتع المحكم بقانون اختصاص وبالنّظر لأنّه من الصّعب وصفها قاعدة تقليديه فإرادة الأطراف في اختيار القانون في إطار التحكيم التجاري الدّولي تعد ضابطا ماديا يقترن وجودا وعدما مع تطور الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.

يكمن اعتدال هذا الاتجاه في أنه لا يصل إلى حد تضييق نطاق قانون الإرادة ولا إلى حدّ إطلاق حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، وإنّما هو اتجاه يخول المتعاقدين حرية الاختيار عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد واحتــراما لتوقعاتهم، ولكنه يحرص على ألا تصل هذه الحرية إلى حد إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات الأحكام الآمرة في القانون المختار[863]، خاصة إذا عرض النزاع أمام القاضي وليس المحكم..

ثانيا- مضمون قانون الإرادة في ظلّ النّظريتين الشخصية والموضوعية

بعد أن اتضحت لنا خصائص القواعد الموضوعية، كان من المفترض أنّ تمييزها عن قاعدة التنازع ليس بحاجة إلى بحث آخر، غير أنّ الصراع الفقهي بشأن الأساس الذي تستند إليه الارادة في اختيار قانون العقد الدّولي بين النظريتين الشخصية والموضوعية، وما يترتب عن ذلك من نتائج هو ما جعلنا نبحث هذا العنوان.

رد أصحاب النّظرية الشخصية قدرة إرادة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الدّولي إلى مطلق سلطان الإرادة وهذا يتضمن مغالاة كبيرة في تقديس الإرادة الفردية

[862]- **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 422.

[863]- **هشام علي صادق، الحداد حفيظة السيد**، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 253.

وسموها على القانون فضلا عن كونه يصطدم مع الحقائق الوضعية، حيث يتولى المشرعون في الدّول الرأسمالية ذاتها تنظيم العملية التعاقدية بفرض القواعد الآمرة التي لا يجوز الخروج عنها بهدف حماية المصالح العليا للجماعة[864].

حتى يعيد فقه هذه النّظرية قدّرة المتعاقدين في الاختيار إلى القانون، انتهوا إلى أنّ تلك القدرة لا تكمن في "مبدأ سلطان الإرادة" بل في "قاعدة مادية" من قواعد القانون الدّولي الخاص في دولة القاضي، لذا يعتبر الاختيار المادي تكريسا للنّظرية الشخصية التي قدّست سلطان الإرادة وحسب هذا الرّأي لا يوجد قانون معد سلفا لحكم هذه الـــرّابطة، بل يتـــــولى المتعاقدان وضعه[865]، وبهدف الكشف عن هذه القاعدة الأخيرة كي لا تلتبس بالقواعد الموضوعية محلّ البحث، كان لابدّ من تحليل تلك القاعدة وتحديد مضمونها ومن ثمة تمييزها عن القواعد الموضوعية.

يذهب فقه النّظرية الشخصية إلى تحليل اختيار قانون العقد باعتباره عقد داخل عقد، فالعقد الأساسي يتضمن التّنظيم الموضوعي للرابطة العقدية، والعقد الثانوي يتضمن اختيار القانون واجب التطبيق فيسمى عندها "عقد الاختيار"، وقد أقرت اتفاقية لاهاي للقانون واجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية لعام 1955 خضوع عقد الاختيار لذات القانون المختار بقولها في المادة 2/3 "***إنّ الشروط المتعلقة بتراضي الطرفين على القانون الواجب التطبيق، يحددهـــــــا هذا القانون***"، وهذا ما قررته اتفاقيات أخرى كاتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980 في المادة4/3، واتفاقية لاهاي لعام 1986 الخاصة بالبيع الدّولي للبضائع وهو أيضا الحل ذاته الذي اعتنقه مجمع القانون الدولي في المادة 4/1 من مشروع عام 1991[866]. ويبرر هذا الحلّ أنّه يصون توقعات الأطراف ويحقق الأمان القانوني بصرف النّظر عن المحكمة المختصة.

---

[864]- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 125-126.

[865]- **HEUZe Vincent**, *Traité des contrats : Vente internationale de marchandises, droit uniforme*, op .cit , p. 12.

[866]- **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص ص 63-64. =

بينما يذهب اتجاه آخر إلى ضرورة إخضاع الاختيار للأحكام المادية في دولة القاضي، فيعدّ هذا ضابطا للإسناد، حيث يقرر أنصار النّظرية الموضوعية أنّ الأساس الذي يستند إليه المتعاقدان في اختيار قانون العقد الدّولي، هو قاعدة من قواعد تنازع القوانين تخضع بمقتضاها الرّابطة العقدية للقانون المختار، وهو اتجاه يرفض مبدأ اندماج القانون المختار في العقد واعتباره مجرد شرط تعاقدي، بما يرتبه من إفلات هذا العقد من سلطان القانون، حيث أرجع سلطان المتعاقدين في الاختيار إلى قوة القانون الذي منح الإرادة هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع[867]، فلا يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم، بل القانون هو الذي يحـــــدد العلاقة التي تحكمها، فالإرادة تكون حرة بشرط أن تكون في حدود القانون.

يعتبر هذا الرّأي الرّجح فقها إلاّ أنّه لا يتفق مع ما يجري عليه الحال أمام قضاء التحكيم الذي تتجه الكثير من أحكامه إلى إدماج القانون المختار في العقد، وهو ما يرجح معه القول بأنّ قدرة المتعاقدين على الاختيار ترد على قاعدة مادية من قواعد القانون الدّولي الخاص وليس على قاعدة من قواعد التنازع، والقاعدة المادية المذكورة هي قاعدة " **العقد شريعة المتعاقدين**"، ويرجع السبب في ذلك أنّ المحكم بخلاف القاضي يستمد اختصاصه من إرادة الأطراف، وهذا ما يفقد قاعدة الاختيار جانبها التنازعي لتصبح مجرد قاعدة مادية من قواعد القانون الدّولي الخاص.

نجد هذا الفقه يصر على ضرورة التّمييز بين القاعدة المادية الأخيرة "العقد شريعة المتعاقدين" وبين القواعد المادية أو الموضوعية الأخرى في القانون الدّولي الخاص نظرا لأنّ الأولى لاتتضمن تنظيما موضوعيا للعلاقات الدّولية الخاصة خلافا للقواعد الموضوعية

=المقصود بعقد الاختيار هو توافق إرادة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، فهو الإطار الذي يعبر عن إرادة الأطراف في إخضاع العقد أو جزء منه لقانون معين، ويستوي أن يرد هذا الاتفاق ضمن سياق العقد الأساسي ممثلا في شرط القانون الواجب التطبيق، وذلك عندما يتم التراضي عليه ضمن التراضي على العقد الأساسي أو أن يرد مستقلا في اتفاق منفصل مقارن لإبرام العقد أو لاحقا عليه.

[867]- **ياقوت محمود محمد**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدّولي بين النـــظرية والتطبيق، مرجع سـابق، ص 68.

محل الـــــــبحث، وأنّها ليست من قبيل القواعد المباشرة لأنّها لا تخوّل الإرادة حق اختيار الأحكام التنظيمية لعلاقتهم التعاقدية فهي قاعة غير مباشرة.

يقرر جانب آخر من الفقه، بأن اسباغ الطبيعة المادية على قاعدة قانون الإرادة إذا كان يستند إلى اعتراف غالبية النّظم القانونية بتلك القاعدة وذيوعه، فإنّ هذا الاعتراف لا يجعل منها قاعدة مادية، وإلاّ فيجب الاعتراف بالطبيعة المادية وليس التنازعية لكل قواعد التنازع لا سيما خضوع المال لقانون موقعه، وقاعدة خضوع الفعل الضار لقانون محل حدوثه.

يتّضح لنا على هذا الأساس، أنّ التمييز بين هذه القواعد يعتمد على نوع القضاء الذي يعرض عليه النزاع بما يؤكد الطبيعة النسبية لقاعدة "**العقد شريعة المتعاقدين**"، فهي أمام القضاء الوطني قاعدة تنازع قوانين لها خصائص وأهداف وغاية مادية، وهي امام التحكيم الدّولي تظهر كقاعدة موضوعية مادية لها خصائص وأهداف وغاية قاعدة التنازع[868].

[868] - **طرح البحور علي حسن فرج**، تدويل العقد، مرجع سابق، ص 75.

الفرع الثّاني

التوجّه التّشريعي في تغيير المفهوم التقليدي لقاعدة قانون الإرادة

بدأت الكثير من القوانين الوطنية تغيّر من المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد والقانون واجب التطبيق خصوصا في ميادين التحكيم والقانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النّزاع في قضايا التجارة الدّولية، فأصبح ينظر إلى هذه القضايا نظرة خاصة كونها تمس مصالح التجارة الدّولية لكل الدّول.

أصبح دور المحكم أكثر أهمية وخصوصية على اعتباره يسمح فعليا للاتفاقات التي تتم في ميدان الاقتصاد أن تجد في أعماقها العناصر الناظمة لتنفيذها، وأن هذا التحكيم يتطور بخطى موازية للتطور الاقتصادي، فلا يمكنه إلاّ أن يكون خلاقا، ولم يكن كذلك إلاّ بعد أن تغيرت نظرة القوانين الدّاخلية للعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا لتخضعها لقواعد عرفية تجارية وطنية كانت أو دولية(**أوّلا**) وقد نلاحظ هذا التوجه كذلك في بعض النصوص الدّولية(**ثانيا**).

أوّلا- تغيير المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد في التّشريعات الدّاخلية

قضت المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[869] أنّ المحكم يحكم وفقا قواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حال عدم وضوح إرادة الأطراف، فوفقا للقانون الذي يراه مناسبا وفي جميع الأحوال يتعين على المحكّم أن يأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية، وفي نفس المعنى جاءت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث نصت على أنه:"***تفصل محكمة في النزاع بالقانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة***".

[869] - والتي تقابلها المادة 1511 بعد التعديل.

سار على هذا النهج قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فنصت المادة 1/39 منه على أنّه: " ***تطبق هيئة التحكيم على موضوع النّزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان...***"[870]، فاستعمال المشرع مصطلح " **القواعد**" يؤكّد حسب البعض[871]، أنّه ليس من شكٍ إعطاء حرية للأطراف اختيار قواعد لا تنتمي إلى نظام وطني معين، ويؤكد هذا الفهم ما ورد في المادة 06 من ذات القانون، حيث أجازت بصفة صريحة ما يلي:

" ***إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أيّ وثيقة دولية، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم***".

أمّا في تشريعات أخرى فإنّ الموقف من القانون واجب التطبيق خارج نطاق القوانين الوطنية أقل وضوحا، حيث ترك المجال للتوسع في مفهوم القانون في بعض الحالات تحت عنوان " **قانون الإرادة**"، وسواء كان الاختيار صراحة أو ضمنيا، فإنّ نطاق إرادة الأطراف بالاختيار هي أوسع في ميدان العقود الدولية التي تخضع للتحكيم منه للقضاء الوطني.

يأخذ القاضي في الكثير من الأحيان بالمفهوم الضيق للاهتداء إلى القانون الذي يحكم موضوع النّزاع من خلال قواعد التنازع، فهو مقيد بإتباع قانون دولته، في حين يكون الأمر مختلفا بالنسبة للمحكم الدّولي على اعتبار أنه غير مقيد بقانون اختصاص ولا بقانون دولة، ولكن من الصعب تخليصه من القوانين الوطنية، منها قانون دولة مقر التحكيم باعتباره أحد القوانين التي يعد وفقا لنظرية المؤشرات واجب التطبيق ككاشف للإرادة الضمنية للمتعاقدين، وكذلك قانون الدولة المتوقع تنفيذ حكم التحكيم فيها.

لكن أمام هذه الأهمية المعطاة لقواعد التنازع يستدعي الأمر البحث عن تأثير التطورات الحديثة على المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد، وتظهر أهمية الإجابة على هذا

[870] - قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، متوفر على الموقع:
http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf

[871] - **المنزلاوي صالح**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 272- 273.

السؤال خاصة في ظل التحولات العالمية ودخول الدّول المختلفة المنظمة العالمية للتجارة، ممّا كان له عميق الأثر على قوانينها الداخلية، فعملت على ضرورة التوفيق بين هذه الأخيرة وبين التزاماتها الدولية عند تعارضها، بأن تبادر إلى تعديلها.

يدفع الواقع الاقتصادي الكثير من الدّول إلى مواءمة قوانينها الدّاخلية مع النصوص الدّولية رغم عدم التزامها القانوني بذلك لأنّ ضرورة المصلحة الوطنية قد تتطلب أحيانا تطويع النصوص الدّاخلية[872].

تعتمد عملية تطويع القوانين الدّاخلية كثيرا على مشروعات قوانين موحدة مثل قوانين التحكيم المستمدة من المشروع المعتمد من قبل يونسيرال، وقوانين أخرى جاءت نتيجة لتطبيق اتفاقيات كاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية

يتّضح لنا من خلال دراستنا لكينونة القواعد الموضوعية التي تحكم التجارة الدّولية وللمصادر التي تستقي منها وجودها، أنّها تشكل كيان قانوني يتسم بالوضوح، فأصبح الكثير يشعر بإلزاميتها، حيث ارتأت بعض الدّول أن تدمجها في قـــوانينها الدّاخلية، والبعض الآخر وضعها كجزء من قانون عبر دولي، ومصدر عرفي شائع بالنسبة للبعض الآخر.

يرى الأستاذ "**عز الدين عبد الله**" أنّ هذا التوجه الثنائي الجانب الذي يأخذ بازدواجية النّظام القانوني قد تمّ تبنّيه من قبل الفقيه الألماني WEIMANN الذي يرى أنّ القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي تُكوّن الجانب الأساسي من القانون الدّولي الخاص، حتى وإن ظلّ بجانبها قواعد الإسناد التي تقوم بدور ثانوي وعلى حد رأيه تنتظر مصير الزّوال[873].

[872]- **الحويش ياسر**، "اتفاقيات حرير التجارة العالمية في تطوير القوانين الداخلية"، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

[873]- عن: **جورج حزبون حزبون**، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الاجرائي والمستحدث الموضوعي، مرجع سابق ، ص 255.

مهما يكن فإنّ الظروف الاقتصادية والقانونية الدّولية، وكل التطورات الحاصلة في العقدين الماضيين تؤكد ما توجه إليه الفقيه الألمانيWEIMANN بدأ يتحقق في صورة قواعد قانونية تشريعية وعرفية، دولية وداخلية مختلفة.

ثانيا- تغيير المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد في النصوص الدّولية

أشارت المادة 2/02 من توصية معهد القانون الدّولي لسنة 1979، والتي جاء فيها ما يلي: " **يكون للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، إما قانون أو عدة قوانين داخلية، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، وأمّا المبادئ العامة للقانون، وإمّا المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدّولية، وإمّا القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر القانونية كقانون حاكم للعقد".**

بذلك، فإنّ هذه التوصية تعبر بوضوح عن إدراك فقه القانون الدّولي الخاص الغالب لمدى التّطور الذي حدث في مفهوم الإسناد فلم تعد حرية الأطراف منحصرة في اختيار قانون داخلي لدولة معينة، بل أصبح للإسناد مفهوم أوسع[874].

علاوة على ذلك، هناك العديد من الاتفاقيات الدّولية التي أخذت بالمنهج الموسّع لقانون الإرادة منها اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية لعام 1955 في المادة 1/2، والمادة 7 من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدّولي لعام 1961، وكذلك اتفاقية مكسيكو لعام 1994 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدّولية.

يعاب على هذا الاتجاه، أنّه يطلق الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا.

يرى في هذا الموضوع، الأستاذ"**جورج حزبون حزبون**، أنّه لا فرق بين عرض العلاقة محل النّزاع أمام القضاء الرسمي أو أمام التحكيم، لأنّ كيلاهما يخضـــع للقانون، وفي إطار

[874] - **صفوت أحمد عبد الحفيظ**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخـــــاص، مرجع سابق، 150.

التحكيم التجاري الدّولي يخضع في الاعتراف بالقرار أو بالحكم واصدر قرار تنفيذه للمحكمة المختصة التي تقوم بمراجعة الحكم وإصدار القرار تبعا لذلك[875]

تنحصر صلاحية المحكمة فيلاالقوانين الدّاخلية حول الاعتراف بالأحكام الأجنبية وإعطائها الصّيغة التنفيذية، في الرقابة على الحكم من النواحي الإجرائية والاختصاص دون الجانب الموضوعي، فإضفاء الصيغة التنفيذية يمثل في حد ذاته اعترافا من القضاء بصلاحية الحكم وإمكانية تنفيذه جبرا بكافة الطرق المتاحة قانونا، وينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة في الحكم لتنفيذه دون التدخل في الموضوع، فهو لا يملك سلطة التحقق من عدالة الحكم المراد تنفيذه باعتباره لا يعدّ هيئة استئناف[876]، ولكن مهمته التأكد من صحة الإجراءات وإمكانية تنفيذه دون أن يتعارض مع القانون أو النظام العام، ممّا يجعل من الحكم الأجنبي أو حكم التحكيم جزاء من النظام القانوني الداخلي.

إذا أشرنا إلى اتفاقية نيويورك 1958 بشأن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتوسع الحاصل في عدد الدول الموقعة والمصادقة عليها[877]، قد جعل من أحكام المحاكم الوطنية المطبقة لمضمونها مصدرا عاما من سوابق الأحكام التي يمكن الاستئناس بها، وقد ركزت المادة 05 منها على أنّ رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم ينحصر في المسائل الإجرائية والاختصاص ولا ينسحب على القانون واجب التطبيق.

يمكننا انطلاقا ممّا سابق القول، أنّ دور ومضمون قانون الإرادة قد تم وضعه في الميزان من أجل التأكّد من مدى فعاليته في حل مشاكل العلاقات الخـــــــاصة الدّولية، ومدى تقديمه للحل المناسب لكل أطراف العلاقة التعاقدية ولضمان السلامة في ميدان

---

[875]– **جورج حزبون حزبون**، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مرجع سابق، ص 256.

[876]- **خنوسي عبد العزيز**، "القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة"، **مجلة الفقه والقانون**، العدد الثالث، يناير 2013، ص 8. المقال متاح على الأنترنت.

[877]- انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم 88-233 في 11/05/ 1988، مرجع سابق.

التجارة الدولية، انطلاقا من التشريعات الوطنية وكيفية إرسائها لهذا المبدأ عن طريق قضائها، وهيئات التحكيم، وكذلك من خلال ما لعبه المجال الاتفاقي، من خلال توافق الرؤى في العلاقات الخاصة الدولية على ضرورته وفعاليته.

المبحث الثّاني

اسناد تطبيق القواعد الموضوعية لمنهج قواعدالتنازع وفق قاعدة الإسناد

سمحت لنا دراسة العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومناهج القانون الدّولي الخاص الأخرى في إطار عقود التجارة الدّولية، أو بينها والأنظمة القانونية الوطنية بتحديد الأهمية والبعد الحقيقي لهذه القواعد، والملاحظ أنّ هذه العلاقة قد درست من الجهة النّظرية والتّطبيقية، وبالتّالي نخلص إلى أنّه مهما كانت خلفيات هذا المنهج، فإنّنا نجد كل المؤلفين يعترفون بأنّ هذا القانون لا يتطور إلاّ بفضل رحمة الدّول من حيث خلقها في بعض الحالات وتطبيقها في حالات أخرى.

يلعب منهج تنازع القوانين دورا بارزا في تطبيق القواعد الموضوعية، وبصفة خاصة عند تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني، وكذلك القواعد الموضوعية الاتفاقية، حيث كثير ما يلجأ مشرعي هذه الإتفاقيات إلى استخدام قواعد تنازع تحدد نطاق تطبيقها، والتوجه ذاته بالنّسبة لتطبيق بعض القواعد ذات المصدر الوطني المعدّة خصّصا لحكم العلاقات الخاصة الدّولية، لذلك سنتناول تباعا دور قاعدة الاسناد في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني (**المطلب الأول**) ثم دور هذه القاعدة في تطبيق القواعد الإتفاقية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأوّل

دور قاعدة الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني

إنّ طبيعة قواعد القانون الدّولي الخاص الموضوعية، واستقلالها عن المنهج الأساسي في القانون الدّولي الخاص الذي هو منهج التنـــازع تعدّان من المباحث الخلافية، ولكنهما مسألتان مترابطتان[878]، وتعتبر مسألة تأصيل القواعد الموضوعية في النّظام القانوني الدّاخلي مسألة تتطلب نوع من الحذر في عدم اختراق القواعد الموضوعية لمنهج آخر في القانون الدّولي الخاص يتميّز بصفته الإقليمية، ولكن مصدره وطني فقط هو منهج القوانين ذات التّطبيق الضّروري[879]، أو كما يسميها بعض الفقه قوانين البوليس[880].

---

[878]-**DEBY-Gérard Françoise**, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, OP, cit, P.256.

[879]- اختلف الفقه حول الاصطلاح القانوني للقواعد ذات التطبيق الضروري، بحيث يمكن أن نميز بين ثلاث اتجاهات رئيسية.

أ - قوانين البوليس والأمن

Régle de police et de sureté ذهب الفقه التقليدي وعلى رأسهم الفقيه BOUIHIER على اطلاق اصطلاح قواعد أو قوانين البوليس التي تتصل بحماية المجتمع الوطني والمصلحة العام

- **راجع عشوش أحمد عبد الحميد** ، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، 58.

- حرص المشرع الفرنسي عند وضعه القانون المدني أو ما يسمى بقانون نابليون لعام 1804 أن يقنن صراحة قواعد البوليس والامن في نص المادة 3 من القانون المدني التي تنص على أن" قوانين البوليس والأمن ملزمة على كل من يقطن الاقليم الفرنسي.

L'article 3 du code civil français :<< Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire...>>.

- L'article 3 du code civil français est relatif à l'application de la loi dans l'espace. De manière exceptionnelle, cet article est resté le même depuis sa rédaction d'origine datant du Code civil de 1804.

Cette spécificité peut être expliquée par une rédaction à la fois claire et extensible qui permet les évolutions de la jurisprudence mais aussi par une préférence très nette pour l'application du droit français au lieu des autres droits nationaux ; ce qui permet l'application par le juge français du droit qu'il connait le plus.

Voir : http://codes.droit.org/cod/civil.pdf

ب-القواعد فورية التطبيق: استبدل جانب من الفقه اصطلاح "قواعد البوليس والأمن" باصطلاح "القواعد فورية التطبيق" ورأوا أن التعبير الأخير يحقق مزايا لا يحققها مصطلح"قواعد البوليس والأمن"، فمن ناحية يقدم أساسا منطقيا لاختصاص قانون القاضي، ومن ناحية أخرى يظهر من الاصطلاح أنّ اعمال القواعد اللازمة لحماية الاسس الاقتصادية والاجتماعية=

بينما تواجه قواعد البوليس بحسب الأصل علاقات القانون الدّاخلي وإن كانت الاعتبارات الآمرة التي تستهدفها قد تستلزم امتداد سريانها أيضا على مجال العلاقات ذات الطابع الدولي، فإن القواعد الموضوعية للقانون الدّولي الخاص قد شرّعت بحسب الأصل لحكم هذه العلاقات الأخيرة استجابة لطبيعتها وإدراكا لمتطلباتها، ولكن قد يتساءل البعض إن كان تطبيق القواعد الموضوعية يقتضي أن تشير قواعد تنازع القوانين باختصاص

=للمجتمع يتم مباشرة دون الاسناد إلى قاعدة إسناد ومن جهة أخرى يعالج هذا المصطلح القصور الوارد في عبارة قواعد البوليس والأمن" حيث أنّ هناك قواعد أخرى التي لا يمكن اعتبارها من قواعد البوليس ورغم ذلك تطبق مباشرة.

-أنظر: عبد الكريم احمد سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 26.

ج - **قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي:** يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التعبير عن قواعد البوليس والأمن بقواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي، حيث يرى هذا الاتجاه أن قواعد البوليس ما هي إلاّ قوانين النظام العام الاقليمي التي تهدف إلى المحافظة على سيادة النظام على الاقليم الذي تسري عليه.

-أشار الأستاذ هشام علي صادق في مرجعه: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، الهامش رقم 243، ص834، أنّه لا يميل إلى ما ذهب إليه الفقه من ادراج قواعد البوليس تحت ما اسموه بقواعد النظام العام الوقائي، وقال أنّ هذا الاصطلاح وإن كان له ميزة أنه يخرج عن نطاقه قواعد القانون الدولي الخاص المادي إلا أنه من جهة يؤدي إلى التوسع في اختصاص قانون القاضي في جميع الفروض التي تتعلق فيها قواعده بالنظام العام، وهو ما يشكل خطورة بالغة على العلاقات التجارية الدولية، و من جهة أخرى فإن كان تعلق قاعدة البوليس في دولة القاضي بالنظام العام يبرر إعماله على نحو مباشر فقد يصعب الاستناد إلى فكرة النظام العام لتبرير تطبيق قواعد البوليس الأجنبية التي لا تنتمي للنظام القانوني المختص بمقتضى قواعد الاسناد في دولة القاضي، وبالتالي تعجز فكرة النظام العام عن تبرير إعمال قواعد البوليس الاجنبية في هذا الفرض.

- وبهدف ابراز خصوصية هذه القواعد في القانون الدولي الخاص ومن ثمة تمييزها عن النظام العام الذي يرد كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي راجع: (مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص ص 12-13. وكذلك:

-EMMANUEL S. Darankoum, L'application de la convention des nations unies sur le contrat de vente international de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce internationale dehors de la volonté des parties est –elle prévisible ?, op, cit, p12

-راجع في أصول فكرة النظام العام: **سلطان عبد الله محمود**، "الدفع بالنظام العام وأثره "، **مجلة الرافدين للحقوق**، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، ص ص85-109.

[880] - **ياقوت محمد محمود**، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 9.

- كذلك: **محمد محسوب عبد الحميد درويش**، نشأة وتطور قانون التجار الدولي (دراسة تاريخية)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة بدون سنة، ص 404.

