

القواعد القانونية لمنظمة التجارة العالمية

بحث تقدم به: أ. م. د محمود عبد الرحمن خلف

كلية القانون/ قسم العلوم السياسية / جامعة البیان

Email: mahmood.a@albayan.edu.iq

Article Info

Received: October 2024 Accepted: November 2024

المخلص

منذ بداية القرن السابع عشر وإلى نهاية القرن التاسع عشر، ظهرت رغبة الدول الأوروبية في تقنين قواعد قانون التجارة الدولية في قوانينها الداخلية وذلك رغبة منها في التوطين الإقليمي للقواعد التي تحكم المعاملات التجارية، نتيجة لاعتبارات متعددة قامت في كل دولة على حده. مما أدى إلى غلبة الأحكام التجارية الدولية على النحو الوطني داخل كل دولة وضعف في القواعد العامة للتجارة الدولية. وكانت البداية في فرنسا وألمانيا ثم تبعتهما بقية الدول.

ولما كانت التقنيات التجارية الوطنية متباينة فيما بينها، كان وقوع التنازع أمراً محتملاً، لذلك فقدت التجارة الدولية مزايا القواعد الموضوعية العرفية التي تكونت عبر الزمن، وأصبحت تحت سلطات التشريعات الوطنية وقواعد الإسناد التي تضمنتها، التي اتخذت بدورها طابعاً وطنياً تختلف من دولة إلى أخرى، مما ترتب عليه صعوبة معرفة القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي في هذا المجال، بمعنى آخر صعوبة معرفة الاختصاص التشريعي في تسوية المنازعات التي تحصل في ميدان التجارة الدولية.

وان هذا التطور الكبير في الصناعة ووسائل النقل والاتصالات ومجال الاستثمار في عصر سادت فيه الحرية الاقتصادية وحركة التجارة عبر الدول، من جانب وتزايد تدخل الدولة في العلاقات الدولية الخاصة، لفرض سيطرتها على الكثير من الميادين مما جعلها تبدو بمظهر الشخص العادي من جانب آخر، برزت المشكلة التي تتعلق بمعرفة الاختصاص التشريعي والقانوني الذي يحكم هذه العلاقات، ولمعالجة هذه الأمور أصدرت هذه الدول الكثير من التشريعات في المجالات التي يمكن أن ينشأ عنها التنازع مثل الاستثمار بشكل خاص.

بيد ان تطبيق القوانين الوطنية على العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي، امر غير مقبول، لأنها تواجه ظروفًا مختلفة وأطرافًا من بلدان عدة مما يؤدي الى اضطراب في التعامل التجاري.

ان وضع تدابير عامة تتولى مهمة ايجاد الحلول المناسبة ووضع قواعد قانونية تنظم العلاقات الخاصة بين الدول في مجال التجارة الدولية، وتتمثل بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية ومنها اتفاقية انشاء منظمة التجارة العالمية (WTO) لعام ١٩٩٤ والاتفاقيات المشمولة، حيث عملت على ايجاد قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري بالنسبة للدول الاعضاء فيها.

وخلصت الدراسة الى ان القواعد الموضوعية التي وردت في اتفاقية منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات المشمولة هي التي تكون واجبة التطبيق بالدرجة الاساس مع اعطاء دور للإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق في بعض الحالات وبشكل ضيق.

الكلمات المفتاحية: القواعد القانونية، منظمة التجارة العالمية، الأنظمة القانونية.

The Legal Rules of the World Trade Organization (WTO)

Research submitted by: Assistant Professor Mahmoud Abdel Rahman Khalaf

Faculty of Law, Department of Political Science, Al-Bayan University

Email: mahmood.a@albayan.edu.iq

Abstract

From the beginning of the seventeenth century to the end of the nineteenth century, European countries sought to codify the rules of international trade law in their domestic laws. This was due to a desire to regionalize the rules governing commercial transactions, a result of multiple considerations within each individual country.

This led to the predominance of international trade provisions based on national principles within each country and a weakening of the general rules of international trade. This began in France and Germany, and was followed by other countries. Because national commercial techniques varied among them, conflicts were likely.

Therefore, international trade lost the advantages of the substantive customary rules that had developed over time and became subject to the authority of national legislation and the rules of attribution it contained.

These, in turn, took on a national character that varied from one country to another. This made it difficult to determine the law governing private relations of an international nature in this area. In other words, it made it difficult to determine the legislative jurisdiction to settle disputes arising in the field of international trade. This significant development in industry, transportation,

communications, and investment, in an era marked by economic freedom and cross-border trade, on the one hand, and increasing state intervention in private international relations, exerting control over many areas, making the state appear like an ordinary person, on the other, has raised the question of identifying the legislative and legal jurisdiction governing these relations. To address this issue, these countries have issued numerous pieces of legislation in areas that could potentially lead to conflict, such as investment in particular. However, the application of national laws to international trade relations is unacceptable, as they face different circumstances and parties from multiple countries, leading to disruption in commercial transactions.

The establishment of general measures is tasked with finding appropriate solutions and establishing legal rules regulating private relations between countries in the field of international trade. These are represented by international agreements and treaties, including the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO) and the related agreements, which have worked to establish unified rules governing commercial activity for its member states. This includes amicable means, namely consultations, good offices, mediation, and conciliation, and judicial means, namely arbitration. A specialized body is responsible for implementing these means and working to implement them through the Dispute Settlement Body.

The study concluded that the substantive rules contained in the WTO Agreement and the covered agreements are primarily applicable, with discretion being given a role in determining the applicable law in certain cases, and in a narrow manner.

Keywords: legal rules, World Trade Organization, legal systems.

المقدمة:

بدءا لابد لنا من الوقوف على موضوع فكرة ومشكلة البحث، وبيان اهميته، والصعوبات التي واجهته، فضلا عن تحديد منهجية البحث، وتوضيح الاهداف المرسومة، واخيرا التطرق لخطة البحث.

اولا: فكرة البحث.

يشكل تأسيس ودخول منظمة التجارة العالمية (WTO) حيز النفاذ في ١/١/١٩٩٥، احدى واهم التطورات التي شهدتها العالم في القرن المنصرم، في مجال التجارة الدولية المبنية على اسس من ازالة السياسات التمييزية ورفع الحواجز الكمركية والحد من السياسات الغير مدروسة بوجه السلع والخدمات، والاهم من ذلك كله هو ان نشاطات هذه المنظمة تكاد تغطي جميع مجالات التجارة الدولية، نظرا لشمولية وسعة المساحات القانونية التجارية الدولية التي تنظمها، من خلال القواعد القانونية التي وردت في الاتفاقيات الداخلة في الاطار التنظيمي لهذه المنظمة، من اجل الوصول الى الاهداف التي جاءت من اجلها المتمثلة في حرية التجارة بين الدول .

غير ان تطبيق نصوص هذه الاتفاقيات، قد يأتي متقاطعا مع نصوص القوانين الوطنية للدول الاعضاء في المنظمة، إذ تختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح كون قانون كل دولة يمثل سيادة تلك الدولة وسياساتها التشريعية، التي تخدم توجهاتها في الميدان الاقتصادي والتجاري، وخاصة في مجال الاستثمار والملكية الفكرية وغيرها.

ثانيا: اهمية الموضوع.

ان اختيار هذا الموضوع ، تأتي من اهمية المنظمة ودورها الكبير على صعيد التجارة العالمية، خاصة تلك القواعد القانونية التي وردت في الاتفاقيات المنظمة داخل اتفاقية (WTO) ، لغرض تنظيم حرية التجارة العالمية بين الدول ودرجة تأثيرها على التشريعات الوطنية للدول الاعضاء في المنظمة، لاسيما ان قبول انضمام أي عضو اليها يتطلب تنفيذ هذه التشريعات مع اتفاقيات المنظمة، فضلا عن النظام القانوني الذي وضعته المنظمة لغرض حسم النزاعات التي تنشأ بين اعضائها ، والمتمثل بمذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في الملحق رقم (٢) .

وعلى الصعيد الوطني تتجلى اهمية البحث في معرفة مدى انسجام التشريعات العراقية في المجال التجاري مع نصوص الاتفاقية، لاسيما وان العراق يشغل الان العضوية بصفة مراقب بعد انضمامه لأول مرة في عام ٢٠٠٤، لايزال العراق يعمل على استيفاء شروط نيل العضوية الكاملة.

ثالثا: مشكلة البحث.

