

**تطور قواعد تنازع القوانين التقليدية
دروس مستفادة من التحكيم التجاري الدولي**

أ.م.د. نظام جبار طالب



Evolution of Traditional Rules of Conflict-of-Laws: Lessons Learned from International Commercial Arbitration

Summary

Legal literature on conflict of law issues in the context of international commercial arbitration generally addressed general questions about what law applies to legal issues such as the validity of an arbitration agreement or the selection of arbitration forum. The main purpose of this study is to demonstrate how international commercial arbitration, in the evolution of the traditional approach to conflict of laws, has contributed to this approach by A wide range of jurists is complex and leads to unexpected results, which creates a problem in achieving the requirements of justice and equity in the solutions offered by the rules of conflict of traditional laws.

The present study therefore provides some evidence of the ability of international commercial arbitration to overcome the problems of rules of conflict of laws and to free them from their traditional limitations.

الملخص :

الادبيات القانونية حول قضايا تنازع القوانين في سياق التحكيم التجاري الدولي تناولت بوجه عام الأسئلة العامة حول ماهية القانون الذي ينطبق على المسائل القانونية مثل صحة اتفاق التحكيم أو اختيار المنتدى التحكيمي. الغرض من هذا البحث يختلف، فهو لا يشمل في نطاقه وتحليله ممارسة التحكيم الفعلية فيما يتعلق بتطبيق قواعد تنازع القوانين. ولكن الهدف الرئيسي من هذه الدراسة هو بيان الكيفية التي ساهم بها التحكيم التجاري الدولي. في تطور النهج التقليدي لتنازع القوانين. هذا النهج وصف من قبل مجموعة واسعة من

نبذة عن الباحث :

تدريسي في كلية
القانون
الجامعة
القادسية

الفقهاء بانه معقد ويؤدي الى نتائج غير متوقعة. الامر الذي يولد مشكلة في تحقيق متطلبات العدالة والانصاف في الحلول التي تقدمها قواعد تنازع القوانين التقليدية. لذلك تقدم هذه الدراسة بعض الأدلة على قدرة التحكيم التجاري الدولي على تجاوز مشاكل قواعد تنازع القوانين وتخيرها من قيودها التقليدية

المقدمة :

لقد كانت النظرية التقليدية لتنازع القوانين ولفترة طويلة موضع نقاش حاد وانتقادات شديدة وخاصة في اوربا، وأن الملاحظات التي حددتها تلك الأصوات الناقدة كانت متنوعة ودقيقة. وقد يرى بعض الفقهاء بأن تنازع القوانين، بسبب منهجيته المعقدة، يؤدي إلى نتائج غير متوقعة، وقد اتخذ هذا الوصف المعقد بشكل ملحوظ مع عدد من السمات المنهجية لتنازع القوانين مثل مسألة التكيف ونظرية الاحالة. بينما زعم فقهاء آخرون، وخاصة الأمريكيين، أن تنازع القوانين "غير منصف" كما انه لا يأخذ في الاعتبار جوهر القوانين "المتنازعة"، أي انه لا يهتم بتحقيق أقصى قدر من الانصاف أو العدل. ونتيجة لذلك ادعى هؤلاء الفقهاء بأن الاعتبارات الموضوعية ينبغي أن تكون جزءاً من عملية اختيار القانون الواجب التطبيق.

وبالإضافة إلى الانتقادات اعلاه (أي عدم القدرة على التنبؤ وعدم الانصاف)، فإن نظرية تنازع القوانين قد تم التشكيك فيها، في كثير من الأحيان، ضمن السياق المحدد للعلاقات التجارية الدولية. إذ ادعى العديد من الفقهاء، ومعظمهم من الأوروبيين، بأن تنازع القوانين هو أسلوب غير ملائم لانه غالباً ما يؤدي إلى تطبيق القوانين الوطنية، حيث أن تلك القوانين الوطنية غير قادرة على توفير إطار معياري مرضٍ للعلاقات التجارية الدولية. وقد أدت هذه الحجج إلى تغذية الجدل الدائر حول وجود - أو ضرورة وجود مجموعة مستقلة من القواعد القانونية التي تحكم التجارة الدولية.

في هذه الدراسة، فإن الهدف هو تسليط الضوء على الغموض في طريقة تنازع القوانين والإجابة على الأسئلة بشأن قدرة اليات تسوية المنازعات التجارية الدولية على ترقية قواعد تنازع القوانين التقليدية، وبالتالي عرض دراسة للافكار حول مدى ملائمة نظرية تنازع القوانين في مجال التجارة الدولية، وبشكل أكثر تحديداً فحص صحة الانتقادات المذكورة آنفاً (عدم القدرة على التنبؤ وعدم الانصاف، ويضاف لهم عدم الكفاية الموضوعية للأحكام) كما هو مطبق في سياق معين من العلاقات التجارية الدولية ومحاولة لظهار كيف ان التحكيم التجاري الدولي، ومن خلال ممارسات هيئات التحكيم، استطاع توفير سبل الانصاف لبعض عيوب نهج تنازع القوانين. وعليه ففي المبحث الأول، سوف ينصب التحليل على أوجه القصور المفترضة في تنازع القوانين في مجال التجارة الدولية، فيما يتعلق بعدم قدرتها على التنبؤ وعدم عدالة قواعد تنازع القوانين. لذلك فإن تلك العيوب المفترضة قد تكون بالفعل مثيرة للقلق، وبالتالي اثبات مدى نجاح هيئات التحكيم في تحسين القدرة على التنبؤ والانصاف والموضوعية لقواعد تنازع القوانين.

وينبغي الإشارة هنا أيضاً لماذا يشكل عدم الكفاية الموضوعية المسألة الأكثر أهمية في نظرية تنازع القوانين. إذ يشار إليه في سياق النقاش حول القانون التجاري لأن معظم الفقهاء إما يفترض وجود اليات قانونية كوسيلة من التنظيم الاتفاقي بين الأطراف أو ببساطة يفشل في تحقيق وظيفة القانون التجاري الدولي. في الواقع. هنالك دراسات قانونية قليلة سلطت الضوء على المزايا النسبية الأساسية للقانون التجاري الدولي بالمقارنة مع القوانين الوطنية. وترتب على ذلك أن مفهوم القصور الموضوعي للقوانين الوطنية لم يأخذ الحيز الكافي من الشرح. لذلك فإن هذه الدراسة تبني فرضية أساسية مفادها عدم ملائمة تطبيق القوانين الوطنية على العلاقات التجارية الدولية. وعلى المنوال نفس. تقدم دليلاً لهذه الفرضية والذي يمكن ان ينطلق من عدم اعتماد قواعد معيارية محددة للتجارة الدولية.

في المبحث الثاني . فإن الفرضية لهذه الدراسة تذهب صوب كون التحكيم التجاري الدولي سمح لمعاملة الشركات التجارية الدولية تدريجياً بالتخلي عن أوجه القصور في تنازع القوانين. وبالتالي سوف يتم بيان كيف نجحت هيئات التحكيم الدولية في تحرير نفسها من قواعد تنازع القوانين الصارمة بشكل مفرط بهدف التحسين قدر المستطاع من القدرة على التنبؤ والإنصاف في قرارات تحديد القانون الواجب التطبيق. كذلك . والأهم من ذلك . أظهر كيف تمكنت هذه المحاكم من التحرك نحو تطبيق القانون التجاري الدولي في الظروف التي لا توفر فيها القوانين الوطنية المعنية إطاراً معيارياً كافياً.

المبحث الأول : عدم كفاءة قواعد تنازع القوانين في سياق العلاقات التجارية الدولية

المطلب الأول: عدم القدرة على التنبؤ بتنازع القوانين

ما لاشك فيه ان الانتقادات لأسلوب تنازع القوانين التقليدي قائمة على عدم إمكانية التنبؤ به. أي أنه عندما ينخرط الأفراد أو الكيانات في أنشطة أو سلوك معين (الدخول في عقد. ارتكاب عملاً ضاراً). فالأمر يكون صعباً للتنبؤ بالقانون الواجب التطبيق. لا سيما في سياق التقاضي المحتمل الذي تغيب فيه إرادة الطرفين^٤. وهناك العديد من العوامل التي تفسر عدم القدرة على التنبؤ. وتمثل بالنعقيد المنهجي المفرط لتنازع القوانين. بسبب وجود عوامل أخرى لا تتعلق بطريقة التنازع نفسها. ولكن لأسباب خارجية. تلك هي نزعة المحاكم الوطنية لتطبيق قانونها الوطني مع تجاهل قاعدة تنازع القوانين المعمول بها وعدم وجود توحيد دولي لقواعد تنازع القوانين الوطنية. ويمكن تحديد أسباب عدم القدرة على التنبؤ بتنازع القوانين وذلك على النحو الآتي:

١. عدم القدرة على التنبؤ والتعقيدات المنهجية في تنازع القوانين

أحد الأسباب التي تجعل عملية تنازع القوانين تؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير المتوقعة تتمثل في تعقيدها الوظيفي والمنهجي. إذ إن تنازع القوانين في الواقع هو نظام تقني للغاية يتضمن تطبيق العديد من المفاهيم المجردة. وهو كما أظهره كل من الفقيهين كيجل وشوريج (Kegel & Schurig).^٥ راجع إلى حقيقة أن تنازع القوانين ينبغي أن يأخذ في الاعتبار المصالح المختلفة التي يجتمل أن تكون متنازعة. كاختلاف المصالح

الخاصة والقوانين والمصالح العامة. وعليه فإن من الواضح أن تنازع القوانين ينطوي على "تنازع المصالح"، أي المصالح التي تتعلق بالعرض ذاته لتنازع القوانين، وهو تحديد القانون الذي يحكم بشكل مناسب مسألة قانونية أو علاقة قانونية معينة^١، ومن أجل تحديد هذا القانون، يجب مراعاة مصالح أطراف العلاقة القانونية والمصلحة العامة. كذلك، ينطوي تنازع القوانين على ما يسمى مصالح النظام القانوني. أي المصالح التي تتعلق بالوثام المعياري الوطني والدولي^٢ وبشكل أعم، إلى التماسك الكلي للنظام القانوني، على سبيل المثال، من مصلحة النظام القانوني أن تتبنى موقفاً متماثلاً بشأن صحة عقد أو زواج، ويتم اعتماد ذلك تشريعياً بشكل مستقل عن المحكمة^٣.

في الواقع، عدم الانسجام المعياري يؤدي إلى خلق حالة من عدم اليقين القانوني ويشجع السلوك شبه الاحتياكي عند التقاضي العادي أو من خلال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات^٤، ومن ثم فإن عدم الانسجام ضار بالأداء العام الفعال لأي نظام قانوني. وأخيراً، قد ينطوي تنازع القوانين أيضاً على المصالح العامة، أي مصالح الدول التي تكون قوانينها في تنازع. ووفقاً لوجهة النظر التقليدية فإن تنازع القوانين لا ينطوي على مثل هذا التنازع بين المصالح العامة ولا يشكل تنازحاً كونه تنازع داخلي، فهم ينخرطون في المقام الأول في مصالح عامة، أي مصالح الدولة مع الدولة^٥، ومع ذلك، يجب مراعاة المصالح العامة من خلال تنازع القوانين عندما يكون هناك تطبيق (أو انتهاك) للسياسة العامة أو تكون القواعد القانونية الإلزامية على المحك.