قانون القاضي الذي يتضمن تنظيما ماديا خاصا بالعقود الدولية؟ أم يكون تطبيقها بصفة مباشرة؟

سنتولى الإجابة على هذا التساؤل من خلال تحديد نظرة الفقه لدور قاعد الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية الوطنية (**الفرع الأول**)، ثم لموقف التشريعات من دور هذه القاعدة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

نظرة الفقه لدور قاعدة الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية الوطنية

لقد اختلف الفقه بشأن الإجابة على التساؤلات السابقة بين من يقول أنّ تطبيق القواعد الموضوعية لا يتم إلاّ من خلال قاعدة إسناد في منهج التنازع غير المباشر، وبين من يؤيد فكرة تطبيقها تطبيقا مباشرا دون أن يكون لقاعدة الإسناد أيّ دور في ذلك وقبل تحليل هذا العنصر نشير إلى الاختلاف بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج التنازع من حيث كيفية تنظيم الرّوابط الخاصة الدّولية(**أوّلا**) كنقطة انطلاق لما ذهب إليه الفقه واعتبار تطبيق القواعد الموضوعية عبر قاعدة الإسناد تشكيك في طبيعتها الموضوعية(**ثانيا**) في حين أنه يجب أن نؤكد طبيعة أهدافها الدولية رغم مصدرها الدّاخلي(**ثالثا**).

أوّلا - كيفية تنظيم الرّوابط الخاصة الدّولية في ظلّ المنهجين

ينهض منهج تنازع القوانين بتنظيم الرّوابط الخاصة الدّولية بطريقة غير مباشرة، وترتبط هذه الطريقة بالطبيعة غير المباشرة لقاعدة الإسناد، عكس القواعد الموضوعية، فمن حيث مضمون قاعدة الإسناد فهي لا تتكفل بإعطاء الحلّ النهائي للنّزاع، وإنّما هي قواعد تشير وترشد إلى القانون واجب التطبيق الذي يلتمس في قواعده ذلك الحل، وهذا الطابع الإرشادي لقاعدة التنازع تكتنفه بعض المثالب منها، أنّ هذا الإرشاد يكون عادة إلى نظام قانوني لدولة معينة سواء دولة القاضي أو دولة أجنبية[881].

1-الصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد في تنظيم الرّوابط الخاصة الدّولية

تظهر آثار تطبيق قواعد الإسناد بأنّها قواعد مزدوجة الجانب، بمعنى أنّها قد تشير باختصاص القانون الوطني، وقد تفضي إلى تطبيق قانون أجنبي، فقاعدة التنازع لا تعمل إلاّ حيث يوجد قانونين أو أكثر يعرض كل منها قابليته لحـــكم المسائل محلّ النّزاع، فترشد بطريقة مجردة إلى واحد من بينها ليكون هو الواجب التطبيق، وتلك المفاضلة قد تكون لصالح قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية وهذا هو المراد بالطّابع الثنائي أو المزدوج لقاعدة التنازع.

يقول الدكتور "عبد الكريم سلامة" أنّ الأثر القانوني أو الحكم في قاعدة الإسناد، يتمثل في إعطاء الاختصاص لقانون دولة معينة، بالنظر إلى اعتبارات قدرها المشرع، عند

[881] - ثار خلاف فقهي حول تحديد طبيعة موضوع قاعدة الأسناد، فيرى اتجاه أن موضوع قاعدة الاسناد مركز واقعي، ثم تأتي قاعدة الإسناد شأن أي قاعدة قانونية أخرى لتتناول هذه الوقائع بالتنظيم، فتعين القانون الواجب التطبيق، وليس من المقبول لدى هذا الرأي القول بأن موضوع قاعدة الاسناد هو الوقائع أو العلاقات القانونية، مادامت هذه القاعدة هي التي تعين القانون الواجب التطبيق، بينما يرى الرأي الثاني أنّ قاعدة الإسناد تعني ببيان القانون الواجب التطبيق في مشاكل قانونية وليس في وقائع، حيث أنّ الرأي الأول يخلط مضمون القاعدة القانونية وهو ما ينبغي أن يكون فكرة قانونية، وبين تطبيقها، ويكون مجاله تلك الوقائع أو المراكز =الواقعية، وهذا الرأي هو الذي يجانب الصواب، حيث أنّ موضوع قاعدة الإسناد مسألة قانونية، فينشأ النزاع في صورة وقائع ثم تأتي القواعد القانونية لتتناول هذه الوقائع بالتنظيم فتسبغ عليها الأوصاف القانونية ، لذلك فإنّ تطبيق قاعدة الاسناد يحتاج أوّلا تكييف المسائل التي تكون محل النزاع.

-راجع: **عبد الكريم سلامة أحمد**، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا و منهجا، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها.

وضعه لقاعدة الإسناد، وهي اعتبارات لا تقوم في الواقع على مقارنة مسبقة بين الأحكام الموضوعية للقوانين المتنازعة، وهي مقارنة تبدو في ظلّ البناء التقليدي والموروث لقاعدة الإسناد صعبة، إن لم تكن مستحيلة بالنظر إلى عدم معرفة المشرع الوطني أو توقعه للقوانين الوطنية التي يمكن أن تتزاحم بشأن علاقة قانونية معينة[882].

أمّا عن هدف الصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد فهو **إسناد العلاقة محلّ النّزاع إلى أنسب وأصلح القوانين لحكم العلاقات الدّولية**، وإمكانية منح الاختصاص لقانون أجنبي تفرض ذاتها لتحاشي وجود فراغ قانوني يمكن أن يؤدي إلى نوع من إنكار العدالة، لا سيما في الفرض الذي لا يكون فيه القانون الوطني مختص بحكمها، ووسيلة ملء هذا الفراغ إدخال القانون الأجنبي أمام قانون القاضي الوطني هو الصفة المزدوجة لقواعد الإسناد، ومن أهداف هذه الصفة **تحقيق المساواة بين قانون القاضي والقوانين الأجنبية** أمام قاعدة التنازع، حيث أن قاعدة التنازع المفردة الجانب والتي لا تهتم إلا بتحديد حالات تطبيق قانون القاضي، تعكس روح المحاباة لهذا القانون وتهدر بالتّالي بمبدأ المساواة، بل يستتبع ذلك الإهدار بمبدأ آخر هو تحقيق التّعايش المشترك بين النّظم القانونية لمختلف الدول.

من الانتقادات الموجّهة لهذه الصياغة المزدوجة لقاعدة الاسناد أنّه ليس للدّولة أن تقرر اختصاص تشريع دولة أخرى بحكم مسألة ما، والصّعوبة تبدو في حالة عدم اختصاص القانون المحال إليه، وهذه هي مشكلة الإحالة، والملاحظ أنّ النّظام القانوني الذي سيقدم الحل الموضوعي للمسألة ذات الطابع الدّولي تطبيقا لقاعدة الاسناد، ليس نظاما خاصا بتلك المسألة ذات الطابع الدّولي بل هو ذات النظام بقواعده وحلوله الذي يسري على العلاقات والمسائل الوطنية البحتة، وذلك لا يتناسب مع ذاتية وخصوصية عقود التجارة الدولية المعاصرة[883].

---

[882] - **عبد الكريم سلامة أحمد**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 291.

[883] - **عبد الكريم أحمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص352.

تعدّ قواعد الإسناد قواعد وطنية بحتة تستمد من مصادر داخلية بحتة، وهي قواعد لا تحسم تنازعا بين السيادات، ولا يقصد بها تحديد مدى امتداد السيادة التشريعية للقوانين من حيث المكان، بل هي تتخذ أداة للتعرف على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص.

ضف إلى ذلك، فإنّ عدم النّظر للقانون الموضوعي للقانون المشار إليه أو المختار قد يترتب عليه أن يكون ذلك القانون مستحيل الكشف عن أحكامه، رغم ما بذله القاضي والخصوم من جهد في هذا السبيل، أي أنّ قاعدة التنازع قد أرشدت إلى قانون غير قادر على تقديم الحل الموضوعي للنزاع[884]

يحمل الطّابع الإرشادي وعدم إمكانية معرفة أحكام القانون واجب التطبيق إلاّ بعد انتهاء دور قاعدة التنازع، مغبة أن تكون تلك الأحكام متعارضة مع الأسس والقيم الاجتماعية والاقتصادية لدولة القاضي الذي ينظر النّزاع، ولهذا كان لابد من وجود صمام أمان ضد ذلك الاحتمال وهو ما يوفره **الدفع بالنّظام العام الذي يعتبر الوجه الملازم للطابع الإرشادي لقاعدة التنازع.**

2-الصياغة المفردة للقواعد الموضوعية في تنظيم الرّوابط الخاصة الدّولية

تتّسم نظرة معارضي المنهج القائم على قاعدة التنازع بشيء من الضيق عندما يحصرون مشاكل التنازع في جانبها المنهجي وإغفال النّظر إلى هذه المشاكل من زاوية اجتماعية، فليس من باب المصادفة أن نرى أن أكثر الانتقادات حدة لقاعدة التنازع تبرز في مجال التجارة الدّولية، فيؤدي بنا التمسك بالجوانب الاجتماعية إلى ضرورة التحقق ممّا إذا كانت أزمة تنازع القوانين هي أزمة منهجية كما صوّرها معارضو هذا المنهج، ولا تخفي وراءها أزمة أعمق من ذلك تنصب مباشرة على القانون الدّاخلي لدولة ما، الذي يأمل

[884] - **عبد الكريم احمد سلامة**، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مرجع سابق، ص101.

الكثير إلى استبعاده لتحلَّ محله القواعد الموضوعية التي تحكم علاقات معينة ذات الحساسية بطبيعتها للقوانين الدّاخلية[885].

يتكفل منهج القواعد الموضوعية، كما أسلفنا بإعطاء الحلّ مباشرة، فكما يطبق القاضي الداخلي قواعد قانونه الوطني على المنازعات الداخلية مباشرة، فكذلك المحكم الدولي يطبق القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية على منازعات تلك التجارة مباشرة دون أن يكون بينه وبين هذا القانون واسطة، باستثناء بعض القواعد الموضوعية التي لا تطبق مباشرة على المنازعات الخاصة بالتجارة الدّولية إلاّ إذا حدّد مجال سريانها عن طريق تدخل إحدى قواعد الإسناد خاصة تلك القواعد ذات المصدر الوطني، وهو ما جعل الفقه يشك في طبيعتها الموضوعية.

ثانيا – تطبيق القواعد الموضوعية عبر قاعدة الإسناد تشكيك في طبيعتها المادية

دعا البعض إلى التشكيك في سلامة اعتبار القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني- كتلك الواردة في تقنين التجارة الدّولية التشيكي، والقانون التجاري الأمريكي الموحد، وكذا القانون الألماني- الحاملين قواعد موضوعية بحقّ، أم أنّها من قواعد القانون الدّاخلي تتميّز بخاصية الانطباق على العلاقات الخاصة الدّولية [886]، فيتساءل هل تعتبر فعلا قواعد موضوعية دولية بالمعنى المقصود في القانون الدولي الخاص، أم أنّها مجرد قواعد قانونية خاصة في القانون الدّاخلي جرى تعديلها بسبب تطبيقها على الصعيد الدولي[887].

الأصل ومنطق الأمور يقضي أنّ استبعاد قواعد التنازع هو الصّفة المميزة للقواعد الموضوعية، وإذا تم تطبيقها اعتمادا على قاعدة التنازع لم تظهر الصفة المميّزة لهذه القواعد عن غيرها من قواعد القانون الدّاخلي، فالقانون التشيكي والألماني يطبقان كما لو

[885]-**عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص20.

[886]- **عبابنة علاء الدين محمد ذيب**، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان للدراسات العليا، 2004، ص 114.

[887]- **LOUSSOUARN Yvon**, Cours général de droit international privé, R.C.A.D.I 1973-2,292.

كانا كقانون إرادة استنادا إلى قاعدة التنازع، وبالتّالي تجريد هذه النصوص من التطبيق المباشر على عقود التجارة الدّولية المطروحة على القضاء التشيكي.

يتضح من خلال ما سبق، أنّ الكلّ يجمع على فكرة الاختلاف بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج التنازع كان خاصة من حيث كيفية تنظيم الروابط الخاصة الدّولية.

ثالثا- تأكيد طبيعة الأهداف الدّولية للقواعد الموضوعيه رغم مصدرها الدّاخلي

يرد جانب من الفقه، منهم الدكتور "**عبد الحميد عشوش**" [888] ردا على الاتجاه الأوّل بالقول، إنّه ذهب بعيدا في هذا التساؤل، ذلك أنّ هذه القواعد تمّ صياغتها لتلاءم خصوصية العقود الدّولية، ولا يخلّ بذلك أنّها لا تطبق إلاّ عن طريق قاعدة التنازع ، وفي نفس الاتجاه ذهب Goldman Berthold[889].

بالتّالي، يجب عدم المغالاة في اشتراط استبعاد قاعدة التنازع لإضفاء الصّفة الموضوعية على القواعد الموضوعية التشريعية، وأنّ هذه الصفة تعدّ متحققة في التقنينين التشيكي والألماني، وإن تم تطبيقهما استنادا إلى قاعدة التنازع، لأنّ **المعيار** الذي يعتمده هذا الاتجاه هو ضرورة **الاستجابة لاعتبارات التجارة الدّولية**، سواء اعتمد تطبيقها على قاعدة التنازع أم لا، بل أنّ جانبا من الفقه يرفض صراحة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للقانون الدّولي الخاص في دولة القاضي، مؤكدا أنّ شرط تطبيقها على هذا النحو أن يكون قانون هذه الدّولة مختصا بمقتضى قواعده الخاصة بتنازع القوانين[890].

أمّا الجانب الثالث من الفقه، فإنّه يستند إلى مضمون القواعد الموضوعية والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه لكي يقول بوجوب التطبيق المباشر لها أمام القضاء الوطني للدّولة

---

[888] - **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 20.

[889]-Goldman Berthold lui-même affirme, dans ses « Nouvelles réflexions sur lalexmercatoria » que « l'application de la lexmercatoria doit être comme celle de toute autre loi autrement dit, par la régle de conflit » /In:
Alain PELLET, La lexmercatoria, «Tiers ordre juridique » ?, Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public, op, cit, pp 55-56.

[890] - **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص712.

المشرّعة لها، سواء كان قانون القاضي مختصا بحكم النزاع أم لا، بمعنى أنّه مادامت هذه القواعد شرّعت أساسا لتنظيم الروابط الخاصة الدّولية، يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا على العلاقات التي تدخل في نطاق سريانها، مادامت تنتمي إلى النّظام القانوني الذي يتبعه القاضي بصرف النظر عن اختصاص هذا النظام بمقتضى قواعد الإسناد من عدمه.

يستقيم هذا القول حسب البعض ما لم ينص المشرع على غير ذلك صراحة، كما فعل القانون الألماني والتشيكوسلوفاكي، حيث علق تطبيقهما على شرط صريح هو أن يكون قانون القاضي مختصا وفقا لما تشير به قاعدة تنازع القوانين.

قال بعض الفقه بوجوب تطبيقها فورا، وتشبيهها بالقواعد ذات التطبيق الضروري ومن هؤلاء الفقيه البلجيكي Rigaux الذي يقول أنّ القواعد الموضوعية تحدد سريانها قاعدة إسناد مفردة الجانب تشير باختصاص قانون القاضي[891].

يرى في ذات الاتجاه Simon Depitre أنّ القواعد الموضوعية التي تظهر بأنّها خلاف قواعد التنازع العادية يتم تطبيقها بموجب قاعدة إسناد ضمنية تمنح الاختصاص لقانون القاضي.[892]

بهذا المعنى، تظهر القواعد الموضوعية التّشريعية كأسلوب قائم على الاستئثار والانفراد في تنظيم العلاقات التجارية الدّولية، وأنّ الاختلاف الفقهي الذي سببته جعل البعض يدخلها في دائرة منهج آخر في القانون الدّولي الخاص وهو منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، على أن لا نتردد في تحديد الحدود الفاصلة بين المنهجين، حتى وإن اشتركا في المصدر إلاّ أنهما يختلفان، من حيث أنّ الأوّل يأخذ في الاعتبار حاجات التجارة الدولية، أمّا الثاني فهدفه حماية النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الدّاخلي.

[891] الكلرجع نفسه، الهامش رقم 25، مرجع سابق، ص713.

[892]- **DEPITER Simon**, Les *règles matérielles dans le conflit de lois*, op.cit, p. 599.

نخلص أمام الآراء السابقة، إلى أنّ إعمال القواعد الموضوعية في القانون الدّولي الخاص الأجنبي لا يتم تلقائيا وبداهة إلاّ من خلال منهج التنازع، أمّا القواعد الموضوعية التي تنتمي للنّظام القانوني لدولة القاضي فهي التي جرى بشأنها الخلاف الفقهي، بحيث نؤيد ما عبّر عنه الفقيه LOUSSOUARN، بحيث أنّ كل قاعدة قانونية وطنية أعدت لكي تنظم علاقة دولية تعد حسبه قاعدة موضوعية سواء تم تطبيقها بناء على ما تشير به قاعدة إسناد وهو ما أخذ به القانون التشيكي والألماني - كما سنوضحه في العنوان الآتي- أم أنّ هذا التطبيق تم مباشرة أمام القضاء الدّولة المشرعة لها، وهو ما يحصل عادة في القوانين المنظمة للاستثمارات الأجنبية والقواعد الخاصة بمركز الأجانب، وهو ما يأخذ به القضاء بحيث يميل إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي استقر عليها تطبيقا مباشرا وبصفة مستقلة عن منهج تنازع القوانين.

الفرع الثّاني

تأكيد التّشريعات لدور قاعد الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية الوطنية

قد تستقل كل دولة بالتّشريع للروابط الدّولية حينها نكون أمام ما سمّاه الفقه القانوني **بتأميم** أو **توطين القانون**، وهي ظاهرة جاءت عن غير قصد نتيجة حركة التقنين التي قصد المشرعون من ورائها محاولة إيجاد أساس جديد في البحث عن الحلول لمنازعات الروابط الخاصة الدّولية، هذه الحلول التي يعتقد البعض الآخر أنّه يمكن إيجادها في إطار القانون الخاص الدولي الذي يحكم العلاقات التي تتجاوز دائرة الدّولة كفرع من فروع القانون الخاص.

حسم الفقه الغالب الخلاف حول تطبيق القواعد الموضوعية التّشريعية لحاجتها لمنهج قاعدة الإسناد، وذلك بالتأكيد على حق القاضي في تطبيقها تطبيقا مباشرا دون إعمال منهج قاعدة الاسناد **مالم ينص المشرع على غير ذلك صـــــــراحة**، حيث تصدت بعض النظم القانونية لوضع تنظيم مادي شامل للعلاقات الخاصة بالتجارة الدّولية كما

جاء ذلك في تقنين التجارة الدّولية التشيكوسلوفاكي(**أوّلا**) والتقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الألماني(**ثانيا**).

أوّلا- في قانون التجارة الدّولية التشيكوسلوفاكي

يستند تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني إلى قواعد اسناد تقرر نطاق تطبيقها، من ذلك، تقضي المادة 03 من التجارة الدّولية التشيكوسلوفاكي - الذي دخل حيز التنفيذ منذ 1964/04/01- والتي تحدد نطاق سريانه بعدم تطبيق هذه النّصوص إلاّ إذا كان القانون التشيكي مختصا بحكم النزاع، وفقا لقاعدة الإسناد التشيكية، أي القانون الدولي الخاص التشيكي، أو إذا اختار الأطراف صراحة القانون التشيكوسلوفاكي، أو إذا عيّنوا القانون المدني التشيكوسلوفاكي بوصفه الواجب التطبيق على عقدهم[893]، أي على أساس قانون الاستقلالية كما عبّر عن ذلك الدكتور "**محند اسعاد**"[894].

يبدوا واضحا، من نص المادة أنّ الحالات التي يتم فيها تطبيق القواعد الموضوعية بسند من قاعدة الإسناد، فيتم ذلك دون إعمال آلية منهج قواعد التنازع، من ذلك التكييف والإحالة، إعمال موانع التطبيق في قانون القاضي[895].

ثانيا- في قانون العقود الاقتصادية الدولية الألماني

أخذ القانون الألماني الصادر في 1976/02/05، بنفس اتجاه القانون التشيكوسلوفاكي، ففي الإطار ذاته تقرر المادة 01 منه أنّ: " القانون الحالي يطبق على العقود الاقتصادية الدّولية وعلى الرّوابط القانونية ذات الصلة بها، إذا اتفق الأطراف على اخضاعها لقانون جمهورية ألمانية الديمقراطية، **أو إذا أحالت إلى هذا القانون قواعد**

---

[893]- تنص المادة على ما يلي:

" Si, conformément au droit international privé, la législation tchécoslovaque est applicable, notamment si les personnes intéressées choisissent la loi tchécoslovaque ou si elles désignent le droit civil tchécoslovaque comme applicable au règlement d'un rapport juridique ».

- عن: **أحمدعبد الكريم سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، هامش رقم 44، ص 407.

[894]- **إسعاد محند**، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 120.

[895]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص422.

التنازع واجبة التطبيق"[896]، وبالتّالي نستنتج أنّ الأصول الدّاخلية للنّصين تحدّ من مجال تطبيقهما.

كما هو واضح، أنّه يشترط لتطبيق القواعد الموضوعية في كلا من التشريعين السابقين، أن تتسم الرابطة العقدية المطروحة أما القضاء التشيكي والألماني بالصفة الدولية، وأن يكون القانون التشيكي والألماني على حسب الأحوال هو الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد، وبهذا جعلت قاعدة الإسناد مبررا لتطبيقها، ولعل أهداف المشرعين في سنها هو تخطي أزمة منهج تنازع القوانين وآلياته المعقدة، وكذا عدم ملائمة القوانين الوطنية نتيجة إعمال هذا الأخير.

[896] - أشار إليه:**عبد الكريم أحمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، هامش رقم43، ص 406.

- « La présente loi s'applique aux contrats économiques internationaux et aux rapports juridiques qui s'y rattachent si les parties ont convenu de les soumettre au droit de la République Démocratique Allemande ou siles règles de conflit applicables renvoient à ce droit ».

المطلب الثاني

دور قاعدة الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدرالإتفاقي

يحظى منهج التنازع باهتمام كبير في تطبيق القواعد الموضوعية التي تتضمنها الاتفاقيات الدّولية، فقد تلجأ بعض الاتفاقيات إلى استخدام قواعد تنازع تحدد نطاق تطبيقها، وهو ما أشارنا إليه فيما يتعلق ببعض القونين الوطنية المعدة خصيصا لحكم العلاقات التجارة الدّولية(**الفرع الأول**)، وسنحدد من جهة أخرى دور اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية التي تتضمنها الاتفاقيات الدّولية وتحديد طبيعة هذا الاختيار بين التنازعي والمادي(**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

حالات تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدرالإتفاقي

يخضع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية إلى ما تقرره قواعد التنازع لدى المحكمة التي تنظر النزاع، ***متى كانت هذه المحكمة تابعة لدولة غير متعاقدة***، فيلجأ القاضي في الدول غير الأطراف في معاهدات القانون الموحد إلى تطبيق أحكام المعاهدة بعد إعمال قواعد التنازع في قانونه لتحديد القانون المختص، وقد يكون هذا القانون المختص هو قانون دولة متعاقدة، فيكون على القاضي في هذا الفرض أن يطبق أحكام تلك المعاهدة[897]، وعليه سنحاول تحديد طرق تطبيق هذه الاتفاقيات بحسب أنواعها أمام قضاء دولة غير متعاقدة(**أولا**) أو تطبيقها على علاقات ينتمي أطرافها لدولة متعاقدة (**ثانيا**) وفي الأخير سنتناول تطبيق الأحكام الاتفاقية على علاقات غير مركزة في دول متعاقدة (**ثالثا**).

[897] - **ياقوت محمود محمد**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجـــع سـابق، ص 307.

أوّلا – تطبيق أحكام الاتفاقية أمام قضاء دولة غير متعاقدة بناء على قاعدة الإسناد

قد يطرح نزاع أمام قضاء دولة غير متعاقدة، وفي هذا الفرض، لا يطبق القاضي أحكام الاتفاقية، باعتبارها لا تشكل جزء من نظامه القانوني، وإنما سيلجأ إلى إعمال قواعد الإسناد في قانونه لتحديد القانون المختص، وحينها يمكن أن يكون القانون الذي تشير إليه، هو قانون دولة منضمة للمعاهدة، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق أحكامها أمام قضاء دولة غير متعاقدة.

الجدير بالذكر، أنّه قد تكون أحكام الاتفاقية مقررة لحكم علاقات **سواء** كانت وطنية **داخلية** أم **دولية**، واتفاقيات أخرى تحكم فقط العلاقات الدّولية.

1-الاتفاقيات المتضمنة قواعد متصلة بالعلاقات الدّاخلية والدّولية

تأخذ هذه الاتفاقيات شكل قانون واحد ينظّم موضـــــــوع معين من موضوعات القانون، بحيث يعدّ ذلك قانونا موحدا أو مشتركا بين الدّول الأطراف يسري داخلها ويحلّ محل تشريعها الوطني بالنسبة لذلك الموضوع، ويحكم هذا القانون **العلاقات** المتّصلة به **سواء** كانت وطنية **داخلية** أم **دولية** وسواء تعلقت بإحدى الدّول المتعاقدة أو غير المتعاقدة، لذلك يصدق عليها تعبير قانون موحد، حيث يطبق هذا النّوع من القواعد بغض النظر عن الأنظمة القانونية الأجنبية التي قد تكون على صلة بالقضية، سواء كانت هذه الأنظمة تعود **لدول متعاهدة** أم **غير متعاهدة**[898]،

المثال البارز على هذا النّوع من القواعد الموحدة اتفاقيات جنيف المتعلقة الشيكات والسندات الإذنية لعام 1930، وكذلك بشأن الشيكات لعام 1931[899].

