مجلة
كلية التــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة
متعددة التخصصات نصف سنوية
العدد الأربعون
30 آب 2024
ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير
أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير
أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية ذات الطابع الدولي

م.م محمود حامد محان

كلية مدينة العلم الجامعة – قسم القانون

المستخلص:

أهتمت الأنظمة القانونية المختلفة بوضع التنظيم القانوني للعقد أيا كانت الصفة التي يتمتع بها سواءً كان عقداً داخلياً أو عقداً يتسم بالصفة الدولية، وذلك بهدف ازالة العوائق التي تواجه التجارة الدولية او التعاملات الدولية بصورة عامة، لضمان استمرارية هذه التصرفات وضمان تنفيذها، وتجنب فسخها وما يترتب على ذلك من آثار تتمثل بزوالها، من هنا جاءت الحاجة الى تنظيم دقيق للعقود الدولية وتجنب حالات انحلالها وذلك لا يتم الا بوضع قواعد قانونية موضوعية تبعد هذه العلاقات من دائرة تنازع القوانين وتطبيق قواعد الاسناد التقليدية والتي من الممكن ان تشير الى قانون واجب التطبيق لا يرغب الافراد بتطبيقه او قد يكون ذلك القانون لا يناسب تلك المعاملات، ومن هنا انطلق المجتمع الدولي لإيجاد قانون موحد او على الاقل مشروع قانون موضوعي يحكم العلاقات الدولية الخاصة والتي لا تمس سيادة الدول.

Summary:

The various legal systems have paid attention to establishing the legal regulation of the contract, regardless of the quality it has, whether it is an internal contract or a contract that has an international character, with the aim of removing the obstacles facing international trade or international transactions in general, to ensure the continuity of these actions and ensure their implementation, and to avoid their cancellation and the consequences. This is one of the effects of its disappearance. Hence the need to carefully regulate international contracts and avoid cases of their dissolution. This can only be achieved by establishing objective legal rules that remove these relationships from the circle of conflict of laws and applying traditional attribution rules, which may indicate an applicable law that individuals do not wish to apply, or that law may not be. It suits those transactions, and from here the international.

المقدمة..

بات من المسلم به ان النمو الاقتصادي للدول يعتمد بالدرجة الأساس على الزيادة في ابرام العقود الدولية، فاذا كان العقد باعتباره وسيلة فنية يلعب في القانون الداخلي دوراً أساسياً في تبادل الثروات والخدمات فان ذلك الدور يزداد أهمية في المعاملات الدولية[1]، وان التمسك والاصرار على اتباع الاساليب التقليدية والمقصود هنا اتباع منهج تنازع القوانين والذي بات لا يتناسب مع نمو العلاقات الدولية الخاصة. مما دعت الحاجة الى البحث عن اسلوب أكثر ملائمة مع التطور التجاري الدولي وامتداد العلاقات الى ما بعد الحدود، لذا وجد الافراد بمساعدة الفقه والتحكيم الدولي منهج القواعد الموضوعية لحل مشكلاتهم بعيداً عن الالتزام بالمنهج التقليدي في حل المشكلات ذات الصفة الدولية.

مشكلة البحث:

ان اختلاف الأسس التي يتم بناءً عليها تطبيق القانون أمام كل من القضاء الوطني والتحكيم الدولي، قد دفع جانباً من الفقه الى تسمية القاعدة التي تجيز للمتعاقدين أختيار قانون العقد الدولي بالقاعدة المادية، لأنها تتأسس على حرية التعاقد في التجارة الدولية أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهذا ما قد يزيل الفوارق بين المنهجين، ومن جانب آخر فان اشتراك كل من القواعد الموضوعية وقواعد التطبيق الضروري في الصفات الموضوعية والاشتراك في المصدر الوطني في بعض الأحيان، فحينما تصدر القاعدة الموضوعية من مشرع وطني، فان ذلك قد يوهم بان هذه القواعد قد أصبحت ذات تطبيق ضروري، وهي في الحقيقة ما وجدت الا لتنظيم جانب من العلاقات الخاصة الدولية متى ما كان لها صلة معينة ومعقولة بالنظام القانوني للدولة المشرعة لها، وخلافا لقواعد التطبيق الضروري التي تطبق لحماية مصالح حيوية للجماعة ترتكز عليها السياسة التشريعية، وهذه المصالح توجب التطبيق المباشر والفوري لها بغض النظر عن طبيعة العلاقة سواءً كانت وطنية بجميع عناصرها أم ذات طابع دولي.

([1]) عبد الله نوار شعت، العقود الدولية بين الظروف القاهرة والقاهرة، مكتبة الوفاء، القاهرة، 2018، ص9.

ولابد من التأكيد بان سعي المجتمع الدولي للتّجار الى الحفاظ على كيانه من رقابة القوانين الداخلية التي تسنها الدول وتمس بتلك المصالح، قد أوجد دفعا ذا طبيعة خاصة سمي بالنظام العام الدولي وهو ليس كالنظام العام المعروف في القانون الداخلي ولا النظام العام المعروف في القانون الدولي الخاص، الذي يرد كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي بعد اعمال قاعدة الإسناد، بل هو يجمع الاثنين ولكن على المستوى التجاري الدولي لحماية مبادئ حرية التجارة وعدم التمييز وحسن النية وغيرها من الأسس، التي يكشف عنها التحكيم الدولي والقضاء الداخلي لبعض الدول ويجعلها بمنزلة تسمو على القواعد الموضوعية العادية فضلاً عن القواعد الداخلية وان تعلقت بالنظام العام الداخلي.

منهجية البحث:

املت علينا طبيعة البحث اتباع اكثر من منهج بحثي، حيث اتبعنا أولاً المنهج التحليلي في تناول هذا النوع من القواعد في بيان حالات وكيفية تطبيقها على عقود التجارة الدولية محل البحث أو كيفية تدخلها لحل النزاعات الناشئة عنها، ثم استعنا بالمنهج التاريخي في دراسة التطور التاريخي للقواعد الموضوعية، كما اعتمدنا المنهج المقارن من خلال المقارنة بين عدد من قوانين الدول التي تمثل مدارس فقهية مختلفة، كالمدرسة اللاتينية ومدرسة القانون العام مع تسليط الضوء على بعض الاتفاقيات الدولية التي نظمت معاملات التجارة الدولية وتضمنت قواعد موضوعية.

هيكلية البحث:

نستهل بحثا هذا عن التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية في المبحث الاول ثم نبين الية تطبيق القواعد الموضوعية وفقاً لقواعد الإسناد في المبحث الثاني.

المطلب الأول

التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية

يستند التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية شأنها في ذلك شأن قواعد البوليس، الى ارادتها في الانطباق والتي تكشف عنها الصلة العقلانية القائمة بين مضمون القاعدة واهدافها ونطاق تطبيقها وكما سبق القول، فان قواعد البوليس اذا كانت ذات تطبيق مباشر فلا يعني ذلك ان كل قواعد التطبيق المباشر هي قواعد البوليس [2]، وسميت بقواعد التطبيق الضروري لكي تعبر عن قواعد البوليس دون غيرها من قواعد التطبيق المباشر، ولاشك ان أهم انواع قواعد التطبيق المباشر الآخرى هي قواعد القانون الدولي الخاص المادي، التي تنطبق مباشرة على منازعات العلاقات الخاصة الدولية بمجرد دخول العلاقة في نطاق تطبيق تلك القواعد سواءً كان الأمر معروضا على قاضيها الوطني أو على قاضي أجنبي.