إن السعي وراء المصالح المتنوعة مثل تنازع مصالح النظام القانوني، والمصالح العامة يترجم إلى درجة عالية من التعقيد المنهجي، مما يؤدي إلى اضطراب عمل هذا الآلية بعدد من العوامل المعقدة، وهي:

أولاً: إن تصميم قواعد تنازع القوانين والتي تعكس بأمانة فكرة مركز العلاقة القانونية، هي مهمة صعبة. ويرجع ذلك إلى حقيقة أن عدداً كبيراً من العوامل يمكن أن يقصدها ظرف اسناد يتعلق بقانون بلد معين، والأهم من ذلك، أن اختيار ظرف اسناد معين سيظل، إلى حد ما، تعسفياً، لأن عقداً دولياً سيكون دائماً متصلاً بأكثر من بلد واحد وبالتالي قد تتنوع ظروف الاسناد^٦ وفي مجال العقود الدولية، غالباً ما تكون قواعد تنازع القوانين غامضة وتدعو إلى مزيد من التنقيح في العملية القضائية. وحتى في إطار اتفاقية روما المتعلقة بالقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠، فإن قواعد التنازع غامضة^٧ وبالفعل، فبموجب الاتفاقية، وفي غياب أي اختيار من جانب الأطراف، يكون القانون المعمول به هو قانون البلد الذي يبرم فيه العقد باعتباره القانون الأقرب صلة. هذا المبدأ العام الذي وضعته الاتفاقية - وهو بالطبع قاعدة قابلة للتطبيق - تضعفها الافتراضات التي قد يرتبط بها العقد ارتباطاً وثيقاً ببلد أحد أطراف العقد والذي يكون أدائه مميزاً في العقد. و أن اختبار فكرة الأداء المميز يوفر درجة معينة من الدقة. لذلك وبموجب الاتفاقية، يُسمح للمحاكم بتجاهل قاعدة الخصائص المميزة للأداء وتطبيق قانون البلد الذي يبرم فيه العقد^٨.

ثانياً؛ حتى يتاح للقاضي أعمال قاعدة الاسناد فعليه ان يتبين فيما اذا كان التنازع يدخل في فكرة شكل التصرفات او بموضوع العقد ذاته. وان تكييف هذه المسائل هو امر قابل للاختلاف بشكل كبير. فشكل التصرف يخضع لقانون الدولة التي أبرم فيها العقد. اما اذا تم تكييفه بانه يدخل في موضوع العقد ذاته فبالتالي فان فكرة الالتزامات التعاقدية هي التي تحكم والتي غالباً ما يكون لإرادة الطرفين دوراً جوهرياً فيها.¹⁴ وعليه فان القدرة على التنبؤ في التكييف ضبابية. لاسيما مع اختلاف الأسس في الأنظمة القانونية المتنوعة.¹⁵

ثالثاً؛ بمجرد أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد دولي بموجب قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة. قد يواجه تطبيق هذا القانون عقبات ناجمة عن الحاجة إلى الحفاظ على مصالح النظام العام في الدولة التي ينفذ فيها الحكم. وأحد ملامح عدم القدرة على التنبؤ هو عدم وجود انسجام معياري دولي بشأن فكرة النظام العام. وبموجب هذا المبدأ. فإن القاضي. بدلاً من تطبيق القانون المعين تلقائياً. سيدرس النظام العام في دولة قواعدها تختلف اغلب الأحيان عن هذا القانون بالذات. وبالتالي. فإن القدرة على التنبؤ بقواعد تنازع القوانين لا تتطلب فقط معرفة قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يصدر منها الحكم. بل تتطلب أيضاً معرفة معايير التنازع في البلد الذي ينبغي تنفيذ الحكم فيه.¹⁶

٢. عدم القدرة على التنبؤ ومشكلة قانون القاضي

أن التعقيد المنهجي متأصل في نهج تنازع القوانين. وإن عوامل خارجية أخرى تقلل من إمكانية التنبؤ بتطبيق تنازع القوانين. أحد هذه العوامل هو قانون القاضي. ويشير هذا المصطلح الى "قانون المحكمة المرفوع امامها النزاع" إلى تفضيل غير مبرر أحياناً لقانون القاضي. ويحدث ذلك عندما تطبق المحاكم قانون القاضي في مخالفة لما نصت عليه قواعد محفل (مكان الابرام او التنفيذ) التنازع أو عندما ينص على تطبيق شامل غير مبرر لقانون القاضي. في حين ان الركون الى قانون القاضي ينبغي ان ينحصر في حالات مثل عدم إدراك المحكمة لوجود قضية تنازع القوانين (أي عدم وجود حجة ذات صلة من جانب الطرفين). والمعرفة غير الكافية للمحكمة بالقانون الأجنبي المعمول به. والاعتقاد المبرر بأن القانون الوطني أفضل لحل التنازع من القانون الأجنبي المتنازع.¹⁷ وعند تطبيق قانون القاضي على حساب القانون الأجنبي الواجب التطبيق. فإن المحاكم كثيراً ما تلجأ إلى واحدة (أو عدة) من الأدوات المنهجية المختلفة لتنازع القوانين (التكييف. الاحالة. النظام العام. القواعد الإلزامية..... إلخ). والتي تسمح بمرونة واسعة جداً في نتائج عملية اختيار القانون.¹⁸

وعندما لا يعتمد قانون القاضي في ظل ليات مرنة. ولكن يتم الركون اليه بشكل علني من خلال النظام القانوني الوطني. يمكن للمرء أن لا يتحدث عن تنازع قوانين انما قانون القاضي الوطني. وبالتالي هو القانون الأصيل في التنازع والذي يعكس السياسة التشريعية لصالح تطبيق القوانين الوطنية بدرجات متفوقة. وكأطار عام مبالغ فيه

بشكل خاص، يشير قانون القاضي إلى المبدأ الذي يقضي بضرورة أن تطبق المحكمة عموماً قانونها الخاص بها، ما لم تبرر الظروف الاستثنائية تطبيق قانون أجنبي.¹⁹ ويشكل التطبيق المبدئي لقانون القاضي في الأوضاع الدولية، بطبيعة الحال، رفضاً ضمنياً لفكرة تنازع قوانين في حد ذاتها، وقد تختلف المواقف بشكل كبير من محكمة إلى أخرى بشأن التعصب إلى قانون القاضي، وبغض النظر عن المدى الفعلي الذي تدين فيه المحاكم الوطنية - أو المشرعون - بقانون القاضي، فإن تفضيلهم لقوانينهم الوطنية يقوض حتماً إمكانية التنبؤ بأداء تنازع القوانين.²⁰ في الواقع، التمسك المفرط بقانون القاضي يتنازع مع التطلعات المشروعة للطرفين على أساس السماح بالتنافس بين القوانين على أسس المساواة، وبالتالي يتحقق عنصر عدم التنبؤ، وأن معايير التنازع ذات الصلة ستختلف في كثير من الأحيان عن معايير التنازع المطبقة على المستوى الدولي.

٣. عدم القدرة على التنبؤ وانعدام التوحيد الدولي لقواعد التنازع

وهناك عامل خارجي آخر يهتم أن يقلل من إمكانية التنبؤ بتنازع القوانين، وهو عدم توحيد قواعد التنازع على المستوى الدولي، وبما أن قواعد التنازع وطنية، وتختلف بالفعل من دولة إلى أخرى، فإنه ومع إمكانية أن تكون المنازعات الناشئة فيما يتعلق بمعاملة دولية معينة تنظر أمام محاكم العديد من البلدان، فإن هذه المحاكم الوطنية تطبق قواعد مختلفة لتنازع القوانين، مما يؤدي إلى تطبيق قوانين مختلفة لقضايا متشابهة.²¹ ومن ثم، فإن انعدام التوحيد الدولي لقواعد التنازع يؤثر سلباً على إمكانية التنبؤ بحل لتنازع القوانين ويفتح الباب أمام اجتهادات المحاكم الوطنية، من أجل تحقيق قدر أكبر من القدرة على التنبؤ وتجنب هذا السلوك الاجتهادي، تسعى العديد من المؤسسات الدولية إلى تعزيز التوحيد الدولي لقواعد تنازع القوانين.²² وقد أدت هذه الجهود إلى عدد من الإجازات، ولكن مع ذلك لا يزال هنالك تنازع حقيقي وكبير في هذه القواعد وبالتالي تبقى الدول مختلفة في اليات حسم القضايا.

٤. عدم القدرة على التنبؤ واستقلال أطراف العقد

تعترف قوانين جميع البلدان فعلياً بمبدأ استقلال الأطراف في مجال القانون الدولي الخاص، أي إمكانية قيام الأطراف في العقد باختيار القانون الواجب التطبيق، مع مراعاة القيود الطفيفة، لذا، يمكن للمتعاقد أن يفترض أن إمكانية التنبؤ بتنازع القوانين لم تعد قضية ذات شأن، وبالتالي لا يبدو أن التعقيد المنهجي لقواعد التنازع، ولا قانون توحيد إجراءات المحاكمات، ولا الافتقار إلى التوحيد الدولي يمكن أن يؤثر على اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، هذا صحيح إلى حد معين، ولكن هنالك قيود أخرى تقود إلى عدم القدرة على التنبؤ وتتمثل بالآتي:

أولاً، توفر استقلالية الأطراف يوفر إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق؛ ولكن هذا لا يعني أن معظم الأطراف في الصفقات الدولية يعبرون في الواقع عن اختيار القانون، وبالتالي فإن عدم وجود الإرادة الصريحة والضمنية لاختيار القانون سوف يعيدنا إلى الآليات السابقة.

ثانياً، يخضع النطاق الفعلي لحرية الأطراف لقيدين. أولهما، لا يكون لاختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق المفعول استبعاد تطبيق القواعد الإلزامية أو قواعد النظام العام الداخلي ذات الصلة والتي تتصف بالمرونة والسعة اصلاً.^{٢٢} وثانيهما، لا ينطبق القانون الذي يختاره الأطراف على جميع القضايا الناشئة فيما يتعلق باتفاقهم، حيث أن اختيار الأطراف للقانون لا يشمل سوى الالتزامات التعاقدية بموجب قواعد التنازع في العديد من البلدان.^{٢٤} أما من الناحية العملية، يحسن مبدأ استقلالية الاطراف إلى حد كبير القدرة على التنبؤ بتنازع القوانين، كما أن القانون الذي يتم اختياره من قبل الأطراف سيحكم الغالبية العظمى من القضايا التي قد تؤدي إلى نشوب التنازعات (الالتزامات المادية، التفسير، الأداء، المسؤولية).^{٢٥} ووفقاً للتصور أعلاه فإن الاطار الذي يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق، هو الذي يحدد الموقف من القدرة على التنبؤ وبالتالي ومع وجود الاتفاقات الارادية الا ان الاختلاف في تفسير الارادة وخاصة الضمنية كان قد شكل مدخلا لتنازع القوانين. ومع ذلك، ففي تلك الحالات التي يخفق فيها الطرفان في تحديد القانون الواجب التطبيق، يظل هذا الأمر مصدر قلق حقيقي.^{٢٦}