إلاّ أنّ العمل بهذه الطريقة لحل تنازع القوانين منتقدة على أساس وجود استحالة مادية في أنّ قانونا واحد يكون واجب التطبيق بواسطة القاضي المختص أيا كان أطراف

[898]- **MAYER Pierre**, *L'application par l'arbitre des conventions international de droit privé*, op, cit, p 280.
[899]- **BAUER Huber**, *Les traités et les règles de droit international privé matériel*, op, cit, p. 549.

الدعوى، ولو كانت الرابطة القانونية تهم مقيمين أو وطنيين لبلدان لا تملك هذا القانون الموحد[900]، وكأنّ هذا النقد يرفض أن يحكم القانون الموحد جميع العلاقات القانونية المتصلة به، إذ يمكن أن يحكم على أقل تقدير العلاقات التي ينتمي أطرافها إلى الدول الأطراف في الاتفاقية الحاملة للقانون الموحد[901].

ينطلق الانتقاد الثّاني من الأوّل ويتعلق بالاختصاص الكامل للقانون الموحد ورفض تطبيقه على جميع أطراف العلاقة[902]، حيث أنّ استبدال قواعد التنازع بقواعد القانون الدّولي الخاص المادي واجب التطبيق ليست وسيلة مقبولة لحلّ تنازع القوانين وتنازع المناهج، لأنّ من شأن هذا المنهج أن يحرم عدالة المناهج القانونية الأخرى من الظهور، ويضيف البعض بالقول أنّ القواعد الموضوعية التي تقررها معاهدة دولية ليست إلاّ محصلة التوفيق بين مصالح أطراف تلك المعاهدة وهي مصالح قد تتباين بطريقة جوهرية، بحيث يصعب إن لم يكن من المستحيل التوفيق فيها من خلال القواعد الموضوعية[903].

2-الاتفاقيات المتضمنة قواعد متصلة فقط بالعلاقات الدّولية

تشكّل هذه الاتفاقيات تلك التي تضع قواعد موحدة تحكم فقط **القضايا** ذات الطبيعة **الدولية**، وتطبق قواعدها على القضايا الدولية سواء كانت متركزة أو مرتبطة بنظام قانوني لدولة **متعاقدة** أو **غير متعاقدة**، إذ يشير الفقه في هذا الصدد إلى اتفاقيتي لاهاي للبيع الدّولي للمنقول 1964، وهو ما يمكن أن نستشفه من تعريف الاتفاقية لعقد البيع الدولي مقررة بأنّه عقد يتم بين طرفين يقيمان على أقاليم دول مختلفة، وأردفت أنّ ذلك لا يكفي لإضفاء الطبيعة الدولية على العقد ما لم تتضافر معه أحد الحالات الآتية:

---

[900]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 337.

[901]- ياقوت محمود محمد، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية(دراسة تحليلية مقارنة)، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 32.

[902]- **المؤيد محمد عبد الله محمد**، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات ذات الـــطابع الدولي، مرجع سابق، ص 338.

[903]-**عبابنة علاء الدين محمد ذيب**، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني المقـــــارن، مرجع سابق، ص 148.

عندما ينتقل الشيء محل العقد وقت إبرامه من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى، وعندما يتم التعبير عن الإيجاب والقبول في أقاليم دول مختلفة[904].

كما نجد المادة 3/1 منها تقضي بأنّ: "**تطبيق القانون الحالي لا يعتمد على جنسية الأطراف**"، ولهذا فقد وصفها الفقيه الفرنسي Loussouan بالإمبريالية القانونية، لأنّ أثرها يلغي أي تنازع القوانين ويزيد من فعالية الاتفاقية على مستوى التوحيد، وتجعل من قواعدها قانون ماديا مفروضا أو ذا نطاق عالمي[905].

ثانيا -تطبيق القواعد الاتفاقية على علاقات ينتمي أطرافها لدولة متعاقدة

تشكل هذه الاتفاقيات قواعد موضوعية موحدة تحكم موضوع معيّن من موضوعات القانون وتنظمه تنظيما مباشرا بما يفي حاجات العلاقات الخاصة الدّولية، فتهدف إلى استبعاد قواعد الإسناد في هذا النّوع من العلاقات عندما تظهر بين الدّول المتعاقدة، فهي تستجيب في مضمونها وأهدافها لطبيعة المراكز القانونية المعنية المتضمنة لعنصر أجنبي ولا تنطبق إلاّ بشأنها فهي قواعد تضاف إلى القواعد الوطنية الموجودة سابقا.

نجد من بين الاتفاقيات التي تطبق على هذا النّحو، "اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدّولي للبضائع"، المعروفة تحت تسمية اتفاقية فينا لعام 1980، حيث تنص المادة 01 منها في فقرتها 1/ أ: "***تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة:***

أ- ***عندما تكون هذه الدول متعاقدة أو ...***"[906].

تختلف قواعد هذا النّوع من الاتفاقيات عن قواعد النّوع الأوّل لأنّها تخضع لقيدين الأوّل يكمن في أنّها **لا تطبق إلاّ على القضايا الدّولية دون الدّاخلية** بمعنى أن المراكز

[904]-**BAUER Huber**, les traités et les règles de droit international privé matériel, op, cit, p 550.
[905]- **LOUSOUAN YVON**, Cours général de droit international privé, R C A D I, 1972-2 p 297.
[906]- اتفاقية فينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، المبرمة في فينا في 11 أفريل 1980.
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

القانونية الداخلية تبقى محكومة بالقانون الدّاخلي، أمّا القيد الثاني، فيتعلق بالطبيعة الدّولية للقضايا التي يحكمها القانون الموحد التي تستنبط من **ارتباطها بنظام قانوني لدولة متعاقدة**، بمعنى أنّ المراكز القانونية الخاصة الدولية التي تنشأ مع الدول غير المتعاقدة تبقى مجالا لقواعد الإسناد[907].

كما تعدّ من الاتفاقيات التي تشكّل مصدرا للقواعد الموضوعية في القانون الدّولي الخاص، كل من اتفاقية "وارسو" لسنة 1929 بتعديلاتها المتعاقبة في شأن النقل الجوي، واتفاقية "بروكسل" لسنة 1924 الخاصة بتوحيد سندات الشحن والمعدّلة جزئيا ببروتوكول سنة 1968، حيث تتضمن هذه الاتفاقيات قواعد موضوعية وضعت خصيصا لتنظيم عقود النقل، ولا تنطبق أمام قضاء الدول المتعاهدة إلاّ على العقود التي تتسم بالصفة الدّولية[908].

حيث أنّ من شروط إعمال الاتفاقيات السابقة بالإضافة إلى تحقق معيار الدّولية في الروابط التي تخضع لها، يجب كذلك أن يكمّل هذا الشرط بشرط آخر هو ضرورة أن تتّصل الرابطة العقدية محل النزاع بدولة متعاقدة أو أكثر.

تشترط اتفاقية وارسو للنقل الجوي لعام 1929 لانطباق أحكامها على عقد النقل أن تكون محطة القيام ومحطة الوصول كائنتين في دولتين متعاقدتين، نجد اتفاقية هامبورج قد اشترطت أن يكون ميناء الشحن أو ميناء التفريغ واقعا في دولة متعاهدة، أو أن يكون سند الشحن صادرا من احدى الدول المتعاقدة.

[907]-**DERAINS Yves, GHESTIN Jaques**, « La convention de vienne sur la vente international et les incoterms », Rev, Crit. *D.I.P*, 1990, p.860.

[908]- **ياقوت محمود محمد**، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 33.

الربط بين المعاهدة ومعايير تركيزها في إحدى الدول المتعاهدة على هذا النحو هي مسألة لا شأن لها بالضرورة بمعيار دولية العقد كشرط جوهري من شروط تطبيق المعاهدة[909].

ثالثا- تطبيق أحكام الاتفاقية على علاقات غير مركزة في دول متعاقدة

تعتمد هذه الاتفاقيات على منهج التنازع بهدف مدّ نطاق تطبيق قواعدها على علاقات لم يتم تركيزها في دول متعاقدة، وفي هذا الاتجاه تقرر **المادة 01** من اتفاقية فينا لعام 1980 في الفقرة 1/ ب التي تنص على أنّ: "***تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، ... ، عندما تؤدي قواعد القانون الدّولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة***"[910].

تقرر في المعنى ذاته المادة 3 /1/ب من اتفاقية أوتاوا للإيجار التمويلي لسنة 1988، تطبيق أحكامها حينما يكون للمؤجر والمستأجر محلا للأعمال في دول مختلفة، متى كان كلا من عقد البيع وعقد الايجار محكومين بقانون دولة متعاقدة.

يسري على الاتفاقيات الأخرى التي لا تتضمن مثل هذا النّص عليها الـــحكم ذاته، وهو تطبيق أحكامها بناء على ما تقرره قاعدة التنازع في دولة القاضي الذي ينظر النزاع، إذا أشار إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

باستقراء المادة 1/1 من اتفاقية فينا ببنديها(أ وب)، نلاحظ أنّهما يعملان في مجالات مختلفة، ولتحقيق أغراض مختلفة، فإذا كانت الفقرة 1/أ تلغي تنـــازع القوانين، فإنّ الفقرة 1/ب تعمل على تحقيق هدف متميز تمدّ فيه نطاق تطبيق الاتفاقية ولكن هذا الهدف ما هو إلا جانبي للغرض الأساسي وهو حلول الاتفاقية محلّ القوانين الوطنية للدّول المتعاقدة.

---

[909]- **ياقوت محمود محمد**، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ، خاصة الهامش رقم 3، ص 35.

[910]- Voir : **DIESSE François**, « Travaux des organisations internationales (droit du commerce international) jurisprudence relative au texte de la J. CNUDCI », RDAI/ IBLJ, N° 1, 2001 ,p. 99.

المتأمل لقضاء التحكيم الدّولي يجد أنّ اتفاقية فيينا لسنة 1980 تطبق في ثلاثة حالات وهي:

-عندما تكون المعاهدة واجبة التطبيق لمجرد اتفاق الأطراف صـــــراحة على ذلك، وبغض النّظر عن مدى نفاذها الدّولي في دول الأطراف[911].

- عندما تكون المعاهدة واجبة التطبيق لاندماجها في القانون الدّاخلي المختار.

- عندما يطبق المحكم المعاهدة من تلقاء نفسه، بالرّغم من عدم نفاذها في دول الأطراف، وذلك لمجرد كونها تجسد أعراف التجارة الدّولية في المجال الذي تعمل فيه[912].

نستنتج ممّا سبق، أنّ الواقع الدّولي يقضي أنّ عمليات التوحيد القانوني للقواعد الموضوعية عبر الاتفاقيات الدّولية تعد وسيلة ممكنة ومفضلة لتحقيق الوضوح واليقين القانوني، وإن كانت تحدّ من نطاق تطبيق منهج التنازع، غير أنّها لم تستبعد نهائيا هذا المنهج الذي يظلّ يحتفظ بدوره سواء بالنسبة لتحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعية، حيث تقضي مثلا المادة 02 من معاهدة لاهاي لعام 1964 بأنّ استبعاد قواعد التنازع يتم بقصد تطبيق تلك المعاهدة ما لم تنص هذه القواعد على خلاف ذلك.

يفهم من المادة 02، عدم تطبيق هذا النّص إلاّ إذا كان النّزاع خاص بإبرام أو تنفيذ عقد تنظره محكمة دولة متعاقدة، وفي حالة تعدد المعاهدات الموحدة دون تحديد نطاق تطبيقها نعود لمنهج التنازع لإعمال عملية التكييف وفقا لقانون القاضي، وقد نلجأ للمنهج التقليدي كذلك بمناسبة تفسير قاعدة موضوعية موحدة[913].

---

[911]-وهو ما سنشير إليه في العناوين اللاحقة.

[912]-راجع: **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 405.

[913]- **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 30.

- كذلك: **عكاشة محمد عبد العال**، قانون العمليات المصرفية الدوليـة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندريـة، 1994، ص 371.

أمّا بالنّسبة لاتفاقيات النّوع الثاني والتي تقرر قواعد موضوعية يقتصر تطبيقها على الروابط القانونية المبرمة بين أطراف الدّول المتعاقدة والتي تتعلق فقط بالروابط الدّولية دون الداخلية، فلا شك أنّ هذه هي التي تؤدي فعلا إلى إلغاء تنازع القوانين، لأنّها تنشئ فعلا قانونا خاصا دوليا يطبق على الرّوابط الدّولية المتصلة بالدّول المتعاقدة، وبالتالي يتم استبعاد القوانين الدّاخلية لتطبق على الرّوابط الدّاخلية، أو الدّولية عندما تشير إليها قاعدة الإسناد الموجودة في أنظمة الدّول غير المتعاقدة.

هكذا نستنتج، أنّ قواعد النّوع الأوّل تهدف إلى توحيد القانون الموضوعي الدّاخلي، أمّا قواعد اتفاقيات النّوع الثاني هدفها توحيد القواعد الخاصة بالعلاقات الدّولية بين الدول المتعاقدة عكس الأولى التي يمتد أثرها حتى للدول غير المتعاقدة.

أمّا اتفاقيات النّوع الثالث فهي تضع قواعد موضوعية في القانون الدّولي الخاص كما هو الأمر بالنسبة لاتفاقيتي لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للبضائع وإبرام عقود البيع، والتي تطبق أحكامها من قبل محاكم الدّول الأعضاء دون أن يكون هناك مجال لتنازع القوانين، وهي قواعد تطبق كذلك على نزاع قائم بين أطراف من دول حتى ولو كانت غير متعاقدة، لأنّه يكفي أن تكون دولة القاضي متعاقدة، ما لم ينص على خلاف ذلك، وهذا استثناء يتعلق لا محال بمحاكم الدّول غير المتعاقدة التي تطبق قانونها بما في ذلك قواعد التنازع ما دام أنّها لم تنظم للاتفاقـــية وأنّ النّزاع معروض على محاكمها، ومن أهم الانتقادات الموجهة لهذا النّوع هو بقاء قانون القاضي واجب التطبيق دائما متى كانت دولته منظمة للاتفاقية.

أصبحت الإتفاقيات الدّولية في مجال العقود الدّولية بالنّظر إلى أهميتها تتصدر بدلا من العرف قائمة مصادر القانون الدّولي، فتطوّر دورها مواكبا تطور المجتمع الدّولي الذي لم يعد مجتمع الدّول الأوروبية فحسب، ولم يعد قائما على فكرة التعايش، وإنّما ظهرت مشكلات وحاجات ومصالح مشتركة اقتضت تضافر الجهود وهنا يظهر دور الاتفاقيات الدولية التي تعدّ وسيلة من شأنها تقييد تصرفات الدّول كل في مواجهة الأخرى عن طريق

إرساء الحقوق والالتزامات المتبادلة بينها، ولم يعد دورها قاصرا على اعتبارها وسيلة للتوصل للحلول في مجال العلاقات الدولية بل أصبحت تهتم بأمور لها علاقة مصيرية بالتنمية ومستقبل الشعوب.

الفرع الثّاني

بين الاختيار المادي والتنازعي للقواعد الموضوعية الاتفاقيات

نكون في بعض الحالات أمام فروض لا تتحقق فيها شروط تطبيق المعاهدة بالنظر لتخلف المعيار الذي تتطلبه لتركيز الرابطة العقدية في إحدى الـــــدول المتعاقدة، فإنّ القاضي وإن كان لا يملك في هذا الفرض إعمال أحكام المعاهدة إعمالا مباشرا، إلاّ أنّه يستطيع مع ذلك تطبيق أحكامها المادية من خلال منهج التنازع فيما لو اختار المتعاقدان هذه الأحكام بوصفها قانونا للعقد.

غير أنّ موضوع اختيار الأطراف للقواعد الاتفاقية يثير نوعـــا من الجدل الفقهي، بشأن مسائل معينة كاختيار الأطراف الاتفاقيات الدّولية بوصفها نظام قانوني واجب التطبيق، وفيما إذا كان هذا الاختيار يغني في ذاته عن تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق، وعليه فستكون دراستنا لهذا الجدل من خلال دراسة موضوع الاختيار التنازعي لأحكام الاتفاقيات الدّولية(**أولا**) ثمّ الاختيار المادي لأحكام الاتفاقيات الدّولية(**ثانيا**) لحكم المسائل التي لم يرد بشأنها نص في الاتفاقيات الدّولية (**ثالثا**) لننهي تحليل الفرع بالتطرق لحدود التداخل بين القواعد الموضوعية الوطنية والقواعد الموضوعية الاتفاقية(**رابعا**)

أوّلا – الاختيار التنازعي لأحكام الاتفاقيات الدّولية

يبدو لأوّل وهلة، أنّ اختيار الأطراف لأحكام الاتفاقيات الدّولية، يعتبر اختيارا يتجاوز المفاهيم التقليدية في القانون الدّولي الخاص التي توجب أن يكون القانون المختار قانونا داخليا لدولة ما، خاصة في الفرض الذي لا تتوفر فيه شروط تركيز الاتفاقية، إلاّ أنّ جانبا من الفقه استند إلى بعض الاتفاقيات المتعلقة بالقانون البحري، واستقبالها في

النّظم الوطنية، وتوسيع نطاقها ليس فقط على العلاقات الدولية، بل وعلى العلاقات الداخلية لكي يقول بجواز اختيار المتعاقدين لأحكام المعاهدات اختيارا تنازعيا بوصفها قانونا للعقد.

نجد من بين الأمثلة على هذا النّوع من الاتفاقيات، اتفاقية بروكسل لسندات الشحن لسنة 1924، والتي تبنتها العديد من النّظم القانونية الدآخلية، كالقانون الانجليزي، الذي يسمح بتطبيق أحكامها على عقود النقل الداخلي إسوة بسريانها المباشر على عقود النقل الدّولي، فإن كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الإنجليزي أو غيره من القوانين

الداخلية على عقود النقل الدولي،عملا بالمبادئ التقليدية في تنازع القوانين، فلم يعد هناك ما يمنعهم من اختيار أحكام المعاهدة التي تتطابق هذه القوانين مع مضمونها.[914]

لقد ذهبت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد، في حكمها الصادر في 11 فيفري 1980، بمناسبة سندات الشحن التي لم تتوفر في شأنها شروط تطبيق معاهدة بروكسل لسنة 1924، حيث قررّت أنّه: "**من الجائز في عقد النقل إذا كان سند الشحن لا يخضع للمعاهدة طبقا للشروط التي أوردتها المادة 10 منها أن يتفقا فيه على خضوعه لها بتضمينه " شرط با رامونت" أو ما يسمى " بالشرط الجوهري"**[915].

تكون بهذا محكمة النقض المصرية قد أرست مبدأ قانونيا هاما، يخول أطراف التعاقد إمكانية اختيار أحكام الاتفاقيات الدّولية إختيارا تنازعيا، باعتبارها قانونا للعقد وعليه، يتأكد لنا أن الاختيار التنازعي للاتفاقيات الدولية بوصفها قانونا للعقد لا يخرج كما قال البعض عن المفاهيم التقليدية في القانون الدّولي الخاص، وما قد يؤدّي إليه هذا

[914]-**هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص749.

[915]- عن: **ياقوت محمود محمد**، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 37-38.

- كذلك: **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحـــــــمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 174.

التفسير إلى وجود عقد بلا قانون وطني يحكمه، بل أنّه ليس إلا تطبيقا لتلك المفاهيم، باعتبار، أن الاتفاقيات المقررة لقواعد موضوعية تعد كقانون يسود في الدّول المتعاهدة، وأنّ اختيار الأطراف على هذا النحو يتطابق مع اختيارهم لقانون داخلي لإحدى هذه الدّول[916].

قد نكون في بعض الحالات أمام اتفاقيات دولية، تأخذ قواعدها وصف القواعد الداخلية، وفي حالات أخرى تأخذ وصف القواعد الدولية، نذكر مثلا أن تطبيق معاهدة " فيينا" لعام 1980 بالاستناد إلى اتفاق الأطراف قد يتم بوصفها " قواعد قانونية داخلية" أو" قواعد عبر دولية".

- فهي تنطبق بالصفة الأولى، إذا كانت تتمتع بالنفاذ في دول الأطراف

- وتنطبق بالصفة الثانية إذا لم تكن قد استوفت شروط ذلك النفاذ من منظور ظروف النزاع كأن يكون الأطراف من دول غير متعاقدة.

- وقد تنطبق بعض قواعد المعاهدة بوصفها " قواعد قانونية داخلية " في حين ينطبق البعض الآخر بوصفها " قواعد عبر دولية"، كما هو في حالة اختيار الأطراف تطبيق المعاهدة وتكون دول أطراف العقد قد تمسكت بالتحفظات التي نصت عليها المعاهدة في شأن عدم نفاذ بعض أجزائها.

ما تجدر إليه الإشارة، هو أنّ إعمال أحكام الاتفاقيات الدولية على نحـــو الاختيار التنازعي، لا يمنع من تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري النافذة في الدول ذات الصلة بالنزاع، فقواعد التنازع تتحصن إذا عند حدود تلك القواعد التي تطبق أيا كان القانون الواجب التطبيق[917].

[916]- أنظر: **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 406.

[917]- **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 406.

ثانيا– الاختيار المادي لأحكام الاتفاقيات الدّولية

إذا افترضنا اتفاق الأطراف على تطبيق أحكام اتفاقية معينة، وحدث وأن طرح النّزاع أمام قضاء دولة متعاهدة، فيذهب قضاء هذه الأخيرة إلى تطبيق أحكامها تطبيقا مباشرا دون حاجة لمنهج التنازع، طالما توفّرت الشروط التي تتطلبها الاتفاقية لسريان أحكامها المادية.

في هذا الفرض حتى ولو اختار المتعاقدان قانون دولة معينة، فإنّ هذا لا يحول دون خضوع العقد للقواعد الآمرة التي تتضمنها المعاهدة، بحيث لا يحق للقاضي تطبيق القانون المختار أو قانون الإرادة، إلاّ في شأن المسائل المسكوت عن تنظيمها في المعاهدة- ما لم تحتوي المعاهدة قاعدة اسناد أخرى واجبة الاتباع في هذه الحالة- أو في صدد تلك التي تتمتع بالطابع التكميلي بما يسمح للمتعاقدين بمخالفتها، وفي هذه الحالة الأخيرة يعتبر اختيار المتعاقدين مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه الأحكام المختارة منزلة الشروط العقدية التي تملك مخالفة القواعد المكملة في المعاهدة[918].

هكذا نخلص، إلى أنّ طبيعة القواعد الموضوعية التي تتضمنها الاتفاقيات الدّولية، وباعتبارها وضعت أصلا لحكم التجارة الدولية، فإن هذا، يقضي تغليبها على القوانين الداخلية التي تتزاحم لحكم الرّابطة العقدية، وتطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لمنهج التنازع، باعتبارها تشكل جزء من قانون القاضي.

ثالثا- حكم المسائل التي لم يرد بشأنها نص في الاتفاقيات الدّولية

نشير إلى أنّ اختيار الأطراف سواء توّجه نحو الاتفاقية، أو من خلال قانون وطني لدولة متعاهدة، فقد نكون أما فروض لم ترد بشأنها قواعد موضوعية، فتتصدى أحكام الاتفاقية نفسها لمثل هذه الفروض وتبين طريقة تسويتها.

[918]-**هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص750.

يتم سدُّ النقص إمّا بالنّص على تطبيق المبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقيات ذاتها، أو تحديد القانون المختص وفق قاعدة التنازع السارية لدى المحكمة المختصة بالنّظر في النزاع، ممّا يوجب الّرجوع في شأن تلك المسائل إلى القانون الوطني الواجب التطبيق بمقتضى ضوابط الاسناد الاحتياطية لدى المحكمة على اعتبار الاتفاقية أحالت لتطبيق أحكام القانون الدولي الخاص.

1-سدّ النّقص عن طريق المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقيات ذاتها

عالجت اتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدّولي للبضائع مشكلة النّقص في النّصوص في المادتين 02 و17، وقد استبعدت المادة 02 صراحة قواعد القانون الدّولي الخاص من التّطبيق على المسائل التي لم تحسمها، وهذا يعنى أنّه لا يجوز للقاضي أو المحكّم الذي ينظر نزاعا يتعلق بعقد بيع يخضع لأحكام اتفاقية لاهاي 1964 أن يسدَّ النّقص في نصوصها عن طريق تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدّولي الخاص.

أما المادة 17 من الاتفاقية فقد أوجبت سدّ هذا النقص عن طريق تطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها، حيث تنص على أنّ: "***المسائل المتعلقة بالموضوعات التي شملها القانون الموحد ولا يوجد فيه نص صريح يحسمها ويقضى فيها على ضوء المبادئ العامة التي يقوم عليها***".

نستنتج من النّصين، أنّ هناك إبعاد لنصوص القوانين الوطنية من التّطبيق على المسائل التي أغفلت الاتفاقية تنظيمها، والبحث عن الحلّ في نصوص الاتفاقية ذاتها عن طريق استخلاص المبادئ العامة التي تقوم عليها دون الرجوع للقوانين الوطنية.

انتقد الحلّ الذي أخذت به الاتفاقية من حيث استبعاد قواعد القانون الدّولي الخاص من التّطبيق، ومعنى ذلك أنّه لا يجوز للقاضي أن يسد النّقص في نصوص الاتفاقية عن طريق تطبيق القانون الوطني الذى تحدده قواعد القانون الدّولي الخاص.

يؤكّد ذلك نص المادة 17 من الاتفاقية التي اقتصرت في علاجها لمشكلة سد النقص في النصوص على تطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية، وهذا يعنى أنّ القاضي أو المحكّم إذا لم يجد ما يسعفه في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية لا يمكنه سد النقص عن طريق تطبيق القانون الوطني الذى تحدده قواعد القانون الدّولي الخاص، لأنّ المادة 2 من الاتفاقية سدّت هذا الطريق، كما أنّ الاتفاقية لم تضع تصورا لعلاج مشكلة سدّ النقص إذا لم يجد القاضي أو المحكم في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية.

ذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى استكمال النّقص في نصوص الاتفاقية في هذه الحالة الأخيرة عن طريق تطبيق القواعد والمبادئ القانونية السائدة في أكثر الدّول الأطراف في الاتفاقية [919].

تصدت كذلك، أحكام اتفاقية فينا للبيع الدّولي للبضائع لسنة 1980 لمسألة سد النقص في نصوصها في المادة 2/7 منها التي تنص على أنّ: " ***المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية ...*** "[920].