الفرع الأول

التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية من قبل القضاء الوطني

سميت بقواعد التطبيق المنصوص عليها مباشرةً من قبل المشرعين الوطنيين لغرض تحديد نطاق تطبيق الحلول المادية أو الداخلية والمعدة للتطبيق على المنازعات ذات الصفة الدولية، فقواعد التطبيق الوطنية تماثل تلك المنصوص عليها في الاتفاقيات المنشئة للقواعد الموضوعية بعد ان يتم استقبالها في النظم الداخلية للدول المتعاهدة وان قوانين الاستثمار الأجنبي حينما تحدد نطاق ما تتضمنه من قواعد مادية تتجه الى تحديد طبيعة العلاقات المحكومة بها، وشروط تطبيق ما تتضمنه من ضمانات وحوافز، وقد تعمد أيضاً الى تحديد المجالات التي يجوز الاستثمار فيها تبعاً للسياسة الاقتصادية المعتمدة في البلد المعني. [3]

و في العراق، كان قانون الاستثمارات العربية رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٨، الذي ظل نافذاً الى عام ١٩٩٤، اذ أوقف العمل به بموجب القرار رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤ [4]، فان نطاق هذا القانون وكما تعبر عنه تسميته كان مقصورا على تنظيم الاستثمارات العائدة الى مستثمرين عرب فقط، وفي شأن المشاريع الصناعية والزراعية والخدمية والسياحية، وبهدف اسهام الاستثمارات العربية في عملية التنمية الاقتصادية في العراق ودعما للتكامل الاقتصادي العربي وجاء قانون الاستثمار المصري السابق رقم ٤٣ لسنـــة ١٩٧٤ نصا في المادة (٦) منه تقول "يتمتع المال المستثمر في جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام هذا القانون، وأيا كانت جنسية مالكه أو محل اقامته بالضمانات والمزايا المنصوص عليها في هذا القانون". [5]

فنطاق تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون يقتصر على الصفة الأجنبية للاستثمار بصرف النظر عن جنسية المستثمر، وان كان تصور وجود مستثمرين اجانب هو الغالب نظراً للظروف الاقتصادية التي صدر فيها القانون لقلة عدد المواطنين ممن يملكون رؤوس الأموال أجنبية عدا قلة من المهاجرين، واذا كان المسلك السابق يحظى بتأييد الفقه المصري

(2) محمد محمود ياقوت، مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠١٢، ص٦٨.
(3) د.مصطفى عبد الحكيم، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٧، ص١٠٢.
(4) صالح عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الادارة العامة، مركز البحوث والدراسات الانسانية، الرياض ٢٠١٣، ص٩٠.
(5) محمد يوسف، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧،ص٨٩.

لكونه مسلكا يتفق وحكمة التشريع القائمة على تشجيع تدفق رؤوس الأموال المحولة من الخارج للاستثمار بغض النظر عن جنسية مالكها، فلا يتعارض هذا المسلك مع الاتجاه القائم على التفرقة في مجالات استثمارية معينة، بين المستثمر الأجنبي والمستثمر العربي، اذ قصر المشرع المصري الاستفادة من أحكام هذا القانون في مجال الاستثمار في مشروعاًت الاسكان على الأموال العربية، أي الأموال المملوكة لشخص طبيعي يتمتع بجنسية أحدى الدول العربية أو لشخص اعتباري يكون غالبية راس ماله لمواطني دولة عربية أو أكثر [6].

ولكن الخطوة الأكثر أهمية هي التي جاء بها القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ النافذ، اذ نصت المادة الأولى منه على " تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشئات أيا كان النظام القانوني الخاضعة له، التي تنشأ بعد تاريخ العمل به، لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الاتية، استصلاح الاراضي البور والصحراوية أو أحداهما [7]، الانتاج الحيواني والسمكي، الصناعة 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، الاسكان الذي تؤجر وحداته كاملة خالية لأغراض السكن غير الاداري، البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء، وطرق واتصالات، المستشفيات والمراكز الطبيــة والعلاجيـة التي تقدم ١٠% من طاقتها بالمجان، التأجير التمويلي، ضمان الاكتتاب في الأوراق المالية وراس المال المخاطر، انتاج برامج وانظمة الحاسبات الالية، المشروعاًت الممولة من الصندوق الاجتماعي للتنمية. ويجوز لمجلس الوزراء اضافة مجالات آخرى تطلبها حاجة البلاد ولا يسري هذا القانون على الشركات والمنشئات التي تستثمر في مجالات آخرى غير منصوص عليها أو تلك التي يضيفها مجلس الوزراء (المادة/٢)، وحرصت المادة/٣ على تأكيد عدم الاخلال بالمزايا والاعفاءات الممنوحة بمقتضى اتفاقيات دولية أو تشريعات آخرى.

أما قانون الاستثمار العربي رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٢، فقد تضمن اجراءات شكلية وان اقتصر هو الآخر على مشاريع الاستثمار المملوكة لمستثمر عربي أو العراقي غير المقيم سواءً كانت مملوكة براس المال كاملاً أو المشاركة مع مستثمر عراقي طبيعي أو معنوي، كما اجاز للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، بموافقة مجلس الوزراء، الدخول في مساهمات لتأسيس مشروع مشترك مع المستثمر العربي بنسبة مشاركة يتفق عليها بين الأطراف ذات العلاقة ولم يحدد هذا القانون مجالات الاستثمار التي يجوز الاستثمار فيها، بل أنه قد اجاز الاستثمار في المجالات كافة عدا المشاريع التي يحددها مجلس الوزراء وأوجب هذا القانون تقديم طلب الاستثمار الى وزارة التخطيط بهدف الموافقة على تأسيس المشروع أو توسيعه أو تطويره في ضوء دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية [8] وتأييد الجهات القطاعية، والتي عليها اتخاذ القرار اللازم خلال مدة لا تتجاوز ٩٠ يوما من تاريخ تقديم الطلب وتستكمل الوزارة اجراءات اجازة مشروعاًت الاستثمار والحصول على الموافقات من الجهات الآخرى على وفق القانون، ولوزارة التخطيط ان تصدر قراراً بإجازة المشروع بمضي مدة ٣٠ يوما من تاريخ اعلام الجهات أو الوزارات المعنية بطلب التأسيس، ما لم تبادر هذه الأخيرة الى بيان رأيها المسبب حول رفض المشروع، كما تتولى وزارة التخطيط احتساب قيمة الأموال العينية لغرض تحديد راس مال المشروع، فضلاً عن اختصاصها في الموافقة على اجراء أي تصرف قانوني على المشروع. [9]