ان العلاقات التجارية الدولية وخاصة في مجال الاستثمار وتجارة السلع والخدمات تكون بين اطراف ينتمون بجنسياتهم الى دول مختلفة، إذ تختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الاطراف وفي اطار منظمة التجارة العالمية، فان هذا الاختلاف الحاصل بين قوانين الدول (الاعضاء) يضاف اليه القواعد والاجراءات التي تضمنتها مذكرة التفاهم بشأن القواعد والاجراءات التي

تحكم تسوية المنازعات في اطار هذه المنظمة، يجعلنا نطرح السؤال الآتي ... ما هو القانون الواجب التطبيق والاتباع في موضوع النزاع وخاصةً في التحكيم كوسيلة مهمة نصت عليها المنظمة علاوة على باقي الوسائل.

رابعاً: منهجية البحث.

سنوظف المنهج التحليلي في عرض وتحليل الاراء والافكار الفقهية وصولاً الى المناسب وترجيحه والاخذ به، وكذلك تحليل النصوص التشريعية واحكام التحكيم التي لها علاقة بالموضوع، وأخذت الدراسة بالمنهج المقارن للمقارنة بين النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وسيكون القانون العراقي وبعض القوانين العربية كالقانون المصري والقانون الاردني وغيرهما من القوانين العربية، فضلاً عن القوانين الاجنبية كالقانون الفرنسي والقانون الانكليزي وبعض القوانين الاجنبية الاخرى كلما اقتضى الامر اللجوء اليها.

خامساً: اهداف البحث.

يهدف هذا البحث الى تحقيق عدة اهداف اهمها:

١. بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض امام فريق التحكيم داخل جهاز تسوية المنازعات التابع لمنظمة التجارة العالمية، ودور القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد في تحديد هذا القانون.
 ٢. تعيين النواقص والثغرات التي تعتري التشريعات العراقية ذات الصلة، ومنها قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ وقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، وكيفية معالجتها عبر التوصيات التي تطرح في هذا الخصوص، بما يضمن انسجامها مع اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، عملاً بنص المادة (٢٥) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ التي جاء فيها (تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته).
- سادساً: خطة البحث.
- ولتحقيق اهداف هذه الدراسة، فقد تم تقسيمها الى مبحثين كل مبحث تم تقسيمه الى ثلاث مطالب، فيما يأتي:

- المبحث الأول: دور قانون الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق
- المطلب الأول: دور قانون الارادة
- المطلب الثاني: دور المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق
- المبحث الثاني: دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق

المطلب الأول: التعريف بالقواعد الموضوعية وخصائصها

المطلب الثاني: دور القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني

المطلب الثالث: دور القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي.

المبحث الأول

دور قانون الإرادة وقواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق

لما كانت الإرادة مصدر التحكيم ابتداءً، فقد اعطت غالبية التشريعات الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية هذه الإرادة الدور المهم والحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال حل المنازعات في المعاملات التجارية الدولية^(١)، ويرى الفقه في غالبية هذا الرأي^(٢)، وهيئة التحكيم (المحكم) اذ تدرك أهمية وخطورة تعيين هذا القانون فإنها تقوم بالبحث عن إرادة الأطراف أولاً وما قصدت اليه، حتى اذا لم تجد في هذه الإرادة ما يعينها على تحديد هذا القانون فإنها تبحث في قواعد القانون الدولي الخاص، وفي هذا القانون لابد لها ان تبحث عن القواعد التي ستطبقها، وهل ستكون قواعد الإسناد في قانون دولة التحكيم او قواعد الإسناد في قانون دولة احد الأطراف ام قواعد الإسناد التي تختارها بنفسها^(٣).

حيث نرى الكثير من اللوائح وقوانين التحكيم الوطنية والدولية تتضمن نصوصاً تقضي بان أي تعيين لقانون دولة ما او نظامها القانوني يجب ان يفسر بان المقصود منه هو القواعد الموضوعية لقانون تلك الدولة وليس قواعد الاسناد او قواعد تنازع القوانين الخاصة بها.

وهنا يجب على المحكم ان يقف عند حدود إرادة أطراف النزاع واحترامها عملاً بنظرية (الشخصية في العقود) المتأثرة بالمذهب الفردي الليبرالي التي تقوم على تقديس حرية الفرد في ابرام العقود^(٤).

في سياق آخر من الممكن ان تفيد تلك النصوص بان المقصود من اتفاق الأطراف هو قواعد الإسناد وليس القواعد الموضوعية لقانون تلك الدولة لتكون هي واجبة التطبيق اعتماداً على منطق النظرية الموضوعية التي تخالف النظرية الشخصية، التي يرى اصحابها ان دور الإرادة يقتصر على تركيز العقد في اطار نظام قانوني يرتبط مما يبرر خضوعه للقواعد الأمرة فيه^(٥).

ومن الامثلة على ما ذكر سابقاً. المادة (٢٨/ف١) من قانون الاونسترال النموذجي التي تنص على: (تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها الواجبة التطبيق على

^١ لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي، تقديم، د. غسان رباح، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص١٣٣. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص١٧٥.

^٢ طرحت عدة آراء في صدد تحديد القانون المختص الذي يجب ان يطبق على المعاملات التجارية الدولية وهذه الآراء هي المذهب الشخصي البحث او فكرة الانماج، ومذهب التركيز الموضوعي ومذهب الاداء المتميز واخيراً مذهب قانون الإرادة. لمزيد من الاطلاع انظر د. منير عبد الحميد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مصدر سابق، ص٢٣٠. وكذلك هيو علي حسين، التحكيم التجاري في اطار منظمة التجارة العالمية، مصدر سابق، ص٨٧ وما بعدها. الهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في اطار منهج التنازع، مصدر سابق، ص٣٠ وما بعدها.

^٣ د. محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية مصدر سابق، ص٣٨١.

^٤ يقوم السند الفقهي لهذه النظرية على فكرة اساسية هي (لما كان العقد الدولي بحسب الاصل بأكثر من قانون وطني فان هذا يعني انه لا يوجد قانون وطني يملك الادعاء بانه صاحب الاختصاص بحكم العلاقة العقدية مما يترتب عليه حرية المتعاقدين في تنظيم علاقاتهم التعاقدية استناداً الى مطلق سلطان الإرادة). د. محمود محمد باقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٠، ص٨٠.

^٥ لمزيد من الاطلاع انظر د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص٢٥٥.

النزاع واي اختيار لقانون دولة ما او نظامها القانوني يجب ان يؤخذ على انه اشارة مباشرة الى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس الى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم تتفق صراحة على خلاف ذلك). وكذلك نص المادة (٣٩/ف١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ اذ نصت على (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك)^(١).

ولتوضيح ذلك، قسمنا هذا المبحث الى مطلبين في الآتي:

المطلب الاول : دور قانون الإرادة وقواعد الاسناد في نظام المنظمة

المطلب الثاني : دور المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق

المطلب الأول: دور قانون الإرادة وقواعد الاسناد في نظام المنظمة

ان المتعارف عليه في مجال عقود التجارة الدولية ان يضع المحكمون تنظيماً خاصاً لقواعد تحكم ما قد ينشأ من منازعات هم الاقدر على وضع حلول مناسبة لا تجد مصدرها في قانون معين. لذا تكون إرادة المتعاقدين دوراً محورياً في مجال القانون الدولي الخاص اما بوصفها وسيلة لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون او لإخضاعها لسلطانه وهي بذلك ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية^(٢).

بمعنى اخر، خضوع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة تطبيقاً لحرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك باعتبار قانون الإرادة قاعدة مسلم بها فقها وقضاءً وفي غالبية التشريعات الوطنية والدولية^(٣).

ولأهمية هذا المبدأ على صعيد منهج التنازع في القانون الدولي الخاص المتسم باحترام مبدأ سلطان الإرادة فقد اخذت به معظم التشريعات الوطنية والدولية على حد سواء. وكان من اول التشريعات الوطنية قانون الإجراءات المدنية التونسية الصادر عام ١٩٨١ في المادة (١٤٩٦) التي نصت على (يفصل المحكم في النزاع وفق القواعد التي يقدر ملازمتها في حالة عدم اتفاقهم)، فضلاً عن ذلك المشرع المصري في المادة (٣٩/١) من قانون التحكم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ آنفة الذكر.

ومن التشريعات الدولية نص المادة (٢٨) قانون الاونسترال النموذجي بصيغته المعتمدة في ٢١/آب/١٩٨٥ المذكورة سابقاً.

١ ان المشرع المصري وهو بصدد تحديد ما تطيقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع قد فرق بين القواعد التي يتفق عليها المحكمون من جهة وبين اتفاقهم على تطبيق قانون دولة معينة من جهة اخرى ، لمزيد من الاطلاع انظر د. مراد محمد

المواجهه ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، مصدر سابق ، ص١٩٠.

٢ د. مراد محمد المواجهه، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص١٨٢.

٣ د. مهدي احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، الطبعة الاولى، ٢٠٠١ ، ص١٣٣ وكذلك د. مراد محمد المواجهه ، مصدر سابق ، ص١٨٨.