المطلب الثاني: عدم العدالة في تنازع القوانين

هذا النقد الذي عبر عنه فقهاء أمريكيين^{٢٧} يتعلق على وجه الخصوص بعدم عدالة تنازع القوانين. ومن المفترض أن هذا الظلم ناتج عن حقيقة أن الغرض الوحيد من تنازع القوانين هو تحديد القانون الأكثر ملائمة لحالة النزاع، وليس المحدد بشكل موضوعي.^{٢٨} ويستند تنازع القوانين في الواقع إلى معايير التنازع (التي تكفل المساواة في المعاملة بين القانون الوطني والأجنبي). ومن ثم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق دون مراعاة جوهر القوانين المتنازع عليها، أي أن تنازع القوانين ينبغي ان يكون محايداً بالنسبة للقوانين المتنازعة.^{٢٩} ووفقاً لوجهة النظر التقليدية، فإن هذا التجاهل للمحتويات الفعلية للقوانين المتنازع عليها أمر ضروري لضمان التطبيق الموحد لقواعد تنازع القوانين.^{٣٠} وفي الواقع، إذا كانت الاعتبارات الموضوعية تلعب دوراً في عملية اختيار القانون، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق سيكون مشروطاً بمقارنة النتائج المحتملة، مما يجعل تنازع القوانين غير متوقع كلياً.^{٣١}

في الواقع، فإن تنازع القوانين يسود العدالة المجردة على العدالة الواقعية، فالعدالة المجردة تتطلب تطبيق القواعد التي تحقق نتيجة أعدل من حيث المكان، أما العدالة الواقعية فأنها تتطلب تطبيق القانون الأكثر ملائمة من الناحية المكانية.^{٣٢} لذلك تزايدت انتقادات الكتاب الأمريكيين للطابع "الميكانيكي" لأسلوب تنازع القوانين وكذلك اتساع نطاق تحليل المصلحة العامة، وذهبوا إلى ان وجود هذه الاعتبارات الجوهرية في عملية تنازع القوانين أكدت ممارسة واسعة النطاق من "عدم العدالة" في قواعد التنازع.^{٣٣} وانهم يدركون ان منهجية تنازع القوانين، تسمح للقضاة بالتملص من تطبيق القوانين المناسبة، سواء أكان ذلك تحت عنوان المصلحة العامة أو قانون أفضل أو حتى اختبار العلاقة الأكثر أهمية.^{٣٤} لذلك فان فقهاء قضايا تنازع القوانين الأمريكيين طالبوا بضرورة النظر إلى جوهر القوانين في التنازع ومقارنة النتائج المحتملة كجزء من عملية

اختيار القانون الواجب التطبيق.^{٣٥} وفي الواقع، من الصعب الاقتناع بانتشار العدالة الواقعية في تنازع القوانين على العدالة المجردة وان القوة الفكرية للقضاة قادرة على تحليل ذلك.^{٣٦} ومع ذلك، يمكن القول إن الباحثين الأمريكيين، يدافعون عن تطبيق أكثر شمولاً لمفهوم المنتدى التحكيمي لتعلقه بالعدالة الجوهرية. في حين أن العلماء الأوروبيين يدعمون استبدال القانون الأجنبي بالقانون الوطني الواجب التطبيق فقط في الحالات "الاستثنائية".^{٣٧}

لذلك ينبغي ملاحظة أن على المحاكم وفي الممارسة الفعلية ان تأخذ في نظر الاعتبار الأسس الموضوعية للعدالة، حيث هذه الاعتبارات تشكل رسمياً جزءاً من عملية اختيار القانون الواجب التطبيق في أمريكا.^{٣٨} وينعكس هذا النوع من الممارسة بشكل ملحوظ من خلال انتشار العدالة على نطاق واسع في التطبيق والانتقال الواسع لتدويل النظام العام لضمان رفع الموانع عن تطبيق القانون الأجنبي. وبالتالي فان النهج العام يشير الى ان المحاكم العادية إذا صادفت نتائج محتملة "غير عادلة" لتنازع القوانين، فمن البديهي أن يواجه محاكم التحكيم حالات ماثلة ولكن الفرق ان محاكم التحكيم تميل فيها إلى تغيير قواعد تنازع القوانين التقليدية (كما سيتضح لاحقاً) من أجل اتخاذ قرارات "أكثر عدلاً".

المطلب الثالث - القصور الموضوعي للقوانين الوطنية

في انتقاداتهم لطريقة تنازع القوانين التقليدية، ركز الباحثون الأمريكيون على عدم القدرة على التنبؤ وعدم الإنصاف، وقد حاولت المحاكم الأمريكية كسر جمود طريقة التنازع وجّحت الى حد ما في التقليل من النتائج غير المرغوب فيها لمعالجة قضايا تنازع القوانين.^{٣٩} من ناحية أخرى، ركز الكتاب الأوروبيون اهتمامهم على تنازع القوانين في السياق المحدد للمعاملات التجارية الدولية، وقد حددوا القصور الموضوعي للقوانين الوطنية، أي عدم قدرتها على الاستجابة للمتطلبات المعيارية المحددة للمعاملات التجارية الدولية، باعتبارها العائق الرئيسي لأسلوب تنازع القوانين وذلك على النحو الآتي:

١. الحاجة الى معايير محددة للعلاقات التجارية الدولية

لقد ناقش عدد من الفقهاء^{٤٠} وجود احتياجات معيارية محددة في التجارة الدولية، اذ يتفق جميع هؤلاء الباحثين على ضرورة إنشاء إطار قانوني موحد ومستقل يحكم المعاملات التجارية الدولية، ويؤكد بعض الفقهاء مثل (Clive M. Schmitthoff و Goldman) الحاجة إلى نسبة مقبولة من اليقين القانوني والقدرة على التنبؤ في المقدمة في العلاقات التجارية الدولية.^{٤١} ولكن فقهاء آخرون يؤكدون على انه في المقام الأول تاتي صعوبة تحديد القانون الوطني المناسب، الكاتب الأمريكي David، على سبيل المثال، يعد امراً تعسفياً تطبيق القانون الوطني على العلاقة والتي كانت تمثل الفرضية الدولية السائدة، والسبب في ذلك باعتقادهم هو عدم الملائمة الموضوعي للقوانين الوطنية، ويشيرون إلى وجود تنازع أساسي بين الطبيعة الدولية للمعاملة التجارية الدولية والطبيعة الداخلية للقانون الحاكم، وأن تطبيق هذه القوانين الوطنية على المعاملات

التجارية الدولية يعد بصدق معضلة القانون التجاري الدولي حيث أن الحدود الإقليمية الطبيعية للمبادئ والقواعد الواردة في القوانين الوطنية تؤدي إلى تأميم القضايا التجارية الدولية غير المرغوب فيها.^{٤١}

وكذلك تستند حججهم على الملاحظة التي مفادها أن القوانين الوطنية، مصممة كي تطبق على العلاقات القانونية الوطنية، ومن المحتمل إذا وسع نطاقها لتشمل العلاقات التجارية الدولية أن تحد من حرية الأطراف بشكل غير ملائم. وأسباب ذلك، (وفقاً لرايهم) أن حقيقة القوانين الوطنية تحتوي على عدد كبير من القواعد التي تحمي الطرف الضعيف، وعدم قدرة القوانين الوطنية على مواكبة التنمية والتطور السريع وكذلك درجة عالية من التخصص الدولي كما أن الحد غير المبرر من استقلالية الأطراف يشكل العيب الرئيسي في تطبيق القوانين الوطنية على المعاملات الدولية.^{٤٢}

٢. تصور الاحتياجات الخاصة للتجارة الدولية

في حين شدد العديد من الفقهاء على عدم ملائمة تطبيق القوانين الوطنية على المعاملات التجارية الدولية، ولكي تكتمل المناقشة لابد من تقديم تصور عن الاحتياجات المحددة للمعاملات التجارية الدولية، من خلال التحقق من مفهوم "الدولية" للمعاملات التجارية. وعلى أساس هذا التحليل، فإن الاحتياجات المعيارية المحددة للعلاقات التجارية الدولية تتكون من شرطين أساسيين، هما:

أولاً: الحياد الموضوعي، أو كما يقترح بعض المؤلفين (استقلال الأطراف)، من أجل تحديد المتطلبات المعيارية المحددة للتجارة الدولية، من الضروري أن يكون هناك فهم دقيق لمصطلح الدولية، فالدولية هي مفهوم رئيسي في سياق تنازع القوانين، والقوانين الموحدة واتفاقيات التحكيم، والقوانين الوطنية التي تنطبق بالتحديد على المعاملات الدولية. وبالتالي فإن التعريفات الواردة في تلك الصكوك لها أهمية خاصة.^{٤٣} وعليه يمكن تعريف العلاقة الدولية للعلاقة القانونية إما بالرجوع إلى المعايير المتعلقة بالأطراف (مثل الموطن أو الجنسية) أي المعيار القانوني الموسع، أو بالرجوع إلى المعايير المتعلقة بالمعاملات، أو كلاهما.^{٤٤} ويمكن أن يؤدي المعيار الاقتصادي دوراً في فهم التمييز بين الدولية المتعلقة بأطراف العقد والمعاملة الدولية المتعلقة بالمعاملات أمر حاسم لأن النوعين من الطابع الدولي يولدان احتياجات معيارية مختلفة (حتى إذا كانت العلاقة التي تلي تعريفاً معيناً دولياً، في الممارسة العملية، عادة ما تلي أيضاً الحاجة الأخرى). إن الطابع الدولي الموجه للأطراف يخلق توقعات بالحياد الموضوعي، وهو مفهوم ينبغي تحديده في أدناه. بالإضافة إلى ذلك، فإن كلا النوعين من الطابع الدولي يولدان حاجة إلى زيادة استقلالية الأطراف. لذلك فالعلاقة القانونية ينبغي أن تفي بمعايير الدولية المتعلقة بالأطراف، أي عندما يكون الطرفان مقيمين في نفس البلد أو مقيمين في بلدين مختلفين، أو عندما يكونان من مواطني بلدين مختلفين، فإنهما "ينتميان" إلى أنظمة قانونية مختلفة ويعملان بموجب قوانين مختلفة. عندما تدخل هذه الأطراف في اتفاق، فإن اختيار القانون المطبق غالباً ما يكون مشكلة لا يمكن حلها بطريقة مرضية. في الواقع، لدى كل طرف تفضيل مفهوم لتطبيق قانونه الخاص به، (لأنه على دراية بهذا

القانون ولأن تطبيق هذا القانون يمكن التنبؤ به إلى حد كبير) ، ولكن على الأقل سيضطر طرف واحد إلى الموافقة على تطبيق القانون. ومع ذلك ، فمن المحتمل ألا يوافق أي من الأطراف على إخضاع المعاملة لقانون الطرف الآخر . وبالتالي ، فإن الأطراف تختار قوانين دولة ثالثة. أو تخفق تماماً في اختيار القانون الواجب التطبيق. وتعود هذه الصعوبات إلى حقيقة أن المعاملة الدولية تتطلب حيادية القانون المنطبق. أي الحياد الموضوعي.^{٤٦}