وقد نظرت أحدى المحاكم العراقية في نزاع بين مستثمر لبناني الجنسية وبين الشركة الوطنية للاستثمارات السياحية بشأن تمويل مشروع فندق سياحي لقاء نسبة من الارباح، فقررت المحكمة بطلان العقد لمخالفته أحكام قانون الاستثمار العربي رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٢، والذي أوجب اجراءات شكلية معينة لغرض تأسيس المشروع لم يستوفها العقد محل النزاع، وقد صدر القرار استناداً الى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤[10]، الذي منع غير العراقي من الاستثمار في العراق بأي وجه كان وما يلاحظ على هذا القرار ان المحكمة لم تلجأ الى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار لبيان ما قد يرتبه هذا العقد من حقوق والالتزامات، بل أنها طبقت القواعد الموضوعية الموجودة في نظامها تطبيقاً مباشراً سواءً كان ذلك قانون الاستثمار العربي، وهو الفرض الذي نراه منفذاً لتعارض هذا التطبيق مع نطاق السريان الزمني، أو قرار رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤، وهو أيضاً قرار يندرج في اطار القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق بصورة مباشرة على العلاقات الخاصة الدولية. [11]

(6) صادق هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤،ص٢٥.
(7) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ ، ص١٥٧.
(8) عبد الرحمن ناصر، منظومة القواعد الفقهية، دار الميممان للطباعة والنشر- السعودية ،٢٠١٥، ص٦٨.
(9) أحمد السعيد، اصول قانون التجارة الدولية، المكتبة المصرية، المنصورة، ٢٠٠٧ ،ص٥٦.
(10) عبد الظاهر فوزي، القانون التجاري، عين شمس، القاهرة، ٢٠١١، ص٦٧.
(11) ابراهيم أحمد، التجارة الدولية، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، ٢٠١٢، ص١٧.

أيضاً لابد من التمييز في تطبيق القواعد الموضوعية العابرة للدول بين القضاء الوطني والتحكيم الدولي، اذ ان المشكلة في الفرضية الأولى هي تطبيق قواعد مادية دولية غير منتمية لأي نظام قانوني وطني، في حين يمثل هذا التطبيق أمام التحكيم الدولي في الفرضية الثانية، تدويلاً للقانون الواجب التطبيق، وهي مسألة لا تنفصل عن قضاء التحكيم وقد انعكس هذا التمييز على اختلاف الأسس التي يستند اليها في تطبيق هذه القواعد أمام القضاء الوطني عنه أمام التحكيم الدولي، ومازال الفقه السائد في القانون الدولي الخاص يوجب اسناد العقد الى قانون دولة بالمعنى المقصود في القانون الدولي العام، ويجد هذا الفقه، ان كل تطبيق لقواعد عابرة للدول أمام القضاء الوطني لا يزال يكمن في اعمال القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية وقد بلغ التمسك بهذه الثوابت مبلغاً دفع انصاره الى توجيه الانتقاد الى القضاء الوطني الذي يطبق هذه القواعد بمعزل عن قاعدة الإسناد، أو بالإسناد الى قواعد القانون التجاري الدولي كقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بهدف تطبيق قواعد عابرة للدول أمام هذا القضاء على حساب ما تقضي به قاعدة التنازع الوطنية في قانون القاضي وبالمقابل [12]، فان اعمال قاعدة التنازع، لا يمنع من التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية العابرة للدول على أساس التطبيق الاحادي لهذه القواعد أمام القضاء الوطني، ذلك التطبيق الذي يجمع بين الإسناد المزدوج والاحادي في الوقت نفسه [13].

ويتحقق التطبيق الاحادي للقواعد العابرة للدول على أساس اندماج هذه القواعد وانخراطها ضمن قواعد قانون القاضي بالمعنى الواسع أو تكملتها للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، حينما تنضم الى قواعد هذا القانون الأجنبي، ولكن التطبيق المباشر لا يتأتى الا في الفرض الأول الذي تندمج فيه هذه القواعد في قانون القاضي، اذ يمكن للقاضي في ذلك الحين تطبيقها دون توقف على احالة من جانب الأطراف أو القانون الواجب التطبيق وتعد القواعد الموضوعية الموحدة التي سنتها غرفة التجارة الدولية في مجال الاعتماد المستندي لعام ١٩٨٣، من أهم الأمثلة على التطبيق المباشر لقواعد مادية عابرة للدول أمام القضاء الوطني، ففي حكم صادر عن محكمة استئناف باريس في ١٩٨٩/٩/٢١ أيدت فيه محكمة تجارة باريس التي طبقت العادات الموحدة في مجال الاعتماد المستندي دون ان تكون هناك احالة اليها في القانون الواجب التطبيق أو من قبل أطراف النزاع . [14]

ويبدو ان المحكمة لم تجد من المناسب تحديد القانون الواجب التطبيق تبعاً لقاعدة الإسناد الفرنسية المقرر تطبيقها في نزاع من هذا النوع الذي تحكمه العادات المستقرة في التجارة الدولية، والتي اكتسبت قوة في الممارسة توازي ان لم تكن تفوق أية قواعد وطنية، وقد صدر القرار استناداً الى المادة/٢١ من تلك العادات الموحدة.

وفي قرار صادر عن المحكمة الفدرالية الاسترالية في ١٩٩٧/٦/٣٠ بشأن نزاع بين هيئة الخدمات الجوية الاسترالية وهي هيئة حكومية، وبين أحدى شركات انظمة الطيران الأمريكية، اثير النزاع عندما احالت الهيئة الاسترالية عقدا بموجب مناقصة الى طرف آخر في مناقصة تقدم بها طرفان فقط، وقد ادعت الشركة الأمريكية التي مقرها في ولأية كاليفورنيا بان الهيئة قد اخلت بالالتزام القاضي بوجوب التقييم المنصف للعرض وبالطريقة التي تضمن فرصا متساوية لكلا المناقصين، وقضت المحكمة في تقديرها ما اذا كان هذا الالتزام موجودا في قانون احالة العقود الاسترالية بان هناك خلافاً بين القضاء والفقه حول هذه المسألة [15]، ولكنها استندت في تأييدها لوجود هذا الالتزام بان الالتزام بحسن النية والتعامل المنصف ليس فقط معترفا به في عدد من الدول، بل أنه يقف على قدم المساواة مع المبدأ المقرر في الفصل الأول من مبادئ معهد روما لعقود التجارة الدولية لعام ١٩٩٤ في المادة ٧/١ منها' ولكن أهم القرارات التي يمكن الاشارة اليها في هذا الصدد، قرار المحكمة العليا في فنزويلا الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٩، اذ استندت المحكمة الوطنية في كراكاس Caracas الى مبادئ معهد روما في تفسيرها لدولية عقد يتضمن شرط تحكيم خاضع لاتفاقية التحكيم التجاري لدول أمريكا اللاتينية لعام ١٩٧٥، ففي عقد يتضمن شرط تحكيم أبرم بين شركتين فنزويليتين، ادعت أحدى الشركتين بطلان شرط التحكيم لعدم اكتساب العقد الصفة الدولية [16].