وكذلك نص المادة (١/٢١) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ الموقع عليها من قبل العراق^(١). حيث نصت على (تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة او ضمنا، ان وجد ...).

واخذت به اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ إذ نصت المادة (١/٤٢) على (تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ...) (٢).

والإرادة قد تظهر بشكل صريح من خلال الإشارة الى قانون وطني او مجموعة قواعد جرى العرف التجاري الدولي على تبنيها، او تظهر بشكل ضمني يستخلصها المحكم من مؤشرات معينة، تعد قرينه على اتجاه إرادة الاطراف لاختيار قانون معين لحكم موضوع النزاع (٣).

ومن الجدير بالذكر ان هناك عدة قيود يضعها البعض على حرية الاطراف المتنازعة في اختيار القانون الواجب التطبيق منها ما يتعلق بعدم مخالفته للنظام العام للدولة المراد التنفيذ والقيد الاخر يتمثل بان لا يكون التحكيم لا ضابط له وانما يجب وجود صلة بين القانون الذي تم اختياره وبين اتفاق الاطراف. وهو ما يطلق عليه الاختيار المقيد ويرون ان الاختيار المطلق غير جائز في حين يرى اخرون ان هذا الرأي غير مقبول لدى قضاء التحكيم ويجب اسقاطه وخاصة في المعاملات التجارية (٤).

ونحن بدورنا نؤيد ما جاء في الاتجاه الاول بضرورة احترام ومراعاة ما يتعلق بالنظام العام في البلد المراد بتنفيذ الحكم فيه . وهو ما نصت عليه اتفاقية نيويورك بتنفيذ الاحكام الاجنبية لعام ١٩٥٨ في المادة (٢/٥) منها. وكذلك المادة (١٥٠٢/٥) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام ١٩٧٥. كما ان هناك تعارض قد يحصل بين القوانين الوطنية ذات التطبيق المباشر ومبدأ حرية الإرادة، وبالتحديد التشريعات التجارية باعتبارها تتعلق بموضوع البحث، كونها تمس مصلحة وسيادة الدولة وتحمي التنظيم السياسي والاقتصادي فيها، فهي قوانين امره تؤدي الى تحديد اختصاصها بالإرادة المنفردة مما يجعلها ذات تطبيق فوري ومباشر (٥).

فقد جاء في المادة (٧١) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية المعدلة (تخضع المقولة وترتب اثارها وفقا للقوانين والانظمة والتعليمات العراقية وتكون لمحاكم العراق الولاية القضائية للنظر والبت في جميع القضايا والدعاوي الناشئة عن المقولة) علما ان هذه الشروط لا تستبعد حل المنازعات الناشئة عن المقولة بطريقة التحكيم والذي ورد ذكره في المادة (٦٩) من الشروط المذكورة.

من هنا يبرز السؤال المهم والمتعلق بموضوع البحث، ما هو دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود التي تبرمها الدولة (ليس بوصفها صاحبة السيادة والسلطان) ممثلة بأحد

^١ صادق العراق على الاتفاقية بموجب القانون رقم (٨٦) لسنة ١٩٨٨.

^٢ صادق العراق على هذه الاتفاقية بموجب قانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢ المنشور في الوقائع العراقية العدد (٤٢٨٣) في ٢٩/٥/٢٠١٣.

^٣ د. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص ١٧٦ وكذلك ص ١٩٣.

^٤ د. مراد محمود المواجه، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص ١٨٦.

^٥ د. مراد محمود المواجه، المصدر السابق، ص ١٨٦.

الأشخاص المعنوية العامة فيها والشخص الخاص الأجنبي في نطاق العلاقات التجارية وبالتحديد الاستثمار والخدمات واستنادا الى قوانينها الوطنية، بشكل عام وفي اطار المنظمة بشكل خاص؟
ابتداءً نقول، لا خلاف في انه ليس هناك ثمة ما يحول دون اتجاه إرادة الاطراف المتعاقدة صراحة الى اختيار قانون معين^(١)، وان الصفة التي يحملها الاطراف لا تمارس أي دور على القانون، لذا فان الاعتراف للدولة بحرية اختيار القانون ضروري لإمكان استفادتها من ابرام الكثير من العقود الضرورية لنموها الاقتصادي^(٢). وتكريسا لهذا المبدأ فقد نصت الكثير من التشريعات الوطنية والدولية عليه واخذت به احكام القضاء الدولي وقرارات التحكيم ومنها قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، بالمادة (٢٧).

كما جاء في دورة مجمع القانون الدولي المنعقدة في اثينا عام ١٩٧٩ (العقود بين دولة وشخص خاص أجنبي تخضع لقواعد القانون المختار بواسطة الاطراف)^(٣).
كذلك جاء في حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية والبرازيلية وما يؤيد هذا الاتجاه، ما ذهب اليه المحكمة اساس قاعدة قانون الإرادة إذ جاء في حيثيات الحكم:
(كل عقد لا يكون بين الدولة باعتبارها شخصا من اشخاص القانون العام يجد اساسه في القانون الوطني لدولة ما ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص، او نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون ...).

وتطبيقا لذلك فقد حكمت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ICC في ٢٢ مايو ١٩٨٥ في النزاع الذي ثار بين الشركة الفنلندية والعراق بشأن انشاء قصر المؤتمرات في بغداد وفقا للقانون البلجيكي الذي اختاره الطرفان صراحة^(٤).

غير ان هذا المبدأ لا يمكن الاخذ به بشكل مطلق فقد خرجت عليه بعض التشريعات الوطنية وكذلك تنكرت له بعض هيئات التحكيم مع وجود الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

فقد خرج المشرع المصري عن حكم المادة (١/٣٩) سابقة الذكر، في مجال عقد نقل التكنولوجيا، حيث اشترط تطبيق حكم القانون المصري، سواء كان النزاع معروض امام المحاكم الوطنية او هيئات التحكيم بموجب نص المادة (٨٧) من القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩^(٥).

^١ د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٩٨.

^٢ د. مراد محمود المواجه، التحكيم في عقود الدولة، مصدر سابق، ص ١٨٧.

^٣ للأمانة العلمية مأخوذة من د. مراد محمود المواجه، مصدر سابق، ص ١٩٧.

^٤ الاحكام مشار اليها د. مراد محمود المواجه، المصدر السابق، ص ١٩٨.

^٥ حيث نصت على (١). تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار اليه في المادة (٧٢) من هذا القانون ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع وديا او بطريق تحكيم يجري في مصر وفقا لأحكام القانون المصري. ٢. وفي جميع الاحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب احكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا).

وبذلك يكون المشرع المصري قد وضع حكماً خاصاً، يعمل على إلغاء مبدأ حرية إرادة الأطراف في اختيار قانون موضوع التحكيم الذي ورد في المادة (١/٣٩) مما يترتب عليه إلغاء الحكم السابق بموجب الحكم اللاحق^(١).

وبخصوص قرارات هيئات التحكيم الدولية نشير الى قرار تحكيم ARMCO ضد السعودية المتعلق باستغلال حقل بترول سعودي، حيث استبعدت هيئة التحكيم تطبيق القانون السعودي المتفق على تطبيقه بموجب اتفاق في ٢٣ فبراير ١٩٥٥ وطبقت قواعد القانون الدولي العام بحجة عدم كفاية الاحكام القانونية السارية في السعودية.

وامام هذا الاختلاف يثار السؤال عن دور إرادة الدول الاعضاء في النزاعات المعروضة امام الفرق التحكيمية التي يتم تشكيلها في إطار منظمة التجارة العالمية. في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وللإجابة على هذا التساؤل نقول : بعدم امكانية الاخذ بقانون الإرادة في اطار المنظمة وعدم جدواه، فعلاوة على انه محصور بأشخاص القانون الخاص فهو ينطوي على تقرير حرية واسعة للأفراد في تحديد مدى وطبيعة التزاماتهم وعدم وجود التزام سابق على عاتقهم في التنفيذ بقانون معين في حين ان اعضاء المنظمة قد تقيّدوا والتزموا بقواعد قانونية دولية لتنظيم علاقاتهم التجارية وبهذا انعدمت حريتهم في اختيار قواعد اخرى لانهم سبق وان نظموا علاقتهم ضمن اطار القانون الدولي العام وان القانون الموضوعي يتركز اساسا في الاتفاقيات المشمولة لأنها هي التي تشكل الاساس في انشاء المنظمة^(٢).

لقد بينا سابقا ان القاعدة العامة هي منح إرادة الأطراف الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق، الا انه يغلب في العمل ان يسكت هؤلاء الأطراف عن الاختيار الصريح او الضمني^(٣)، فتكون النصوص التشريعية الوطنية او الدولية على وضع قواعد اسناد لها، يختار المشرع الوطني او الدولي فيها بنفسه القانون الواجب التطبيق عليها دون الاعتماد على اختيار أطراف النزاع، وتتلخص هذه الفروض بأهلية الأطراف من جانب وكذلك بعض العقود ذات الطبيعة الخاصة من جانب اخر والتي اراد المشرع اخراجها من سلطان الإرادة^(٤).