وتجدر الإشارة إلى أن الحياد الموضوعي لا يتعلق بالمحتوى الفعلي أو "الصفات" الجوهرية للقانون الذي اختاره الطرفان. وان الحياد الموضوعي لا يفترض أن القانون الذي اختاره الطرفان يحقق أفضل توازن ممكن بين الحقوق والالتزامات والمصالح الخاصة بكل طرف. يمكن أن يكون للحياد الموضوعي معنى من هذا القبيل. لكن تحديد الطرق التي يفضل بها تطبيق قانون معين مصالح طرف واحد (على سبيل المثال. الموزع وليس الصانع) يكون صعباً . إن لم يكن مستحيلًا (على وجه الخصوص. أنه من غير الممكن التنبؤ بالمشكلة / القضايا التي ستؤدي إلى التفاضل أو التحكيم). وبالتالي لا يشير الحياد الموضوعي إلى "الحقوق" المتساوية للأطراف بموجب القانون المعمول به . بل إلى حقيقة أن الأطراف لديها معرفة متساوية بهذا القانون وقابلية التنبؤ بالنتائج القانونية. ومع ذلك. فحتى معايير المعرفة والأعتياد يمكن أن تكون عقلانية بشكل مفرط. مع الأخذ في الاعتبار أن الأطراف المتعاقدة غالباً ما تتجاهل المحتويات الدقيقة لقانونها الخاص (باستثناء المحامين). ومن ثم . فإن الحياد الموضوعي يشتمل على جانب نفسي هام . أي أن الأطراف يشعرون بالارتياح إزاء تطبيق قانون معين وأنهم يعتقدون أن هذا القانون سيضمن العدالة القضائية. بالإضافة إلى ذلك . فإن كل من العلاقات الدولية المتعلقة بأطراف العقد والمعاملة المتعلقة بالمعاملات خلق الحاجة إلى زيادة استقلالية الأطراف. سواء كانت الأطراف تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة أو المعاملة التي تشمل أراضي أكثر من بلد واحد . في كل حالة تتطلب المعاملة درجة متزايدة من استقلال الأطراف. وإن مثل هذا الاستقلالية المتزايدة للأطراف مرغوب فيها من وجهة نظر الأطراف انفسهم. ومن ناحية أخرى. مقبولة من وجهة نظر المشرع.^{٤٧}

أن القوانين الوطنية . وبسبب تركيزها على العلاقات القانونية الوطنية. غالباً ما تفتشل في مراعاة خصوصية المعاملات الدولية. وتأسيساً على ذلك فإن القوانين الوطنية قد تحتوي على ثلاثة أنواع من القيود الإشكالية لحرية الأطراف في التعاقد. وهي:^{٤٨}
أ. قد تقيد القوانين الوطنية حق الأطراف في معالجة القضايا التي لا تنشأ إلا في السياق الدولي. وبالتركيز على المعاملات الداخلية. قد لا تقبل تلك القوانين. على سبيل المثال. حق الأطراف في اختيار القانون الموضوعي المعمول به . وحق الطرفين في اختيار سبل التقاضي كالتخضوع للتحكيم. عملة الدفع أو تنص على شروط الدفع المحددة (شروط الدفع بالذهب).

ب. قد تتداخل القوانين الوطنية مع قدرة الأطراف على تصميم إطار تعاقدي يناسب ما يسمى بالعقود المركبة (مثل الاتفاقات الجاهزة. ونقل التكنولوجيا. وعقود تقاسم الإنتاج النفطي والمشاريع المشتركة). والتي أبرمت باضطراد على المستوى الدولي. ولذلك

. قد يكون من الضروري أن تملأ الأطراف فجوات تشريعية معينة أو تستبعد صراحة عدم كفاية الأحكام.

ج. قد تتداخل فلسفة القوانين الوطنية دون مبرر مع الكيان التعاقدى المنصوص عليه في اتفاقية الأطراف. حيث إن القوانين الوطنية التي تحكم العقود تتضمن في كثير من الأحيان قواعد تهدف إلى حماية الأطراف الأضعف (المستهلكين، والمستأجرين، والموظفين، وما إلى ذلك). وقد لا ينطبق كثير من هذه القواعد بشكل مباشر على العقود التجارية الدولية، ولكنها مع ذلك تنشئ مناخاً تشريعياً عرضة لتدخل المحكمة.

ثانياً: الاختصاص المشترك. في حين أن المشرعين الوطنيين لهم مصلحة مشروعة في تنظيم الأنشطة التي تحدث في أراضيهم و/أو إشراك مواطنيهم، فهم لديهم اهتمام أكثر محدودة في كون قوانينهم تحكم الأنشطة التي تتضمن عناصر أجنبية. وينعكس ذلك في مبدأ القانون الدولي العام الذي يقضي بأن يتم تحديد نطاق الولاية التشريعية للدولة من خلال الإشارة إلى إقليمها ومواطنيها. وبالتالي، فإن المعاملات التجارية الدولية لا تدخل في نطاق اختصاص أي دولة حصراً. الاختصاص المشترك بين الدول التي لها صلة بهذه المعاملة.^{٤٩}

٣. عدم قدرة القوانين الوطنية على الاستجابة لاحتياجات للتجارة الدولية عادة ما تفضّل القوانين الوطنية في الاستجابة للاحتياجات المحددة للمعاملات التجارية الدولية. ومع ذلك، يمكن أن ترقية القوانين الوطنية لتكون أكثر استجابة لتلك الاحتياجات إذ لا شيء يمنع المشرع الوطني من اعتماد قواعد أو قوانين تنطبق بشكل خاص على المعاملات الدولية.^{٥٠} ومن الناحية العملية، ينعكس هذا النهج من خلال التشريع المزدوج. أي التعايش بين مجموعتين من القواعد: الأولى تنظم العلاقات ذات الطبيعة الوطنية والثانية تختص بالمعاملات أو العقود الدولية. في بعض الأحيان، تنبع القواعد "الدولية" من اتفاقية دولية، لكن هذه القواعد يمكن أن تُسن على المستوى الوطني أيضاً. ولكن، حتى وإن كانت القوانين الوطنية تدمج المعايير الدولية أو تحاول دمجها، فإن هذه القواعد قد تفتقر إلى درجة التماثل المرغوب في المعاملات الدولية، وعلى أي حال، سيكون لديهم صعوبة كبيرة في التغلب على الجانب النفسي للحياد الموضوعي.^{٥١}

هذا الأمر يوضح، أن القوانين الوطنية تفضّل في تلبية الحاجتين المحددتين لعقود الأعمال الدولية. إذ إن القوانين الوطنية لا توفر حلاً مناسباً لمشكلة الحياد الموضوعي، ففي معظم العقود التجارية الدولية، يتفق الطرفان على تطبيق قانون احدهم، وقليل نسبياً يختارون تطبيق قانون دولة ثالثة.^{٥٢} من خلال القيام بذلك، ينجح الأطراف في ضمان الحياد الموضوعي للقانون المعمول به. ومع ذلك، في مثل هذا السيناريو النسبي، يأتي الحياد بتكلفة باهظة، إذ إنه يستلزم تطبيق قانون لا يعرفه الطرفان إلى حد كبير، وبالتالي ينطوي ذلك على خطر التعرض لعواقب قانونية غير متوقعة. بالإضافة إلى ذلك، هناك عدد من الصعوبات العملية الأخرى الناشئة عن مثل هذا الاختيار للقانون بسبب

الانفصال المحتمل بين الاختصاص التشريعي والقضائي والقيود التشريعية المحتملة على حق الطرفين في اختيار قانون بلد لا يمت باي صلة إلى العقد التجاري الدولي. المبحث الثاني: الخروج من كنف تنازع القوانين واعتماد معايير القانون التجاري الدولي لا يمثل النهج التقليدي لتنازع القوانين طريقة مثالية لحل التنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية. إلا أن قواعد تنازع القوانين استمرت في الالية ذاتها مع عدم القدرة على التنبؤ والعدالة المشكوك فيها. وأضاف إلى ذلك، قواعد التنازع التقليدية ليس لديها القدرة على توفير مجموعة كافية من المعايير المقبولة في النطاق التجاري الدولي. حيث لا تزال القوانين الوطنية متخلفة عن الواقع الاقتصادي. ونتيجة لذلك وعلى مدى الأربعين سنة الماضية، حاولت هيئات التحكيم التي تفصل في المنازعات التجارية الدولية بنجاح معالجة أوجه القصور هذه. إذ حررت هذه الهيئات أنفسها تدريجياً من قواعد تنازع القوانين الصارمة من أجل تحسين القدرة على التنبؤ والإنصاف في تحديد القانون الواجب التطبيق قدر المستطاع. كما أنها سعت إلى مراعاة الاحتياجات المعيارية المحددة لحل التنازعات الدولية، ولجأت بشكل متزايد إلى القوانين العابرة للحدود الوطنية بدلاً من القوانين الوطنية.

المطلب الأول: الخروج من نهج تنازع القوانين التقليدي

منذ أوائل الثمانينيات من القرن الماضي، تمتعت هيئات التحكيم بمزيد من السلطة التقديرية بشكل مطرد في تقرير القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن مكان المحفل التحكيمي.^{٥٣} في حالة غياب اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الطرفين. فقد وجد هذا الاتجاه دعماً عقائدياً في نظرية إلغاء تحديد التحكيم الدولي (عدم التمركز). والتي تستند إلى تعدد ارتباطات إجراءات التحكيم الدولية والطابع الواسع جداً لمفهوم المحفل التحكيمي. إذ يناقش أنصار هذه الاتجاه^{٥٤} بأن القوانين والمحاكم الخاصة بمكان وجود محاكم التحكيم يجب ألا تلعب دوراً رادعاً بموجب النهج أعلاه في ضرورة الخضوع للقانون المكاني لمحاكم التحكيم. لأن صلاحية شرط التحكيم، وإجراءات التحكيم، وصحة قرار التحكيم لا تخضع (بالضرورة) لقوانين مكان التحكيم.^{٥٥}

وتعني نظرية عدم التحديد (عدم التمركز) أيضاً بأن قواعد تنازع القوانين المكانية لا تنطبق على تحديد القانون الموضوعي المعمول به. وقد أدرجت معظم قوانين التحكيم المعاصرة هذا النهج غير المحدد. حيث أن المحكمين غير ملزمين بقواعد التنازع العادية للمكان ومنحهم صلاحيات كبيرة لاختيار القانون أو قواعد القانون التي تنطبق على عمل المحكمة التحكيمية.^{٥٦} وتقضي أكثر القوانين تقييداً في هذا السياق بان على المحاكم التحكيمية تطبيق قواعد القانون التي ترتبط بها القضية ارتباطاً وثيقاً أعمالاً لفكرة الأداء المميز. وتمنح قواعد التحكيم المؤسسي المتطورة مثل غرفة التجارة الدولية (ICC) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) و الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA).^{٥٧} المحكمين سلطة اللجوء إلى قاعدة التنازع التي يرونها مناسبة. وبشكل عام السماح لمحاكم التحكيم بتطبيق أي قواعد قانونية تراها مناسبة، وهي صياغة تعتبر بشكل عام اعترافاً رسمياً بإمكانية تطبيق القانون العابر للحدود (الذي سنناقشه لاحقاً).