أخذت هذه الإتفاقية بمجموعة من المبادئ العامة وهي:

- **مبدأ الدّولية والحفاظ على التوحيد**: الهدف الذي اتبعته الاتفاقية هو إزالة العوائق التي تحول دون سيولة إبرام العقود التي بموجبها يتم تبادل السلع بين الدول المتمثلة بعقود البيع، وأن الاتفاقية قصرت نطاقها على البيوع الوطنية التي تركتها لسلطات القوانين الوطنية.

- **مبدأ مراعاة حسن النّية**: وقد أكدت المادة 1/07 على هذا المبدأ كمبدأ اخلاقي دون إعطاءه معنى قانوني خاص كعدم العلم بواقعة ما أو عدم التواطؤ للإضرار بالغير،

[919] - **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع السابق، ص 29.

[920] - على الموقع :

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

فالمعنى المقصود هو انصرافه إلى الالتزام بالأصول الحميدة في المعـــاملات التجارية الشريفة.

اختلف الفقه في تحديد دور حسن النية في ذلك، فيرى جانب ممن أيّدته أحكام القضاء أنّ الاتفاقية لم تنص على حسن النّية إلاّ بوصفه قاعدة من قـــــواعد التّفسير، بينما ذهب فريق آخر إلى أنّ حسن النّية لا يقتصر على تفسير نصوص الاتفاقية بل يعدّ قاعدة أصولية تقوم عليها فلسفة الاتفاقية، فيقع على الأطراف حسن السلوك في المعاملة سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه[921].

يعترف الأستاذ شفيق محسن بخطورة التّفسير حيث يقول إنه قد تكللت الجهود لوضع قانون موحد في مسألة معينة بالنجاح، ثم لا تلبث الاختلافـــــــــات تتسرب إليه، بسبب اختلاف المحاكم في تفسير نصوصه، الأمر الذي يفسد التوحيد ويضيـــــــع نفعه، دون أن يجد محكمة دولية عليا تقطع فيما اختلف فيه وتعيد إلى النّصوص وحدتها، وإنشاء مثل هذه المحكمة أمر مرغوب فيه ولكنه عسير المنال[922].

- **مبدأ احترام ارادة المتعاقدين**: لاهمية هذا المبدأ أكدته في مجموعة من المواد منها المادة 06، المادة: " يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الإتفاقية، كما يجـــوز لهما، فيما عدا الاحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره". لم تلزم الاتفاقية المتعاملين بالالتزام بأحكامها وتركت لهم حرية في اختيار قواعد من مصادر أخرى كالعقود النموذجية أو الشروط العامة أو قانون وطني معين فأغلب نصوص الاتفاقية هي نصوص تفسيرية فيما عدا مادة واحدة هي المادة 12 المتعلقة بموضوع الكتابة.

[921]- أنظر في استعراض هذا الخلاف الفقهي: **الصغيرحسام الدين عبد الغاني** ، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص 114.

[922]- **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع السابق، ص ص 48- 49.

- **مبدأ الالتزام بالعرف**: حيث يحتل أهمية في التجارة الدولية حتى صار التزام التجار به أمرا مفترضا لا حاجة للنص عليه في العقد وأكدت الاتفاقية على هذه الأهمية فجعلت العرف غير المنصوص عليه في العقد هو ما اتجهت الارادة إلى الالتزام به في حالة خلو العقد.

- **مبدأ ترجيح الضوابط المادية**: وتتضمن الاتفاقية نصوصا كثيرة في هذا الاتجاه كالمادة 2/9، والتي تنص على أن " يلتزم الطرفان بتطبيق الأعراف التي اتفقا عليها... ويفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا... كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به..."[923]، وإثبات هذا العلم يكون إما بأدلة مادية وكما أدلة افتراضية.

- **مبدأ التوازن بين طرفي البيع**: لم تفصل الاتفاقية مصلحة طرف على طرف آخر فما من التزام على البائع إلا يقابله التزام على المشتري والعكس صحيح هكذا تسهم الاتفاقية بهذا النهج في بناء النظام الاقتصادي الدولي الجديد.

- **مبدأ الاقتصاد في فسخ العقد**: حتى وإن أخذت الاتفاقية بالفسخ إلا أنها لا تشجعه لأن آثاره مضرة بالتجارة وبالمتعاملين لاسيما أن العقد المراد فسخه لم يبرم إلا بعد مفاوضات ونفقات واتخاذ إجراءات إدارية وغيرها وإن إرجاع البضاعة ليس بالسهل وقد يؤدي إلى هلاكها لذا حدّت الاتفاقية من حالات الفسخ ووضعت الحلول القانونية لإنقاذ العقد من الفسخ.

- **مبدأ المبادرة إلى إزالة المراكز القلقة**: إن الثقة بين المعاملين وقدرتهما على التنفيذ هي من أسس التجارة الدولية فإن حدث قلق لدى أي منهما أثناء ذلك وحصل ما يبرر القلق لعدم القدرة على التنفيذ فإنّ الاتفاقية تناولت مثل هذه الحالات.

[923]- راجع النص كاملا على:

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

2-سدّ النّقص عن طريق النّص على تطبيق قواعد القانون الدّولي الخاص

الملاحظ، أنّ اتفاقية فيينا 1980 لم تقف عند حد تطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها لسد النّقص في نصوصها، بل أدركت أنّ هذه المبادئ قد تكون غير كافية كذلك، فقد نكون أمام حالات لا يجد القاضي أو المحكّم ما يستعين به في المبادئ العامة.

لذلك، أضافت اتفاقية فيينا في المادة 7/ 2 حكما جديدا لم يكن له ما يقابل في اتفاقية لاهاي 1964 فقررت أنّه:"...***وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، يسري القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدّولي الخاص***"[924].

يشترط لتطبيق قواعد سد النّقص في النّصوص التي نصت عليها المادة 2/7 من الاتفاقية، أن يتّصل النّقص بمسألة متعلقة بالموضوعات التي تتناولها الاتفاقية ولم تحسمها نصوصها، وألاّ يتعلق النّقص بمسألة من المسائل المستبعدة من مجال تطبيق الاتفاقية.

ذهبت بعض المحاكم وهيئات التحكيم إلى سدِّ النّقص في نصوص الاتفاقية فيما يتعلق بتحديد سعر الفائدة المنصوص عليه في المادة 78 منها عن طريق تطبيق القانون الوطني الذى تحدده قواعد القانون الدّولي الخاص، لأنّها لم تجد في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية ما يسعفها لسدّ ذلك النّقص في نصوصها، ومن ثم فقد وجدت أنّه لا غنى عن الرّجوع للقانون الوطني الذى تحدده قواعد القانون الدّولي الخاص لسدّ هذا النقص.

وهو ما ذهب إليه القضاء الهولندي في الحكم الصّادر عن محكمة استئناف امستردام في 1994/6/15.

تتلخص وقائع القضية أنّه في عام 1992 باع دنماركي عدداً من الأحجار عليها تصميمات ورسومات إلى مشترى هولندي، وشحن البائع البضاعة إلى المشترى عن طريق

[924] - https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

السكة الحديدية، غير أن المشترى رفض قبول البضاعة والوفاء بالثمن مدعيا بأن البضاعة وصلت متأخرة، فعرض النّزاع على القضاء الهولندي، وما يعنينا في القضية أنّ محكمة استئناف امستردام نظرت النّزاع وقضت بأنّ العقد يخضع لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدّولي للبضائع، وأنّ المشترى خالف الالتزام الذى تفرضه عليه المادة 53 من الاتفاقية باستلام البضاعة وألزمته بدفع الثمن والتعويض والفوائد[925].

أوردت المحكمة أنّ البائع يستحق فائدة على الثمن طبقا للمادة 78 من الاتفاقية، وحيث أن الاتفاقية أغفلت تحديد سعر الفائدة ولم تجد المحكمة في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية ما يسعفها لتحديد سعر الفائدة، فطبقت القانون الدنماركي باعتباره القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدّولي الخاص الدنماركي لسدّ النقص في نصوص الاتفاقية، وذلك إعمالا لنص المادة 2/7 من الاتفاقية.

يتضح ممّا سبق، وجه الاختلاف بين اتفاقية لاهاي 1964، واتفاقية فيينا 1980، فبينما يسد النقص في النصوص في الأولى عن طريق تطبيق المبادئ العامة التي يقوم عليها دون الرجوع للقوانين الوطنية، فإنّ الثانية على العكس، تجيز الرجوع للقانون الوطني الذى تحدده قواعد القانون الدولي الخاص لسد النقص في نصوصها.

3- سدّ النّقص عن طريق تطبيق مبادئ عقود التجارة الدّولية

استكملت بعض الأحكام القضائية النقص في نصوص اتفاقية فيينا 1980 عن طريق تطبيق مبادئ عقود التجارة الدّولية Principes Unidroit باعتبارها أحد المصادر الهامة التي يمكن اللّجوء إليها لتفسير واستكمال النّقص في اتفاقية فيـــــــــينا 1980، والهدف من رواء هذا التوسّع في تفسير المادة 2/7 من الاتفاقية هو التقليل من اللجوء

[925]- عن: **الصغير حسام الدين عبد الغاني**، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مرجـــع سابق، ص 124.

للقانون الدّولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق لسد النقص في نصوصها تجنبا للاختلافات الناتجة عن تطبيق التّشريعات الوطنية المتباينة.

أخذت بهذا التوجه محكمة استئناف جرينوبل في فرنسا في حكمها الصادر في 1996/10/23 في قضية تتعلق بعقد بيع دولي خاضع لأحكام اتفاقية فيينا 1980 تضمن بيع شركة ألمانية آلة صناعية إلى شركة فرنسية.

أوردت المحكمة في حيثيات حكمها أنّ المادة 57 من الاتفاقية التي توجب على المشترى أن يدفع الثمن في مكان عمل البائع إنما تعبير عن مبدأ عام من المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية، وهذا المبدأ يوجب على المدين أن يفي بما عليه من دين نقدى في مكان عمل الدائن، وهذا المبدأ ليس مجرد مبدأ قررته الاتفاقية، بل هو مبدأ عام من مبادئ العقود التجارية الدّولية، ومن ثم فإنّ مكان رد المبلغ غير المستحق هو مكان عمل المشترى[926].

رابعا- حدود التداخل بين القواعد الموضوعية الوطنية والقواعد الموضوعية الاتفاقية

تتضمّن بعض النّصوص الوطنية أحكاما خاصة بتنظيم التجـــــــــارة الدّولية، كأحكام القانون التشيكوسلوفاكي، والقانون الألماني اللذين سبق وأن عرضنا لهما، أمّا كنموذج للقواعد الموضوعية الإتفاقية لنأخذ أحكام اتفاقية فينا للبيع الدّولي للبضائع، والتي تعتبر أحدث اتفاقية في مجال تطبيقها، الملاحظ أنّ حداثة هذه الاتفاقية لم تمنع مشرعيّ القوانين السّابقة من التمسّك بها، مع الأخذ بعين الاعتبار التحفّظ الوارد في المادة 95 منها.

[926]- عن: **الصغير حسام الدين عبد الغاني**، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الـــــــــدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ص 100-101.

1-التحفظ:

عرّفت المادة 1/2/د من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المبرمة في 1969/05/23 التحفظ على أنّه: "إعلان من جانب واحد أيا كانت صيغته أو تسميته الذي يصدر عن الدولة عند توقيعها أو تصديقها على المعاهدة أو عند قبولها أو موافقتها عليها، أو عند انضمامها إليها الذي يستهدف به استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة من حيث سريانها على هذه الدولة"[927].

يتضح لنا من المواد أعلاه، أنّه قد لا تمنع اتفاقية ما التحفّظ، حينها يمكن للدّول الأطراف أن تتحفظ على نص أونصوص قد تعدّ أحكامها جوهرية في الاتفاقية لا تريد الالتزام بها شريطة عدم مخالفتها لموضوع الاتفاقية والغرض منها.

إنّ تطبيق المادة 95 من اتفاقية فينا للبيع الدّولي يؤدّي إلى التزام بعض الدّول بها دون الدّول الأخرى، غير أنّ الدّول التي تأخذ بالمادة 95 عليها مراعاة ما ورد في نص المادة 06 منها في إمكانية استبعاد نص أو عدة نصوص من التّطبيق، كما يجوز للأطراف، **فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12**، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره، فتكون بذلك المادة 06 قيدا على تطبيق المادة 95 أعلاه[928].

---

[927] - اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، صادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم87 -222، مؤرخ في 13 أكتوبر1989، يتضمن الانضمام مع التحفظ إلى اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 196/05/23، ج. ر.ج.ج عدد 42، لسنة 1987.

[928] - في دراسة أهم الآثار التي تترتب من إمكانية الأخذ بجزء من الاتفاقية دون الأخر، كما ورد في المادة 92 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع التي تعطي للدّول الموقعة أو المنظمة إليها إمكانية الالتزام بأحد أجزاها المتعلق بتكوين العقد أو بتنفيذه دون الجزء الآخر.

- اتفاقية فينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، المبرمة في فينا في 11 أفريل 1980.

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

-راجع التحليل:

- **AUDIT Bernard,** *la vente internationale de marchandises (convention des Nation- Unies du 11 avril 1980), droit des affaires*, édition juridique associées, L.G.D.J, PARIS 1990, P. 141.
- **HEUZE Vincen,** la Vente internationale de marchandises- Droit uniforme, S/Dir de Jacques Ghestin, Traité des contrats, L.G.D.J, Delta, p145

سمحت اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية كذلك، إبداء التحفظ على أحكامها في المادة 30 و2/33 [929] وغيرها من الاتفاقيات، ولكن بالنظر إلى خطورة التحفظ نصت المادة 72 من اتفاقية تريبس بأنّه "***لا يجوز التقدّم بتحفظات فيما يتعلق بأي من أحكام الاتفاقية دون موافقة البلدان الأعضاء الأخرى***"[930].

تنص المادة 95 من اتفاقية فينا للبيع الدّولي للبضائع على أنّه: "***لأي دولة أن تعلن وقت ايداع وثيقة تصديقها أو قبولها أو اقرارها أو انضمامها، أنّها لن تلتزم بأحكام الفقرة الفرعية 1/ب من المادة الأولى من هذه الاتفاقية***"[931]

بالعودة لما تتضمنه هذه الفقرة الفرعية 1/ب نجدها، تجيز تطبيق أحكام الاتفاقية على عقود البيع المعقودة بين طرفين لهما محل أعمال في بلدين مختلفين إذا ما أدت قواعد التنازع إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، خلافا للفقرة 1/أ من نفس المادة التي تجعل تطبيق الاتفاقية مقتصرا على عقود البيع المبرمة بين طرفين يكون محل أعمالهما في دول متعاقدة.

---

[929] - تنص المادة 30 /1 من اتفاقية برن على مايلي: " ... 1- يترتب تلقائيا على التصديق أو اللإنضمام قبول جميع أحكام هذه الوثيقة والتمتع بجميع مزاياها، وذلك مع مراعاة ما هو مسموح به من استثناءات في الفقرة 2 من هذه المادة والمادة 28 (1، ب) والمادة 2/33 وكذلك الملحق.

-2 /أ مع مراعاة المادة 2/5 من الملحق، لكل دولة من دول الإتحاد تصدق على هذه الوثيقة أو تنضم إليها أن تتمتع بمزايا التحفظات التي ابدتها في السابق..."، رجع هذ المواد على الموقع:

http://www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/text.jsp?file_id=283692

-انضمت الجزائر إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية بموجب مرسوم رئاسي رقم 97-341، مؤرخ في 13 سبتمبر 1997، ج.ر.ج.ج عدد 61، صادر في 1997.

[930] - نص اتفاقية الجوانب التجارية المتصلة بالملكية الأدبية(تريبس) متوفر على الموقع:

http://www.tas.gov.eg/NR/rdonlyres/03DBDFAC-D813-495E-A521-E39077CFF9B9/1386/TRIPSArabic.pdf

أو

http://www.wipo.int/wipolex/ar/other_treaties/details.jsp?group_id=22&treaty_id=231

[931] - اتفاقية فينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، المبرمة في فينا في 11 أفريل 1980.

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

التحفظ الوارد في المادة 95 من الاتفاقية يفسَّر بعدم اندماج نصوص الاتفاقية في النّظام القانوني الوطني، ومن ثم عدم حلولها مثلا محل التقنين التشيكوسلوفاكي للتجارة الدّولية، بمعنى أنّ المحكمة الشيكوسلوفاكية تستطيع تطبيق الاتفاقية بوصفها جزءا من أي نظام قانوني آخر على وفق الفقرة 1/ب، ولكنها لا تستطيع تطبيها بوصفها جزءا من القانون التشيكوسلوفاكي، كما أنّ أيّة محكمة أخرى لا تستطيع تطبيق الاتفاقية بوصفها جزءا من القانون التشيكوسلوفاكي استنادا لتلك الفقرة، وإنّما يتم تطبيق قانونها الوطني الخاص بالتجارة الدّولية.

أمّا إذا نظر النّزاع أمام التحكيم، فإنّ المحكم يطبق الاتفاقيات كما تطبقها الدّول الأخرى التي لم تتمسك بالتحفظ الوارد في المادة 95، حتى ولو كان مقر التحكيم في دولة تمسكت بهذا التحفظ، وذلك لسببين، الأول، هو أنّ المحكم يستمد اختصاصه من اتفاق الطرفين، والثاني أنّ المحكم لا يدافع على النّظام القانوني الوطني للدّولة التي يقع فيها مقر التحكيم.

2- التعديل:

قد تعقد مؤتمرات بشأن إجراء تعديلات على اتفاقيات دولية معينة بما يتفق مع التطور الذي يستجد في موضوعها، وهو ما أجازته اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 في المادة 39 والمادتين 40، 41 [932]بموافقة الدّول المتعاقدة في الأساس، ولكن ما يحدث عملا أن ترفض بعض الدّول الأطراف التصديق على التعديلات التي تطرأ على نصوص الاتفاقية، ممّا يبقيها ملتزمة بالنّصوص الأصلية للاتفاقية، في حين تلتزم الدّول الأخرى بالتعديل، وهو ما يؤدي إلى ظهور التباين في النّصوص التي تلتزم بها الدّول الأطراف، وبالتّالي مهما بلغ مستوى التنظيم الدّولي فلابدّ من وجود بعض المسائل التي تخرج منه، وبالتّالي تجد قواعد الإسناد الشّرعية من تطبيقها.

[932] - اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المبرمة في 23 ماي 1969، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 87- 222، مرجع سابق.

تأسيسا على ما سبق ، يجب أن نميّز بين الاختيار المادي والاختيار التنازعي في تطبيق كل من القوانين الوطنية المعدّة لتنظيم عقود البيع الدّولي، وبين الاختيار التنازعي لقواعد اتفاقية فينا في الدّول التي تتمسك بالتحفظ الوارد في المادة 95 منها، كما يتضح لنا أنّ وجود القواعد الموضوعية الوطنية وتطبيقها من خلال منهج التنازع يشكّل قيدا على القواعد الموضوعية الاتفاقية، ويحدّ من عملها في النّظم الوطنية التي تعمل فيها تلك القوانين لأنّ قاعدة التنازع في هذه النّظم لا تشير إلى الاتفاقية بل إلى القانون الوطني الذي ينظّم العلاقة.

بالرّغم من أنّ مسألة استبعاد القواعد الموضوعية لقواعد التنازع وجد كثيرا من الأنصار لكنه ظلّ موضوع جدل بين الفقهاء حيث يرى الفقه أنّ القاعدة الموضوعية تحتاج إلى قاعدة إسناد تعينها أو تحدد مجال تطبيقها، ممّا يعني أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تعايش، وإذا أردنا تحليل هذه العلاقة فمن ناحية يمكننا القول بأن القواعد الموضوعية لم تصل بعد إلى تشكيل نظام قانوني متكامل، فالأمر يتعلق بمنهج مازال في بداياته الأولى يشوبه القصور والنقص في جوانب كثيرة منه، وبالتالي لا مانع من الاستعانة بقواعد التنازع ولو بصفة جزئية، حتّى أنّ الفقيه BATIFFOL أقرّ بأنّ تطبيق القواعد الموضوعية لا يؤدي إلاّ نادرا إلى استبعاد اللجوء لقاعدة التنازع.

يقول الدكتور "**عبد الكريم سلامة**" أنه "من غير الممكن إدخال منهج القواعد الموضوعية في تنافس مع منهج التنازع نظرا لمركزها غير المتكافئ، باعتبار أن نظام القواعد الموضوعية نظام غير كامل يعجز في وضعه الراهن عن النهوض كاملا بتنظيم العقود الدولية"، ويعترف أنصار هذا القانون بأنّ القصور والنقص الذي يعتري هذا القانون يدعو إلى تكملته بالرجوع إلى القوانين الوطنية التي تحددها قاعدة الإسناد، وهذا التكامل والتعايش سيظل لفترة طويلة لا يمكن التنبؤ بمداها[933].

[933] - **عبد الكريم احمد سلامة**، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص ص 394 -395.

فقد يطبق القاضي أو المحكم لتسوية منازعة معينة متعلقة بعقود التجارة الدولية في نفس الوقت القواعد الموضوعية على جوانب معينة للعقد، ويظل باقي المسائل من اختصاص قانون وطني معين يحدده منهج التنازع، وبالتالي فإن المنهج الموضوعي لا يطبق وحده مستأثرا بحكم كافة عناصر المنازعة بل يطلب العون من قاعدة الاسناد، وهو عون لا يفسر إلاّ في ظل التعايش بين المنهجين..

خلاصة الباب الثاني

أمام فكرة إعادة بعث القواعد الموضوعية التي تحكم نشاط الأفـــراد عبر الحدود، ومحاولة الفقه الحديث عن منهج جديد يحكم الرّوابـــــــط الخاصة الدّولية، أصبح الحديث مألوفا عن تعدد المناهج في القانون الدّولي الخاص، رغم أنّ هناك نضالا في الفكر القانوني لنزع منهج القواعد الموضوعية والاستقلال به حتّى يصبح بعيدا عن القانون الدّولي الخاص ليكون قانونا للتجارة الدّولية، خاصة الفكر الذي يعتبر **القانون الدّولي الخاص هو قانون أداة وليس قانونا موضوعيا**، ولكن بالمفهوم الواسع للقانون الدّولي الخاص فهو يحاول إيجاد حلّ للنّزاع المعروض سواء عن طريق الإرشاد أو التقرير أي صنع الحلّ مباشرة عن طريق منهج القواعد الموضوعية، وبالتّالي فهو منهج في القانون الدّولي الخاص.

أكثر من ذلك، يعتبر موضوع كل من منهج التنازع ومنهج القواعد الموضوعية واحدا لارتباط كليهما بالروابط والعلاقات القانونية المنطوية على عنصر أجنبي أو ذات الطابع الدّولي، ولكن في حين يكفي لتطبيق منهج التنازع كون أحد عناصر الرّابطة أو العلاقة القانونية نشأت خارج الحدود، فإنّ الفقه والقضاء استقر على عدم كفاية احتواء الرّابطة أو العلاقة القانونية على عنصر أجنبي لتطبيق منهج القواعد الموضوعية بل لابد لإعماله أن تكون هذه الرّابطة على صلة وثيقة بمصالح التجارة الدّولية، على نحو ينتج عنها انتقال للقيم الاقتصادية عبر الحدود، وهو شرط لتطبيق بعض القواعد الموضوعية في القانون الدّولي الخاص.

يتشابه المنهجين من جهة أخرى، من حيث الهدف في أنّ كيليهما يهدفان إلى ايجاد تنظيم مناسب وملائم لمنازعات الرّوابط الخاصة الدّولية، بالرّغم من اختلاف مدى فكرة التّنظيم في كلا المنهجين، حيث تبحث قاعدة الاسناد الحلّ الملائم وتجده بجانب القانون الوطني لدولة معينة ترتبط بها العلاقة محلّ النّزاع بصلة وثيقة، في حين يجد منهج القواعد الموضوعية هذا الحل فيما تحتويه من أحكام خاصة بالتجارة الدّولية.

من جانب آخر، فإنّ المنهجين يتشابهان في النّشأة حيث نشأت قواعد التنازع نشأة عرفية وذلك منذ فقه الأحوال الايطالية القديمة، بالرّغم من حركة التقنين لقواعد الإسناد، وكذلك الأمر بالنّسبة للقواعد الموضوعية فهي في الغالب عرفية تلقائية النّشأة بين الأوساط المهنية والمتعاملين في ميدان التجارة الدّولية، ولكن رغم أوجه التّشابه هذه فهذا لا يخفي أوجه الاختلاف بين المنهجين.

نستخلص أنّ، الاختلاف بل والتّناقض بين المناهج القانونية المتبعة لحلّ مشاكل التجارة الدّولية يجب أن لا ينظر إليه على أنّه أمر سلبي بل يجب أن ينظر إليه على أنّه ظاهرة صحية تساعد في البت فيما يعترض عقود التجارة الدّولية من عوائق، بالإضافة إلى ذلك فإن الاختلاف قد ينبّه إلى مسائل جديدة تتطلب إضافات تفرض نفسها في الواقع العملي للعلاقات الاقتصادية الدّولية، لذلك فإنّ عقود التجارة الدّولية بحاجة إلى تكافل وتضافر بين المناهج القانونية التي تنير سبيلها عند توظيفها على العلاقات التعاقدية، فتعدد المناهج أصبح حقيقة وضعية لا يمكن انكارها في ظل القانون الدّولي الخاص المعاصر، وذلك حتّى تتحقق الملائمة والعدالة للعلاقات الخاصة الدّولية.

يقول الاستاذ **هشام علي صادق**، أنّه: "من غير المقبول أن نعرّف القانون الدّولي الخاص من خلال أحد المناهج المستخدمة لتنظيم العلاقات التي يحكمها مهما كانت أهمية هذا المنهج، وإنّما الأقرب إلى المنطق السليم أن يتم تعريف هذا الفرع من فروع القانون في ضوء الغاية التي يسعى إليها بوصفه " **قانون الحياة الخاصة الدّولية**" وذلك بصرف النّظر عن وسيلة تنظيمه للعلاقات الناشئة في هذا الإطار وسواء تمّ ذلك من خلال منهج قواعد الإسناد أو من خلال منهج القواعد المادية، أو من خلالهما معا "[934].