والذي يهمننا في موضوع البحث تلك التشريعات التجارية التي ترمي الى تقادي اختلال التوازن في مجال العقود او تحديد مسؤولية المنتج. وكذلك الحكم بفوائد التأخير.

^١ لمزيد من الاطلاع انظر د. ابراهيم احمد ابراهيم، بعض المشاكل العملية التي واجهها التحكيم العربي، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، عدد (٢) يناير ٢٠٠٠، ص ١٢٧.

^٢ انظر نص المادة (١) من وثيقة التفاهم بشأن القواعد والاجراءات التي تحكم تسوية المنازعات.

^٣ يقسم جانب من الفقه الإرادة الى ثلاثة انواع هي: الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية والإرادة المفترضة، والنوعان الاولان هما إرادة حقيقية، اما النوع الثالث، فهو إرادة غير حقيقية يفترضها المشرع بناء على معيار موضوعي. د. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص ٢٠٤. وكذلك انظر د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

^٤ د. احمد السمدان، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

والمثال الواضح في مجال العقود، عقود العمل حيث تبدو فيها صورة الاذعان بين العامل الطرف الضعيف ورب العمل الطرف القوي، لذا فان التشريعات المختلفة تتولى بتنظيمها تنظيم دقيقا ولا تتركها لإرادة المتعاقدين الا في مجال محدود^(١)، وهو ما جرى العمل به في التشريعات بالنسبة لعقود العمل ذات العنصر الاجنبي على اذعانها لقواعد اسناد ليس فيها أي دور لإرادة الاطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، فقد حدد المشرع الكويتي مثلا هذا القانون (بالقانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز ادارة الاعمال) بشأن حقوق العامل^(٢).

ومن التشريعات الوطنية الاخرى، قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٠ في المادة (٨٧) التي سبق ذكرها، والذي كان يهدف من وراء هذا النص الخاص المتعلق بالنظام العام حماية الطرف المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا باعتباره في مركز تفاوضي اقل من مركز المورد، فجعل القانون المصري هو الواجب التطبيق ولم يعطي للإرادة أي دور في اختياره.

و من المفيد ان نذكر ان القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٢٥) منه وهي تقابل المادة (١٩) من القانون المدني المصري على ما يأتي:

١. يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنًا. فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه.

٢. قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه. اما بالنسبة للتشريعات الدولية. فنجد ان قسما من الاتفاقيات الدولية ينص صراحة على القانون الواجب التطبيق في حال عدم اتفاق اطراف النزاع على اختياره^(٣)، أي بمعنى اخر وضع قاعدة اسناد احتياطية لمعرفة القانون في حال الاخذ بقانون الإرادة، من الامثلة على ذلك اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٥٥ إذ نصت المادة الثانية منه على (ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للبلد الذي عينه اطراف العقد). وكذلك فعلت اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ واتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لعام ١٩٨٠ وغيرها^(٤).

اما فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في نطاق منظمة التجارة العالمية واتفاقية وثيقة التفاهم بشأن تسوية المنازعات في الملحق رقم (٢) للاتفاقية. فان هناك من يرى^(٥)، ان الحديث عن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع يستبعد فكرة التحكيم الدولي العام وهو المتعلق

^١ د. احمد السمدان، مصدر سابق، ص ٢١٠.

^٢ انظر نص المادة (٦٢) من قانون العمل رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الكويت، وكذلك نص المادة (٩) من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

^٣ د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص ١٨٩.

^٤ لمزيد من الاطلاع، انظر د. مراد محمود المواجه، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

^٥ انظر هيو علي حسين، التحكيم التجاري الدولي في اطار منظمة التجارة العالمية، مصدر سابق، ص ٩٦.

بنزاع بين دولتين بوصفهما من اشخاص القانون الدولي العام، حيث يخضع هذا النوع من التحكيم للقانون الدولي العام ولا مجال بشأنه للحديث عن قانون واجب التطبيق عليه، وبما ان منظمة التجارة العالمية هي صيغة متطورة تمثل جزءا من القانون الدولي العام تتأسس على اتفاقية دولية شائعة، وتطبيقا لذلك نجد ان حقيقة العلاقة القانونية المتنازع عليها هي بين شخصين يخضعان للقانون الدولي العام، وبالتالي وبقدر تعلق الامر بقواعد الاسناد فلا مجال لتطبيقها على التحكيم في نطاق المنظمة، وذلك بسبب ان من شروط قيام التنازع بين القوانين هو ان يكون بين قانونين من القوانين الخاصة ولا يقبل التنازع بين القوانين العامة^(١)، بمعنى اخر ان تكون العلاقة بين شخصين من اشخاص القانون الخاص كي تثار مشكلة التنازع في حين ان في اطار المنظمة فأنا نكون امام علاقة بين اشخاص منتمين للقانون العام وهي الدول الاعضاء .

وبسبب عدم الاتفاق او الاخذ بهذا الرأي، ذلك ان العلاقات التجارية لا تقوم اساسا الا بين التجار سواء كانوا افرادا او شركات وقد تكون الدولة طرفا في هذه العلاقة باعتبارها شخصا عاديا وليس بمظهر صاحبة السيادة والسلطان. وبالتالي تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص.

ولتوضيح ذلك نقول: ان النزاع الذي يحصل بسبب تطبيق نصوص اتفاقية المنظمة والاتفاقيات المشمولة يعرض امام جهاز تسوية المنازعات عن طريق ممثلي الدول الاعضاء في المنظمة وهو جانب تنظيمي نصت عليه اتفاقية مذكرة التفاهم ولا يترتب عليه الغاء احكام القوانين التجارية الخاصة للدول الاعضاء فيها.

ومن الامثلة على ذلك قضية (Tuna / Dolphin)^(٢)، حيث اعتبرت الولايات المتحدة الامريكية كافة العقود التي تبرم لاستيراد التونة المكسيكية باطله اذا لم تراعي الاسس الواردة في قانون حماية الثدييات البحرية الامريكي لعام ١٩٧٢ (MMPA). وقد اعترضت الحكومة المكسيكية عليه واعتبرته مساس بحقوقها التجارية وانتهاك لنصوص الجات. لذا فقد عرض النزاع على فريق التحكيم المشكل في ١٢ مارس ١٩٩١، وبعد عقد جلسات مع الاطراف، أصدر تقريره بان الخطر الوارد في قانون MMPA غير متلائمة مع الجات.

من هنا نتبين بشكل واضح التعارض بين القوانين الداخلية للبيئة والصحة، واتفاقيات التجارة العالمية^(٣)، واعتماد فريق التحكيم بالمنظمة على قواعد اتفاقيات المنظمة باعتبارها القانون واجب التطبيق هنا ولم يأخذ بالقانون الوطني.

وفيما يتعلق بالتشريعات العراقية نجد ان قانون العلامات والبيانات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل بموجب او سلطة الائتلاف المنحلة رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٤ يتعارض مع احكام الملكية

^١ د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٣، ص ٦١.
^٢ عرضت هذه القضية امام فريق تحكيم Panel في الجات عام ١٩٩١ كما نظرت امام جهاز تسوية المنازعات التابع لمنظمة التجارة العالمية عام ١٩٩٤. انظر د. ياسر الحويش، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العالمية، مصدر سابق، ص ٥٧٢ وما بعدها.
^٣ د. ياسر الحويش، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العالمية، مصدر سابق، ص ٥٧٦.

الفكرية الواردة ضمن اتفاقية التبرس (التي هي احدى اتفاقيات منظمة WTO المشمولة) ، وخاصة في حالة التنازل عن العلاقة التجارية مع او بدون المحل التجاري ، حيث اقرت هذه الاتفاقية بموجب نص المادة (٢١) منها على جواز التنازل عن العلامة التجارية مع او بدون نقل المنشآت او المحل التجاري وهو حكم يخالف ما ورد في التشريع العراقي بعدم جواز التصرف في العلامة التجارية استقلالا عن المتجر وهو ما تنص عليه الكثير من القوانين الوطنية ، كالقانون الامريكي والقانون المصري .

لذا فأننا نقترح اجراء تعديلات شاملة لكل التشريعات العراقية ذات الصلة بالاتفاقية اذا اراد العراق الانضمام الى المنظمة والاستفادة من الامتيازات التي تقدمها. بسبب وجود فجوة كبيرة بين القوانين العراقية التي اسست على النظام الاقتصادي الاشتراكي والاقتصاد الموجه توجيهها مركزيا وبين اتفاقيات منظمة التجارة العالمية المبينة على نظام الاقتصاد الحر الرأسمالي.