وأيضاً يستند التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية العابرة للدول أمام التحكيم التجاري الدولي الى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص بعدَ هذه القواعد بمختلف اشكالها، قانون اختصاص المحكم، أي قانون القاضي بالمعنى المشابه لهذه الفكرة في مجال تنازع القوانين، فهذه القواعد العابرة للدول قد نشأت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية في المجتمع الدولي للتجار من خلال نشاطات المؤسسات المهنية وهيئات التحكيم الدولي ويلحق بالتبرير النظري السابق، ما تقرره مختلف اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي فضلاً عن قوانين التحكيم التي سبق ذكرها، اذ تؤكد هذه الاتفاقيات والقوانين وجوب مراعاة المحكم لشروط العقد وعادات التجارة عند الفصل في النزاع، وذلك بصرف النظر عما اذا كان الأطراف قد اختاروا قانوناً وطنيا لحكم النزاع

(12) خالد هشام، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١،ص٩٤.
(13) حبيب ثروت، قانون التجارة الدولية - مطبوعات جامعة القاهرة - القاهرة، ٢٠١١، ص١٣٢.
(14) حسن طالب، قانون التجارة الدولية - دار العلم - الاردن، ٢٠١٩، ص١٤٣.
(15) يمينة حسيني، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات ، مذكرة ماجستير، اشراف اقلولي صافية، قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠١٥،ص١١٦.
(16) مصطفى محي الدين مطر، آثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه، مذكرة ماجستير، اشراف حمدي بارود، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الازهر، مصر ،٢٠١٤، ص١١١.

أم لا، وهذا ما يشير بوضوح الى ان تطبيق هذه القواعد العابرة للدول أنما يتم على نحو مباشر دون توقف على ارادة الأطراف أو على قاعدة التنازع[17].

الفرع الثاني

التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية من قبل المحكمين

يرى جانب من الفقه التحكمي الحديث[18]، ان نقطة الانطلاق في تبرير التطبيق المباشر لشروط العقد تتمثل في اتفاق الأطراف، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين نظراً لان العقد هو قانون الأطراف الناشئ عن الواقع الذي يوجب على المحكمين عدم تجاوز هذه الإرادة والا كان القرار مشوباً بتجاوز الاختصاص، الذي يكون سبباً لرفض تنفيذ القرار أما تبرير التطبيق المباشر لهذه القواعد عند سكوت الإرادة عن أختيار تلك القواعد، فتجد سندها في قاعدة "من يختار القاضي يختار قانونه فمادامت هذه القواعد العابرة للدول هي قانون اختصاص المحكم فان وجود شرط تحكيمي يعد اتفاقاً ضمنياً على تطبيقها مباشرة دون وساطة نظام تنازع القوانين.

وتتجه أحكام التحكيم الى تطبيق القانون الداخلي المختار من قبل الأطراف مع الحرص في الوقت ذاته على التطبيق المباشر للقواعد العابرة للدول، وعندئذ تتم تجزئة العقد، فتخضع الالتزامات العقدية في جانب منها لحكم القانون الواجب التطبيق بينما تخضع المسائل الآخرى وعلى الأخص ذات الطابع الفني في اطار المهنة لعادات التجارة وغيرها من القواعد العابرة للدول، ويستند هذا التطبيق المباشر للقواعد العابرة للدول مع اعمال القانون الواجب التطبيق على ما تقرره اتفاقيات وقوانين التحكيم من وجوب مراعاة المحكمين لشروط العقد وعادات التجارة في كل الأحوال، وان هذا الازدواج في التطبيق المباشر لهذه القواعد المتزامن مع قواعد التنازع تؤكده حاجة هذه القواعد الى قاعدة الإسناد لان هذه القواعد، كما يرى هذا الاتجاه، لا تسري بقوتها الذاتية ويمكن الاشارة في هذا الصدد الى 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 اسواق السكر، أما البائع الهولندي فأنه اعلن فسخ العقد وطالب بالتعويض. قررت المحكمة ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الهولندي [19]، وقد تمسك المشتري بقاعدة الاعسار كأساس لدفاعه على وفق المادة ٢٥/٦ القانون المدني الهولندي الجديد، ولكن محكمة التحكيم قد أكدت في رفضها للادعاء السابق ،الطابع الاستثنائي للإعسار والذي يتطلب تغييراً جوهرياً في التوازن بين الالتزامات العقدية وليس مجرد زيادة في كلفة الأداء، وقد أشارت المحكمة في تأكيدها لهذا الاستنتاج ليس فقط الى المادة السابق ذكرها في القانون الهولندي وأنما الى المادة ٦-٢-١ من مبادئ معهد روما لعقود التجارة الدولية . [20]

وفي قرار تحكيمي آخر صدر في روما عام ١٩٩٦، لجأت محكمة التحكيم الى مبادئ معهد روما لتأكيد الحل المقرر في قانون وطني يعدَه حلاً يتطابق مع المعايير الدولية، ففي النزاع بين شركتين انكليزية وإيطالية بشأن بيع وقود زيتي، كان العقد يشير صراحةً الى خضوعه للقانون الإيطالي ويوجب مراعاة شروط العقد وعادات التجـارة على وفق م٨٤٣ من قانون الاجراءات المدنية الإيطالي [21].

وطبقت المحكمة مواد متعددة من مبادئ معهد روما لتأكيد صحة ابرام العقد بشكل رضائي دون أية شكلية متى ما تطابق الأيجاب والقبول وطبقت مواد آخرى للحكم بالتعويض وفي نزاع بين شركتين بولندية وروسية بشأن أصلاح مراكب صيد، تضمن العقد شرطا بخضوع العقد للقانون البولندي، وعند مطالبة الشركة البولندية بدفع اجور الأصلاح ادعت بأنها خولت أحد عملائها ليقوم بالدفع نيابة عنهـا، ولكن المحكمة رفضت هذا الادعاء في شأن حوالة الدين وقد أستندت في ذلك ليس فقط الى م٥/٩٢١ من القانون المدني البولندي ولكنها أشارت أيضاً الى م٧/١/٦ من مبادئ معهد روما التي تقرر ان قبول الدائن لشيك أو أي أمر آخر بالدفع أو الوعد بالدفع لا يقبل الا اذا تم بنزاهة ولذلك قررت المحكمة ان المدين الأصلي يبقى مسؤولا عن الدين . [22]

ويمكن تفضيل القانون الوطني المختار على القواعد العابرة للدول، على أساس ان أحكام القانون المختار تعد بمثابة شروط عقدية يمكنها مخالفة القواعد الموضوعية العابرة للدول ذات الطابع التكميلي أو المفسر، ولكن لنا ان نتساءل عن التعارض الذي يحصل بين هذه القواعد والقانون الوطني الذي تم التوصل اليه بتطبيق ضوابط الإسناد الاحتياطية في دولة مقر التحكيم...؟

---

(17) منى بو ختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات ، مذكرة ماجستير، اشراف عبد الحفيظ طاشور، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2018 ،ص٩٠.

(18) زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقاً لقانون الاجراءات المدنية والادارية، مذكرة ماجستير، اشراف يسعد حورية، قانون منازعات التحكيم، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠٠٩،ص٦١.

(19) قبايلي طيب، التحكيم في العقود بين الدول ورعايا الدول الآخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، اشراف معاشو عمار، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠١٣،ص١٨٨.

(20) أحمد عمران، " التحكيم التجاري الدولي "، مجلة العلوم القانونية، العدد : ١٣، كلية الحقوق، عنابة، الجزائر، ١٣ جوان ٢٠٠٩،ص٢٤.

(21) محمد عبدلي، " خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد : ٠٤، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، .٢٠١٠،ص٢١.

(22) عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات التحكيم في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة ،٢٠٠٨، ص٨٣.