حيث أنّ، القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية لا ترقى إلى مرتبة الأنظمة الوطنية من حيث كمالها وشموليتها، فهي قد تحتاج إلى نظام قانوني آخر يكملها ليسدّ نـــــــقصها،

[934]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 691.

ولا يتأتى لها هذا إلاّ عن طريق أحد الأنظمة القانونية الوطنية التي على صلة بالنّزاع، فهي تعتمد على الأنظمة الوطنية في تطبيقها وفي جوهرها وفاعليتها، وهو واقع لا يمكن إنكاره، لأنّه حتى ولو كانت هذه القواعد تشتمل على قواعد تتصل بإبرام عقود التجارة الدّولية وتفسيرها، إلاّ أنّها تخلو من القوانين التي تحكم مسائل أخرى على درجة كبيرة من الأهمية من ذلك الأهلية، التراضي، الشكل، الفوائد...ألخ.

الملفت للنّظر عبر دراستنا هذه، أنّ استعمالنا لمصطلح منهج القواعد الموضوعية مرتبط دائما بمصطلح آخر هو الروابط الخاصة الدّولية، تأكيدا أنّ هذا المنهج لم تكتب له الغلبة إلاّ بصدد هذا النّوع من العلاقات، وهي العلاقات الاقتصـــــادية أو التجارية، بغض النّظر عن طبيعة أطراف هذه العلاقات من حيث انتماءهم جميعا إلى أشخاص القانون الخاص أو كان أحد أطرافها دولة معينة، وبالتّالي فإنّه يخرج من مجال تطبيقها كل العلاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية، على عكس منهج تنازع القوانين الذي يغطّي مجال إعماله علاقات الأحوال الشخصية، ومجال الأموال والعقود التجارية الدّولية، ولعل انحسار منهج القواعد الموضوعية عن باقي المسائل التي يهتم بها القانون الدّولي الخاص تظهر قصوره من ناحية وعدم استقلاله عن مناهج هذا الأخير، بل واعتماده عليها في بعض الأحيان.

خاتمة

تتيح دراسة موضوع إخضاع العقد الدّولي للقواعد الموضوعية بين الآراء الفقهية ومختلف القواعد القانونية والقرارات التّحكيمية فرصة تأكيد أنّ ظهورها كان بسبب عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات العلاقات الخاصة الدّولية، وتزامن ذلك مع وجود مجتمع متماسك من المتعاملين في مجال التجارة الدّولية قادرين على تنظيم روابطهم بأنفسهم، وفي مقابل ذلك وجدت استحالة عملية بالنّسبة للمشرّع الوطني، أنّ يغطّي بالتّنظيم القانوني الدّاخلي كل ميادين المبادلات والعلاقات الدّولية وما يلاحقها من تطور.

يعدّ النّمو المتسارع في الترابط الدّولي تحت الضغوط التي تمارسها مختلف العوامل الاجتماعية، الاقتصادية وحتّى الجيوسياسية كظهـــــور التكتلات الإقتصادية، والأدوار الكبيرة التي تمارسها مؤسسات العولمة الاقتصادية كصندوق النّقد الدّولي، البنك الدولي ومنظمة التجارة العالمية، فضلا عن تأثير وسائل الاتصالات الحديثة من الأسباب التي جعلت من غير الممكن الدّفاع عن الوطنية المطلقة في مجال دولي بطبيعته.

أصبحت علاقات التجارة الدّولية تبتعد منذ وقت غير قريب عن سيطرة وسطوة القوانين الدّاخلية، لتحكم أو تنظم عن طريق قواعد ذات طابع مهني موضوعي مادي، لا ينتمى البعض منها بأصلها إلى القواعد المستمدة من قانون دولة ما، بقدر ما تستمد من واقع ما يمكن أن يطلق عليه "مجتمع التّجار الدّولى"، وتعتبر هذه القواعد كقانون يعلو بالضّرورة "فوق الدّول" أو هو "قانون غير وطنى"، يجسّد في الواقع قانون التّجارة الدّولية القديم والمعروف باسم Lex mercatoria في صورة قواعد موضوعية تحكم مباشرة النّزاع.

ساعد تزايد تدخل الدّولة في مجال المعاملات الخاصة الدّولية على رسوخ بعض القواعد الموضوعية، واستقرار الأخذ ببعضها الآخر، حيث أصبحت ذاتها من ممارسيّ التجارة الدّولية عن طريق إبرام عقود من طبيعة العقود التي تبرمها الشـــركات الخاصة، أو ما يسمى بالشركات المتعددة الجنسيات.

حاول الفقه التّعبير عن أسباب ظهور القواعد الموضوعية من خلال **التنظير القانوني للعولمة** الإقتصادية القائمة على توفير الأساس القانوني للشركات المتعددة

الجنسيات الممثّلة لمصالح الدّول الرأسمالية، وذلك بواسطة هذه القواعد على حساب القوانين الدّاخلية للدّول النّامية المطبّقة من خلال منهج قواعد التنازع، خاصة بعد الحرب الباردة والصّراع بين دول الشّمال والجنوب، وبالتّالي تهيئة المناخ الملائم لثقافة الإندماج العالمي التي تنشأ من أنشطة هذه الشركات.

تعدّ هذه الشركات من بين الأسباب الرئيسية التي لعبت دورا مهما في التدويل الاقتصادي وحتى القانوني، فهي محرك وحامل وناقل للتّدويل إلى البلدان المتقدمة والمتخلفة على حدّ ســـــواء، وهذا راجع إلى أنّ هذه الشّركات تتحكم في ثلاثة موارد رئيسية هي التكنولوجيا ورأس المال والتسويق. هناك عوامل أخرى قانونية ساهمت بدورها في تكريس القواعد الموضوعية، وهي مرتبطة بتعقد دور قاعدة الإسناد في منهج قواعد التنازع، وعجزها عن مواكبة التّطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تبلورت في الحياة الدّولية الخاصة، فهو منهج احتوى بذور أزمته بسبب عجزه عن تأمين متطلبات التجار الدّولية، كونه يكشف عن القانون واجب التطبيق بكيفية معقدة، غير مباشرة بإتباع خطوات متتالية تؤدّي في النّهاية إلى إرشاد القاضي إلى القانون المختص وهو قانون الإرادة إعمالا لضابط الإسناد الذي جاءت به قاعدة الإسناد، والذي غالبا ما يكون قانون وطني وضع لحكم علاقات داخلية بحتة.

لذلك، كان منهج قواعد التنازع مستهدفا بالنّظر إلى مجموع الخصـــــائص التي يمتاز بها، حيث تعتبر قواعده قواعد تصنيف أو توزيع الاختصاص التشريعي، دون أن تعطي حلا مباشرا للنّزاع.

بناء على ما تقدّم تتمخض عن دراستنا مجموعة من النتائج أهمّها:

أوّلا-أنّ "أزمة منهج قواعد التنازع" تتصل بمسألة تحديد الدّور الذي تلعبه قاعدة الإسناد في تنظيم العلاقات الخاصة الدّولية، حيث أنّه من الناحية العملية تختلف قواعد الإسناد عن القواعد التي تحكم العلاقات الوطنية البحتة من زاوية أنّها لا تحكم "العلاقة ذات العنصر الأجنبي"، وإنّما تكتفي بتحديد القانون الذي ينبغي الرجوع إليه ليستمد منه الحـــــــكم مباشرة، وبالتّالي فهي "**قواعد توجيه وليست قواعد أحكام**"، ومن هنا أجاز أن توصف بأنّها ذات صياغة " إسنادية " بمقابلتها بالأحكام التي يصح وصفها بأنّها ذات صياغة "موضوعية" " أو "مباشرة".

ثانيا- تزايد دعوات الفقه إلى هجر منهج قواعد التنازع لصالح منهج القــواعد الموضوعية، نظرا للاختلاف والتّباين الكبير بين الأنظمة القانونية وقصورها في مواجهة الظّروف والمتغيرات الجديدة في مجال التجارة الدّولية، وإصرار الفقه على أن التجارة الدولية لا تجد أحسن الظروف لنموّها إلا إذا أفلتت من قيود واختلاف التّشريعات الوطنية، والتى تجعل القلق وعدم الأمان ملازماً للعقود الدولية التى تخضع لها.

كان للفقه دورا آخرا، تجسّد من خلال صياغة مناهج أخرى كمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري الذي يعدّ ظهوره غريبا من حيث أنّ المشرع نفسه قد ساهم في تضييق الخناق على منهج قاعدة الإسناد عن طريق وضعه لقواعد آمرة واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيّا كانت طبيعتها داخليـــــــــة أم دولية، بجانب منهج القواعد الموضوعية.

ثالثا- ظهور الشركات المتعددة الجنسيـــات يعدّ عاملا من عـــــوامل الأزمة في منهج قواعد التنازع، وذلك بالنّظر إلى الصعوبات التي تثيرها، والتّي مفادها **التفاوت الهائل بين القانون والواقع**، فهي شركات عالمية ذات كيان يتعدى الحدود الإقليمية للدول التي تعمل فيها، في حين أنّ القانون إقليمي وطني، فكان القانون في تطوره غير متوازي مع هذه

الكيانات الجديدة ومن ثمة افتقاد النّظام القانوني للدول لعنصر الفعالية في حكم نشاطاتها.

رابعا- يجب فهم أنّ البعد الاقتصادي للعولمة كان هو الأرضية الواقعية للقواعد الموضوعية التي تحكم التجارة الدّولية، حيث يقوم هذا البعد على مبدأ أساسي ومقدس يتمثل في **حرية الإستثمار والتجارة الدّولية** وتحريرها من القيود والعوائق، وهو مبدأ أرساه المشرع الجزائري في المادة 43 من الدستور.

خامسا- أنّ صفة الموضوعية في هذه القواعد تجعلها ذات وظائف هامة غير متوفرة في قاعدة الإسناد، **فالوظيفة الأولى وقائية** وتتمثل في الحيلولة دون وقوع النّزاع بين الأفراد، فيستعان بها في المرحلة الأولى لتنظيم المركز القانوني، أمّا **الوظيفة الثانية فهي علاجية** التي وإن كانت تشترك فيها مع قاعدة الإسناد إلاّ أنّ دورها في القواعد الموضوعية يختلف تماما عنه في قاعدة الإسناد فتبرز الوظيفة العلاجية في القواعد الموضوعية بإعطاء الحل الموضوعي الذي ينهي النّزاع.

سادسا-لا يمكن تشبيه القواعد الموضوعية بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري كنوع من القواعد المباشرة التطبيق، ذلك أنّ:

1- القواعد ذات التطبيق الضروري تعتبر من ناحية وطنية المنشأ والهدف وتشريعية الوضع، ولكن بالنّظر إلى هدفها فهي تسري على كل الروابط حتى ولو كانت ذات عنصر أجنبي، ولهذا فإنّ القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الوطني كانت تتميز عن القواعد ذات التطبيق الضروري اعتمادا على إرادة المشرع الذي يسنّها، فهي تظهر كأسلوب قائم على الاستئثار والانفراد في تنظيم العلاقات التجارية الدولية، بالتالي فإننا لا نتردد في تحديد الحدود الفاصلة بين المنهجـــين، حتى وإن اشتركا في المصدر إلاّ أنهما يختلفان، من حيث أنّ الأول يأخذ في الاعتبار حاجات التجارة الدولية، أمّا الثاني فهدفه حماية النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الداخلي.

2- تتحدد القواعد الموضوعية على وفق معيار طبيعة العلاقة، على أنّها تلك القواعد القانونية المعنية بوضع الحلول الموضوعية **للعلاقات الخاصة الدّولية**، دون أن تختلط بالقواعد الموضوعية المقررة لحماية المصالح الوطنية الحيوية أي ذات التطبيق الضروري التي يتوجب تطبيقها على كل ما يدخل في نطاق تطبيقها من علاقات سواء كانت وطنية أم ذات طـــــابع دولي، ولهذا فالقاعدة ذات التطبيق الضروري تفترض نفي خصوصية الرابطة الدولية، أمّا القواعد الموضوعية فهي تفترض الاختلاف الجوهري بين الرابطة الداخلية والدّولية.

3- القواعد ذات التطبيق الضروري هي ضرورية التطبيق أمام القاضي الوطني وحتّى أمام القاضي الأجنبي، وكذلك المحكم التجاري الدولي.

4- تشترك القواعد الموضوعية محل الدّراسة مع القواعد الضّرورية التطبيق في أنّ كلا منهما يتضمن تنظيما موضوعيا للمسألة محل النّزاع، والتطبيق المباشر، غالبا للقواعد الموضـــوعية، ودائما في القواعد ذات التطبيق الضروري.

سابعا- تتولى القواعد الموضوعية في حالات معينة بذاتها تحديـــد نطاق تطبيقها، وليست بحاجة إلى الاستعانة بوسيلة فنية كقاعدة الاسناد في كل الحالات، لأنّ ذلك ينفي عنها كل أصالة ويجعلها في ذات مرتبة القواعد القانونية العادية.

ثامنا- لمّا يكون مصدر القواعد الموضوعية هو **الاتفاقيات الدّولية** التى تبرم بين عدد من الدّول بقصد وضع قواعد موحدة تسرى على المعاملات الدّولية، فتلتزم الدّول الموقعة عليها بتطبيق أحكامها، لكن لا يترتب عليها إلغاء القانون الوطني في شأن الموضوع الذي تتناوله الاتفاقية، وإنّما ينكمش مفعول هذا القانون في حدود الدّولة، فلا يسرى إلا على المعاملات الدّاخلية، أما المعاملات الدولية فتسرى عليها أحكام الاتفاقية.

تاسعا- ساهم التّعدد في مصادر القواعد الموضوعية في إغناء الروابط الدّولية بأنواع متعددة من القواعد، وفي ظلّ كل مصدر من هذه المصادر يتم اتباع معيار مختلف بصدد تدويل الرابطة العقدي كالآتي:

1- يعدّ التدويل شرطا أساسيا في إعمال قواعد القانون الدّولي الخاص سواء كانت قواعد تنازع أو قواعد موضوعية، ففي مجال الاتفاقيات نجد أنّ هذه الاتفاقيات ذاتها قد تبنت ضوابط موضوعية لتدويل الرابطة العقدية تقوم على معيار مركز أو محل أعمال الطرفين المتعاقدين بغض النّظر عن جنسيتهم أو صفتهم المدنيـــــــة أو التجارية، وهذا ما لوحظ بشكل خاص في اتفاقيتي فيينا للبيع الدولي للبضائع وأوتاوا للإيجار التمويلي.

2- يتم تطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية مباشرة عندما تتحقق شروط تطبيقها، كما لو كان عقد البيع أو علاقة الإيجار التمويلي قد تركزت في دولة متعاهدة بعد تحقق الصفة الدولية المطلوبة، أما إذا ظهر أنّ أحد الطرفين لم يكن له محل للأعمال في دولة متعاهدة، فلا يمكن اللجوء إلى التطبيق المباشر لهذه القواعد دون الرجوع إلى قواعد التنازع، إلا أنّ ما يزيد من سعة انتشار تطبيق هذه القواعد، أنّ قاعدة التنازع هذه هي قاعدة قانون الإرادة حينما يختار الأطراف قانون دولة متعاهدة لكي يطبق على النّزاع، أو حينما تؤدي ضوابط الإسناد الاحتياطية إلى تطبيق قانون دولة متعاهدة.

3- تطبيق القواعد الاتفاقية على عقد البيع الدّولي للبضائع لا يتم بواسطة قاعدة تنازع في الحالة التي يكون فيها القانون واجب التطبيق، هو قانون الدّول التي تمسكت بالتحفظ الوارد في المادة 95 من اتفاقية فينا والذي يعطي الفاعلية للقواعد القانونية الوطنية في الدول التي تتمسك به على حساب القواعد الاتفاقية، وذلك فيما لو كان محل أعمال أحد الطرفين واقعا في الدول المتمسكة بالتحفظ، وكان محل أعمال الطرف الآخر واقعا في دولة غير متعاهدة. حتى ولو كانت هذه التحفظات تحدّ من نطاق التّطبيق المباشر لهذه القواعد إلا أنّها تعبر في الواقع عن ديناميكية في طريقة عملها تتضمن مرونة كبيرة تسمح بتطور العلاقات الثنائية والجماعية دون التقيد بأحكام هذه الاتفاقيات.

4- تعتمد التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي في إطار إعمال المصادر الوطنية للقواعد الموضوعية في غالب الأحيان على معايير متعددة تبعا لطبيعة العلاقة محل التنظيم وإن كانت بعض هذه القوانين تهتم بجنسية المال المستثمر لا بجنسية مالكه.

5- تطبق القواعد الموضوعية التي استحدثها القضاء تبعا للمعيار الذي يسير عليه القضاء الوطني في تدويل العقود سواء كان هذا المعيار قانونيا أم اقتصاديا أم جمع بينهما.

6- يختلف نطاق تطبيق القواعد عبر الدّولية تبعا للجهة التي تطبقها، فإذا كان هذا التطبيق واسعا جدا أمام التحكيم الدولي، فإنّه على خلاف ذلك أمام القضاء الوطني، فقد ظهر أنّ الرأي الفقهي الراجح يخضع تطبيق هذه القواعد إلى ما يقرره قانون العقد المحدد تبعا لقاعدة التنازع المطبقة سواء كانت هذه القاعدة هي قانون الإرادة أم القانون الذي تشير به ضوابط الإسناد الاحتياطية عند غيابها.

7- يبقى تطبيق القواعد عبر الدّولية، شأنه شأن المصادر الأخرى مشروطا بمراعاة قواعد التطبيق الضروري في قانون القاضي فضلا عن البلد الثالث الذي سينفذ فيه القرار التّحكيمي لإضفاء الفاعلية العملية على القرار.

عاشرا- نشير أنّه بقدر تعدّد المناهج التي تتولى حلّ المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الدّولية، تتعدد كذلك الجهات القضائية التي تتولى الفصل فيها، إلى جانب القضاء الوطني نجد التحكيم التجاري الدّولي كبديل لهذا القضاء، والذي أصبح محل اهتمام عالمي للدور الذي يلعبه في ترسيخ القواعد الموضوعية، وأنّه أصبح ضرورة فرضها واقع التجارة الدّولية.

ما يدعّم هذه النتيجة، هو اتجاه الفقه والقضاء والتحكيم والتّشريعات الوطنية والدّولية، ولوائح مؤسسات التحكيم إلى اعطاء المحكم الحرية الواسعة في اختيار القواعد الموضوعية المناسبة للنّزاع، خاصة في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على موضـــوع النّزاع، أمام عدم وجود قواعد ملزمة له، ممّا يؤدّي إلى إعمال المحكم لأفكاره القانونية وصولا إلى الفصل في النّزاع بأساليب متنوعة، منها قواعد التجارة الدّولية، وكأثر لهذا التوجه:

1- أخذ المشرع الجزائري بالتوجه السابق، في المادة **1050** من ق إم إ، حيث حرّر المحكم من الخضوع لمنهج تنازع القوانين وأعطاه سلطة واسعة، وما يؤكّد هذه الحرية، هو

استعمال المشرّع الجزائري لمصطلح " **قواعد القانون**" الذي تمّ تفسيره على أنّه قد يشمل القواعد الوطنية والدولية على حدٍّ سواء، كما تبرز تلك الحرية من خلال استعماله كذلك عبارة " **للمحكم أن يراعي الأعراف التجارية**"، ليفسح المجال بذلك لتطبيق القواعد عبر الدولية، غير أنّ سلطة وحرية المحكّم تتقلص عند اختيار الأطراف لقانون العقد.

2- لا يمكن لقانون التجارة الدّولية أن يتطور خارج ساحة التحكيم التجاري الدّولي، حيث تعتبر طرق تعامل المحكم مع القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية من الأسباب القوية التي تدفع المتعاملين في مجال التجارة الدولية في اختيار التحكيم كقضاء لفض منازعاتهم.

3- رغم اختلاف مصادر القواعد الموضوعية، وسواء طبّقها القضاء الوطني أو المحكم التجاري الدولي، يبقى أن نؤكّد **الدور الفعّال الذي تلعبه إرادة المتعاقدين** في إطار هذا التطبيق، سواء تمّ اختيار تطبيقها تنازعيا أو بطريقة مادية على أساس حرية التعاقد، فيتولى المنهج قواعد التنازعي القائم على قاعدة الإسناد تعيين القانون المختص وفقا لضابط الإرادة، أو تتولى إرادة الأطراف تحديد القواعد الموضوعية بطريقة مباشرة لتكون واجبة التطبيق دون المرور بمنهج قواعد التنازع.

4- نجد أنّ هناك تكريس واسع لمبدأ ازدواجية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تكريس مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، وذلك عن طريق منح الأطراف حرية واسعة في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النّزاع سواء كانت قواعد موضوعية وطنية أو قواعد موضوعية دولية، أما الشقّ الثاني الذي يشكل هذه الازدواجية فيظهر من خلال، تكريس مبدأ استقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق منحه سلطة تقديرية في تطبيق قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة.

5- عدم إمكانية وجود فكرة العقد الدّولي الطليق، لأنّ المقصود منه هو العقد الذي يتحرر من سلطان القوانين الوطنية، إلاّ أنّه لا يتحرر من سلطان القانون بصفة عامة حيث يبقى خاضعا لأحكام قانون التجارة الدولية، ضف إلى ذلك فإنّ هذا القول ليس

مطلقا لأنّ افلات العقد على هذا النحو من الخضوع للقوانين الداخلية أمام قضاء التحكيم هو أمر نسبي بحيث لا يصح معه القول بأنّ هناك تحرر كامل لهذا العقد من سلطان القونين الداخلية، لأنّه قد يلجأ المحكم إلى إعمال القواعد الداخلية من خلال منهج قواعد التنازع لسد النقص الذي يعتري أحكام قانون التجارة الدّولية، والذي لم يصبح بعد نظاما مستقلا، أو من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضّروري رعاية لبعض المصالح فيما لو قدّر المحكّم ضرورة ذلك ضمانا لفاعلية الأحكام التحكيمية التي يصدرها.

على ضوء الملاحظات والنتائج السابقة يمكن أن نورد التوصيات التالية:

1- يبقى تطبيق القضاء الوطني للقواعد الموضوعية تطبيقا محتشما بالمقــارنة مع التحكيم، لذا فإنّه مطالب بالتوسع في ذلك، وليس في ذلك تهديد للنّظام القانوني لدولة القاضي مع وجود فكرة النظام العام، وكذلك القواعد الضّرورية التطبيق.

2- رغم المكانة التي تحتلها القواعد الموضوعية ضمن جميع المناهج التي تتصارع لحكم منازعات عقود التجارة الدولية، فإنّه يجب عدم اغفال حقيقة مفادها أنّ المفاهيم التي يتذرع بها أنصار قانون التجارة الدّولية لإضفاء طابع الشرعية على قواعده ليست إلا ذريعة تتخذها الدّول المتقدمة اقتصاديا في معركة جديدة للسيطرة على النّظم القانونية الوطنية وإضعاف سلطانها تحت شعار عولمة القانون وإقرار قواعد موضوعية تخدم أكثر مصالحها، لذا يجب على المتعاملين الدّوليين المنتمون للدّول النامية خاصة التريث عند اختيار هذه القواعد، وبالتّالي الترجيح بين أن تكون مصلحتهم هو الأخذ بنظام التنازع أو هذه القواعد قبل جزم الاختيار.

3- يجب الأخذ بالمزايا التي يتيحها مبدأ قانون الإرادة، وهو ما يقتضي أن يكون اختيار الأطراف صريحا حتى لا يجد القاضي أو المحكم مجالا للأخذ باعتباراتهم الشخصية، لأنّ سجل قرارات التحكيم التجاري الدّولي بالنسبة خاصة لتطبيق مبادئ القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحضرة على منازعات عقود القانون العام، ليس سجل ناصعا

تماما حيث ينظرون بمنظار يتأكد من خلاله إعمال قانون القوي على الضعيف الأمر الذي يصبح معه أمر تدويل القواعد التي تحكم المنازعات في هذه العقود هو في الواقع تكريس لمفاهيم قوانين الدّول المتقدمة، كما حدث في قضـــية شيخ أبو ظبي، أين استبعد المحكم قانون أبو ظبي وهو الشريعة الإسلامية على اعتبارها لا تتضمن أحكاما لمعالجة النّزاعات الناجمة عن عقود الامتياز.

4- يعاني قانون التجارة الدّولية من نقطة ضعف رئيسية تتمثل في الاعتراف غير الثابت مضمونه في الوقت الحالي، ومع ذلك فإنّ هذا القانون يعتمد على أسس قوية تتثمل في " **ديناميكية** " أو " **حركية**" **الواقع التعاقدي في المجال الدّولي** وثبات القواعد الموضوعية التي يولدها التطبيق التعاقدي، وبالتّالي نقترح ضرورة تقنينها من قبل المشرعين منهم الجزائري كما فعل ذلك المشرع الألماني والأمريكي مثلا.

5- يعبّر ما يجري في الواقع عن السّعي إلى توحيد قواعد التنازع بالمستوى ذاته الذي يجري فيه توحيد القواعد الموضوعية، وإن كان توحيد قواعد التنازع قد تم على نحو أسبق من النّاحية التاريخية، إلاّ أنّ طبيعة الترابط في علاقات التجارة الدّولية تجعل من هذين النّوعين من التوحيد قائمين على طبيعة تكاملية إذ يكمل منهج قواعد التنازع ما عسى قد تركته القواعد الموضوعية من نقص أو ثغرات أو جوانب لم يتم الاتفاق عليها، فيؤخذ بما تشير إليه قواعد التنازع، ومن هذه الزاوية نأمل بلوغ التوحيد الكامل الذي يقضي نهائيا على مشكلة تنازع القوانين في مجال العلاقات الخاصة الدّولية، سواء اتجه التوحيد لقواعد التنازع أو للقواعد الموضوعية.