المطلب الثاني

دور المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق

بيننا انفا ان الاولوية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تكون لارادة المحتكمين ، فاطراف العقود المتعلقة بالتجارة الدولية لهم الحق في تعيين هذا القانون بشرط ان لا يصطدم بالقواعد الأمرة في النظم القانونية ذات الشأن^(١)، وتعيينه قد يكون صريحا وذلك بذكره في اتفاق التحكيم، وهنا فان فريق التحكيم يكون ملزماً بتطبيقه^(٢)، او ان يسكت الاطراف عن تعيين القانون الذي سيحكم موضوع النزاع وهي حالة يندر حصولها ذلك لأنه من غير المقبول في العلاقات التجارية الدولية اغفال الاطراف لاختيار هذا القانون بحجة الجهل او الاهمال ولكن من المحتمل انهم يفضلون ترك معالجتها للمحكم او استحالة الاتفاق عليها^(٣).

وامام حالة السكوت هذه او في حالة اختيار القانون ولكنه يكون غير كافي لحكم كل المسائل الناتجة عن هذه العلاقة يبرز دور المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع .

بمعنى اخر يتأرجح المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عكسيا مع وجود الإرادة وعدمها ، فكما وضحت الإرادة في اختيار قانون ما قل دور المحكم ، وكما اغفل الاطراف هذا الاختيار اتضح دور المحكم في اختيار القانون^(٤).

^١ د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، مصر، ١٩٨١، ص١٣٩.

^٢ طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٦، ص٩٠.

^٣ د. مراد محمود المواجه، التحكيم التجاري في عقود الدولة، مصدر سابق، ص٢٠٢.

^٤ د. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص١٩٩.

وبشكل عام يتمتع المحكم في هذه الحالة بسلطة تقديرية واسعة^(١). تقف عند ضرورة استظهاره لمؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الإرادة الضمنية في كل حالة منفردة ووفقا للظروف المحيطة ، وباستقراء بعض النصوص التي عالجت حالة غياب الإرادة الصريحة نجد انها تتبنى فكرة (الملائمة) أي الارتباط بموضوع النزاع ، فمثلا نصت المادة (٣٧) من قانون التحكيم العماني لسنة ١٩٩٧ على انه (٢. اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي ترى انها الاكثر اتصالا بالنزاع) . وكذلك الاتفاقية الاوروبية لعام ١٩٦١ ، فقد نصت المادة (٧/فقرة ١) على حرية الاطراف في الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق ، وفي حالة عدم الاتفاق فعلى المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين الملائمة^(٢) وهو موقف مغاير لما تبنته منظمة (WTO) في تقيد حرية المحكم وكما سنوضحه لاحقا.

ويرى البعض ان استظهار الإرادة الضمنية للأطراف يتم عبر عدة مؤشرات مؤدها اقامة قرينه على اتجاه إرادة الخصوم لاختيار القانون الاكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع ، وتنقسم الى مؤشرات عامة وخاصة ، وتتمثل المؤشرات العامة في قانون محل ابرام العقد او قانون محل التنفيذ اما الخاصة فتتمثل بمحل اقامة المتعاقدين وموضوع العقد ومكان التحكيم واللغة المستخدمة في العقد ونوع العملة الواجب دفعها^(٣) .

ويترتب على ذلك ان تغليب المحكم لقانون معين بوصفه الواجب التطبيق لحكم النزاع يقوم بالبحث على مؤشرات تدل عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها على ان إرادة الاطراف قد اتجهت الى اختيار هذا القانون بحيث تصبح إرادة مفروضة من واقع ظروف الحال وليس إرادة مقنعه للمحكم نفسه بناء على اجتهاد شخصي له^(٤).

ويتجه الفقه وقضاء التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في غالبيتها الى اعطاء الحرية للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند انعدام الإرادة دون التقيد بقانون معين . ومنها ما جاء في المادة (١/٢١) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ التي نصت على (تفصل الهيئة وفقا للعقد المبرم بين الطرفين ، واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة او ضمنا ان وجد ، والا فوفق احكام القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع على ان تراعي قواعد الاعراف التجارية الدولية المستقرة) .

^١ فالمحكم الدولي غير مقيد بقانون وطني يستتبط منه المؤشرات لاختيار هذا القانون كما هو الحال للقاضي الوطني الذي يتأثر بمؤشرات نظامه القانوني، فللمحكم مساحة اوسع من هذه المؤشرات التي تؤدي الى تكوين رأيه القانوني واستعمال سلطته التقديرية يعكس القاضي الوطني الذي يكون مقيد باتباع قواعد الاسناد التي يرسمها له قانونه. انظر د. احمد السمدان، المصدر نفسه، ص ١٩٥ وما بعدها . وكذلك ابو زيد رضوان ، المصدر نفسه ، ص ١٣٧.

^٢ د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص ١٩١.

^٣ د. مراد محمود المواجده، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص ٢٠٣. وكذلك د. جمال محمود الكروي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، ص ١٥٧ وما بعدها. وكذلك هيوا علي حسين، التحكيم التجاري في إطار منظمة التجارة العالمية، مصدر سابق، ص ٩٣.

^٤ د. مراد محمود المواجده، المصدر السابق، ص ٢٠٢، وكذلك د. ابو زيد رضوان، المصدر السابق، ص ١٣٦ وما بعدها.

وكذلك نص المادة (١/٣٣) من قواعد التحكيم التي وضعتها عام ١٩٧٦ لجنة القانون التجاري في الامم المتحدة والمادة (٢٨) من القانون النموذجي الذي وضعته نفس المادة عام ١٩٨٥ ونص المادة (١٤٩٦) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والمادة (٨١٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني لعام ١٩٨٣ ، وغيرها^(١).

وهذا يعني ان المحكم يلعب دورا مهما في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . فبالإضافة الى دوره في استظهار الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة فان له دورا مستقلا اعطته اياه النصوص التشريعية الوطنية والدولية عند عدم وجود الإرادة وهو يرتبط طرديا مع دور الإرادة . وهو يتمتع بقدر من السلطة التقديرية في تحديد هذا القانون الذي يستتبط الإرادة الضمنية للأطراف من عدة مؤشرات وذلك عن طريق الترجيح وفقا لمعيار موضوعي .

والسؤال الذي يمكن ان يطرح ، هل ان هذا الدور الذي يقوم به المحكم في العلاقات الدولية الخاصة ، يمكن ان يقوم به ايضا في نطاق التحكيم في اطار منظمة التجارة العالمية؟ وللإجابة على هذا التساؤل نقول ، لقد بينا سابقا محدودية حرية اطراف الدعوى التحكيمية اذ لم يكن معدوما ، في اختيار القانونين الاجرائي والموضوعي واجبي التطبيق على موضوع النزاع ، المعروف امام الفرق التحكيمية المشكلة من قبل هيئة حسم المنازعات في المنظمة (WTO) في اطار مذكرة التفاهم الواردة في الملحق رقم (٢) ، لذا فأننا نرى ، ان المحكم في تحكيم (WTO) لا يملك الحرية ولا يستطيع القيام بالدور الموكل للمحكم في التحكيم التجاري الدولي في العلاقات الخاصة وذلك للأسباب الآتية:-

أولاً : ان دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي يستند الى عدة مؤشرات عامة وخاصة منها مكان ابرام العقد ومكان التنفيذ واللغة المستخدمة وغيرها ، في حين ان هذه المؤشرات في اطار التحكيم الذي نحن بصدد البحث عنه لا دور لها.

ثانياً : ان دور المحكم لا يبرز الا في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق وطالما ان هذا القانون معين سلفا ضمن نظام (WTO) فلا يبقى للمحكم الا ان يتقيد به كما هو دون اماكن الخروج عليه او استبداله بقانون او قواعد اخرى . وبعبارة اخرى فان دور المحكم هو دور احتياطي لا يبرز الا عند عدم تعيين الطرفين للقانون المنطبق وفي نظام (WTO) فان هذا القانون قد تعين سلفا بقواعد الاتفاقيات المشمولة . غير انه يجب الا يفهم من ذلك ان دور المحكم معدوم في تحديد هذا القانون، اذ ان للمحكم سلطة تقديرية تفرضها مهمته لاسيما في ضوء مقتضيات الفقرة (١) من المادة (٧) من مذكرة التفاهم والتي حددت اختصاصات فريق التحكيم ، بان يفحص في ضوء الاحكام ذات الصلة من الاتفاقيات المشمولة والتي يستشهد بها احد او كلا طرفي النزاع ، الموضوع الذي قدمه الطرف الذي لجأ الى التحكيم . وهذه السلطة تبرز في عدة حالات منها مثلا ، ان تعرض منازعات يتعذر ايجاد حل لها في نصوص

^١ لمزيد من الاطلاع انظر د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص ١٩٠ وما بعدها.