وهل يسري الحكم ذاته لو كانت تلك القواعد العابرة للدول من القواعد الأساسية للمجتمع الدولي للتجار أو التي تسمى بقواعد النظام العام الدولي الحقيقي ويبدو ان الواقع التحكمي يتفق مع الرأي الفقهي في هذا الشأن، وهو ان رجوع المحكمين الى القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد عند سكوت الإرادة عن الأختيار، هو رجوع يهدف في الغالب الى استكمال النقص في ما يوجد من قواعد مادية عابرة للدول، وهذا الإسناد الاحتياطي لا يمس الأصل العام وهو التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية حتى وان تعارضت مع القانون الواجب التطبيق وان كان مثل هذا الفرض نادر الحدوث [23]، ففي القرار المرقم ٧١٩٧ الصادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية، وجدت المحكمة في النزاع المتضمن اشارة الى أحدى قواعد الانكوتيرمز بأنه لا يزال من الضروري تحديد القانون الواجب التطبيق.

علينا ان نتساءل عن الفرق بين منهج القواعد الموضوعية وبين القواعد ذات التطبيق الضروري أو ما يسمى بقواعد تأمين المجتمع...؟ للإجابة عن ذلك بالنظر الى صفات ومنشأ وهدف كلا هذين النوعين من القواعد، يتبين لنا ابتداءً ان كلاًهما يتضمن حلولاً موضوعية مباشرة، ويعطيان حلاً مجرد اللجوء اليها، مع الانتباه ان الأولى ذات مضمون دولي والثانية ذات مضمون وطني. أما أوجه الاختلاف الكبير بينهما، فمن حيث نطاق التطبيق نجد ان منهج القواعد الموضوعية لا يسري أصلاً الا على العلاقات ذات الطابع الدولي، لان قواعده وضعت خصيصا لهذه العلاقات القانونية وتتلاءم معها. وعلى العكس من ذلك نجد القواعد ذات التطبيق الضروري وضعت ابتداءً لحكم الروابط الداخلية، ولكن بالنظر الى هدفه وغايته يسري على كل الروابط حتى وان تضمنت عنصراً أجنبياً، حيث افضى ذلك الى الاضرار بالعلاقات ذات الطابع الدولي [24]، فهو لا يضع أي اعتبار للطابع الدولي للعلاقة أو يتناسى هذه الخصوصية لهذه العلاقة التي لا تدخل في مجال سريانه.

ومن ناحية ثانية نجد وجه الاختلاف بخصوص هدف كلا النوعين من القواعد، فهدف القواعد الموضوعية هو حماية مصالح العلاقات الخاصة الدولية التي لا يعني بها القانون الداخلي أو يعطي حلاً ملائما بشأنها من خلال القواعد ذات التطبيق الضروري (تأمين المجتمع)،بينما تهدف هذه الأخيرة الى حماية النظام أو المجتمع المحلي دون ان تراعي قدر العلاقات ذات الطابع الدولي. أي أنها تعنى بتحقيق مصالح الدولة وغير عابئة بمصالح رعايا الدول الآخرى.

ومن ناحية ثالثة: نجد أوجه الاختلاف تظهر من حيث اسلوب كل منهما في المجال الفني لحالات تطبيق هذه القواعد، فالقواعد الموضوعية قد تبين الحل الموضوعي المعد سلفا لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، أي تطبق بشكل مباشر دون واسطة غالباً، وفي حالات معينة قد يستعين بمعيار أو ضابط ما لتبرير توسعه في نطاق التطبيق لمصلحة أطراف العلاقة الخاصة الدولية دون المساس بمضمون هذه القواعد. بينما القواعد ذات التطبيق الضروري ترمي لحماية المصالح الحيوية للدولة، اذ تطبق قواعدها بمجرد تحقق صلة جدية بين العلاقة محل النزاع وبين النظام القانوني لدولة القاضي المختص على نحو كافٍ.

المطلب الثاني

تطبيق القواعد الموضوعية وفقاً لقواعد الإسناد

أصبح واضحاً لدى غالبية الفقه حول تفهم الحاجة الى منهج القواعد الموضوعية، وتحديد طبيعة علاقاته التي تحتاج لمنهج قواعد الإسناد لتطبيق قواعده في بعض الحالات، في إطار التعايش والتعاون بين المناهج المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ويرى البعض هنالك خلط وتناقض ظاهري بين القواعد الموضوعية كمنهج له ذاتيته المستقلة وأسلوبه المباشر في التطبيق، وبين قواعد الإسناد التي لا تقدم حل نهائي للنزاع وأنما هي قواعد تقوم بالإشارة الى القانون الذي تتكفل قواعده بإعطاء الحل النهائي للنزاع ومسايرة لآراء الفقه التي ذهبت الى بيان العلاقة بين هذين النوعين من القواعد على أنها علاقة تنافر، وهناك من وصفها بأنها علاقة تكامل، لذا سنخصص فرعين متتاليين لبيان هذه الآراء التي أشارت للتنافر أو التكامل.

الفرع الأول

العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد

علاقة تنافر

يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى تصوير علاقة منهج القواعد الموضوعية بمنهج قاعدة الإسناد، أنها علاقة يشوبها العداء والتنافر والتنافس في تنظيم العقود الدولية كي يصل الى انتصار منهج القواعد الموضوعية الذي يرى من خلاله الأمل "للقانون الخاص الدولي"، لان أسباب وجود القواعد الموضوعية وتقنينها حسب مصادرها، أنما هي نتيجة طبيعية لتعقيد وعدم ملاءمة منهج قاعدة الإسناد والنتائج التي تفضي اليها [25]. فضلاً عن ان مصادر هذه القواعد تعد وطنية غالباً، كما ان موضوعها

(23) أحمد انعم الصلاحي. النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، صنعاء، مركز الدراسات للبحوث اليمني، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

(24) انظر: goldman قواعد التنازع والقواعد ذات التطبيق المباشر والقواعد المادية. نقلاً عن محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، ص465.

(25) انظر: fouchard الدول في مواجهة عادات التجارة الدولية..... نقلاً عن د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص322. د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص438.

الوحيد تحديد قانون وطني لحكم العلاقة القانونية دون ان يكون في مقدورها ان تحكم العلاقة وتنهي النزاع، بينما القواعد الموضوعية دولية تلاءم الروابط والمعاملات الدولية وتستجيب لها، فهي شرعت من أجلها وتحل مباشرةً مشكلاتها، لذلك يرى بعض الفقه بان المنهجان متنافسين حيث يظهر ذلك عند تحديد نطاق تطبيق كل منهما، ولا يسمح بان يعمل أحدهما في مجال الآخر [26].

لذا نعتقد ان منهج القواعد الموضوعية تعد منهجاً نوعياً يتصف بالشمولية والاختصاص في المجال الذي تطبق فيه، وشمولية الاختصاص تعني انكار أمكانية تطبيق قانون وضع أصلاً للروابط الداخلية على الروابط ذات الطابع الدولي، مما يؤدي الى استبعاد قاعدة الإسناد تماماً، وهذه الشمولية تؤسس على خصوصية الانشطة الخاصة الدولية التي تستلزم تنظيما ذاتيا يناسب خصوصية العلاقة في اطار التجارة الدولية، لا سيما تحت ستار صعوبة تحديد القانون الذي تشير اليه قاعدة الإسناد، أو عدم كفاية توطين العلاقة متى تبين استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، سواءً بسبب نقص في العقد مثار النزاع أو بسبب تعارض وتناقض مواقف أطراف المنازعة وعدم أمكان ربط النزاع بقانون معين، كان يثبت كل طرف بتطبيق قانونه الوطني الأمر الذي يستحيل على المحكم ترجيح أي من هذين القانونين.