إنّ ما يمكن الخروج به من الملاحظات والنتائج السابقة أنّه، ستظلّ الحاجة قائمة إلى مناهج القانون الدّولي الخاص التي تتفاعل مع القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية من أجل إخضاع العقد الدّولي لنظام قانوني يستمد قواعده من مختلف تلك المناهج، فمن العسير التسليم بوجود عقد بدون قانون، ويبقى الهدف الجوهري الذي يصبو لتحقيقه القانون الدّولي الخاص هو التنظيم الأكثر أمانا للعلاقات الخاصة الدّولية وليس الأكثر

عدالة، حيث أنّ القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية تطبق بغض النّظر عن تحقيق التوازن الفعلي بين أطراف العقد، وعن الصفة العادلة الخاصة بهذا التطبيق.

إنّ الاشتراك في التطبيق بين القواعد الموضوعية الاتفاقية والقواعد الموضوعية الوطنية لا يعبّر عن صراع في المصالح قدر تعبيره عن تناسق وتناغم بين الاعتبارات الدّولية والضرورات الوطنية أو بين القواعد الموضوعية وقواعد التنازع، ولهذا فلا يصح القول بأنّ القواعد الموضوعية ستقضي على قواعد التنازع وتؤدي إلى زوالها.

نشير إلى أنّ كل المناهج المذكورة تعتبر من العناصر التي ساعدت على تكريس قواعد القانون الدّولي الخاص، خاصة في مجال موضوع تنازع القوانين، فمنهج قواعد التنازع القائم على تطبيق قواعد الإسناد يساهم في إيجاد الحلول لمختلف المسائل المطروحة على القاضي ومن بين قواعد الإسناد نجد تلك التي تكرس مبدأ سلطان الإرادة، هذه الأخير تسمح باللجوء إلى المنهج الموضوعي من خلال إقرار اختصاص القواعد الموضوعية خاصة في مجال التجارة الدّولية.

قائمة المراجع

-باللغة العربية

أولا- الكتب

1- **أبو زيد رضوان**، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، د م ن،1981.

2- **اسعاد موحند**، القانون الدولي الخاص(الجزء الأول: قواعد التنازع)، ترجمة **فائز أنجق**، د. م ج، الجزائر، 1989.

3- **الأسيوطي ثروت أنيس**، الصراع الطبقي وقانون التجار(دراسة تاريخية فلسفية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965.

4- **أوحيدة جميلة**، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط،2007.

5- **أيوب بولين أنطونيوس**، تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

6- **بروان أياد محمود**، التحكيم والنظام العام (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

7- **البستاني سعيد يوسف**، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

8- ----------، القانون الدولي للإسناد التجارية(القواعد الموحدة وقواعد تنازع القوانين، دراسة مقارنة لقوانين التجارة العربية بقانون جنيف الموحد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

9- **بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

10- **بلقاسم أعراب**، القاانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)، دار هومة للنشر والتوزيع، بوزريعة، 20

11- بيارماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، (ترجمة ل علي محمود مقلد)، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

12- **التغدويني محمد**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة آنفـــــــو برانت، فـــاس، 2009.

13- التكريتي هيفاء عبد الرحمن ياسين، آليات العولمة الاقتصادية و آثارها المستقبلية في الاقتصاد العربي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

14- تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعـــارف، الإسكنـدرية، د.ت.ن، د. م.ن.

15- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية(اتفاقية فيينا للبيوع 1980)، ط2، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1995.

16- جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهر، 1959.

17- جاسم محمد زكريا، مفهوم العولمة في التنظيم الدولي المعاصر (دراسة تأصيلية تحليلية ناقدة في فلسفة القانون الدولي)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

18- الجمال مصطفى محمد و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الفتح للطباعة والتوزيع و النشر، الإسكندرية، .1998

19- جمال مصطفى، عبد العال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية في ضوء القانون 94/27، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

20- الحداد حفيظة السيد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجـــــــــــامعي، الإسكندرية،2001.

21----------، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحـــــــــــــلبي الحقوقية، بيروت،2007.

22----------، العقود المبرمة بين الـــــدول والأشخاص الأجنبية (أهميتها، والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

23- **حسانين طلعت حلمي**، دور الإرادة في العقود الدولية، دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

24- **الحواري أسامة أحمد**، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

25- **الحويش ياسر**، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

26- **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

27- **خلوف أحمد**، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية (دراسة تأصيلة تحليلية)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

28- **خير عادل محمد**، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجه لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL والغرفة التجارة الدولية CCI، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

29- **الداودي غالب على**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية(دراسة مقارنة)، ط 5، دار وائل للنشر، عمان، 2010.

30- **الدسوقي بهاء هلال**، قانون التجار الدولي الجديد دراسة تحليلية LEX MERCATORIA، د.د.ن، القاهرة ،1993.

31- **راشد سامية**، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

32- **الرفاعي أشرف عبد العليم**، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

33- **رياض فؤاد، راشد سامية**، الوسيط في القانون الدولي الخاص/ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

34- **زمزمي إبراهيم بن أحمد بن سعيد**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

35- **الزوكة محمد خميس**، جغرافيا التجارة الدولية، دارالمعرفة الجـامعية، الإسكندرية، 1993.

36- **سراج حسن أبوزيد**، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربيـة، القـاهرة، 2004.

37- **سعد الله عمر**، قانون التجارة الدولية(النظرية المعاصرة)، هـــــــومة للطباعة والنشر والتـــوزيع، بوزريعة، 2007.

38- **سلام أحمد رشا محمود**، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة (دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية تمويله ومخاطره وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد والقانون الواجب التطبيق)، دار النهضة العـــربية، القاهرة، 2004.

39- **سلامة فارس عرب**، وسائل معالجة اختلال توازن العقود في قانون التجارة الـــــدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999.

40- **سلطان عبد الله محمود الجوادي**، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

41- **شفيق محسن**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

42- **شهاب محمد**، أساسيات التحكيم التجاري الدولي و القوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا، مكتبة الوفاء القانونية، د.م. ن، 2009.

43-**صالح المنزلاوى**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

44- **الصغير حسام الدين عبد الغاني**، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

45- **صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

46- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية(دراسة في أهم أحداث وأحكام التحكيم الـــــــــــــــــــدولي)، دار الفكر الجامعي، الإسكنـــــــــدرية، 2004.

47- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية(دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006.

48- طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، ط7، دار الثقافة للنشر والتـــــــــوزيع، عمان، 2012.

49- الطراونة مصلح أحمد، قانون التجارة الدولي (دراسة نظرية تحليلية لقانون التجار الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص)، دار رند للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

50- طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

51- عباس عبد الهادي، هواش جهاد، التحكيم: التحكيم الاختياري، التحـــكيم الإجباري، التحكيم في المنـازعات الدولية، التحكيم في التجارة الدولية، د د ن، 1982.

52- عبد الكريم أحمد سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

53----------، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، دار النهـــــــــضة العربية، القاهرة، 1989.

54----------، مبادئ القانون الدولي الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

55----------، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخـــاص وقانـــــــون التجارة الدولية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1989.

56----------، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.

57----------، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمـــــته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

58---------- -، القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية، 2007.

59----------، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

60-**عبد الكريم ممدوح حافظ عرموش**، القانون الّدولي الخـــاص: الأردني والـمـــــقارن، د.د.ن، عمان، 1998.

61- **عبد المجيد منير**، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.

62- ----------، قضاء التحكيم ومنازعات التجارة الدولـية، دار المطبوعـــات الجامـعية، الإسكندرية، 1995.

63- **عبد الله عبد الكريم عبد الله**، ضمانات الإستثمار في الدّول العربية(دراسة قانونية مقانة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورهافي هذا المجـــال)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2010.

64- **عبد الهادي عباس،جهاد هواش**، التحكيم: التحكيم الاختياري - التحكيم الإجباري . التحكيم في المنازعات الدولية. التحكيم في التجارة الدولية، د د ن، 1982.

65- **عثمان أبو حرب**، الاقتصاد الدولي، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

66- **عشوش أحمد عبد الحميد**، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شبـــاب الجامعة، الاسكندرية، 1988.

67- ----------، قانون العقد بين ثـــــــــبات اليقين واعتبـارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة ،الإسكندرية، 1990.

68- **عصام حنفي محمود**، قانون التجارة الدولية،

http://www.olc.bu.edu.eg/olc/images/415.pdf

69- **عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، دار الجـــــامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

70- ----------، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.

71- **علي إبراهيم**، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تـــــــكامل، دار النهضة العربية، القاهرة،1997.

72- **عمروشي عبد الكريم**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، مكتبة دار الثـــــقافة، عمان، 1997.

73- **العنزي زياد خليف**، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص المـشكلات والحلول، دار وائل للنشر، عمان،2010.

74- **غصون عبده جميل**، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

75- **الفار عبد الواحد محمد**، أحكام القانون الدولي في مجال التـــــــــنمية الاقتصادية، عالـــــــم الكتاب، القاهرة، د.س.ن.

76- ----------، المصلحة الدولية المشتركة كأساس لتطوير النظام الاقتصادي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

77- **الفخري عوني محمد**، التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية والعولمة، د.د.ن، بغداد، 2002.

78- **فلحوظ وفاء مزيد**، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الـــــدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

79- **فليح حسن خلف**، العولمة الاقتصادية، علم الكتب الحديث، عمان، 2010.

80- **فياض محمد**، المعاصر في قوانين التجارة الدوليـة، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2003.

81- **القصبي عصام الدين**، النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية، دار النهـــــــــضة العربية، القاهرة، 1993.

82- **القيسي رياض**، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، 2002.

83- كبارة فواز سالم، قانون التجارة الدولية (النظام الاقتصادي المعاصر وعــولمة القانون)، الجزء الأول، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، د س ن.

84- الكردي جمال محمد، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية(النظرة العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظور الاقتصادي العالمي الجديد)دار النهضـــــة العربية، القاهرة، 2002.

85----------، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ط2، دار النهضة العـــــربية، القاهرة، 2003.

86- كصير محمد خيري، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القـــــــــوانين(دراسة مقارنة)، منشورات الحـــلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

87- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية، دار النشر العربي، القاهرة، 1991.

88- كمال محمد فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافـــة الجامعية، الإسكندرية، 1992.

89- كولا محمد، تطور التحكيم التجاري في الجزائر، منشورات بغـدادي، د.م.ن، 2008.

90- محمد إبراهيم على محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

91- محمد أحمد أبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدّولية، دار النهضة العربية، د م ن، 2013.

92- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص(الجنسية، الموطن، مـــركز الأجانب، مادة التنازع)، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992.

93- موساوي محمد قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي(دراســـــة مقارنة)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2002.

94- المصري محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار ومكتبة الحامد للنشر والتـــوزيع، عمان، 2002.

95- المغربي محمود محمود، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007.

96- المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

97- منصور سامي بديع ،عبده جميل، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009

98- منصور سامي بديع و العجوز أسامة، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، د.م. ن، 2009.

99- منصور محمد حسين، العقود الدولية(ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه مضمونه وآثاره، وانقضائه، الصياغة التقنية الائتمانية والالكترونية، الاختصاص القضائي والقانوني، التحكيم وقانون التجارة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

100- مواجدة مراد محمد، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

101- موسى محمد إبراهيم، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.

102- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002.

103- ناصر حمودي محمد، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت(مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

104- ناصف حسام الدين، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، د. م. ن، 1994.

105- نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في العلاقات التجارية الدولية، د م ن،2002.

106- الهداوي أحمد محمد، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

107- الهداوي حسن و/ الداودي غالب علي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الكتب للطباعة والنشر، د.م .ن، 1988.

108- الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني(دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1997.

109- هشام خالد، الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.

110- ----------، قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000.

111- ----------، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

112- ----------، ماهية العقد الدولي ، منشأة المعارف، الإسكندرية،2007.

113- هشام صادق، حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998-1999.

114- هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن في ضوء المبادئ العامة وأحكام معاهدة بروكسل لعام 1910، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1977.

115----------، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، القاهرة، 1982.

116----------، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

117---------- ، تنازع القوانين(دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س. ن.

118- الهواري أحمد محمد، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد، دراسة تحليلية تأصيلية في تشريعات القانون الدولي الخاص وبوجه خاص التشريع السويسري، دار النهـــضة العربية، القاهرة، 1995.

119- الورفلي أحمد، التحكيم الدولي في القانون التونسي و القانون المقارن، مجمع الاطرش للنشر والتوزيع، تونس، 2006.

120- ياقوت محمد محمود، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفـــــــكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

121- ----------، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظـــــــرية والتطبيق، منشـــأة المعارف، الإسكندرية،2000.

122- ----------، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنّظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

ثانيا- الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ-الأطروحات

1-اقلولي محمد، النّظام القانوني لعقود الدّولة في مجال الاستثمار،التجربة الجزائرية نموذجاً، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

2- أيت منصور كمال، عقد التسيير آلية لخوصصة المؤسسة العامة ذات الطابع الإقتصادي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.

4- بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخـــــــضر، باتنة، 2012.

5- **بوسهوة نور الدين**، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي بين القانونين الـــــدولي والجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005/2004.

6- **بويحي جمال**، القانون الدولي في مجابهة التحدّي الامريكي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

7- **تكاري هيفاء رشيدة**، النظام القانوني لعقد التأمين" دراسة في التشـــــــريع الجزائري"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعـــلوم السياسية، جامعة مولود معمـــــــري، تيزي وزو، 2012.

8- **حسين نورة**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، رســـالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

9- **حشماوي محمد**، الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العـــــولمة الاقتصادية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جـــامعة الجزائر، 2006.

10- **دمانة محمد**، دفع مسؤولية الناقل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

11- **زروتي الطيب**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج2، رسالــة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجـزائر، 1990.

12- **السيد أبو العينين أحمد هاني**، الفحص والإخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القـــانون، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2005.

13- **شويرب خالد**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة الدكتوراه في الحــقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، 2009.

14- **عبابنه علاء الدين محمد ذيب**، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، 2004.

15- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

16-عسالي عبد الكريم، عقد الاعتماد الايجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القـــــانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

17- عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار في الجزائر(على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.س.م.

18- قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

19- محسوب محمد عبد المجيد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة،2007.

20- محمد توفيق على محمد فهمي، اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجـــارة الدّولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.

21- مساعدي عمار، العلاقات الاقتصادية الدولية ومبدأ المساواة في ظل النظام الاقتصادي الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون،1997.

22- مسيحة أشرف شوقي، القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشـــريعية الوطنية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جـــــــامعة المنصورة، 2008/2007.

23- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والنتاج في اليد)، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1998.

24- معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامـــــعة مولود معمري، تيزي وزو 2015.

25- المؤيد محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي(دراسة تأصيلية)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،1997.

26- هناء يحي سيد أحمد، دراسة تحليلية لحركة التجارة الخارجية في سوريا في ضوء المتغيرات الاقتصادية والسكانية خلال فترة 1980و 2005، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في السكان والتنـــمية، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، سوريا، 2006-2007.

27- والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار الأجنبي ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ب. س م.

ب-المذكرات

1-باخوكتجي جلال محمد عيسى، القواعد التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الخاصة الدّولية، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1996.

2- بن صغير عبد المومن، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق والعـــــلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، السعيدة، 2010.

3- بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدّولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.

4- بوليحة سعاد، استقلالية شرط التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدّولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقـــوق بن عكنون، جامعة الجـــــزائر، د.س. م.

5- جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

6- حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي ،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

7- خلفي أمين، المسؤولية المدنية للناقل البحري للبضائع دراسة مقارنة بين(التشريع الجزائري واتفاقية هامبورغ 1978)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.

8- سناء ركيع، تنازع القوانين في مجال التجارة الدولية –عقد البيع الدّولي للبضائع – بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون المقاولات، فرع القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2006.

9- الشماسنة محمد أحمد عبد الله، مواءمة قواعد الإسناد لأعراف التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجامعة الاردنية، 2005.

10- عبد الكريم محسن عواد أبودلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية(دراســـــة مقارنة)، بحث لنيل درجة الماجستيرفي القانون، كلية الدراسات الفـــــــــقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2002.

11- عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

12- المحاسنة محمد أحمد علي، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنـــــية، 2006.

13- مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحـــقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامـــــــــــعة الجزائر، 2009/2008.

14- الهام عزام وحيد الخرام ،التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع /دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

15- وضحة فلاح المطيري، مسؤولية الناقل الجوي الدولي في عقد نقل الركاب وفقا للقانون الكويتي والأردني والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوســـــط، 2011.

ثالثا- المقالات

1- إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي وماهر محسن عبود الخيكان، "التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار(دراسة مقارنة)"، ص ص 71- 98، مقال متوفر على الموقع http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=37158

2-أبو زيد رضوان، "قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي دراسة فكرة Lex Mercatoria "، **مجلة الأمن والقانون**، السنة الأولى، العدد الأول، 1993، ص ص 222- 239.

3- أبو صيبع عبد الرسول كريم، "التكييف في تنازع القوانين، دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية"، **مجلة مركز دراسات الكوفة**، العدد 07، 2008، ص ص221-232.

4- **إقلولي محمد**،" شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، عدد01 ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، جانفي، 2006 ص ص 94-123.

5- ألكفري مصطفى العبد الله، "العولمة الاقتصادية وفرض هيمنة الرأسمالية"، مقال متوفر على الموقع: www.ahewar.org

6- امحمد سعد الدين، " دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق" **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، السنة الخامسة، المجلد 09، العدد01، 2014، ص ص 89-98.

7- **براهمي حنان**، "اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقـيات الدولية"، **مجلة الاجتهاد القضائي**، العدد الرابع، مارس 2008، ص ص 324- 341.

8- **بلمامي عمر**، "أثر الاتفاقيات الدولية في أعمال فكرة النظام العام (دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص)"،**المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية ة السياسية**، الجزء 33، رقم01، 1995، ص ص 172 -192.

9- **بلميهوب عبد الناصر**، "النظام العام في القانون الخاص: مفهـــــــوم متغير ومتطور"، مداخلة في اطار الملتقي الدولي حول:" التحول في فكرة النظام العام، من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، المنعقد يومي 08/07 ماي 2014، والمنشور في **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، عدد خاص، 2015، ص ص379-393.

10- **بن أحمد الحاج**، "العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية"، **مجلة القانون والمجتع** الصادرة عن جامعة أدرار، العدد الثالث، جوان 2014، ص ص 80-107.

11- **بن عبد الله عادل**، "الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام"، **مجلة المفكر**، العدد الثالث، 2004، ص ص 220-234.

12- **بولرباح غريب**، " العوامل المحفزة للاستثمارات الأجنبية المباشرة /دراسة حالة الجزائر"، **مجلة الباحث**، العدد 10، 2012، ص ص 99-110.

13- **بولوناس عبد الله**،" عولمة الاقتصاد – الفرص والتحديات-"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 24، العدد 1، 2008 ص ص 179-202.

14- **تراري الثاني مصطفى**، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المـــــدنية"، **مجلة دراسات قانـــــونية**، عدد 1 جوان، 2002، ص ص35-56.

15- **ثابت عنايت عبد الحميد**، "أساليب فض(تنازع القوانين) ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي"، **مجلة القانون والاقتصاد**، العدد الخامس والستون، 1995، ص ص 01- 97.

16- **ثابت منير محمد**، "أية قيمة قانونية لعادات وأعراف التجارة الدولية"، **مجلة المنـــاهج**، العدد المزدوج 9-10، 2006، ص ص19 -28.

17- الجازي عمر مشهور حديث، "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، **مجلة نقابة المحاميـــــــــن**، العدد 09/،2010، ص ص 1- 11. مقال متوفرعلى الموقع:

http://www.jcdr.com/pdf/3-ar.pdf

18- جمال محي الدين، "تنازع الاختصاص القضائي الدولي المواد 10-11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائي"، **مجلة المفكر**، العدد السادس، 2010، ص ص 67- 88.

19- جورج حزبون حزبون ، "قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الاجرائي والمستحدث الموضوعي"، **مجلة الحقوق الكويتية**، السنة السادسة و العشرون، العدد الثاني، 2002، ص ص 235 -263.

20- جورج حزبون حزبون، "الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي الخاص"، **مجلة نقابة المحامية الأردنيين**، العدد العاشر ،1989 ، ص577.

21- الحويش ياسر، "اتفاقيات تحرير التجارة العالمية في تطوير القوانين الداخلية"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص ص 83- 108.

22- الحويش ياسر، "تسوية النزاعات في النظام الدولي للتجارة تحكّمية أم إحكام؟ "، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 26، العدد الثاني، 2010، ص ص 07- 36.

23- خالدي خديجة، "أثر الانفتاح التجاري على الاقتصاد الجزائري" ،**مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا**، العدد 02 ص ص85-94.

24- الخصاصي عادل، "أثر التنافسية والعولمة في الأنظمة القانونية الوطنية"، **مجلة السياسة الدولية**، مجلد 46، العدد 182، 2010.

25- خنوسي عبد العزيز، "القواعد الاجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وانفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة"، **مجلة الفقه والقانون**، العدد الثالـــــث، يناير 2013، ص ص 01- 34. مقال متوفر على الموقع:

http://taza2005.e-monsite.com/medias/files/alkawa3id-ijraiya.pdf

26- الخياط أمينة، "واقع وآفاق التنظيم القانوني للعقود الدولية في القانون الدولي الخاص المغـــربي"، **المجلة المغربية للدراسات و الاستشارات القانونية**، الســـــــنة الأولى، العدد الأول، 2011، ص ص 15- 23.

27- ديب فؤاد، "المحكم ونظم تنازع القوانين الوطنية"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد24، العدد الثاني، 2008، ص ص 33-56.

28- رائد فاضل، "النظرية الحديثة في التجارة الخارجية"، **مجلة الدراسات التاريخية والحضـــــارية**، المجلد 5، العدد 17، 2013، ص ص 121- 137.

29-زرقون نور الدين، "سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع"، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، العدد الثامن، جانفي 2013، ص1-16.

30- زروتي الطيب، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية ة السياسية**، الجزء 35، رقم 01، 1997، ص ص 64- 107.

31- زروق نوال، " دور القاضي الجزائري في التحكيم التجاري الدولي"، **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، المجلد 12، العدد02، 2015، ص ص 313-334.

32- سلطان عبد الله محمود، "الدفع بالنظام العام وأثره "، **مجلة الرافدين للحقـــــوق**، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، ص ص85-109.

33- شرون حسينة، "العلاقة بين القانون الدولي بالقانون الداخلي" ، **مجلة الباحـــــــث**، العدد الخامس، 2007، ص ص 159-166.

34- شبة سفيان، "حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، **دفاتر السياسة**، العدد 04، 2011، ص ص 223-235.

35- شحاتة إبراهيم أحمد، اجتهاد القاضي، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية** لجامعة عين شمس، العدد2 ، السنة الرابعة،1962.

36- شريف هنية، " إعمال القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي"، **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني** ، السنة الخامسة، المجلد 10، العدد02، 2014، ص ص 146-169.

37- **شيعان فراس كرم**، " حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة"، مقال متاح على الموقع:

www.uobabylon.edu.iq/publications/law.../article_ed2_9.do

38- **الصلاحي أحمد بن ناجي**، "القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمات الدولية والأشخاص الطبيعية و المعنوية العائدة لدولة ما"، **مجلة البلقاء للبحوث والدراسات** ، المجلد الثالث، العدد الأول، 2009، ص ص 111-155.

39- **الطائي عادل أحمد**، "قواعد التفسير القضائي الدولي (دراسة في قانون المعاهدات الدولية)، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد السادس والأربعون، أفريل 2011، ص ص 383- 458.

40- **عبد العزيز أحمد، الطحان جاسم زكريا وفراس عبد الجليل**، "الشركات المتعددة الجنسيات وأثرها على الدّول النامية"، **مجلة الإدارة والاقتصاد**، العدد 85، 2010، ص ص 113-135.

41-**عبد الكريم سلامة أحمد**، " شروط الثبات التشريعي عقود الاستثمار والتجارة الدولية"، **البحوث القانونية والاقتصادية**، العدد الخامس، جامعة المنصورة، مصر، 1989، ص ص 117-168.

42- **عبد الله عز الدين**، "فلسفة المشرع المصري في تنازع القوانين"، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، السنة الأولى، العدد الأول، جامعة عين شمس، يناير1959، ص ص 1-46.

43- **عبيد خير الدين كاظم**، "دور القضاء في تقنين القانون الدولي الخاص"، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، المجلد الأول، العدد الأول، 2009، ص ص 244- 262.

44- **عبيدات رضوان**، "الآثار الإيجابية لاتفاق التحكيم وفق أحكام القانون الأردني المقارن"، **دراسات، علوم الشريعة والقانون**، المجلد 38، العدد2،2011، ص ص 646-671.

45-**عدلي محمد عبد الكريم**، "خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية"، مقال متوفر على الموقع:

http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/396/4/revue-algerienne-pour-Science-des%20Droits-Econnomique-et-Politiques.pdf

46- **عز الدين عبد الله**، "فلسفة المشرع المصري في تنازع القوانين"، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، السنة الأولى، العدد الأول، يناير1959، ص ص 1-46.

47- **د/عمار رزيق**، نشر الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان في النظام القانوني الجزائري، ص ص 105-115. مقال متوفر على الموقع:

http://www.webreview.dz/IMG/pdf/62.pdf

48- **عيد عبد الحفيظ**، "حماية المستهلك في مجال العلاقات الدولية الخاصة" **المجلة الأكاديمية للبحث القانون**، السنة الرابعة، المجلد 07، العدد 01، 2013 ، ص ص 22- 48.

49- **العيسى طلال ياسين**، "دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القانوني الدولي بقواعد النظام العام" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، العدد الأول، 2009، ص ص 305-337.

50- **فياض محمود**، "مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، **مجلة الشريعة والقانون**، السنة 27، العدد الرابع والخمسون، أفريل 2013، ص ص 223-264.