الاتفاقيات المشمولة مما يجعل المحكم في موقف يجد فيه نفسه مضطرا الى اعمال المبادئ العامة او القواعد الموضوعية في الاعراف التجارية ، ومثال ذلك مسألة التعويض عن حالة (Non – Violation) حيث اكد ان التعويض عن هذه الحالة لا يمكن النظر اليه بمعزل عن القواعد العرفية ، تلك القواعد التي تنظم العلاقات الاقتصادية بين الدول الاعضاء في (WTO) والتي تصبح واجبة التطبيق في الحدود التي لا تخرج فيها عن اتفاقيات (WTO)^(١) معللا منجاة هذا بان القول بغير ذلك سيولد ثغرة قانونية في نظام تسوية المنازعات بالمنظمة .

ومن ذلك يتبين لنا ان فريق التحكيم في اطار نظام (WTO) دور محدد في اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع ، وان التحكيم هنا يتطابق من حيث المضمون مع التحكيم التجاري الدولي ، اذ ان كليهما يعنيان توليه الطرفين المتنازعين شخصا اخر (فرد او هيئة) لفض النزاع القائم بينهما مع التزامهما بتنفيذ الحكم الصادر عنه غير انه يتميز عنه في الوقت نفسه من حيث تنظيمه وكيفية اتخاذ قرار التحكيم ومن حيث الحرية التي يتمتع بها الطرفان المتنازعان في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع واجراءات النزاع وكذلك تنفيذ قرار التحكيم .

المبحث الثاني

دور قانون الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق

تبين كيفية الوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض امام المحكم التجاري الدولي في العلاقات الخاصة ، وظهر ان الوضع في اطار منظمة التجارة العالمية يختلف ، من حيث ان اطراف النزاع والمحكم لا يملكون الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق علاوة على ان قواعد الاسناد لا يمكن اعمالها هنا كون العلاقة لا تقع بين اشخاص خاصة . واتباع منهجها يؤدي الى اخضاع الروابط لقواعد وضعت اصلا لتنظيم التجارة الداخلية ، ومن غير المقبول ان يحكم القانون الداخلي علاقات متجاوزة للحدود أي العلاقات الخاصة الدولية . بمعنى اخر ان قواعد الاسناد لا يمكن اكمالها في حل مشكلات تنازع القوانين في مجال العلاقات الدولية الخاصة وبالتحديد المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي ، وان هذا القصور الذي اشاب قاعدة الاسناد (فقدانها للصفة الدولية)^(٢) من خلال افتقارها الى تقديم حلول مرضية لبعض العلاقات الخاصة الدولية ذات الطابع التجاري من خلال اشارتها الى القانون الواجب تطبيقه وهو لا يعدو ان يكون قانونا داخليا وضع لحكم العلاقات الداخلية وهو غير ملائم للعلاقات الدولية محل النزاع . أدى الى ظهور اتجاه حديث يستجيب الى متطلبات ومعطيات المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي ، وذلك بإيجاد قواعد موضوعية ذات تطبيق مباشر تتلائم مع هذه

^١ تقرير فريق التحكيم في تلك القضية بالوثيقة المرقمة ب : (WT/Doc. / Ds163/R) المؤرخة في (١٩ / حزيران / ٢٠٠٠) مأخوذة من العنوان الالكتروني التالي :

<< <http://www.wto.org/english/tratop-e/dispu-e/cases-e/ds163-e.htm> >> .

^٢ احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٩، ص ١٨.

المتطلبات لتعالج مشكلات تنازع القوانين^(١)، وتخصص قانون للتجارة الدولية يعمل على تجنب اختلافات القوانين الوطنية الذي يعيق نمو التجارة الدولية عبر الحدود .

وتختلف القواعد الموضوعية فيما بينها من حيث المصدر، فهناك القواعد الموضوعية ذات الطبيعة الوطنية التي ألفها في القانون الداخلي (الوطني) ، وهناك قواعد موضوعية أخرى ذات طبيعة دولية ، مثل المعاهدات الدولية ومنها اتفاقية 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^(٢)، ومن اجل الوقوف على دور هذه القواعد في تحديد قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في اطار المنظمة سنخصص هذا المبحث لدراساتها بشيء من التفصيل من خلال ثلاثة مطالب وكالتالي :-

● **المطلب الاول : ماهية القواعد الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق**

● **المطلب الثاني : دور القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني**

● **المطلب الثالث : دور القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي**

المطلب الاول

ماهية القواعد الموضوعية

اولا : التعريف بالقواعد الموضوعية :

يقصد بالقواعد الموضوعية ، تلك القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي والتي يطبق عليها قانونه الوطني الموضوعي تطبيقا مباشرا ، ودون المرور بقاعدة تنازع القوانين^(٣).

وقد اطلق عليها الفقه عدة تسميات^(٤)، منها القانون عبر الدول والقانون التجاري بين الشعوب ، والقانون الموضوعي للتجارة الدولية والقواعد الموضوعية عبر الدولية ، كما يصطلح عليها بقواعد القانون الدولي الخاص المادي .

وتمتاز بانها قواعد حل مباشر للنزاع ومفردة الجانب بمعنى اخر انها تقرر اختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة^(٥)، ومن الامثلة عليها في معاملات التجارة الدولية الحديثة عقود نقل التكنولوجيا .

وقد وضع الفقه عدة تعاريف لها ، منها على سبيل المثال (مجموعة القواعد الموضوعية او المادية المستقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيمها قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة)^(٦).

^١ خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ١٠٢.

^٢ احمد عبد الحميد عشوش، المصدر السابق، ص ٢٠.

^٣ د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص ٥٢.

^٤ د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٥٢، وكذلك انظر خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ١٠٣.

^٥ د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

^٦ د. عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

إذ ركز هذا التعريف على هدف هذه القواعد المتمثل في تقديم الحل الذاتي والمباشر للنزاع ذات الطابع الدولي مما يعطي لهذه القواعد ذاتيتها واستقلالها. كما انه بين ان مصادر هذه القواعد متعددة دون بيان ماهيتها . كما عرفها الفقيه جولدمان Goldman^(١) بأنها (مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدولية) .

وفي هذا التعريف نجد التركيز على مصادر هذه القواعد بشكل واضح المتمثلة بالمبادئ العامة للقانون والنظم العابرة للدول وهي بالتحديد نفسها المكونة للقانون التجاري الدولي ، وكما عرفه جولدمان ايضا بقوله قانون التجارة الدولية " Lex Mercatoria " بانه (مجموعة من المبادئ العامة والقواعد العرفية التلقائية نشأت وتوسعت في اطار التجارة الدولية دون الاشارة لنظام قانوني معين)^(٢).

وعلى الرغم من تعدد التعريفات التي وضعها الفقه لهذه القواعد علاوة على اختلافها وتنوعها في الشكل والعناصر الخاصة بهذه التعريفات ، فإنها ذات مضمون واحد هو ان القواعد الموضوعية هي التي تعطي مباشرة الحل واجب التطبيق على موضوع النزاع^(٣).

ويرى جانب من الفقه^(٤)، ان الدول اذا استكثرت من عقد الاتفاقيات الدولية في مسائل تنازع القوانين فان ذلك يؤدي بالنتيجة الى اتساع مساحة القواعد الموضوعية على حساب قواعد الاسناد، وهو رأي يؤيده بدورنا ، ففي مجال البحث نجد ان مشرعي اتفاقية منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات المشمولة ، قد وضعوا قواعد موضوعية نجد مصدرها في هذه الاتفاقيات تؤدي بالنتيجة الى توحيد قواعد حل التنازع الدولي في مجال العلاقات التجارية من خلال تطبيقها بشكل فوري ومباشر وهو ما سنبينه لاحقا تطبيقا لأهداف المنظمة في حرية التجارة الدولية من جانب وتوحيد القوانين التجارية للدول الاعضاء من جانب اخر، وبهذا ستضيق مساحة المسائل موضوع النزاع .

ثانيا : خصائص القواعد الموضوعية

تتميز القواعد الموضوعية بعدة خصائص تمثل الجانب الايجابي للمنهج الموضوعي في حل مشكلة تنازع القوانين نتيجة لقصور قاعدة الاسناد كما بيناه آنفا . ومن هذه الخصائص انها قواعد مباشرة ، كونها تقدم حولا موضوعية مباشرة للمسائل المثارة ولا تميل الى غيرها من القوانين للتعرف على الحل الذي ينطبق على العلاقة^(٥) وهو خلاف ما نجده في قواعد الاسناد التي لا تعطي أي حل مباشر وتشير فقط الى القانون الذي يتولى الحل لتلك العلاقة .