ويبدو ذلك واضحاً في كثير من أحكام التحكيم، من ذلك ما قضت به محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس في قضية norsolor، اذ قدرت المحكمة أمام صعوبة أختيار القانون الوطني أنه من الملائم بعد أخذ الطابع الدولي للعقد في الاعتبار استبعاد كل رجوع حتمي الى تشريع معين سواءً تركي أم فرنسي، وبالتالي تطبيق قانون التجارة الدولية [27].

يلاحظ على الحكم أعلاه أنه استبعد القانون الواجب التطبيق أولاً، ثم تقرير الحل الملائم للعلاقة ثانياً، وذلك تطبيقاً لفكرة النظام العام بمفهومه الدولي أمام المحكمين، والذي يهدف الى حماية القيم الانسانية المشتركة وكذلك اخلاقيات العقود الدولية، ويحمي كذلك القواعد الموضوعية التي وجدت من أجل تلك العقود وحل مشاكلها. وفي هذا الاتجاه يقول الاستاذ Fouchard " بالطبع نحن نعتقد ان تطبيق المحكمين لعادات وأعراف التجارة الدولية يفرض نفسه دون ان تكون هناك ضرورة لان يجيز الافراد بذلك صراحةً في اتفاقهم أو عن طريق لائحة هيئة التحكيم"، وليس بالضرورة ان يحدد الأطراف أو لائحة التحكيم ان تلك القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، لان " الطبيعة والوظيفة الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي تؤدي الى التطبيق التلقائي أو الفوري المباشر (d' office) من قبل المحكم للقواعد العرفية للتجارة الدولية" [28]. بمعنى أنه مجرد ان يثبت الاختصاص القضائي للمحكم أو هيئات التحكيم تطبق القواعد الموضوعية مباشرةً وباستقلال كامل عن كل قاعدة اسناد، وعن كل بحث للقانون الواجب التطبيق، باعتبار هذه الجهات القضائية هي مصدر تكوين وارساء القواعد الموضوعية.

ويخلص البعض [29] الى القول بان المصدر الدولي للقواعد الموحدة بمقتضى المعاهدات الدولية ينفي عن هذه المعاهدات صفتها الداخلية، وكما فعله القضاء في كثير من أحكامه، اذ يؤكد اعتبار أحكام المعاهدة من القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص التي يتعين اعمالها مباشرةً في حدود المسائل محل التوحيد للدول المتعاهدة، وذلك بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد، وهذا ما أقرته كثير من المعاهدات أو الاتفاقيات ولعل اتفاقية لاهاي لسنة 1964 في شأن الأحكام الموضوعية التي تحكم البيع الدولي للمنقولات المادية هي التعبير الصادق عن هذا المسلك.

وبنفس الاتجاه يذهب البعض [30]، الى أنه " لا ضير من تطبيق أحكام المعاهدات كاتفاقية لاهاي آنفة الذكر على أطراف البيع ولو لم تكن دولهم من الدول المتعاهدة، لان أحكامها معدة خصيصا للبيوع الدولية"، لذا مسألة ترك الروابط العقدية الدولية لسلطان القوانين الداخلية من شأنه اشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، وهو احوج الى الاستقرار والثقة، فكيف يطمئن أطراف عملية تجارية ذات طابع دولي على حقوقهم اذا كانوا لا يعلمون مقدماً أي قانون يطبق عليها، ويفرض أمكان تعيين هذا القانون مقدماً فأنه سيكون بلا شك قانوناً وطنياً غير معد لمواجهة التجارة الدولية.

ويدعم هذا الاتجاه جانب آخر من الفقه [31]، بقوله " بهذه المثابة فان تطبيق هذه القواعد لا يحتاج لأختيار المتعاقدين لها، وأنما تطبق بصفة مباشرة وتلقائية على العقود الدولية"، لان الطابع غير الوطني لمضمون القواعد الموضوعية يؤدي الى نتيجة

---

(26) انظر: loussouarn القانون الدولي الخاص...، نقلاً عن محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، ص431. كذلك د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص354.

(27) للمزيد: الحكم في القضية رقم (3131) منشور في Revue. Arbلسنة 1999 مع تعليق الاستاذ Goldman في نفس المجلة، ص379.

(FOUCHARD (ph): L' Etat face aux usages du commerce mâter- national. Travx. Com. Fr. D.I.P. 1977. 28(P.71.

(29) د. جمال محمود الكردي، الرسالة السابقة (بالفرنسي)، ص68.

(30) Batifole (h); L' état du droit international prive … op. cite. P. 210 .

(31) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص552.

مؤداها ان مشكلة تطبيق هذه القواعد في المكان غير قائمة، واعمالها غير متوقف على قاعدة اسناد، وأنما فقط على شروط مادية أو موضوعية للتطبيق، وهي ان يتعلق الأمر بوجه خاص بعقد دولي، وهو ما صنعته كثير من الاتفاقيات الدولية، لان هذه القواعد أيا كان مصدرها ما وضعت أساساً الا لتخطي ازمة منهج قواعد الإسناد باعتباره مصدراً للشكوك وعدم اليقين القانوني فضلاً عن نتائجه وهو قصور وعدم ملاءمة القوانين الوطنية. لذلك وصف منهج قواعد الإسناد بأنه لا يحقق الحماية الكاملة للطرف الضعيف، كما هو شأن القواعد الموضوعية ذات المصدر الاتفاقي التي يجد العاقد الضعيف حمايته فيها من القوى الذي يملي عليه شروطه.

الفرع الثاني

العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد

علاقة تكامل

يذهب بعض الفقه [32]، الى ضرورة اللجوء لمنهج قاعدة الإسناد لأعمال القاعدة الموضوعية، اذ يرون أنه لا تكون واجبة التطبيق الا بموجب قاعدة الإسناد، حيث ان القاعدة الموضوعية لا تطبق من تلقائياً بل لابد من قاعدة اسناد تعينها، وهذا ما ذهب اليه بعض المشرعين [33]، اذ قيدوا تطبيق القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية بأختيار ارادة الأطراف أو قاعدة الإسناد تحدد اختصاص هذا القانون. وعلى هذا الأساس لا توجد هناك قواعد موضوعية تلقائية التطبيق، طالما ان تلك القواعد خارجة عن نظام القاضي أو المحكم ولا تشكل جزءاً من نظامه القانوني، اذن هو لا يستطيع تطبيقها من تلقاء نفسه ودون وساطة أو تدخل وسيلة فنية يعمل بموجبها في تبرير تطبيق تلك القواعد الموضوعية على النزاع المعروض أمامه. لذلك نرى تطبيق القواعد الموضوعية الخاصة بعقود التجارة الدولية التي يختارها الأطراف وتعلن ارادتهم بذلك صراحةً أو ضمناً، تمثل قاعدة اسناد معروفة في فقه القانون الدولي الخاص للعقود.