51- **القشيري، أحمد** "الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية"، **المجلة المصرية للقانون الدولي**، المجلد الواحد والعشرون،1965، القاهرة،ص ص 63-88.

52- **لافي محمد درادكه**، "أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية السعودية كإحدى الدّول المضيفة للاستثمار: دراسة في الاتفاقيات القواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية

وتطبيقاتها العملية"، ص ص 1343-1385. مقال متوفرعلى الموقع:

http://slconf.uaeu.ac.ae/images/%D9%85%D8%A4%D8%AA%D9%85%D8%B1%2019%20%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%85%D8%A7%D8%B1/part%203/lafie%20(28).pdf

53- لحلو أسماء - العباسي مريم، "القانون الواجب التطبيق على اجراءات و موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، **أبحاث ودراسات قانونية**، العدد الأول، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون الأعمال و المقالات، 2007، ص ص205-233.

54- متري موسى خليل، "توحيد قواعد قانون التجارة الدولية"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 28، العدد الثاني، 2012، ص ص 143-164.

55-متوكل حياة، "قانون التجار الدولي (LexMercatoria) المبادئ العامة وقواعد الإعمال"،**أبحاث ودراسات قانونية**، العدد الأول، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون الأعمال و المقـــالات، 2007، ص ص 395- 411.

56- محمدي محمد عبد الرحمان،" النظام العام واتفاق التحكيم"، **أبحاث ودراسات قانونية**، العدد الأول، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون الأعـــمال والمقالات، 2007، ص ص 151-181.

57-مختاري عبد الكريم، "المجلس الدستوري واصلاح النظام الإنتخابي الجزائري- حكم دستوري أم محكمة دستورية؟"، **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، السنة الرابعة، المجلد 08، العدد01، 2013، ص ص 84-111.

58----------، " عن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في الجزائر- نصوص مبتورة وممارسة معدومة-" **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، السنة السادسة، المجلد 11، العدد01، 2015، ص ص 228-252.

59- المصري محمد وليد هشام، "مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة التنازع والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطن، نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدّولي الخاص العربية"، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد 35، 2008، ص ص231-260.

60-مكي ايمان طارق، عبد الرسول عبد الرضا جابر، " القواعد ذات الحلول العالمية في القانون الدولي الخاص"، **مجلة العلوم الانسانيــة**، المجلد 1، جامعة بابل، 2014، ص ص 49-60. مقال متوفر على الموقع:

http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=93297

61- منصر جمال،" الدولة في عصر العولمة: رؤية من المنظار الوظيفي"، مجلة الـديمقراطية، ص ص 1-8. مقال متوفر على الموقع

http://democracy.ahram.org.eg/UI/Front/InnerPrint.aspx?NewsID=129

62- منصوري زين،" واقع وآفاق سياسة الاستثمار في الجزائر"، **مجلة اقتصاديات شمال افريقيا**، عدد 02، بدون سنة النشر، ص ص 125-152 .

63- موسخ محمد، "حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري"، **مجلة البحوث والدراسات العلمية**، العدد الثالث، 2009، ص ص 83-125.

64-موكه عبد الكريم، "القانون الواجب التطبيق على المنازعات الخاصة بالثمن"، **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، السنة الخامسة، المجلد 10، العدد02، 2014، ص ص 325-344.

65-ميمون الطاهر، "عولمة الاقتصاد/ عولمة الأزمات: الوجه الحقيقي للقرية الكونية"، ص ص 1-25. مقال متوفر على الموقع: globalisation.montadarabi.com/t8-topic

66- ناجي عبد المؤمن، "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة"، **مجلة الأمن والقانـون**، السنة الثـامنة، العدد الأول، 2000، ص ص 131-191.

67- نسيغة فيصل، دنش رياض، " النظام العام"، **مجلة المنتدى القانوني**، العدد الخامس، 2008، ص ص 165-181.

68-نعم حنا رؤوف، " المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيـــــع الدولي"، **مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية**، المجلد 16، العدد1، كانون الثاني 2009، ص ص 345-372.

69- --------، "العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية"، **مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية**، المجلد 14، العدد6، حزيران 2008، ص ص325-356.

70- نعيمي فوزي قدور، الراوي مطفر جابر، "النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة"، **مجلة جامعة تكريـــــــــت للعلوم القانونية والـــسياسية**، السنة3، المجلد 3، العدد 10، 2011، ص ص 01-25.

71- هشام علي صادق، "مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضـــروري"، **المجلة المصرية للقانون الدولي**، المجلد الخمسون، القاهرة، 1994، ص ص 106-117.

رابعا- المداخلات

1- بوسهوة نور الدين، "مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقاتها بالنـــظام العام"، مداخلة في اطار الملتقي الدولي حول:" التحول في فكرة النظام العام، من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، المنعقد يومي 08/07 ماي 2014، والمنشور في **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، عدد خاص، 2015، ص 318-332.

2- الحموري طارق،" قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية "، أشغال ندوة جامعة الدول العربية حول: صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، المنعقدة في الفترة ما بين 25 -29 ديسمبر، شرم الشيـــــخ، مصر،2009، ص ص 1-14. مقال متوفر على الموقع:

http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029770.pdf

3- ادريس بلماحي، "مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي"، الاتفاقيات الدولية والقانون الدخلي من خلال الاجتهادات القضائية، أشغال ندوة علمية، مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان ، طبعة1، المملكة المغربية،2002 .

4- أندري لوكاس، "القانون الواجب التطبيق على انتهاكات حقوق المؤلف في البيئة الرقمية"، نشرة حقوق الملكية، تشرين – كانون الثاني، 2005. مقال متوفر على الموقع:

http://portal.unesco.org/culture/fr/files/29854/11476852631bull_4_2005_ar.pdf/bull_4_2005_ar.pdf

5- بلمهوب عبد الناصر، "دراسة تحليلية لنص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري"، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في الجزائر واقع متطور، يومي 21-22 أفريل 2010، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.

6- بن مدخن ليلة، "مبررات الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي وحدود اختصاص القاضي للنظر في الطعون بين فرض الرقابة واحترام إرادة الأطراف"، الملتقى الوطني حول "تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر- واقع متطور-"، يومي 21-22 أفريل، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2010.

7- الحداد يوسف سليمان عبد الرحمان، "القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات النفط"، مداخلة منشورة في أعمال المؤتمر السنوي التاسع عشر حول "التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية"، في الفترة ما بين 26-28 أوت في صـــــلالة، عمان، 2014.

8- خلفي عبد الرحمان، "التحكيـــــــم التجاري دولي (مع الإشارة إلى التشريع الجزائري)"، مداخلة منشورة في أعمال المؤتمر السنوي الحادي والعشرون حول الطاقة بين القانون والاقتصاد" في الفترة ما بين 20-21 ماي 2013، جامعة الإمارات.

9- طارق الحموري،" قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية "، أشغال ندوة جامعة الدول العربية حول: صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، في الفترة ما بين 25 -29 ديسمبر، شرم الشيخ، مصر، 2009.

10-عبد الكريم سلامة أحمد، "الأنترنت والقانون الدولي الخاص : فراق أم تلاق"، بحث مقدم لمؤتمر "القانون والكمبيوتر"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة 12-13 مايو 2000 .

11-علي الدين رشا، "سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقود" دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مداخلة منشورة في أعمال المؤتمر الثالث عشر حول "الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة العالمية"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، أيام 1-2 أفريل،2009.

12-عمارة مسعودة، "اشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية"، مداخلة في اطار الملتقي الدولي حول:" التحول في فكرة النظام العام، من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، المنعقد يومي 08/07 ماي 2014، والمنشور في **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، عدد خاص، 2015، ص ص 395-408.

13-الفخري عوني محمد، " التنظير القانوني للعولمة الاقتصادية الرأسمالية"، بحث مقدم الى ندوة بغداد الموسومة " العولمة وأثرها في الاقتصاد العربي" التي نظمها بيت الحكمة للمدة 14-16 أفريل2002، الجزء الخامس.

14- كسال سامية زوجة زيدي، "تأثير فكرة النظام العام علة تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة في ملتقى وطني حول التحكيم التجاري الدولي، جامعة تيزي وزو، يومي 09/08 ماي 2013.

15-نور حمد الحجايا، "القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه"، مقال مقدم في إطار المؤتمر السنوي السادس عشر المتعلق" التحكيم التجاري الدولي "، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، متوفر على الموقع:

http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n2/alhagaia.pdf

16- الهواري أحمد محمد، " خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص"، مداخلة في اطار الملتقي الدولي حول:" التحول في فكرة النظام العام، من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، المنعقد يومي 08/07 ماي 2014، والمنشورة في **المجلة الاكاديمية للبحث القانوني**، عدد خاص، 2015، ص ص 494-522.

خامسا -النصوص القانونية

1-النصوص القانونية الجزائرية

أ- الدستور:

-دستور 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96- 438، مؤرخ في07 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، صادر بتارخ 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بقانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، ج. ر.ج.ج عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

ب-الإتفاقيات الدولية:

1 - معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة في 24 أوت 1924، صادقت عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 64-71، مؤرخ في 02 مارس 1964، دخلت حيز النفاذ في 02 جوان 1931.

2- اتفاقية وارسو الموحدة لبعض القواعد الخاصة بالنقل الجوي الدولي الموقعة في 12 أكتوبر1929، معدلة ببرتوكول لاهاي 1955، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 64-74، مؤرخ في 2 مارس 1964، ج رج ج عدد 26، صادر بتاريخ 25 أوت 1964.

3- اتفاقية نيويورك، لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحـــــــــكمين الأجنبية، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 88-233، مؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 ماي 1958، ج. ر.ج. ج عدد 48 لسنة 1988.

4- اتفاقية غوادالاخارا 1961 متممة لاتفاقية وارسو، تتعلق بتوحيد قواعد النقل الجوي الـــــــدولي، انضمت إليها الجزائر بموجب أمر رقم 65- 267، مؤرخ في 25 أكتوبر 1965، ج.ر.ج. ج عدد 104، صادر بتاريخ 21 ديسمبر1965

5- اتفاقية بروكسل المتعلقة بتوحيد بعض قواعد نقل المسافرين بحرا الموقعة ببروكسل بتاريخ 29 أكتوبر 1961، والتي انظمت إليها الجزائر بمقتضى أمر 73-02، مؤرخ في 05 يناير 1973.

6- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المبرمة في 23 ماي 1969، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 87- 222، مؤرخ في 13 أكتوبر، ج. ر.ج. ج عدد 42 لسنة 1987.

7-اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى 1965، صادق عليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر1995، ج. ر.ج .ج عدد 66، صادر في 1995.

8-اتفاقية برن برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة 1886، انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 97-341، مؤرخ في 13 سبتمبر 1997، ج.ر.ج.ج عدد 61 صادر في 1997.

http://www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/text.jsp?file_id=283692

ج-النصوص التشريعية:

-القوانين العادية

1-قانون رقم 63-277، مؤرخ في 1963/07/26، يتضمن قانون الاستثمارات، ج رج ج عدد 53، صادر في 1963، (ملغى).

2- أمر رقم 66- 284، مؤرخ في 16 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الإستثمارات، ج.ر.ج.ج عدد 80، صادر بتاريخ 17 سبتمبر 1966. (ملغى).

3- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المـــــــــدني، ج.ر.ج.ج عدد78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

4-قانون رقم 82-11، مؤرخ في 21 أوت 1982، يتعلق بالإستثمار الإقتصادي الخاص والـــــــــوطني، ج.ر.ج.ج عدد 34، صادر بتاريخ 17 سبتمبر 1982.(ملغى).

4- قانون رقم 88- 01، مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، ج.ر.ج.ج عدد 02، صادر بتاريخ 13 جانفي 1988، ملغى.

5- قانون رقم 09-10، مؤرخ في 18 أفريـل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج. ر.ج. ج عدد 16، صادر بتاريخ 18 أفريل 1990.(ملغى).

6- مرسوم تشريعي 93-09، مؤرخ في 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم أمـر رقم 66-154، يتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج عدد 27، صادر بتاريخ 27 أفريل 1993، ملغى.

7- مرسوم تشريعي 93-12 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج رج ج عدد 64، صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993.(ملغى)

8- قانون رقم 98-06، مؤرخ في ربيع الأول والموافق ل 27 يونيو، يتضمن القواعد العامة للطيران المدني، ج.ر.ج.ج عدد 48، صادر بتاريخ 28 جوان 1998 معدل ومتمم.

9- قانون رقم 98-05 مؤرخ في 25 يونيو 1998، يعدل ويتمم أمر رقم 76-80 موافق ل 23 أكتوبر 1976، يتضمن القانون البحري، ج. ر.ج.ج عدد 47، صادر في 17 جوان 1998. معدل ومتمم.

10- قانون 09-03، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2005، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج رج ج عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

11- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 26 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإداريـــــــــة، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

12- أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعـلق بتطوير الاستثمار، ج. ر.ج.ج ج عدد 47، صادر في 22 أوت،2001، ملغى.

13-قانون رقم 16-09، مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الإستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر بتاريخ 03 أوت 2016

-النصوص التنظيمية

- المرسوم الرئاسي

-مرسوم رئاسي رقم 90-359 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يحدد صلاحيات وزير الخارجية، ج.ر.ج.ج عدد50، صادر بتاريخ 21 نوفمبر 1990.

- المرسوم التنفيذي

-مرسوم تنفيذي رقم 01 -416، مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الإستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الإستثمار وترقيتها ودعمها ومتابعتها من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيليكوم من جهة أخرى، المنشورة في ج.ر.ج.ج عدد 80، صادر بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

2- النصوص القانونية العربية

-التشريع المصري

1-القانون المصري رقم (43) لسنة 1974 في شأن استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة، متوفر على الموقع:

http://www.arablegalportal.org/financial/legaldocs/investment/egypt/AnnexNo.14.pdf

2- قانون الطيران المدني الجديد رقم 28 لسنة 1981، متوفر على الموقع:

http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-Job:53190&q

3- قانون التجارة البحرية المصري رقم (08) لسنة 1990، متوفر على الموقع:

http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-Job:52762

4-قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg020ar.pdf

5-القانون رقم (8) لسنة 1997 في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار

http://alexcham.org/Media/Files/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%208%20%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9%201997%20%D8%A8%D8%B6%D9%85%D8%A7%D9%86%D8%A7%D8%AA%20%D9%88%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%81%D8%B2%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%85%D8%A7%D8%B1.pdf

المعدل بموجب القانون رقم17 لسنة 2015، متوفر على الموقع:

http://www.mof.gov.eg/Arabic/_Layouts/MOF/ExternalPages/Laws/pdf/1765.pd

http://www.f-law.net

7- القانون المدني المصري

http://www.f-law.net

-التشريع العراقي

1-قانون الاستثمارات العربية العراقي رقم 46 لسنة 1988

http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/7852.html

2-قانون الاستثمارات العربية العراقي رقم 62 لسنة 2002

http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/15767.html

سادسا- قرار المجلس الدستوري

-قرار المجلس الدستوري رقم 01-89، مؤرخ في 20 أوت 1989 بشأن دستورية أحكام قانون الأنتخابات رقم 89-13، مؤرخ في 07 أوت 1989، ج.ر.ج.ج عدد 36 لسنة 1989.

سابعا – الوثائق المختلفة

1-اتفاقية برن بشأن النقل الدولي للبضائع عن طريق السكك الحديدية لسنة 1890.

2- اتفاقية جنيف لسنة 1927 بشأن بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

www.lexfind.ch/dtah/39920/3/0.277.111.fr.pdf

3- اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1954.

http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=172&Link=94

4- اتفاقية لاهاي حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية لسنة 1955.

5- اتفاقية القانون الواجب التطبيق على الالتزامات المتعلقة بنفقة الأطفال لسنة 24 أكتوبر 1956.

6- اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ 19 ماي 1956 الموحدة لبعض القواعد ذات الشأن بالنقل البري الدولي للبضائع.

7- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدّولي (جنيف 1961).

www.ohadac.com/.../convention-europeenne-sur-l-arbitrage-commercial-international.

8- معاهدة لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حماية القصر والسلطة المختصة باتخاذ هذه الاجراءات بتاريخ 05 أكتوبر 1961.

9- اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية لسنة 1964.

10-اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع الموقعة بهامبرغ عام 1978 المسماة بقواعد هامبرغ.

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/transport/Rotterdam_Rules/Rotterdam-Rules-A.pdf

11- اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما 19 جوان 1980.

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29

والمعدلة بنظام الاتحاد الأوربي رقم 593-2008 حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والذي يطلق عليه تسمية روما 1 في 17 جوان 2008.

- التعديل على الموقع:

http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/cooperation_judiciaire/obligations_romeI.pdf

12- اتفاقية فينا حول عقد البيع الدولي للبضائع، المبرمة في فينا في 11 أفريل 1980.

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf

13- اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المتعلقة بعقد الاعتماد الإيجاري للمنقولات المنعقدة باوتاوا الكندية في 28 ماي 1988.

14- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المبرمة في14 أفريل 1987، معدلة في 22 أفريل 1992.

15- اتفاقية مكسيكو لعام 1994 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

16- اتفاقية الجوانب التجارية المتصلة بالملكية الأدبية(تريبس)

http://www.wipo.int/wipolex/ar/other_treaties/details.jsp?group_id=22&treaty_id=231

17- لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية https://www.uncitral.org

18- مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص

http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-french.pdf

http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-f.pdf

http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf.

باللّغة الأجنبية

I Ouvrages

1-ARFAZADEH Homayoon, *Ordre public et arbitrage international a l'épreuve de la mondialisation (une théorie critique des sources du droit des relations transnationales)*, L.G.D.J, Paris, 2006.

2-AUDIT Bernard, *La vente internationale de marchandises (convention des Nation-Unies du 11 avril 1980)*, droit des affaires, Ed juridique associées, L.G.D.J, Paris, 1990.

3- ----------, *Droit international privé*, 2éme Ed, Paris, Economica, 1997.

4-BEGUIM (M), Le *développement de la lex mercatoria menace-t-il l'ordre juridique international?*, M.C.GILL.L.C.J, Paris, 1985.

5-BUREAU Dominique & Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, T 2, Partie spéciale, P U F, 2emeEd, Paris, 2007.

6-CACHARD Olivier, *Droit du commerce international*, LGDJ, Paris, 2008.

7-CARREAU Dominique, Patrick Juillard, *Droit international économique*, 4eme Ed , L G D J , Delta Paris, 1998.

8- DEBY-Gérard Françoise, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973.

9-DERRUPE Jean et LABORD Jean pierre, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2011.

10-DERRUPPE Jean, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1990.

11----------, *Droit international privé*, 13éme Ed, Dalloz, Paris, 1999.

12-ESPINASSOUS Valentine, *L'uniformisation du droit substantiel etconflit de lois*, Ed LGDJ, Lextenso, Paris, 2010.

13-FERRY Claude, *La validité des contrats en droit international privé*, Editions LGDJ, Paris, 1989.

14-FOUCHARD Philippe& GAILLARD Emmanuel et BERTHOLD Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec**,** Paris**, 1996.**

15-FOUCHARD Philippe, *L'arbitrage Commercial International*, Dalloz, Paris, 1965.

16- Gerhard Kegel, The Crisis Of Law, R.C.A. D.I, 1964.

17-GOLDMAN (B), *La lexmercatoria dans les contrats l'arbitrage internationaux*, J.D.I, Paris, 1979.

18-GOURION Pierre- Alain, PEYRARD Georges et SOUBEYRAND Nicolas, *Droit du commerce international,* 4eme Ed, L.G.D.J, Paris, 2008.

19-GUILLAUME Johanna, *L'affaiblissement de l'Etat- nation et le droit international privé,* LGDJ, Paris, 2011.
20--GUTMAMM Daniel, *Droit international prive* ,2éme Ed, Dalloz, Paris, 2000.
21-HEUZE Vincent, *Traité des contrats : Vente internationale de marchandises, droit uniforme,* Ed LGDJ, DELTA, Paris, 2000.

22-HOMAYOON Arfazdeh, *Ordre public et arbitrage international a l'épreuve de la mondialisation*, BRUYLANT ? Bruxelles, 2006.
http://www.arbitrationicca.org/media/4/06432899300901/media113282757006560la_nouvelle_loi_francaise_sur_larbitrage.pdf

23-HUGUES Kenfack, *Droit du commerce international*, 3eme Ed, Dalloz, Paris, 2009.

24-JACQUET Jean- Michel, *Le contrat international*, 2eme Ed, Dalloz, 1999.

25-JACQUET Jean Micelle et DELEBECQUE Philippe et CORNRLOUP Sabine, *Droit du commerce international* ; Ed Dalloz, 2007.

26-JAYME Erik, *Considération historique et actuelle sur la codification du droit international privé*, RCADI, Vol 177, Année 1982.

27-KAHN (Ph), *L'essor de non droit dans les relations commerciales internationales, hypothèse de non droit*, Liege, 1977.

28-KASSIS Antoine, *Théorie générale des usages du commerce,* LGDJ, Paris, 1984.

29----------, *L'autonomie de l'arbitrage international (le droit français en question)*, L'Harmattan, Paris, 2005.

30- KITIC Dusan, *Droit international privé*, Ed Ellipses, France, 2003.
31-KNAPP Blaise, *Unification internationale des règles et désignation du droit applicable*, Ed DALLOZ, Paris, 1994.

32- LAGRDE Paul, *Approche critique de la lexmercatoria*, Ed L.I.T.C, Paris, 1982.

33- LOQUIN Eric, *Le contrôle du seul caractère, effectif et concret de la violation de l'ordre public international par la sentence*, RTD. Com, 2008.

34-LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, *Droit international privé*, 5éme Ed, Dalloz, Paris, 1996.

35-LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre et SOMMIERES Pascal de Vareilles, *Droit international privé*, 8eme Ed, Dalloz, Paris, 2004.

36-LOUSSOURN Yvon et BERNAND Thierry, *Droit international privé*, 5eme Ed, Paris, 1996.

37-MALAN Alexandre, *La concurrence des conventions internationale dans le droit des conflits de lois*, Ed Presses Universitaires d Aix-Marseille, 2002.

38- MARIE- Christine Meyseaud- Garaud, *Droit international privé*, 2éme Ed Bréal Amazon , France, 2008.un aperçu de ce livre publier sur le site https://books.google.dz/books?isbn=274950750

39-MAYER Pierre & HEUZE Vincent, *Droit international privé*, 7eme Ed, Montchrestien, Paris, 2001.

40----------, *Droit international privé*, 10eme Ed, Lextenso, Paris, 2010.

41MELIN Françoise, *Droit international privé*, Gualino, Lextenso, 4 eme Ed, Paris, 2010.

42-MONEGER Françoise, *Droit international privé*, Edition Litec, 5emeEd, Paris, 2009.

43- NJJAR Nathalie, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, Paris, 2004.

44-PARROT Karine, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, DALLOZ, Paris, 2006.

45-POMMIER Jean-Christophe, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, ECONOMICA, Paris, 1992.

46-RACINE Jean Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007.

47- RANOUIL Véronique, *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept*, P U F, Paris.

48-RENE David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982 .

49- SCHLECHTRIEM Peter, WITZ Claude, *Convention de vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.

50-SFEIR Raul, *Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé (conflits de lois et de systèmes)*, édition DELTA, BRUYLANT, L.G.D.J, Paris, 2009.

51-SOUAD Baby Youssef, *Le contrôle post-arbitral de la sentence international a l'épreuve de l'ordre public substantiel*, Ed A-pedone, Paris, 2014.

52- STRENGER IRINEU, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, RCADI, 1991.

53-TERKI-Nourddine, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, OPU, Alger, 1999.

54-TERRE François, SIMLER Philippe, LEQETTE Yves, *Droit civil, Les obligation*, Dalloz, Paris, 1999.

55-WAUTELET Patrick, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, in / Actualités de droit international privé, ANTHEMIS, 2009.

II- Thèses :

1-ARFAOUI Basma : *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, Thèse de Doctorat, Faculté de droit et sciences économiques, Université de Limoge, 2008.

2-AUDINET André, *Du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de conflits*, Thèse de Doctorat, Université de Poitiers, 1922.

3-BUREAU Dominique, *Les sources informelles du droit dans les relations privées international*, Thèse de Doctorat en droit, Université panthéon, Assas, Paris II, 1992.

4-CALEB Marcel, *Essai sur le principe de la volonté en droit international privé*, Thèse de Doctorat, Faculté de droit et des sciences politique, Université de Strasbourg, Paris, 1927.

5-GRISEL FLORIAN, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique, /application et création du droit en arbitrage international*, Thèse de Doctorat, Université Paris 1 panthéon-Sorbonne 2010.

6-JORGE Manuel, *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, Thèse de Doctorat, Université Paris 1 panthéon-Sorbonne, 1988.

7- KANCHANACH (PH), *L'unification du droit de la vente internationale, règles conflictuelles et droit matériel*, Thèse de doctorat, Strasbourg, 1989.

8-KOBER Gabriel, *La loi applicable en matière de vente internationale de marchandises*, Thèse pour le diplôme d'études doctorales, Université de droit d'économie et des sciences sociales, Paris II, 1990.

9-KUYVEN Luiz Fernando, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'ammonisation*, Thèse de Doctorat, Université de Strasbourg, 2010.

10-LARPVANICHAR Ratchneekorn, *Les contrats internationaux : étude comparative franco- thaïlandaise, thèse pour le doctorat en droit international privé*, Université de LILLE 2,2012.

11-NORD Nicolas, *Ordre public et lois de police en* droit international privé, Thèse pour le doctorat en droit, 2003.

12-PEGGY Carlier, *L'utilisation de lex fori dans la résolution des conflits de lois , thèse pour le doctorat en droit des affaires, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales*, École doctorale, Université de LILLE 2,2008.

13-**Toubiana Annie**, *Le domaine de la loi du contrat en droit privé* ,T Thèse de doctorat, Paris, 1972.

III-Articles :

1-ANCEL Bertrand, « Qualification », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-19.

2-AUDIT Bernard, « Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul ? » *Revue internationale de droit comparé*, Vol 50, N°2, 1998, pp. 421-448**.**

3----------, « vente », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-26.