كذلك فإنه من المتفق عليه أن يتمتع المحكمون بسلطات تقديرية واسعة لتحديد قواعد القانون التي ستعمل بها محكمة التحكيم ومن الناحيتين الإجرائية والموضوعية. فإن تحديد الطرق التي يستخدمون بها تلك الصلاحيات هو أمر قد يثير إشكالية. إذا ما أدت تلك الصلاحيات إلى تطبيق قانون وطني معين وفشل الأخير في تجاوز عقبات التنازع التقليدي. ولكن ومع ذلك، فإن النهج الذي تتبعه هيئات التحكيم يكشف عن نية واضحة لتحسين إمكانية التنبؤ والإنصاف في قرارات اختيار القانون الخاصة بهم بطرق تفضي إلى تحقيق المصالح المشتركة للأطراف، أي القدرة على التنبؤ وبمقدار المستطاع الإنصاف والعدالة.^{٥٨}

١. الجهود المبذولة لجعل عملية تنازع القوانين أكثر قابلية للتنبؤ وكما اتضح في المبحث الأول، فإن العوامل التي تقلل من إمكانية التنبؤ بعملية تنازع القوانين تشمل - التعقيد المفرط في المنهجية، وكثرة اللجوء إلى قانون القاضي، وقلة التوحيد الدولي لقواعد التنازع. وفي حين أن المحاكم التحكيمية تتجنب إلى حد كبير اللجوء إلى الخواص المنهجية مثل التكييف، أو الاحالة، أو قواعد الاسناد، فإنها تواجه مع ذلك عقبات في السعي إلى زيادة إمكانية التنبؤ باختياراتها في تحديد القانون الواجب التطبيق، وأن هذه العقبات التي تعترض تحسين القدرة على التنبؤ بتنازع القوانين يبدو للوهلة الأولى أنه من الصعب إن ينجح المحكمون في جعل عملية تنازع القوانين أكثر قابلية للتنبؤ بها. هناك عدة أسباب وراء هذه الصعوبة:^{٥٩}

أولاً، يمكن أن يؤدي تحديد السلطات التقديرية الواسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى التقليل من إمكانية التنبؤ بعملية اختيار القانون. في الواقع، وبما أن المحكمين غير ملزمين باتباع أي مجموعة محددة من قواعد تنازع القوانين، سواء كانت وطنية أو دولية، فإن حريتها في تحديد القانون أو القواعد المطبقة هي غير محدودة فعلياً. إن البداهة، تجعل السلطات التقديرية الواسعة في اختيار قانون التحكيم تقلل من القدرة على التنبؤ بشكل عام. وعليه فإن الهدف هو إن يكون التطبيق المنهجي لقواعد تنازع القوانين سواء كان القانون الإقليمي محكمة التحكيم أو أي قاعدة تنازع أخرى والتي قد تكون واردة في قانون التحكيم المعمول به، ينبغي، من حيث المبدأ، أن يكون من الأسهل التنبؤ بها أكثر أو على الأقل مساوي لاختيار الطرفين أو معيار خلق قاعدة التنازع من قبل هيئة التحكيم في حال غياب الاتفاق.

ثانياً، قد يتساءل المرء عما إذا كان من الممكن تغيير قواعد تنازع القوانين التقليدية وما هو أثر ذلك على تحسين إمكانية التنبؤ بعملية التنازع. وهذا التصور يعني القدرة على التنبؤ أي أن الأطراف لديها توقعات معينة فيما يتعلق بقرار المحكمين بشأن القانون الواجب التطبيق. ومع ذلك، عندما يتعذر على الأطراف التوصل إلى اتفاق بشأن القانون المعمول به، قد لا تكون لديهم توقعات محددة بشأن القرار الذي قد تصدره هيئة التحكيم في تنازع افتراضي. كذلك، والأهم من ذلك، قد لا يكون لدى الأطراف أي توقعات "مشتركة" فيما يتعلق بتحديد هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق، ويكون دور المحكمين ضمان أن قرارهم يمكن التنبؤ به لجميع الأطراف المعنية. ومع ذلك،

وعلى الرغم من هذه العقبات العملية، فقد وجدت هيئات التحكيم طرقاً لمعالجتها. وكما يلي:¹⁰

أولاً، قانون القاضي وانعدام التوحيد الدولي لقواعد تنازع القوانين. وخلافاً للمحاكم العادية، فإن محاكم التحكيم قد انتهجت وبشكل عام رأياً بان مكان محكمة التحكيم لا يشكل أي الزام باعتماد قوانينه. ولذلك، فإنهم لم يبدوا تفضيلاً معيناً لقوانين ما يسمى ب(منتدى التحكيم). كذلك، لجأت هيئات التحكيم بشكل متزايد إلى قواعد تنازع القوانين المشتركة بين دول أطراف التنازع أو معايير التنازع التي تعكس المعايير الدولية، وبذلك فإنهم تجنبوا تطبيق قواعد التنازع المعزولة أو "غير العادية" وبالتالي زادوا من قدرة التنبؤ بقرارات اختيارهم للقانون.

ثانياً، ما يسمى بالتطبيق التراكمي لمعايير التنازع أو تطبيق المعايير الدولية لتنازع القوانين. فكما تمت الإشارة إليه أعلاه فإنه وبموجب قوانين معظم البلدان لا يكون المحكمون مرتبطين عموماً بمعايير التنازع الخاصة بـ مكان التحكيم. إذا طبق المحكمون تنازعا تقليدياً في التعليل القانوني، فيجوز لهم تطبيق قواعد التنازع الخاصة بـ مكان التحكيم، أو قواعد بلد أحد الأطراف أو أي بلد آخر مرتبط بالعقد. كذلك فإن التطبيق التراكمي اوجد حلاً لما قد يرشح من اختيار الطرفين لقواعد تنازع القوانين نهجا منعزلاً أو عفا عليه الزمن ولم يتنبأ به أي من الطرفين في وقت إبرام الاتفاق. أو قد تنص قواعد التنازع ذات الصلة، على سبيل المثال، على تطبيق قانون البلد الذي أبرم فيه العقد، وهو قاعدة غير عادية - ولا يمكن التنبؤ بها - في التنازع المعاصر للقوانين. وقد وضعت هيئات التحكيم طريقتين لمعالجة هذه الصعوبة. وتتألف الطريقة الأولى من هذا القبيل في التطبيق التراكمي لقواعد تنازع القوانين في البلدان المعنية، والتي عادة ما تكون بلدان الأطراف أو القوميات المعنية للأطراف والبلد أو بلدان الأداء. بموجب هذا النهج، سيطبق المحكمون القانون المعين من قبل كل من (أو جميع) معايير التنازع المعنية. فمحاكم التحكيم، على سبيل المثال، طبقت بشكل تراكمي قواعد التنازع الإيرلندية والفرنسية في تنازع بين صانع فرنسي وموزع إيرلندي، ومعايير تنازع إيطالية وتونسية في تنازع بين حكيم الصانع التونسي ووكلاء إيطاليين. وقد جادل منتقدو هذه الطريقة بأنها ذات فائدة عملية ضئيلة حيث أنه لا يمكن استخدامها إلا عندما تكون قواعد التنازع المعنية متطابقة، وبما أن نتيجة التطبيق التراكمي لقواعد التنازع هذه لن تختلف عن التطبيق الفردي لقواعد التنازع، من أي من البلدين، ويزعم المنتقدون أن هذا النهج يهدف إلى حل ما يسمى "التنازع الكاذب".¹¹ ولكن بالمقابل كانت هنالك ردود فقهية في الدفاع عن هذه الطريقة تلخصت، ان هذه الانتقادات تحظى الهدف فإذا تم تطبيق قانون معين كنتيجة للطريقة التراكمية، فإنه لا يهم أن تطبيقه كان من الممكن أن يكون لقوانين التنازع في البلد "الأثر نفسه"، إذ إن هيئة التحكيم تطبق بدقة قانوناً معيناً فقط لأن هذا القانون يتم تحديده من قبل كل من (أو جميع) قواعد التنازع المعنية. وتستمد شرعية تطبيقه من حقيقة أن قواعد التنازع متطابقة، وليس من أي قاعدة التنازع الداخلي على هذا النحو.¹²

ومع ذلك فإن الطريقة التراكمية وبعد ان تعرضت للنقد تم تطويرها بطريقة ثانية لمعالجة مشكلة القدرة على التنبؤ في تطبيق معايير التنازع المعترف بها على نطاق واسع على المستوى الدولي، أي في تطبيق ما يمكن تسميته "المبادئ العامة" لتنازع القوانين. وهذه الطريقة تحمل فائدة خاصة عندما لا يمكن تطبيق الطريقة التراكمية. بسبب الاختلافات الجوهرية بين معايير التنازع المعنية. في الواقع ، فإن اللجوء إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين لا يفترض بالضرورة وجود تقارب لقواعد التنازع المعنية (على الرغم من أن هذا هو الحال غالباً).¹³ ومن ثم، فإن هذه الطريقة تسمح للمحكمين بتجنب تطبيق قواعد غير متنازعة وبالتالي غير قابلة للتنبؤ بالقوانين. عند اتباع هذا النهج¹⁴ غالباً ما يطبق المحكمون أحكام الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية روما أو المبادئ التي تنبثق عن تحليل تنازع القوانين المقارنه بين المحكمين.

٢. إدخال اعتبارات النزاهة الموضوعية في عملية اختيار القانون

عندما يُطلب من هيئات التحكيم أن تحدد القانون الموضوعي المنطبق، فإنها لا تسعى بالضرورة إلى الإنصاف: بل اختيار القانون المعمول به على أساس اعتبارات أو معايير قانونية أخرى يعتبرونها ذات صلة. ومع ذلك، فعندما يحاولون زيادة النزاهة في قراراتهم المتعلقة باختيار القانون، فإنهم لا يكشفون عموماً عن دوافعهم الأساسية. وبدلاً من الإشارة إلى أن تطبيق القانون (أ) يؤدي إلى نتيجة "أكثر عدالة" من تطبيق القانون "ب"، فإنها ستقتصر على ملاحظة أن القانون "أ" هو الأنسب أو "الملائم" للقضية المطروحة. ومع ذلك، وكما اقترحت فيما يتعلق بالمزيد من القدرة على التنبؤ بقرارات اختيار القانون ، فمن المعقول أن نفترض أن هيئات التحكيم تستخدم تقديراً غير محدود تقريباً بطرق تزيد من العدالة والإنصاف لقراراتها.¹⁵ وبالفعل، يمكن الافتراض بأن الآليات المختلفة التي وضعتها هيئات التحكيم تسعى إلى ضمان هذا الإنصاف، ويتأكد هذا بشكل ملحوظ من خلال الإشارات الواضحة إلى النزاهة الواردة في قرارات اختيار القانون التي تهدف إلى ضمان صحة العقد والامتثال للتوقعات المشروعة للأطراف.¹⁶

وعليه لا بد من القاء نظرة عامة على الآليات اختيار القانون بموجب قواعد مؤسسات التحكيم، ففي غياب أي اختيار من جانب الأطراف، تتمتع هيئات التحكيم بسلطات تقديرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق. في ممارستهم لتلك السلطات، طور المحكمون ثلاث طرق منهجية رئيسية:¹⁷ أولاً، قد يقرر المحكمون تحديد القانون المطبق من خلال اللجوء إلى ما يعتبرونه قاعدة تناسب القوانين أي الأكثر ملائمة. وبموجب هذا النهج ، تطبق محاكم التحكيم قاعدة تنازع قائمة، سواء وردت في قانون وطني أو في اتفاقية دولية، ثانياً، قد يتجاهل المحكمون جميع التنازعات الوطنية والدولية للقوانين ويقررون "خلق" قواعد التنازع الخاصة بهم (على سبيل المثال، الطريقة التراكمية). ثالثاً، قد يقوم المحكمون أيضاً "مباشرة" بتطبيق قانون وطني معين دون أي إشارة إلى قاعدة تنازع القوانين. سواء كانت قائمة أو مخصصة. في الممارسة الفعلية، تتداخل هذه الأساليب بشكل كبير ولا يمكن تمييزها بسهولة. على سبيل المثال، يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر أن التطبيق التراكمي لمعايير التنازع للقوانين الخاصة بالأطراف