ولضرورة وجود قواعد الإسناد لتحديد حالات التطبيق للقواعد الموضوعية، لا يستخلص فقط بطريقة ضمنية من اقوال انصار تلك القواعد، بل ان أكثر المدافعين عنها قد اعترفوا صراحةً بضرورة وجود قاعدة اسناد حتى يمكن تطبيق تلك القواعد أمام المحكم أو القاضي الوطني، وهي عموماً ارادة الأطراف [34]. ونعتقد تبرير هذا الرأي ان غالبية القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي ذات طابع مكمل أو مفسر للإرادة، مما يتيح للمتعاقدين استبعادها صراحةً أو الاتفاق على ما يخالف حكمها، والسبب أنها شرعت أو وضعت لمصلحة الأطراف فاذا كانت مصلحتهم تقتضي استبعادها فلهم ذلك.

ويرى البعض [35]، ان سكوت المتعاقدين عن أختيار قانون داخلي قد لا يمنع المحكمين من اعمال منهج قاعدة الإسناد واسناد الرابطة العقدية لقانون داخلي، وذلك لسد النقص الحاصل في الأعراف والعادات الخاصة بالتجارة الدولية التي يجد نفسه ملزم بالعمل بموجبها كونها ذات تطبيق مباشر، خاصة في المسائل التي يتعذر على المحكم ان يجد حلاً لها في المبادئ القانونية المشتركة، ونعتقد ان هذا السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق يفيد البحث عن الإرادة الضمنية، لان التجاء الافراد الى التحكيم يشير الى أنهم يرغبون ويتوقعون تطبيق القواعد الموضوعية دون ان يعبروا عن ذلك صراحةً، حيث ان الإرادة الضمنية هذه في نظر انصار القواعد الموضوعية هي قاعدة اسناد. ونود بيان ان حاجة القواعد الموضوعية في هذه العقود لقاعدة الإسناد، لا يعني ان تلك القواعد تدخل في منازعة مع القوانين الوطنية في نظر أصحاب هذا الاتجاه، بل يعنى فقط أنها تستعير قواعد الإسناد من تلك القوانين كي تجد سنداً لتطبيقها، والتحليل القانوني للواقع العملي يؤيده، فالعقود النموذجية على سبيل المثال لا تجد تطبيقاً خارج الاطار الذي رسمته قاعدة الإسناد المتمثلة في ارادة الطرفين، ويبدو لزوم قاعدة الإسناد لتعيين حالات اختصاص القواعد الموضوعية، ففي رأيهم ان كل قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص المادي تكون متوقفة على تحديد نطاق تطبيقها في المكان بمساعدة قاعدة التنازع.

خلاصة الفصل: نعتقد مهما يكن من أمر الخلاف السابق حول طبيعة العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، فان الراجح كما يبدو من خلال عرض اسانيد كل فريق نتوصل الى نتيجتين:

---

(32) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص184. كذلك د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ص56.

(33) التقنين الألماني السابق والتقنين التشيكي في المادة (35).

النتيجة الأولى/ ان العلاقة بين المنهجين علاقة تعايش وتعاون وليست علاقة اقصاء وابعاد، يدعم ذلك الواقع الدولي للتجارة وطبيعة القانون الدولي الخاص والتشريع والقضاء الوطني والدولي كما بينا سابقاً.
ونلفت الانتباه الى ان هذا التعايش والتعاون مع أولوية القواعد الموضوعية وتطبيقها المباشر وهو ما أكده البعض [36]، بقوله " ان انصار الاتجاه الذي عارضناه – أي القائلون بان العلاقة علاقة تنافر وتنافس – قد غالوا في فهم حقيقة الصلة بين المنهجين وفسروا الأولوية في تطبيق أحد المنهجين على أنها منافسة، فالحقيقة ان التجاور الذي تشير اليه يعني ان هناك توزيعاً ولو ضمنياً للاختصاص بين المنهجين، وهنا يكون من المنطقي القول بان منهج القواعد الموضوعية تكون له الأولوية أو التقدم في التطبيق على المنهج التالي"، أي منهج قاعدة الإسناد.
كما نؤكد حسب اعتقادنا من غير الممكن التفكير بالإحلال الكامل للقواعد المادية للقانون الخاص الدولي محل المنهج التقليدي للتنازع، خصوصاً في المجال الواسع الذي لا يتصل بالتجارة الدولية، لان هناك مسائل لا تجد لها حلاً في منهج القواعد الموضوعية كأهلية التعاقد وعيوب الرضا وتقادم الالتزامات وسلطات ممثلي الشركات التجارية في ابرام العقود الدولية. لذلك فاللجوء الى منهج قواعد الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري (تأمين المجتمع)، لا يسمحان في كل الحالات بإعطاء حلول مقنعة تتجاوب مع خصوصية العلاقات الخاصة الدولية، كما هو شأن القواعد الموضوعية التي تقدم حلولاً أكثر ملاءمة، اذ ينتج عن هذا التعايش قواعد أكثر ملاءمة للعلاقات الخاصة الدولية وأكثر تحقيقاً للعدل، كما أنها في الوقت ذاته تحقق الأمن واليقين القانوني للخصوم.
النتيجة الثانية/ تتعلق كون الأصل في القواعد الموضوعية هو التطبيق المباشر، ويلاحظ على المعارضين لذلك أنهم انتقدوا كل الافكار التي استند اليها أنصار التطبيق المباشر ما عدا فكرة التطبيق المباشر ذاتها، فأنهم أهملوها كلياً ولم يناقشوها، وهذا يعني ان القاعدة الموضوعية تقدم حلاً مباشراً، ولكن عند اعمالها يظهر الخلاف أي أنهم لم يضعوا معياراً لتفرقة حالات تطبيق القواعد الموضوعية، وهو المعيار الذي توصلت اليه الدراسة سواءً كان شخصي أو مكاني والذي بدوره ازال كل لبس أو غموض.

الخاتمة..

بعد أن بحثنا في دور منهج القواعد الموضوعية في حل مشكلات العقود الدولية، وحيث تناولنا بعض التشريعات التي أخذت بهذا النظام ومن بينها المشرع العراقي، ولم يجد العاملون في التجارة الدولية مفراً من العمل بقواعد أوجدتها الظروف والطبيعة المميزة لكل نوع من أنواع النشاط التجاري عبر شروط متقابلة وأعراف وعادات، تعارف العمل عليها من قبلهم بما يتلاءم وحاجات العلاقات التجارية العابرة للحدود. ومن أجل تذليل الصعاب أمام تدفق التجارة الدولية والتعرض لكيفية حل الإشكالات التي تعترضها عن طريق دراسة قواعد التنازع في منازعات عقود التجارة الدولية باعتبارها من أهم موضوعات البحث التي أثارت وتثير جدلاً وخلافاً في نطاق الدراسات الفقهية والقضائية والتشريعية المتعلقة بها. لذا تمخض البحث عن جملة استنتاجات ونورد التوصيات اللازمة لها:

نتائج البحث:

1- يلاحظ عدم كفاية القوانين المعدة للعلاقات الداخلية في تلبية متطلبات واحتياجات التجارة الدولية، وأصبحت أهداف تحقيق الأمن واليقين القانوني واحترام التوقعات المشروعة للعاملين في التجارة الدولية أهدافًا عزيزة على فقه القانون الدولي الخاص، بسبب الطبيعة المميزة لقواعد هذا القانون والطريقة المتبعة لفض المنازعات الناشئة عنه،
2- تفتقر قاعدة الإسناد الى تقديم حلول مرضية لبعض العلاقات الدولية الخاصة، من خلال اشارتها الى القانون الواجب تطبيقه وهو لا يعدو ان يكون قانوناً داخلياً وضع لحكم العلاقات الداخلية، وهو غير ملائم للعلاقات الدولية محل النزاع لاسيما الالكترونية منها، ذلك أدى الى ظهور اتجاه حديث يستجيب الى متطلبات ومعطيات المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، وذلك بإيجاد قواعد موضوعية ذات تطبيق مباشر تتلاءم مع هذه المتطلبات لتعالج مشكلات تنازع القوانين.
3- القواعد الموضوعية، هي مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على (القاضي أو المحكم)، الذي يطبق قانونه الوطني الموضوعي تطبيقاً مباشراً دون المرور بقاعدة تنازع القوانين، أو يطبق الأعراف المهنية التجارية لكل مهنة على حدة، وقد اطلق عليها الفقه عدة تسميات منها القانون عبر الدول والقانون التجاري بين الشعوب والقانون الموضوعي للتجارة الدولية والقواعد الموضوعية عبر الدولية، كما يطلق عليها قواعد القانون الدولي الخاص المادي، وتمتاز بانها قواعد حل مباشر للنزاع ومفردة الجانب، بمعنى اخر انها تقرر اختصاص وتطبيق قانون دولة ما بصورة مباشرة.

4- تختلف القواعد الموضـــوعية فيما بينها من حيث المصـــدر، فهناك القواعد الموضـــوعية ذات الطبيعة الوطنية في القانون الداخلي (الوطني)، وهناك قواعد موضـــوعية أخرى ذات طبيعة دولية، مثل المعاهدات الدولية ومنها اتفاقية البيع الدولي للبضـــائع لعام 1980 ونظام روما الأول لعام 2008 المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية واتفاقية منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات الملحقة بها، وكذلك المبادئ العامة للقانون والقواعد العرفية، أي ان هناك مصادر داخلية تتمثل بالتشريع والقضاء ومصادر دولية تتمثل بالاتفاقيات الدولية للقواعد الموضوعية.

5- يتم تطبيق القواعد الموضـــوعية مباشـــرةً عندما تتحقق شـــروط تطبيقها، كما لو كان عقد البيع أو عقود نقل التكنولوجيا قد تركزت في دولة متعاهدة بعد تحقق الصـــفة الدولية المطلوبة، أما إذا ظهر ان أحد الطرفين لم يكن له محل للأعمال في دولة متعاهدة، فلا يمكن اللجوء إلى التطبيق المباشر لهذه القواعد دون الرجوع إلى قواعد التنازع، إلا ان ما يزيد من سعة انتشار تطبيق هذه القواعد، ان قاعدة التنـازع هذه هي قاعدة قانون الإرادة حينما يختار الأطراف قانون دولة متعاهدة لكي يطبق على النزاع، أو حينما تؤدي ضوابط الإسناد الاحتياطية إلى تطبيق قانون دولة متعاهدة.

6- على الرغم من المزايا التي تتمتع فيها القواعد الموضـوعية، فأنها تصـطدم في كثير من الأحيان مع القواعد الآمرة (القواعد المتعلقة بالنظام العام)، في التشـــريعات الوطنية لأطراف تلك العقود من ذلك على ســـبيل المثال ما تقرره المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقي، بشـأن امكانية الطعن وابطال قرار التحكيم عندما يسـتند على القواعد الموضـوعية وحدها في حسم النزاع.

7- أما القواعد العابرة للدول فان نطاق تطبيقها يختلف تبعاً للجهة التي تطبقها، فإذا كان هذا التطبيق واســـعاً جداً أمام التحكيم الدولي، فأنه على خلاف ذلك أمام القضـاء الوطني، فقد ظهر ان الرأي الفقهي الراجح يخضـــــع تطبيق هذه القواعد إلى ما يقـــرره قانـون العقد المحدد تبعاً لقاعدة التنازع المطبقة، سواءً كانت هذه القاعدة هي قانون الإرادة أم القانون الذي تشير به ضـوابط الإسـناد الاحتياطية عند غيابها، وما يجب ملاحظته أيضـاً ان هذا التطبيق، يبقى مشـروطاً بمراعاة قواعد التطبيق الضروري في قانون القاضي، فضلاً عن البلد الثالث الذي سينفذ فيه الحكم لإضفاء الفاعلية العملية على الحكم.

8- يمارس التحكيم التجاري الدولي دوراً هاماً في ظهور القواعد الموضـوعية، لاسـيما في العقود التجارية الدولية (العادية أو الالكترونية)، ويساعد على خلق قواعد أكثر ملائمة لنمطية هذه الأنواع من العقود الدولية.

التوصيات:

1- يرى الباحث ان على الدول فسح المجال امام الاطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق او انشاء قانون واجب التطبيق يحكم علاقاتهم الخاصة.

2- وضع مشروع قانون يتضمن مجمل القواعد القانونية الموضوعية المتبعة والمتفق عليها في اغلب التعاملات الخاصة والعمل على تطويرها وتعديلها باستمرار لنصل في يوم من الايام الى قانون موضوعي متكامل.

3- التكثيف من المؤتمرات الدولية وابرام الاتفاقيات الشارعة بين الدول لتذليل العقبات امام تطبيق القواعد الموضوعية التي تجنبنا منهج عقيم جامد مختلف من دولة الى اخرى الا وهو منهج تنازع القوانين.

4- التنازل من قبل الدول في المسائل التي لا تمس سيادتها كمسائل الاحوال الشخصية او مسائل المخالفات اضافة الى مسائل التجارة الدولية ومجال الصناعات لتسمح بقواعد موضوعية موحدة تنطبق على تلك المواضيع.

قائمة المراجع:

1- عبد الله نوار شعت، العقود الدولية بين الظروف القاهرة والقاهرة، مكتبة الوفاء، القاهرة، 2018.
2- د. محمد محمود ياقوت، مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠١٢.
3- د. مصطفى عبد الحكيم، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٧.
4- صالح عبد الله، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، معهد الادارة العامة، مركز البحوث والدراسات الانسانية، الرياض ،٢٠١٣.
5- د. محمد يوسف، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.
6- صادق هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.
7- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
8- عبد الرحمن ناصر، منظومة القواعد الفقهية، دار الميمان للطباعة والنشر- السعودية ،٢٠١٥.
9- أحمد السعيد، اصول قانون التجارة الدولية، المكتبة المصرية، المنصورة، ٢٠٠٧.
10- عبد الظاهر فوزي، القانون التجاري، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١١.
11- د. خالد هشام، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١.

12- د. حبيب ثروت، قانون التجارة الدولية - مطبوعات جامعة القاهرة - القاهرة، ٢٠١١.
13- منى بو ختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، مذكرة ماجستير، اشراف عبد الحفيظ طاشور، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2018.
14- قبايلي طيب، التحكيم في العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠١٣.
15- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات التحكيم في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة ،٢٠٠٨.
16- أحمد انعم الصلاحي. النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، صنعاء، مركز الدراسات للبحوث اليمني، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م
17- (ph): L' Etat face aux usages du commerce mâter- national. Travx. Com. Fr. D.I.P. 1977.