4-BAUER Huber, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue critique de droit international privé*, N°4, octobre- décembre, 1966, pp. 532-574.

5-BEGNIN Jacqnes, « Le développement de la lexmercatoria menace- t- il l'ordre juridique international ? », *McGill LAW JOURNAL* ? Vol 30, 1985, pp. 478-538. **Voir :**http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/7294451-beguin.pdf

6-BERAUDO Jean Paul, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? » / in ledroit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, pp. 93-112.

7- BEREAU Dominique, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois», Mélanges en hommage à François Terrée, Presse universitaire de France Ed, Paris, 1999.

8- BERTHOLD Goldman, « La lexMercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *clunet* , 1979 , p. 487.

9-BOUCOBZA Xavier, « La prise en compte des intérêts de l'état dans le commerce international », Revue de l'arbitrage, N°2, Paris, 2005, PP. 465-485.

10-BOUKHRI Ridha, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, vol. 51, N°1, 2010, pp. 159-193. http://id.erudit.org/iderudit/044139ar.

11- BRIBOSIA HAENRI, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire, Réflexion générale sur le point de vue de l'ordre juridique Belge », *Revue Belge du droit international*, 1/1996, édition Bruylant, Bruxelles, 1996, p p 33-89.

12-CHABET Cyril, « Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite », *Communication Commerce Electronique*, N° 12 décembre, 2005,pp. 30-32.

13- Charalambos Pambpukis, « La lexmercatoria reconsidérée » / in ledroit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, pp. 635-659.

14-CHEVALLIER Jacques, « L'ordre juridique », voir l'article sur le site : https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/13/chevallier.pdf.

15-DARANKOUM Emmanuel, « L'application de la convention des nations unies sur le contrat de vente international de marchandises par les arbitres de la chambre de commerce internationale dehors de la volonté des parties est –elle prévisible ? », *Revue québécoise de droit international*, 17.2, 2004. Disponible sur : http://rs.sqdi.org/volumes/17.2_-_darankoum.pdf

16-DARANKOUM Emmanuel, « L'application des principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques » .disponible sur le site: https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol36num2/darankoum.pdf.

17- DEPITRE Simon, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *R C D I P*, Vol. 53,1974, pp. 591-606.

18-DERAINS Yves, GHESTIN Jaques, « La convention de vienne sur la vente international et les incoterms », *Rev Crit. D.I.P*, 1990, pp .860

19- DIESSE François, « Travaux des organisations internationales (droit du commerce international) jurisprudence relative au texte de la J. CNUDCI » *RDAI/ IBLJ*, N°1, 2001, pp. 98-108.

20-EL GHARBI Mustafa, « Justice contractuelle et liberté de la volonté: un rapport problématique », *Revue de la recherche juridique*, droit prospectif, 30éme Année, N°107, 2005, pp. 163-181.

21- FAUVAQUE – COSSON Bénédicte, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Revue internationale de droit comparé*, Vol 50, N° 2 Année1998, pp. 463-489.

22-FERJANI Nabil et HUET Véronique, *« L'impacte de la discision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux »*, *Journal de droit international, (Clunet)*, N° 3, Juillet 2010, pp. 108-124.

23-FETZEKAMDEM Innocent, « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *les cahiers de droit*, vol.40, N°3, 1999,pp.. 645-663. Voir : http://id.erudit.org/iderudit/043564ar

24-FORTIER Yves, « La nouvelle loi française sur l'arbitrage : vues d'Outre-Atlantique », la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris. Sur http://www.arbitration-icca.org/media/4/06432899300901/media113282757006560la_nouvelle_loi_francaise_sur_larbitrage.pdf

25-GAILLARD Emmanuel, « Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *journal de droit international*, 122 année, N1 janvier- Février-Mars, 1995, pp 5-30. http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/1995/01/Trente-ans-de-Lex-Mercatoria-Pour-une-applicatio__/Files/IA_JDI-Trente-ans-de-Lex-Mercatoria_040308_20/FileAttachment/IA_JDI-Trente-ans-de-Lex-Mercatoria_040308_20.pdf

26----------, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », *McGill-LAW JOURNAL*, vol 55, 2010, pp. 891-907.

27----------, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », ÉTUDES ET COMMENTAIRES- CHRONIQUES, Recueil Dalloz - 20 janvier 2011 - n° 3 PP. 175-192 :sur http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/2011/01/Le-nouveau-droit-franais-de-larbitrage-interne-e__/Files/View-the-full-articleLe-nouveau-droit-franais-de__/FileAttachment/IA0121110Lenouveaudroit.pdf

28- GOLDMAN (B), La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, J.D.I, Paris, 1979.

29-GUILLEMAND Sylvette et PRIJINER Alain, « La codification international du droit international privé : échec *?* », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, N° 1-2, 2005, pp. 175-192

30-JACQUET Jean- Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *in droit international privé, Travaux du Comité Français*, de Droit international privé, Ed PEDONE, 1996, pp. 24-37.

31-JACQUET Jean- Michel, « Prêt », *Encyclopédie de droit international, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-5.*

32-KACZOROSKA Aline, « *Les* usage commerciaux dans les conventions relative a la vente internationale », *Revue juridique Thémis*, vol 29 – N° 2, voir le site: http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol29num2/kaczorowska.pdf

33-KHAN Philippe, « La lexmercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses », *McGILL Law Journal*, Vol .37, 1992, pp. 413- 427.

34----------, « La lexmercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses », *McGILL-LAW- JOURNAL*, Vol 37, 1992, pp. 413-427. http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/2194470-03.pdf

35-KNAPP Blaise, « Unification internationale des règles et désignation du droit applicable » / in le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, pp. 219-243.

36-LAGARDE Paul, « Question préalable », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-4.

37----------, « Ordre public », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-10.

38----------, « Recherches sur l'ordre public en droit international privé», *Revue internationale de droit comparé*, Vol 12, N° 4 , Année 1960, pp. 864-866.

39-LANDROVE Juan Carlos, « Equité judiciaire et équité arbitrale : Synonyme ? » Article disponible sur le site : http://www.landrove.ch/pdf/Equite_Chaudet_Landrove.pdf

40-LEBOULANGER Philippe, « La notion (intérêts) du commerce international », *Revue de l'arbitrage*, N°2, Paris, 2005, PP. 487-506.

41-LEQUETTE Yves, « renvoi », *Encyclopédie de droit international*, Dalloz, Paris, 2003, pp.1-12.

42-LEVEL Patrice, « Le contrat dit sans loi » in *travaux du comité français de droit international privé*, Vol 25, 23éme a 25éme années (1962-1964), Dalloz, 1966, pp 210-231.

43- LOQUN Eric, « Les règles Matérielles du commerce international », *Revue de l'arbitrage*, N°2, Paris, 2005, PP. 243-464.

44- MAYER PIERE, « Les Lois de polices étrangères », *clunet*, 1981, pp. 277 - 337.

45----------, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Revue Française de Théorie Juridique*, N°3, 1985.

46----------, « L'application par l'arbitre des conventions international de droit privé »/ in l'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de YVON LOUSSOUARN, Dalloz, Paris, 1994, pp. 275-287.

47----------, «*Les méthodes de la reconnaissance en droit* **»** / in ledroit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005, pp. 554-573.

48-MUIR WATT Horati, « Droit public et droit privé des rapports internationaux » (vers la publicisation des conflits de lois), *Arch.- Phil .Droit*, 41- 1997, p p 207-214. Voir le site: http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/169.pdf

49-NEUMAYER Karl H ,« *Autonomie* de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Revue critique de droit international privé*, N° 04, Paris, 1957, PP. 579-604.

50-OPPETIT Bruno, « Autour du contrat international », *Revue Française de Théorie Juridique*, P.U.F, 1990, PP .107-115.

51- PAMBOUKIS Caralambos, « La lexMercatoria Reconsidérée », in le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE, Dalloz, Paris, 2005.

52- PELLET Alain, « La lex mercatoria, «Tiers ordre juridique ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », pp. 53-74. http://pellet.actu.com/wp-content/uploads/2016/02/PELLET-2000-Lex-mercatoria-tiers-ordre-juridique.pdf.

53-POMMIER Jean- Christophe, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *Journal du Droit International*, 119e année, N° 1, 1992, pp.5-43.

54-PRUJINER Alain, « L'arbitre et le droit », *Revu de règlement de déférents de Mc Gill*, vol 1 :1,2014, pp. 83-94.

55-PUTMAN Emmanuel, « L'éthique de la lex mercatoria », *Revue de recherche juridique, droit et prospectif*, 33e Année, N°124, 2008, pp.1855-1864.

56- RACINE Jean Baptiste, « Projet de convention CNUDCI sur le transport de marchandises par mer : entre modernité et complexité », *Revue des contrats*, 01 octobre, N° 4, 2007, pp.1261.

57- ROLIN Henri, « Vers un ordre public réellement international », pp. 441-462. http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/10/ordrepublic.pdf

58-SABOURIN Frédérique, *« Le contrat sans loi en droit international canadien », Revue québécoise de droit international*, 2006, pp. 35-64.

59-VLANGALLI François, « La question de la fraude a la loi dans le droit international privé », *Revue de la recherche juridique*, droit prospectif, Vol 25,N° 84, 2000, pp.1141-1176.

60- WITTEBORG Nika, « Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international comme source de connaissance du droit », Article disponible sur le site :
www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/13/chevallier.pdf

IV- TEXTES JURIDIQUES:

1 -NCPC FRANÇAIS
http://www.lexinter.net/NCPC/l'arbitrage_international.htm
2**-Décret nº 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981.**
http://www.lexinter.net/NCPC/l'arbitrage_international.htm
***3**-Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, entré en vigueur en France le 1er mai 2011, a réformé le droit français de l'arbitrage interne et international. Consulté :*
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id.
4-Code procédure civil français
http://codes.droit.org/cod/procedure_civile.pdf
5-Code civil français
http://codes.droit.org/cod/civil.pdf

6- La loi N° 66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger en ce qui concerne les investissements étrangers en France.
https://www.legifrance.gouv.fr

7- Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé Suisse
http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=270807

8- Code civil suisse

http://www.loisuisse.ch/fra/sr/210/210_000.htm

الفهرس

مقدمة ---------- 1

الباب الأول
تكريس القواعد الموضوعية في العقد الدّولي **12**

الفصل الأول

مبررات تكريس القواعد الموضوعية في العقد الدّولي ---------- 14

المبحث الأول: أزمة منهج قواعد التنازع في العقد الدولي ---------- 15

المطلب الأول: قصور منهج قواعد التنازع في العقد الدّولي ---------- 16

الفرع الأول: جوانب القصور في منهج قواعد التنازع ---------- 17

أولا: التعقيد المفرط لمنهج قواعد التنازع ---------- 18

ثانيا:افتقاد منهج قواعد التنازع للأمن واليقين القانوني ---------- 25

ثالثا: عدم ملائمة الحلول الوطنية لحكم العلاقات الخاصة الدولية ---------- 27

الفرع الثاني: دعوة الفقه لهجر منهج قواعد التنازع ---------- 30

أولا:طرح الفقه الأمريكي التغييري ومشكلة تنازع القوانين ---------- 31

ثانيا: تأثير الفكر الأمريكي على الفقه الأوروبي التطويري في النّظرية التقليدية لتنازع القوانين ---------- 40

ثالثا:الموازنة بين التغيير الأمريكي والتطوير الأوروبي في مشكلة تنازع القوانين ---------- 44

المطلب الثاني: تأثير المتغيرات الجديدة في النظام القانوني للعقد الدّولي ---------- 46

الفرع الأول: تأثير العولمة في النّظام القانوني للعقد الدّولي ---------- 48

أولا: تأثير البعد الاقتصادي للعولمة في النظام القانوني للعقد الدولي ---------- 50

ثانيا: العولمة وتجاوز هيمنة الدّول لخلق قواعد موضوعية فوقية ---------- 53

ثالثا: دور التحكيم التجاري الدّولي في عولمة النّظام القانوني للعقد الدولي ---------- 56

الفرع الثاني: الحاجة لضبط وتوحيد أحكام عقود التجارة الدولية ---------- 62

أولا: تطور النظرة حول حقيقة عقود التجارة الدولية وعدم انسجامها مع القوانين الوطنية ---------- 63

ثانيا:تجاوز إهدار القوانين الوطنية للتوازن العقدي ---------- 66

ثالثا: تنامي فكرة توحيد أحكام العقد الدولي عبرالتقنين الدّولي للقانون الدولي الخاص ---------- 68

رابعا-تبلور فكرة التقنين العلمي للقانون الدّولي الخاص ---------- 69

المبحث الثاني: ذاتية القواعد الموضوعية في العقد الدولي ---------- 71

المطلب الأول:التكريس الفقهي للقواعد الموضوعية في العقد الدولي---------- 72

الفرع الأول: نشأة القواعد الموضوعية في العصور القديمة---------- 73

أولا:مرحلة الحضارات القديمة ---------- 74

ثانيا:مرحلة الإمبراطورية الرومانية والقانون الروماني للشعوب ---------- 75

الفرع الثاني:القواعد الموضوعية في العصور الوسطى ---------- 77

أولا:المرحلةالعرفية ---------- 77

ثانيا: القواعد الموضوعية في العصور الإسلامية ---------- 88

ثالثا: مرحلة ذيوع التقنينات الوطنية---------- 90

الفرع الثالث:القواعد الموضوعية في العصر الحديث---------- 93

المطلب الثاني: المضمون المفاهيمي للقواعد الموضوعية في العقد الدّولي---------- 96

الفرع الأول: مفهوم القواعد الموضوعية في العقد الدّولي---------- 97

أولا: مدلول القواعد الموضوعيةفي العقد الدولي---------- 97

ثانيا:خصائص القواعد الموضوعية لعقود التجاة الدّولية ----------108

ثالثا: أهمية القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدّولية ----------115

الفرع الثاني: توحيد القواعد الموضوعية للتجارة الدولية----------117

أولا: جذور عملية توحيد القوانين ----------117

ثانيا: الهيئات المخوّل لها عملية توحيد القواعد الموضوعية للتجارة الدولية----------120

الفصل الثاني

الطابع الخصوصي للقواعد الموضوعية في العقد الدولي ----------124

المبحث الأول: من حيث مصادر القواعد الموضوعية في العقد الدّولي ----------126

المطلب الأوّل:أصالة القواعد الموضوعية في إطار القانون الدّولي الخاص المادي ----------127

الفرع الأول: القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني ----------129

أولا: القواعد الموضوعية ذات الأصل التشريعي ----------129

ثانيا: القواعد الموضوعية ذات الأصل القضائي ----------135

ثالثا: اهتمامات الفقه بالقواعد الموضوعية ----------140

الفرع الثاني:القواعد الموضوعية ذات المصدر الإتفاقي----------142
أولا: أنواع اتفاقيات التجارة الدّولية من حيث طبيعتها ----------143
ثانيا: أنواع الاتفاقيات الدّولية في مجال تنازع القوانين ----------144
ثالثا: فعالية أنواع الاتفاقيات الدّولية في القضاء على تنازع القوانين ----------151
المطلب الثاني:أصالة القواعد الموضوعية في إطارقانون التجارة الدّولية ----------156
الفرع الأول:القواعد الموضوعية عبر الدولية ----------157
أولا:أعراف وعادات التجارة الدولية----------159
ثانيا- المصادر المبادئية ----------171
الفرع الثاني: قواعد العدالة والإنصاف و سوابق قضاء التحكيم الدولي ----------180
أولا: قواعد العدالة والإنصاف----------180
ثانيا: سوابق قضاء التحكيم الدّولي ----------186
المبحث الثاني: من حيث فعالية القواعد الموضوعية في العقد الدّولي ----------191
المطلب الأول: فكرة النّظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية بين النّفي والإعتراف ----192
الفرع الأول: مفهوم النّظام القانوني بوجه عام ----------193
أولا: تعريف النّظام القانوني ----------193
ثانيا: الارتباط بين فكرة النظام القانوني وفكرة الدولة----------197
الفرع الثاني: تشكيل القواعد الموضوعية للتجارة الدّولية لنظام قانوني متكامل ----------199
أوّلا: نفي صفة النظام القانوني عن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية ----------200
ثانيا:الاعتراف بصفة النظام القانوني غير الكامل للقواعد الموضوعية للتجارة الدولي ----------206
ثالثا: الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الدّولية----------212
المطلب الثاني: القواعد الموضوعية وقواعد النّظام العام عبرالدّولي----------216
الفرع الأول: مفهوم النّظام العام عبرالدّولي ----------217
أولا: في وجود النّظام العام عبر الدّولي----------217
ثانيا: في وظيفة النّظام العام عبر الدّولي ومدى فعاليته ----------233
الفرع الثاني: النّظام العام أداة لإعداد قانون موضوعي للتجارة الدّولية ----------240
أولا: دور النّظام العام في خلق قواعد موضوعية باللّجوء إلى الطريقة التنازعية----------241
ثانيا: دور النّظام العام في خلق قواعد موضوعية دون اللجوء إلى الطريقة التنازعية ----------244

خلاصة الباب الأوّل ----------247

الباب الثاني

منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدولي بين الإستبعاد والإسناد 250

الفصل الأوّل

استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدّولي ------253

المبحث الأوّل: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية المرتبطة بالقانون الدّولي الخاص المادي ----------254

المطلب الأول: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني--------**255**

الفرع الأول: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر التّشريعي -------256

أوّلا:استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية الحمائية ----------256

ثانيا: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية المنظمة لعقود النقل الدولي ---------275

الفرع الثّاني:استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي -------286

أولا: وسائل القضاء في خلق القواعد الموضوعية----------287

ثانيا: القواعد الموضوعية التي أرساها القضاء ----------295

المطلب الثاني: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعيةذات المصدرالاتفاقي --------**306**

الفرع الأول:استبعاد منهج قواعد التنازع من خلال التركيز الإقليمي كمعيار لتطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية ----------308

أولا: عناصر التركيز في تطبيق القواعد الموضوعية الاتفاقية----------308

ثانيا: عناصر تدويل القواعد الموضوعية الاتفاقية----------311

الفرع الثاني: استبعاد منهج قواعد التنازع من خلال التركيز الموضوعي لتطبق القواعد الموضوعية الاتفاقية ----------314

المبحث الثاني: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدولية ----------**319**

المطلب الأول: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية أمام الجهات القضائية المختصة----------**320**

الفرع الأول: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد عبر الدّولية أمام القضاء الوطني ---------321

أوّلا: شك الفقه في القدرة على استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد عبر الدّولية----------321

ثانيا: تبرير استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية على أساس فكرة الاستقبال ----------323
الفرع الثاني: استبعاد منهج قواعد التنازع في تطبيق القواعد عبر الدّولية أمام قضاءالتحكيم---------325
أولا: تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية أمام التحكيم بالاستناد إلى اتفاق الأطراف ----------326
ثانيا: تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدّولية أمام التحكيم دون الاستناد إلى اتفاق الأطراف ----------335
المطلب الثاني:أولوية تطبيق القواعد الموضوعية بين مناهج القانون الدولي الخاص ----------341
الفرع الأول: منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد التنازع ----------343
أولا-التنافس أساس العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد التنازع----------343
ثانيا- أولوية تطبيق القواعد الموضوعية أمام الجهات القضائية المختصة----------345
الفرع الثاني:منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ----------353
أولا: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري----------354
ثانيا: مدى التزام المحكم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري ----------356
ثالثا: مدى اعتبار القواعد الموضوعية من القواعد ذات التطبيق الضروري----------362

الفصل الثاني

اسناد تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدّولي لمنهج قواعد التنازع ----------368

المبحث الأول: اسناد تطبيق القواعد الموضوعية لمنهج قواعد التنازع وفق قاعدة قانون الإرادة ---370
المطلب الأول:" مبدأ قانون الإرادة " كمبدأ أساسي في مجال عقود التجارة الدولية----------371
الفرع الأول: معالم فكرة قانون الإرادة----------372
أولا: تطور فكرة قانون الإرادة ----------372
ثانيا: الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة في مختلف الأنظمة القانونية ----------375
ثالثا: الانتقادات الموجهة لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة----------384
رابعا:كيفية تعيين قانون الإرادة----------387
الفرع الثاني: تطور عملية الإسناد عند غياب قانون الإرادة ----------399
أولا: الإسناد التقليدي الجامد للرابطة العقدية ----------399
ثانيا:الإسناد الحديث المرن للرابطة العقدية----------407
المطلب الثاني: تحديد مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية ----------**413**

الفرع الأول: التوجه الفقهي في تحديد مضمون قانون الإرادة ----------414
أولا: مضمون قانون الإرادة بين التّضييق والتوسيع والإعتدال ----------415
ثانيا: مبدأ قانون الإرادة في ظلّ النظريتين الشخصية والموضوعية----------423
الفرع الثاني:التوجه التّشريعي في تغيير المفهوم التقليدي لقاعدة قانون الإرادة ----------427
أولا : تغيير المفهوم التقليدي لقاعدة الاسناد في التشريعات الداخلية----------427
ثانيا: تغيير المفهوم التقليدي لقاعدة الاسناد في النصوصو الدولية ----------430
المبحث الثاني: اسناد تطبيق القواعد الموضوعية لمنهج قواعد التنازع وفق قاعدة الإسناد----------432
المطلب الأول: دور قاعدة الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني ----------433
الفرع الأول: نظرة الفقه لدور قاعد الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية----------435
أولا: كيفية تنظيم الروابط الخاصة الدولية في ظل المنهجين----------436
ثانيا: تطبيق القواعد الموضوعية عبر قاعدة الإسناد تشكيك في طبيعتها المادية ----------439
ثالثا :تأكيد طبيعة الأهداف الدّولية للقواعد الموضوعيه رغم مصدرها الدّاخلي----------440
الفرع الثاني: تأكيد التشريعات لدور قاعد الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية ----------442
أولا: في قانون التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي----------443
ثانيا: في قانون العقود الاقتصادية الدولية الألماني ----------443
المطلب الثاني:دور قاعدة الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الإتفاقي ----------445
الفرع الأول: حالات تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الإتفاقي ----------445
أولا: تطبيق أحكام الاتفاقية أمام قضاء دولة غير متعاقدة بناء على قاعدة الإسناد ----------446
ثانيا: تطبيق القواعد الاتفاقية على علاقات ينتمي أطرافها لدولة متعاقدة ----------448
ثالثا: تطبيق أحكام الاتفاقية على علاقات غير مركزة في دول متعاقدة ----------450
الفرع الثاني: بين الاختيار المادي والتنازعي للقواعد الموضوعية الاتفاقيات ----------453
أولا: الاختيار التنازعي لأحكام الاتفاقيات الدولية----------453
ثانيا: الاختيار المادي لأحكام الاتفاقيات الدولية ----------456
ثالثا: حكم المسائل التي لم يرد بشأنها نص في الاتفاقيات الدولية----------456
رابعا: حدود التداخل بينبين القواعد الموضوعية الوطنية والقواعد الموضوعية الاتفاقية ----------463
خلاصة الباب الثاني ----------469
خاتمة ----------472

قائمة المراجع ---------- 484

الفهرس ---------- 529

الملخص

اخضاع العقد الدّولي للقواعد الموضوعية

ملخص

لعبت العولمة والنّمو في معدل علاقات التّجارة الدّولية دورا هاما في الكشف عن قصور النّظم القانونية الوطنية في مواجهة هذه العلاقات، والتصدّي لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، ممّا أدّى إلى انتقاد منهج قواعد تنازع القوانين التي وقفت عاجزة عن مواجهة مشكلات عقود التجارة الدّولية، الأمر الذي أدّى إلى البحث عن حلول أكثر مرونة تأخذ في الاعتبار خصوصية هذه العقود والتي وجدت في إطار منهج القواعد الموضوعية.

إذا كانت الاتجاهات التقليدية تذهب إلى ضرورة إيجاد حلّ تنازع القوانين عن طريق قاعدة الإسناد، فإنّ الاتجاهات الحديثة ترى إمكانية إيجاده من خلال عدّة طرق من بينها القواعد الموضوعية للتّجارة الدّولية، بما يؤكّد لنا أنّ قواعد الإسناد لم تعد الوسيلة الفنّية الوحيدة لتنظيم الحياة الخاصة الدّولية، وإن كان تطبيق القواعد الموضوعية يحتاج في الكثير من الحالات لقاعدة الإسناد ممّا يؤكّد لنا أنّ التّعدد في مناهج القانون الدّولي الخاص، خاصة في إطار العلاقات الخاصة الدّولية، لا يعني حتمًا التّنافر بينهما بقدر ما يشكل ذلك تكاملا فيما بينها.

La soumission du contrat international aux règles substantielles

Résumé

Sous l'effet conjugué de la mondialisation et des mutations qu'ont connues les relations commerciales internationales, l'ordonnancement juridique interne s'avère incapable de prendre en charge ces relations, notamment en matière de règlement de différends dont il faut déterminer la loi applicable selon la méthode des conflits de lois.

Cette incapacité a imposé la recherche de solutions plus adaptées, voire plus souples, dans les règles substantielles du commerce international, celles-ci répondant mieux aux spécificités des contrats du commerce international, et par conséquent, aux rhétoriques des conflits qui en découlent.

En effet, si l'ancienne méthode de traitement des conflits de lois ne se réfère qu'aux règles de rattachement, la nouvelle tendance va dans le sens de l'adaptation des règles substantielles du commerce international, comme étant le moyen le plus adéquat à l'organisation de ce dernier.

Il ne convient cependant pas pour autant, d'écarter complètement les règles du droit interne en la matière, puisque, dans bien des cas, l'application des règles substantielles ne s'effectue qu'à travers les règles de conflit de lois.

Finalement, la multiplicité des systèmes de mise en œuvre du droit international privé, notamment dans les relations internationales de caractère privé, ne signifie pas forcement qu'il y a une discordance entre ces différents systèmes, mais plutôt l'existence d'une relation de complémentarité.

Il en découle que les règles de conflit de lois ne restent plus l'unique instrument d'encadrement des contrats du commerce international, mais se joignent aux règles substantielles.