يشكل قاعدة التنازع "الأكثر ملائمة". وقد يرى المحكمون أن أكثر قواعد التنازع ملائمة هي التي تنص على التطبيق التراكمي للقوانين الموضوعية المعنية. وبالمثل، عندما يقرر المحكمون إنشاء قواعد التنازع الخاصة بهم، يمكنهم في الواقع أن يختاروا مباشرة القانون المطبق دون الإشارة إلى أي تنازع محدد في تفسير القوانين. وبالرغم من بعض عدم الاتساق في التطبيق الفعلي للآليات المشار إليها أعلاه، فإن وضع هذه الأساليب يشير إلى الاتجاه نحو تزايد المقدرة لدى هيئات التحكيم في عملية اختيار القوانين. في الواقع، فإن هذه الآليات تحرر هذه المحاكم من جميع القيود الوطنية والدولية لقواعد القوانين ويمكن تطبيق أي قانون يرونه مناسباً، حتى من دون ذكر الأسباب. ويوفر هذا الاتجاه التقديري غير المحدود للمحاكم التحكيمية وسيلة مهمة لمراعاة اعتبارات الإنصاف والعدالة.^{١٨}

المطلب الثاني: تطبيق القانون العابر للحدود الوطنية

خضعت هيئات التحكيم وبهدف تحسين القدرة على التنبؤ والنزاهة في عملية تنازع القوانين، إلى مقارنة مع تنازع القوانين التقليدي. أدت إلى عدد من التحولات المنهجية. ومع ذلك، فإن هذه التطورات لا تغير سمة أساسية واحدة في نظرية تنازع القوانين الكلاسيكية، ألا وهي أن القانون الواجب التطبيق سيكون دائماً القانون الوطني لبلد معين. وبالتالي، فإن تلك التعديلات لا تسمح لمحاكم التحكيم بالاستجابة على نحو ملائم للاحتياجات المعيارية المحددة للعلاقات التجارية الدولية. ولهذا، بالإضافة إلى التطور الذي يحدث على مستوى تنازع القوانين، ابتعدت هيئات التحكيم عن التطبيق الصارم للقوانين الوطنية نحو تطبيق القانون "العابر للحدود". يشكل هذا الاتجاه قفزة نوعية في حل المنازعات الدولية إذ لم تعد المحاكم التحكيمية تلتف كيفية تحديد القانون الوطني المنطبق؛ بل إن قراراتهم تؤثر على جوهر القانون الواجب التطبيق.^{١٩}

١. القانون العابر للحدود كوسيلة لضمان الحياد الموضوعي وزيادة استقلالية الأطراف المعنى الدقيق للقانون العابر للحدود هو موضوع جدل ومحاولات تعريف هذا المفهوم قليلة إلى حد ما. ولكنه كمفهوم عام هو كل القانون - وطني أو دولي أو مختلط - ينطبق على جميع الأشخاص والشركات والحكومات التي تؤدي أو يكون لها تأثير عبر حدود الدولة. وينظم القانون عبر الوطني الإجراءات أو الأحداث التي تتجاوز الحدود الوطنية. وقد قدم مجموعة من المحامين الدوليين مثل بولسون (Jan Paulsson)^{٢٠} ثلاثة مفاهيم للقانون عبر الوطني، هي^{٢١}: نظام قانوني مستقل، أو مجموعة من القواعد التي تحكم العقود الدولية (تنسب إلى حد كبير القوانين الوطنية) أو عدداً من الممارسات التجارية والأعراف. ولكن لم تعد هذه الرؤية الواسعة مستدامة في ضوء العدد المتزايد من القرارات التي طبقت فيها هيئات التحكيم القانون عبر الوطني. ولذلك ينبغي اعتبار القانون العابر للحدود مجموعة من القواعد القادرة على إدارة المعاملات التجارية الدولية. وفي محاولة لتحديد هذا مفهوم القانون العابر للحدود أكثر من ذلك، أكد عدد من المؤلفين على مصدر القانون عبر الوطني، بينما شدد آخرون على حقيقة أن القانون عبر الوطني يتكون من قواعد "تجاوز" الحدود الوطنية.^{٢٢} وجليد بالذکر ان كتابات مختلف الفقهاء

تشمل ، إلى حد ما ، كلا النهجين التعريفيين. ففي إطار النهج الأول، يتميز القانون العابر للحدود بالمصدر الخاص لقواعده. أي حقيقة أن هذه القواعد لا تسنها الدول. بل تعتمد على تلقائياً من قبل مجتمع الأعمال الدولي نفسه (التنظيم الذاتي).^{٧٣} ويعتبر القانون عبر الوطني بمثابة عادات وممارسات تجارية. ويقدر ما يمكن تدوين تلك الممارسات والأعراف في اتفاقيات القانون الدولي الموحد . فإن هذا التعريف يشمل أيضاً تلك القوانين الموحدة. وفي إطار النهج الثاني، يتم تعريف القانون عبر الوطني بالرجوع إلى طبيعة قواعده. قواعد القانون عبر الوطني هي القواعد التي "تتجاوز" الحدود الوطنية . أي القواعد المشتركة للجميع أو عدد معين (هام) من الأنظمة القانونية. وبموجب هذا التعريف، يكون المصدر الفعلي لقاعدة معينة غير ذي صلة. ويمكن أن تشمل على وجه الخصوص القواعد الواردة في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية. شريطة أن تكون هذه القواعد مطبقة على نطاق واسع على المستوى الدولي.^{٧٤}

إن تعريف القانون عبر الوطني بالإشارة إلى طبيعة قواعده هو النهج الأكثر ملائمة. والواقع أن معايير "المصدر الخاص" لا تتفق مع حقيقة أن عدداً من القواعد القانونية التي تركز في النظم القانونية الوطنية (مثل المبادئ العامة للقانون) أو المستمدة من القانون الدولي تعتبر بشكل عام جزءاً منها. وإن قواعد القانون عبر الوطني هي بالتالي القواعد التي "تتجاوز" الحدود الوطنية. فهي "مشتركة" لعدد معين من الأنظمة القانونية وهي ، إلى هذا الحد . قواعد موحدة. إن هذا التوحيد لقواعد القانون عبر الوطني هو الذي يفسر سبب دعم هذه القواعد لاستقلالية الأطراف والحياد الموضوعي. والقواعد الموحدة محايدة جوهرياً لأنها "مشتركة" مع قوانين الأطراف. أو على الأقل لا تميز النهج والقواعد الواردة في أي من تلك القوانين. ونظراً لاتساقها، فإن قاعدة القانون العابر للحدود الوطنية تحرر أيضاً الأطراف في صفقة دولية من الوسائل الوطنية. وبالتالي تمنحهم حرية تعاقدية متزايدة.^{٧٥} في الواقع ، تختلف القواعد التي تحوي على قيود غير مبررة على استقلال الأطراف من بلد إلى آخر ولن تكون مشتركة بين الأنظمة القانونية للأطراف المعنية. ولا من حيث المبدأ . بالنسبة لعدد كبير من هذه الأنظمة. قاعدة تتطلب من المشتري أن يخطر البائع فور وصول البضاعة من أجل الحفاظ على حقه في تقديم مطالبة على أساس التسليم المتأخر . أو قاعدة تضع قيوداً شديدة على قدرة الوكيل على إلزام شركة ما على سبيل المثال . لن توجد إلا في عدد قليل من النظم القانونية. وبالتالي يمكن تجنبها بتطبيق المعايير عبر الوطنية.

٢. التحرك شطر تطبيق القانون عبر الوطني

السياق التشريعي المؤيد لتطبيق القانون عبر الوطني في التحكيم الدولي بدأ بالانتشار. إذا نجحت المحاكم التحكيمية في صياغة وتطوير قواعد القانون الدولي، من ناحية. واستفادت كذلك هيئات التحكيم من الاعتراف الرسمي من قبل المشرعين الوطنيين بحقهم في اللجوء إلى هذه القواعد؛ من ناحية أخرى. ولذلك، لا تتمتع هيئات التحكيم بالحق فحسب، بل أيضاً بالوسائل المرنة والمنصفة. لتطبيق القانون العابر للحدود الوطنية. ويشكل الاعتراف بحق المحكمين في تطبيق القانون عبر الوطني جزءاً من الاتجاه

التشريعي العام لزيادة التحكيم، وقد سمح قبول مثل هذه الاستقلالية لمحاكم التحكيم (والأطراف) بالهروب إلى حد كبير من تدخل الدولة خلال مختلف مراحل إجراءات التحكيم (إبرام اتفاق التحكيم، وإجراء الإجراءات، وتنفيذ قرار التحكيم). كما أنه منح محاكم التحكيم زيادة الاستقلال الذاتي فيما يتعلق بتحديد القانون الموضوعي المنطبق وفتح الباب لتطبيق القانون العابر للحدود الوطنية.^{٧٦}

ورغم أن محاكم التحكيم قد لجأت إلى القوانين عبر وطنية قبل هذه التشريعات، فإن سلطتها على ذلك قد تم الاعتراف بها رسمياً من خلال عدد من قوانين التحكيم التي اعتمدت منذ أوائل الثمانينات. وقد مكنت هذه القوانين هيئات التحكيم من تطبيق "قواعد القانون" التي تعتبرها مناسبة، وهو تعبير يشير إلى قبول القانون عبر الوطني، وهذا ما نصت عليه قواعد مؤسسات التحكيم الكبرى، بما في ذلك غرفة التجارة الدولية (ICC) ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA).^{٧٧}

ورغم هذا النجاح إلا أن المحكمين يواجهون المهمة الصعبة المتمثلة في "تحديد" أو "صياغة" قواعد القانون عبر الوطني، وقد سهلت هذه المهمة ما ينتج من أعمال عدد من المؤسسات ذات الصلة (مثل الأونسيترال والمعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص وغرفة التجارة الدولية) والتي تسعى جميعها إلى تحقيق التوحيد التدريجي لقانون التجارة الدولية. والواقع أن الجهود التي تبذلها تلك المؤسسات قد أدت إلى اعتماد نصوص قانونية تصوغ أو تقنن قواعد أو استخدامات قانونية موحدة، سواء كانت مقصورة على نوع معين من المعاملات أو على تطبيق أكثر عمومية.^{٧٨} وجدير بالذكر أن التطبيق الفعلي للقانون عبر الوطني كانت قد لجأت هيئات التحكيم عند غياب إرادة الطرفين في اختيار القانون. وقد وجدت محاكم عديدة أن تطبيق القانون عبر الوطني هو أنسب الحلول في السياق الدولي، فهم يفسرون فشل الأطراف في الاتفاق على القانون المطبق كمؤشر على نية الأطراف عدم إخضاع موافقتهم لأي قانون وطني، حتى أن بعض المحاكم أكدت أن تطبيق قانون عبر الوطني هو "الحل الوحيد الممكن" في السياق الدولي.^{٧٩}