^١ نقلا عن، خليل ابراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١٠٤.

^٢ ينظر : . (ed) Julian D.M. Lew , Contemporary Problems in International Commercial Arbitration Goldman , 1986, pp.113.125, at 116. نقلا عن المصدر نفسه، ص ١٠٥.

^٣ د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٣ ، ص ٥٢٩.

^٤ انظر د. عبد الرسول عبد الرضا جابر ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥.

^٥ باسم سعيد يونس ، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، اطروحة دكتوراه . مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، ١٩٩٨ ، ص ٦٢.

كما انها تتميز بالفئوية والنوعية^(١). فهي فئوية لانها تخاطب فئة معينة من الافراد هم المتعاملون في التجارة الدولية ، وهي قواعد نوعية لانها تضع حلا لنوع معين من المشكلات وهي تلك الناشئة في الاوساط التجارية الدولية^(٢).

كما تتميز القواعد الموضوعية بكونها قواعد تلقائية النشأة ، فهي تعد ذات نمو تلقائي من حيث الصدور والتطبيق ، فهي تلقائية من حيث الصدور لكونها خرجت من مجتمع معين وفق شروط معينة دون المرور بالقنوات الرسمية لسن القانون ، وهي تلقائية من حيث التطبيق لان تطبيقها لا يحتاج الى تدخل السلطة حيث يكفل ذلك وفاء المتعاملين بها وكذلك ملائمتها للنزاعات في نطاق التجارة الدولية^(٣)، وهو قول لا ينطبق طبعا على القواعد ذات المصدر التشريعي الداخلي او الاتفاقي الدولي .

غير ان من اهم الخصائص التي تتميز بها انها قاعدة دولية ، فمن المعلوم ان السبب الرئيسي في ظهور القواعد الموضوعية حالة الضرورة التي استجوبتها حاجات التجارة الدولية ، فتطور الحياة الاقتصادية ونمو التجارة الدولية عبر الحدود ، ابرز الحاجة الى حلول موضوعية تلائم معطيات هذه التجارة ، فكانت الحاجة لما يسمى بالقانون التجاري الدولي في اطار العقود الدولية ذات العنصر الاجنبي ، يعمل على تجنب اختلافات القوانين الوطنية الذي يعيق هذه التجارة^(٤). وتعنى الاتفاقيات الدولية بتحديد معايير الدولية هذه ، لذا انصرفت الجهود الدولية الى هذا التنظيم فعقدت الكثير من الاتفاقيات منها اتفاقيات البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ و ١٩٩٤ والنقل الدولي مثل اتفاقيات بروكسل للنقل البحري لعام ١٩٢٤ و ١٩٢٦ و ١٩٥٢ والاوراق التجارية كمعاهدي جنيف سنتي ١٩٣٠ و ١٩٣١ بشأن الحوالة والسند الامر وتوحيد احكام الصك^(٥) واتفاقيات منظمة التجارة العالمية .

المطلب الثاني

دور القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني

في تحديد القانون واجب التطبيق

القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني تكون في صورتين الاولى قواعد موضوعية ذات اصل تشريعي والثانية قواعد ذات اصل قضائي^(٦) وتناولهما فيما يأتي :-

اولا : القواعد ذات الاصل التشريعي

^١ باسم سعيد يونس ، المصدر السابق ، ص ٦٢.
^٢ محمود محمود المغربي ، في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص ٦٤.
^٣ محمود محمود المغربي ، المصدر السابق ، ص ٦٤.
^٤ د. خليل ابراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ١٠٨. نقلا عن د. محمد عبد الله محمد المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١١٧ - ١٢٠.
^٥ سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي للإسناد التجاري ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٠.
^٦ احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢١ وما بعدها .

نجد ان بعض التشريعات الوطنية قد وضعت قواعد موضوعية ، استجابة لحاجات ومتطلبات العلاقات الخاصة الدولية في مجال العلاقات التجارية ، ويرى البعض^(١) ان قواعد القانون الدولي الخاص في شأن تنظيم مركز الاجانب تقدم المثل الواضح لتلك القواعد .

فمن التشريعات التي تصدرت لوضع تنظيم موضوعي شامل للعلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، قانون التجارة الدولية التشيكي الذي بدأ سريانه اعتبارا من اول نيسان ١٩٦٤ ، إذ وضع قواعد موضوعية تتولى تنظيم عقود التجارة الدولية ، رغبة منه في سن قواعد تتماشى مع الطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه العقود^(٢) على ان الاختلاف الواضح في العلاقات التي تنشأ في النطاق الداخلي للاقتصاد التشيكي من جهة ، والعلاقات الخارجية من جهة اخرى كانت هي المعيار الاساسي في وضع هذا التنظيم الموضوعي^(٣)، فالعلاقات والروابط الداخلية او الوطنية الصرفية يحكمها القانون المدني او الاقتصادي حسب الاحوال في حين الروابط والعلاقات ذات العنصر الاجنبي او العلاقات والروابط في مجال التجارة الخارجية فتحكمها قواعد خاصة بها تتمثل بالتشريع الذي اصدره المشرع التشيكي والذي يتمثل بثلاثة قوانين هي ، القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٦٣ الخاص بقواعد القانون الدولي والتنازع القضائي ، وقانون رقم (١٠١) لسنة ١٩٦٣ الخاص بالروابط القانونية في نطاق العلاقات التجارية الدولية وقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالتحكيم في العلاقات التجارية الدولية^(٤) .

ومن الامثلة كذلك التشريع الصادر عن المانيا الديمقراطية سابقا في ٥/شباط/ ١٩٧٦ ، الذي ينطوي على العديد من القواعد الموضوعية التي تخص العقود الدولية في ميدان التجارة ، والقانون الفيتنامي المتعلق بنقل التكنولوجيا الصادر في ٢٥/ كانون الاول / ٢٠٠١^(٥) ، وقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ وقانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٩٦ ومن الامثلة على دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ايضا (ذات المصدر التشريعي الداخلي) .

ما ورد في قانون التجارة المصري الجديد في مجال نقل التكنولوجيا رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ حيث وضع قواعد موضوعية تطبق مباشرة على هذا العقد مثل المادة (٧٢) ، والمادة (١٠/اولا) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل ، وهي قاعدة موضوعية تطبق على عقد الاستثمار بشكل مباشر ايضا .

^١ احمد عبد الحميد عشوش ، المصدر نفسه ، ص ٢١ .

^٢ احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢١ وما بعدها .

^٣ خليل ابراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ١١٤ .

^٤ خليل ابراهيم محمد خليل ، المرجع السابق ، ص ١١٢ ، نقلا عن ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص ٨٨ - ٨٩ .

^٥ وهذا القانون " LAWON TECHNOLOG TRANSFER " صدر في ٢٥/ كانون الاول / ٢٠٠١ منشور على شبكة الانترنت على الموقع <http://www.aluguen.com.Vn/dogs/04%20Law%transfer%202006.pdf>

وهذا يعني ان هناك تشريعات وطنية (داخلية) قد وضعت قواعد موضوعية تنطبق بشكل مباشر على العلاقة القانونية ذات الطرف الاجنبي في ميدان التجارة الدولية وتحدد القانون واجب التطبيق عليها .

والسؤال الذي يمكن ان يطرح هنا ، كيف يمكن لنا ان نربط هذا القول مع موضوع البحث ونقصد به القواعد الواردة في اتفاقيات منظمة التجارة العالمية ؟

وللإجابة على هذا السؤال نقول : ان هناك قواعد موضوعية يتولى المشرع الوطني بإصدارها التزاما منه بنصوص الاتفاقيات التي تم ابرامها بين دولته والدول الاخرى . ذات تطبيق مباشر على العلاقة ذات الطابع الدولي في مجال العلاقات التجارية ، ومنها مثلا ، المادة (٤) ^(١) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري ، التي جاءت تطبيقا لنص المادة (١) من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) ^(٢) وهي احدى اتفاقيات المنظمة . وكذلك نص المادة (٩) ^(٣) منه والتي جاءت تطبيقا للمدة التي حددتها المادة (٣٣) من نفس الاتفاقية .

ثانيا : القواعد ذات الاصل القضائي :

تبدو القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي وسيلة خاصة مرضية لتأمين الحلول في الروابط القانونية في انواع العلاقات عبر الدولية كلها ^(٤)، فهي تتميز مثل غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الموضوعي بكونها قد وضعت لتتماشى مع طبيعة الروابط الخاصة الدولية ، فقد شرعت استجابة للاعتبارات الدولية بالرغم من وطنية مصدرها ^(٥).