وقد لجأ المحكمون في كثير من الأحيان إلى ما يسمى بأسلوب المنهج المشترك، وهو نهج يتألف من التطبيق التراكمي لقوانين كل طرف. وقد أثبتت هذه الطريقة أنها مفيدة بشكل خاص في سياق العقود الحكومية لأن عدم الاتزان بين مواقف الأطراف المعنية يزيد من الحاجة إلى الحياد الموضوعي.^{٨٠} وإن اعتبارات الحياد الموضوعي قد دفعت الأطراف في بعض الأحيان إلى إضافة بند تعاقدي لتطبيق القواعد المشتركة في النظم القانونية الخاصة بكل منها.^{٨١} كما لجأت هيئات التحكيم إلى طريقة المنهج المشترك إلى الفصل في المنازعات بين الأطراف في العديد من القضايا التحكيمية فعلى سبيل المثال، قررت هيئات التحكيم تطبيق القواعد المشتركة بين القانون البلجيكي والإيطالي في تنازع يتعلق بحامل براءة إيطالي ومصنع بلجيكي.^{٨٢} والقواعد المشتركة بين القانونين الفرنسي والتونسي في تنازع بين العديد من المشتريين الأوروبيين وعدد من الباعة التونسيين.^{٨٣}

على الرغم من بساطته الظاهرة، إلا أن التطبيق العملي للنهج المشترك يمكن أن يكون مشكلة. وفي الواقع، قد تكون القواعد ذات الصلة في النظم القانونية المعنية متباينة. وبالتالي قد يكون من المستحيل تحديد أي "قواعد مشتركة" لحل مسألة قانونية معينة. وهذا هو السبب في أن هيئات التحكيم غالباً ما تقرر تطبيق المنهاج المشترك فقط عندما تثبت أن القواعد ذات الصلة متطابقة في الواقع. وقد تسببت الصعوبات العملية المرتبطة بطريقة القواعد المشتركة، فضلاً عن تزايد توافر تدوينات القوانين عبر الوطنية، في أن تحجم المحاكم التحكيمية على نحو متزايد عن اتباع هذا النهج. وفي عدد من الحالات، قررت هيئات التحكيم تطبيق القانون عبر الوطني في شكل مبادئ قانونية عامة أو كقاعدة من القواعد التي يمكن أن تشمل مختلف مصادر القانون عبر الوطني. ففي قضية نظرتها محكمة تابعة للغرفة التجارة الدولية في تنازع بين شركة تصنيع يابانية وموزع شرق أوسطي، أن عقد الطرفين يجب أن يخضع لمبادئ القانون التجاري الدولي. ومنذ اعتمادها في عام ١٩٩٤، قامت هيئات التحكيم في مناسبات عديدة بتطبيق أو الإشارة إلى مبادئ العقود التجارية الدولية "UNIDROIT"^{٨٤} على أساس أن تطبيقها يوفر العديد من المزايا وأن هذه المبادئ تأخذ في الاعتبار الاحتياجات الدولية الخاصة. مبادئ العقود التجارية الدولية وعلى الرغم من أن الفقهاء ومحاكم التحكيم منقسمون حول مسألة ما إذا كانت هذه المبادئ تشكل قانوناً دولياً بالمعنى الدقيق للكلمة، فقد رأت عدة محاكم أن اتفاق الأطراف يخضع لهذه المبادئ، إما حصراً أو بالاشتراك مع مصادر أخرى للقانون عبر الوطني. كما لجأت هيئات التحكيم إلى هذه المبادئ كوسيلة لتفسير واستكمال القانون الداخلي المنطبق.^{٨٥} على الرغم من أنها ذات صلة فقط بعدد محدود من جوانب العلاقة التجارية الدولية، إلا أن الاستخدامات التجارية تشكل جزءاً حيوياً من القانون عبر الوطني. وإن المحكمين يقومون بذلك من أجل سد الثغرات أو استكمال القانون الوطني المنطبق. وإنه يوضح القبول المتزايد للفكرة القائلة بأن القانون عبر الوطني هو أنسب قانون يحكم العلاقات التجارية الدولية. ويمكن لمحاكم التحكيم اللجوء إلى مبادئ القانون عبر الوطني من أجل "سد الثغرات" في القانون الوطني المعمول به.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات

الطريقة التقليدية لتنازع القوانين لا يمكن أن تفي بشكل كافٍ في الاستجابة للمتطلبات المعيارية المحددة للمعاملات التجارية الدولية. وتشمل نقاط الضعف الرئيسية في الآليات هي قلة القدرة على التنبؤ والعدالة المشكوك فيها في القرارات المتعلقة باختيار القانون الواجب التطبيق. والأهم من ذلك تمكنت هيئات التحكيم الدولية، التي تشكل المحافل المفضلة لحل المنازعات التجارية الدولية، من النجاح في معالجة جزء من هذه العيوب من خلال تطوير سلسلة من الأساليب المنهجية المبتكرة. فمن ناحية، أدخلوا "تعديلات" على طريقة التنازع التقليدي وصاغوا قواعد جديدة للتنازع (التطبيق التراكمي لمعايير التنازع المعنية، وتطبيق المبادئ العامة لتنازع

القوانين وما إلى ذلك). ومن ناحية أخرى ، فقد رفضوا في بعض الأحيان المبدأ الأساسي لنهج التنازع - وهو حل "التنازع" بين القوانين المتنافسة واختيار القانون المنطبق - من خلال تطبيق القانون عبر الوطني على مزايا التنازع . بدلاً من قانون وطني معين.
ثانياً: التوصيات

ومع ذلك، فإن التوصيات التي صاغتها هذه الدراسة قد تثير توجيهات إضافية قد تكون موضوعاً لمزيد من الأفكار المستقبلية. فالتوصية تدور حول ما إذا كان تطور تنازع القوانين الذي حدث في سياق التحكيم التجاري الدولي سيؤثر في النهاية على الطريقة التي تعالج بها محاكم الدولة الوطنية قضايا التنازع. وإذا كان النهج الأكثر مرونة الذي وضعته هيئات التحكيم تفوق بالفعل على الأسلوب التقليدي، فإن المحاكم الوطنية التي تنظر في تنازعات تجارية دولية قد تميل إلى أن تحذو حذوها. وكذلك فإن تبني وجهة نظر أكثر انتقادية في قرارات اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية، يقودنا إلى زيادة دعم السلطة التقديرية التي تتمتع بها هيئات التحكيم فيما يتعلق بتنازع القوانين، والقرارات المتخذة من قبل محاكم التحكيم والتي تهدف لتحسين القدرة على التنبؤ، العدالة والإنصاف، والكفاية الموضوعية.
الهوامش

- ١ شبه الفقيه (Raape) النتائج غير المتوقعة لتنازع القوانين بأنه "قنزة في الظلام" انظر:
Leo Raape, Internationales Privatrecht, London 1995, P 90.
- 2 Gerhard Kegel, Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers, 26 AM. J. COMP. L. 1979, p 615.
- 3 Ibid, p 616.
- ٤ أحمد ضامن السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق- جامعة الكويت، المجلد ١٧: العدد ١، ١٩٩٣، ص ١٢٧.
- 5 G. Kegel & K. Schurig, Internationales Privatrecht, Oxford University 2004, p131.
- ٦ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٤٨.
- ٧ أي الحد الأدنى المتيقن عليه والمتسامح بشأن القواعد المتنازع عليها وتتضمن فكرة تلطيف النظام العام للوصول إلى مراعاة المعايير الدولية ذات الصلة.
- 8 G. Kegel & K. Schurig, op.cit, p 131.
- ٩ أحمد الفضيلى، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، ط ١، عمان دار المناهج للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ٥٢.
- 10 Julian D.M. Lew, "Relevance of Conflict of Law Rules in the Practice of Arbitration" in Albert Jan van den Berg (ed.), Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration, ICCA Congress Series, Vol.7 (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1996), p.447.
- 11 Laura E. Little, Hairsplitting and Complexity in Conflict of Laws: The Paradox of Formalism, 37 U.C. DAVIS L. REV. 925 (2004), p 350.
- 12 Peter Klaus Berger, The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 28 LAW & POL'Y INT'L Bus. 943, 952 (1997), p211.
- 13 David F. Cavers, A Critique of the Choice-of-Law Problem, 47 HARV. L. REV. 173, 173-208 (1993), p67.

- ١٤ هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط ٣، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٥٧.
- ١٥ ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٧.
- ١٦ اشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣، ص ١١٢.
- 17 Louise Weinberg, Theory Wars in the Conflict of Laws, 103 MICH. L. REV. 1633, 1633, 2005, p 255.
- 18 James M. Kerr. The Doctrine of Lex Fori, 27 CENT. L.J. 255, 1988, p 182.
- 19 – Albert A. Ehrenzweig, The Lex Fori in the Conflict of Laws -Exception or Rule?, 32 ROCKY MTN. L. REV. 1960, p 13.
- 20 B. Carter, Choice of Law: Methodology or Mythology?, in Etudes De Droit International En L'honneur De Pierre Lalive ١١, (C. Dominic6 et al. eds., 1993), p 16.
- ٢١ غسان عبيد المعموري، مقال في محاولات التوحيد الدولي للقواعد القانونية والتقريب بين النظم القانونية المختلفة، مقال منشور في الانترنت:
[http://law.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2016/12/22/%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%84-%D9%81%D9%8A-%D9%85%D8%AD%D8%A7%D9%88%D9%84%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%](http://law.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2016/12/22/%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%84-%D9%81%D9%8A-%D9%85%D8%AD%D8%A7%D9%88%D9%84%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84% تاريخ/١٨/٤/٢٠١٨ التصفح)
- 22 Friedrich K. Juenger, The Lex Mercatoria and Private International Law, 60 LA. L. REV., 2010, p 1137.
- ٢٣ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، بيروت منشورات دار الحلبي، ٢٠٠٣، ص ٢٨٥ وما بعدها.
- ٢٤ انظر المادة ٢٥ /أولاً من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- 25 H Symeonides, Private International Law at The End of the 20th Century: Progress or Regress? 1999, P 39.
- 26 Matthias Lehmann, Liberating the Individual from Battles Between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws, 41 VAND. J. TRANSNAT'L L., 2008, p 381, 385.
- 27 Gerald Aksent, The Law Applicable in International Arbitration- Relevance of Reference to Trade Usages, in Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration 475 (Albert Jan van den Berg ed., 1996), p 394.
- 28 H Symeonides, op.cit, p 40.
- 29 Ibid.
- 30 Matthias Lehmann, op.cit, p 386.
- 31 Yves Derains, Transnational Law in ICC Arbitration, in The Practice of Transnational Law, 2001, p 48.
- 32 David F. Cavers et al., Comments on Babcock v. Jackson, A Recent Development in Conflict of Laws, 63 COLUM. L. REV. 1993, p1226.
- 33 Gerald Aksent, op.cit, p 3٩٥.
- 34 Ibid, p 45.
- 35 Ibid, p 46.
- 36 Alfred Hill, Governmental Interest and the Conflict of Laws-A Reply to Professor Currie, 27 U. CHI. L. REV. 1999, p 463.
- 37Gerhard Kegel, Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers, 26 AM. J. COMP. L. 1979, p 615.
- 38 Ole Lando, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, 2 ARB. INT'L, 1986, p 104.

- 39 Ibid.
- 40 Such as David, the founders of the new lex mercatoria doctrine Schmitth off and Goldman, Harvard University 2004, P 521.
- 41 Clive M. Schmitthoff, International Business Law: A New Law Merchant, in CLIVE M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, 1988, P 3.
- 42 David, op.cit, p 523.
- 43 Goldman, Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria, in Etudes De Droit International En L'honneur De Pierre Lalive 241 (C. Dominic6, R. Patry & C. Reymond eds, 1993, P 109.
- 44 Clive M. Schmitthoff, Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions, in The Transnational Law of International Commercial Transactions 19 (C. M. Schmitthoff & N. Horn eds., 1982) P 430.
- 45 Ibid.
- 46 Andreas F. Lowenfeld, Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, 6 ARB. INT'L, 1990, P 202.
- 47 Gerald Aksen, op.cit, p 3٩٨.
- 48 H Symeonides, op.cit, p 4٩.
- 49 Gerhard Kegel & Ignaz Seidl-Hohenveldem, On the Territoriality Principle in Public International Law, 5 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 245 (Joseph A. Darby trans., 1982) p 250.
- 50 Gerald Aksen, op.cit, p ٤٠١.
- 51 Gerhard Kegel & Ignaz Seidl-Hohenveldem, op.cit, p 251.
- 52 DICEY, MORRIS & Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell London, 2006, p 1562
- ٥٣ المكان الذي يجري فيه التحكيم وتتم اجرائته من سماع الجلسات وإصدار الحكم.
- 54 See, for example, the French decree of May 12, 1981 on international arbitration (Articles 1492-1507 of the Nouveau Code de Procidure Civile), the 1985 UNCITRAL Model Law, and the 1987 Swiss Private International Law Statute, Articles 176-194.
- 55 F.A. Mann, Lex Facit Arbitrum, in International Arbitration liber Amicorum For Martin Domke (P. Sanders ed., 19٩7), p 1٨7.
- 56 Gerhard Kegel & Ignaz Seidl-Hohenveldem, op.cit, p 25٧.
- ٥٧ انظر المادة ١/١٧ من قواعد غرفة التجارة الدولية و المادة ٣/٢٢ من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي والمادة ١/٢٨ من قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم
- 58 F.A. Mann, op.cit, p ١٨7.
- 59 Ole Lando, op.cit, p 1٣٢.
- 60 F.A. Mann, op.cit, p 18٩.
- 61 Klaus Peter Berger, International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 46 AM. J. COMP. L. ,1998, p 129, 131.
- 62 Gerhard Kegel & Ignaz Seidl-Hohenveldem, op.cit, p 259.
- 63 Klaus Peter Berger, op.cit, p 131.
- 64 Clive M. Schmitthoff, op.cit, p 471.
- 65 Markus A. Petsche, International Commercial Arbitration and The Transformation of The Conflict of Laws Theory, 18 Mich. St. U. Coll. L. J. Int'l L. 453 2009-2010, p 481.
- 66 Gerhard Kegel & Ignaz Seidl-Hohenveldem, op.cit, p 2٦٠.
- 67 Markus A. Petsche, op.cit, p 482.

- 68 Norbert Horn, Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts, in The Transnational Law of International Commercial Transactions Vol.2 (N. Horn & C.M. Schmitthoff eds., 1982) p 12.
- 69 David W. Rivkin, Enforceability of Arbitral Awards based on Lex Mercatoria, 9 ARB. INT'L 67 (1993), p 617.
- 70 Jan Paulsson, La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I., 1990 REV. ARB, 1990, p 55.
- 71 Michael Frischkorn, Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria's Flexibility, 7 EUR. J.L. REFORM, 2005, p 331.
- 72 Norbert Horn, op.cit, p 14.
- 73 Markus A. Petsche, op.cit, p 485.
- 74 Ralf Michaels, The True Lex Mercatoria, Law Beyond the State, 14 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD, 2007, p 447.
- 75 Gerhard Kegel & Ignaz Seidl-Hohenveldem, op.cit, p 2٦3.
- 76 Lord Justice Mustill, The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, in Liber Amicorum For Lord Wilberforce, 1987, p 149.
- 77 Emmanuel Gaillard, Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision-Making? in THE PRACTICE OF TRANSNATIONAL LAW, (Klaus Peter Berger ed., 2001) p 54.
- 78 Norbert Horn, op.cit, p 15.
- 79 Markus A. Petsche, op.cit, p 484.
- 80 Klaus Peter Berger, op.cit, p 131.
- 81 Clive M. Schmitthoff, op.cit, p 471.
- 82 ICC Case No. 2626, COLLECTION OF ICC ARBITRAL AWARDS 1974-1985, at 318 (Y. Derains & S. Jarvin eds., 1990).
- 83 ICC Case No. 5460, COLLECTION OF ICC ARBITRAL AWARDS 1986-1990, at 138 (S. Jarvin et al. eds., 1994).
- 84 Peter Klaus Berger, The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 28 LAW & POLY INT'L Bus., 1997, p 943, 952.
- 85 Laura E. Little, Hairsplitting and Complexity in Conflict of Laws: The Paradox of Formalism, 37 U.C. DAVIS L. REV., 2004, p 925.

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

١. أحمد الفضيلى. التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص. ط ١. عمان دار المناهج للنشر والتوزيع. ١٩٩٩.
٢. أحمد ضاعن السمدان. القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي. مجلة الحقوق- جامعة الكويت. المجلد ١٧: العدد ١. ١٩٩٣.
٣. اشرف عبد العليم الرافعي. النظام العام والقانون الواجب التطبيق. دار الفكر الجامعي. ٢٠٠٣.
٤. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. الكتاب الاول. بيروت منشورات دار الحلبي. ٢٠٠٣.
٥. غسان عبيد المعموري. مقال في محاولات التوحيد الدولي للقواعد القانونية والتفريق بين النظم القانونية المختلفة. مقال منشور في الانترنت:

<http://law.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2016/12/22/%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%84-%D9%81%D9%8A->

[%D9%85%D8%AD%D8%A7%D9%88%D9%84%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84% تاريخ ١٨/٤/٢٠١٨ التصفح](#)

٦. محمد كمال فهمي. أصول القانون الدولي الخاص. ط ٢. القاهرة. دون سنة نشر.
٧. مدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين. دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان. ٢٠٠٥.
٨. هشام علي صادق. تنازع القوانين. ط ٣. منشأة المعارف الإسكندرية. ١٩٩٣.

ثانياً: المصادر باللغات الأجنبية

9. Albert A. Ehrenzweig, The Lex Fori in the Conflict of Laws -Exception or Rule?, 32 ROCKY MTN. L. REV. 1960.
10. Alfred Hill, Governmental Interest and the Conflict of Laws-A Reply to Professor Currie, 27 U. CHI. L. REV. 1999.
11. Andreas F. Lowenfeld, Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, 6 ARB. INT'L, 1990.
12. B. Carter, Choice of Law: Methodology or Mythology?, in Etudes De Droit International En L'honneur De Pierre Lalive 11, (C. Dominic6 et al. eds., 1993).
13. Clive M. Schmitthoff, International Business Law: A New Law Merchant, in CLIVE M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, 1988.
14. Clive M. Schmitthoff, Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions, in The Transnational Law of International Commercial Transactions 19 (C. M .Schmitthoff & N. Horn eds., 1982).
15. David F. Cavers et al., Comments on Babcock v. Jackson, A Recent Development in Conflict of Laws, 63 COLUM. L. REV. 1993.
16. David F. Cavers, A Critique of the Choice-of-Law Problem, 47 HARV. L. REV. 173, 173-208 (1993).
17. David W. Rivkin, Enforceability of Arbitral Awards based on Lex Mercatoria, 9 ARB. INT'L 67 (1993).
18. DICEY, MORRIS & Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell London, 2006.
19. Emmanuel Gaillard, Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision-Making? in THE PRACTICE OF TRANSNATIONAL LAW, (Klaus Peter Berger ed., 2001).
20. F.A. Mann, Lex Facit Arbitrum, in International Arbitration liber Amicorum For Martin Domke (P. Sanders ed., 1997).
21. Friedrich K. Juenger, The Lex Mercatoria and Private International Law, 60 LA. L. REV., 2010.
22. G. Kegel & K. Schurig, Internationales Privatrecht, Oxford University 2004.
23. Gerald Aksen, The Law Applicable in International Arbitration- Relevance of Reference to Trade Usages, in Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration 475 (Albert Jan van den Berg ed., 1996).

24. Gerhard Kegel & Ignaz Seidl-Hohenveldem, On the Territoriality Principle in Public International Law, 5 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 245 (Joseph A. Darby trans., 1982).
25. Gerhard Kegel, Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers, 26 AM. J. COMP. L. 1979.
26. Goldman, Nouvelles reflexions sur la lex mercatoria, in Etudes De Droit International En L'honneur De Pierre Lalive 241 (C. Dominic6, R. Patry & C. Reymond eds, 1993).
27. H Symeonides, Private International Law at The End of the 20th Century: Progress or Regress? 1999.
28. ICC Case No. 2626, COLLECTION OF ICC ARBITRAL AWARDS 1974-1985, at 318 (Y. Derains & S. Jarvin eds., 1990).
29. ICC Case No. 5460, COLLECTION OF ICC ARBITRAL AWARDS 1986-1990, at 138 (S. Ja rvin et al. eds., 1994).
30. James M. Kerr. The Doctrine of Lex Fori, 27 CENT. L.J. 255, 1988.
31. Jan Paulsson, La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I., 1990 REV. ARB,1990.
32. Julian D.M. Lew, "Relevance of Conflict of Law Rules in the Practice of Arbitration" in Albert Jan van den Berg (ed.), Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration, ICCA Congress Series, Vol.7 (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1996).
33. Klaus Peter Berger, International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 46 AM. J. COMP. L. ,1998.
34. Laura E. Little, Hairsplitting and Complexity in Conflict of Laws: The Paradox of Formalism, 37 U.C. DAVIS L. REV. 925 (2004).
35. Laura E. Little, Hairsplitting and Complexity in Conflict of Laws: The Paradox of Formalism, 37 U.C. DAVIS L. REV., 2004.
36. Leo Raape, Internationales Privatrecht, London 1995.
37. Lord Justice Mustill, The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, in Liber Amicorum For Lord Wilberforce, 1987.
38. Louise Weinberg, Theory Wars in the Conflict of Laws, 103 MICH. L. REV. 1633, 2005.
39. Markus A. Petsche, International Commercial Arbitration and The Transformation of The Conflict of Laws Theory, 18 Mich. St. U. Coll. L. J. Int'l L. 453 2009-2010.
40. Matthias Lehmann, Liberating the Individual from Battles Between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws, 41 VAND. J. TRANSNAT'L L.,2008.
41. Michael Frischkorn, Definitions of the Lex Mercatoria and the Effects of Codifications on the Lex Mercatoria's Flexibility, 7 EUR. J.L. REFORM, 2005.

42. Model Law, and the 1987 Swiss Private International Law Statute, Articles 176-194.
43. Norbert Horn, Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts, in The Transnational Law of International Commercial Transactions Vol.2 (N. Horn & C.M. Schmitthoff eds.1982).
44. Ole Lando, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, 2 ARB. INT'L,1986.
45. Peter Klaus Berger, The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 28 LAW & POL'Y INT'L Bus. 943, 952 (1997).
46. Peter Klaus Berger, The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 28 LAW & POL'Y INT'L Bus., 1997.
47. Ralf Michaels, The True Lex Mercatoria, Law Beyond the State, 14 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD, 2007.
48. Such as David, the founders of the new lex mercatoria doctrine Schmitth off and Goldman, Harvard University 2004.
49. Yves Derains, Transnational Law in ICC Arbitration, in The Practice of Transnational Law, 2001.