فالضرورات والحاجات العملية والواقعية الدولية تجعل القضاء يتدخل لايجاد قواعد موضوعية خاصة بالعلاقات التجارية الدولية وهو ما حصل في العديد من الاحكام التي قررت مبادئ للقانون الدولي للعقود واصبح لها طابع العموم ، وهذه العقود تتطلب قواعد خاصة لا تتماشى معها القواعد الوطنية . بمعنى اخر ان القضاء قد اوجد بعض القواعد الموضوعية التي تحكم العقود الدولية مباشرة دون النظر الى ما يشير اليه القانون الواجب تطبيقه بمقتضى قاعدة الاسناد ، حتى لو كان هذا القانون يأخذ بوجهة نظر مخالفة لذلك ^(٦).

^١ نصت على (... يكون لكل شخص طبيعي او اعتيادي من المصريين او من الاجانب ممن ينتمون او يتخذون مركز نشاط حقيقي او فعال لهم في احدى الدول او الكيانات الاعضاء في منظمة التجارة العالمية او التي تعامل جمهورية مصر العربية معاملة المثل الحق في التقدم بطلب براءة اختراع لمكتب براءات الاختراع وما يترتب على ذلك من حقوق طبقا لاحكام هذا القانون) . نقلا عن هيوا علي حسين ، التحكيم التجاري في اطار منظمة التجارة العالمية ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .

^٢ انضمت مصر الى منظمة (WTO) والاتفاقيات التي تضمنتها بقرار من رئيس الجمهورية برقم ٧٢ لسنة ١٩٩٥ المنشور في الجريدة الرسمية عدد (٢٤) في ١٥/٦/١٩٩٥ في حين مازال العراق عضوا مراقب في المنظمة ولم ينظم فعليا كأحد الاعضاء فيها .

^٣ حددت المادة (٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري ، مدة حماية براءة الاختراع بـ (٢٠) سنة تبدأ من تاريخ تقديم الطلب في مصر ، هيوا علي حسين ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ .

^٤ د. محمد عبد الله محمد المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٢٥٠ .

^٥ د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ٥٤٠ .

^٦ خليل ابراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

ويشترط لتطبيق هذه القواعد دولية الرابطة العقدية من جهة وتقع في نطاق العلاقات التجارية من جهة أخرى .

ومن الجدير بالذكر ان القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي قد اوجدها القضاء الفرنسي منذ بدايات القرن العشرين ، فقد اصدر عددا من الاحكام التي تقرر بعض القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص . ومنها القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢١ / يونيو / ١٩٥٠ بانه يمكن للأفراد الاتفاق على شرط الذهب حتى وان كانت القواعد الامرة في القانون الداخلي التطبيق على العقد تحظر هذا الشرط^(١) والقاعدة التي تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي الذي يتضمنه ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٧ / مايو / ١٩٦٣ في نزاع Gusset^(٢)، بانه في مسائل التحكيم الدولي ، فان شرط التحكيم وسواء ابرم منفصلا او كان يتضمنه العمل القانوني ، فانه يتصف بنوع من الاستقلالية والقانونية وهو ما نجده ايضا في القضاء الامريكي ، وذلك في الحكم الصادر في ١٢ يونيو ١٩٦٧ في نزاع Primo Paint corporation^(٣) ، وكذلك القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية التجارية الدولية على الرغم من الحضر الوارد في القانون الداخلي حيث قضت محكمة استئناف باريس في ١٣ / يونيو / ١٩٩٦ في النزاع الذي نشأ بين الشركة الايطالية (ICORI ESTERO) والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار (Kfricic) بذلك^(٤). وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢ / ايار / ١٩٦٦ (الدائرة المدنية بذات الشأن وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد اتجهت الى تطبيق قاعدة موضوعية مباشرة اجازت من خلالها التحكيم في المعاملات الدولية دون التوقف امام مسألة اهلية الدولة وهيئاتها لأبرام اتفاق التحكيم .

وبذلك نجد ان القواعد الموضوعية التي انشأها القضاء من خلال القضايا التي تم طرحها لها دور واضح في تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات التجارية ذات الصلة الدولية .

وتطبيقا لذلك يرى الباحث ان المشرع الدولي في كثير من الاتفاقيات الدولية قد اخذ بهذه القواعد الموضوعية ومنها اتفاقية منظمة التجارة العالمية (WTO) إذ اقر العمل بالقاعدة الموضوعية المتعلقة بخضوع الدولة للتحكيم في العلاقات التجارية الدولية من خلال تطبيق الملحق رقم (٢) للاتفاقية (وثيقة التفاهم بشأن تسوية المنازعات) .

ومن الجدير بالذكر ان القضاء المصري قد اصدر بعض القرارات التي انشأت قواعد موضوعية ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بشأن تطبيق المعاهدات الدولية بانه (من المقرر ان قواعد القانون الدولي - ومصر عضو في المجتمع الدولي تعترف بقيامة - تعد مندمجة في القانون الداخلي دون حاجة

^١ لمزيد من الاطلاع انظر ، د. احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٤٦ وما بعدها .

^٢ د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ٥٤٥ .

^٣ نقلا عن د. احمد عبد الحميد عشوش ، المصدر السابق ، ص ٤٢ .

^٤ لمزيد من الاطلاع انظر د. مراد محمود المواجهة ، التحكيم في عقود التجارة الدولية ذات الطابع الدولي ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ وما بعدها .

الى اجراء تشريعي فيلزم القاضي المصري بأعمالها فيما يعرض عليه من مسائل تتناولها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلي طالما انه لا يترتب على هذا التطبيق اخلال بنصوصه^(١).
غير ان الباحث لم يجد في اروقة القضاء العراقي أي قرار بهذا الشأن والسبب في ذلك ربما يعود لخلوه من تطبيقات للقواعد ذات التطبيق الضروري^(٢).

المطلب الثالث

دور القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي

في تحديد القانون واجب التطبيق

القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي نجدها في الاتفاقيات الدولية او في المبادئ العامة للقانون او في الاعراف التجارية او ما يطلق عليه القواعد العرفية وهي مصادر عدها الفقهاء مصادر القانون التجارة الدولية "Lex Mercatoria"^(٣) ، ويختلف دور هذه القواعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبعاً لمصدرها فقد اعتبر جانب من الفقه^(٤) ان الاتفاقيات الدولية هي مصادر رئيسية لهذه القواعد في حين تكون المبادئ العامة والاعراف التجارية مصادر ثانوية ولأجل الوقوف على دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق في اطار منظمة التجارة العالمية نبين ذلك وكالتالي :-

اولاً : الاتفاقيات الدولية

اوجدت الاتفاقيات الدولية قواعد موضوعية في مجالات مختلفة تتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية، غير ان ميدانها الخصب نجده في مسائل التجارة الدولية كالاتفاقيات المتعلقة بالأوراق التجارية والملكية الفكرية وغيرها ، وبالرغم من ان القواعد الموضوعية التي تصوغها المعاهدات الجماعية ذات اثر محدود بالنسبة لتوحيد القوانين وان القواعد الموضوعية التي تحملها المعاهدات الثنائية تتميز بندرتها وعدم اسهامها اسهاماً يذكر في هذا المجال (توحيد القوانين)^(٥)، فان الدول تجد في كثير من الاحيان ان في ابرام هذه الاتفاقيات وسيلة مفضلة في حل مشكلات تنازع القوانين وتطبيقاً لذلك نجد ان القضاء الفرنسي قد اشار لبعض القواعد التي تضمنتها معاهدات لم يتم التصديق عليها كأساس للحلول التي يقدمها لبعض المنازعات^(٦)، علاوة على خلق بعض المعاهدات لقواعد موضوعية موحدة تطبق في جميع العلاقات الداخلية والدولية بطبيعتها الخاصة ومنها معاهدة جنيف ١٩٣٠ في شأن القانون واجب التطبيق على الشيك والاوراق التجارية^(٧) ، وبموجب هذه الاتفاقية تعهدت الدول الموقعة عليها بامرين الاول تطبيقها في العلاقات الدولية والثاني تعديل قوانينها الداخلية بالشكل الذي يجعلها متفقة مع احكام الاتفاقية^(٨).

^١ د. السيد عبد المنعم المراكبي ، التجارة الدولية وسيادة الدولة ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٩١.

^٢ خليل ابراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥.

^٣ خليل ابراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ١١١.

^٤ هبوا علي حسين، التحكيم التجاري في اطار منظمة التجارة العالمية ، مصدر سابق ، ص ٩٩.

^٥ د. احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٢٤.

^٦ حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١٩/مايو/١٩٦٣ ، Clunet ، 1966 ، ص ١١٧ ، منقول عن د. احمد عبد الحميد عشوش ، المصدر السابق ، ص ٢٥.

^٧ لاتفاقية منشورة على الموقع الاتي :

اما في نطاق البحث وبالتحديد في (WTO) فاننا نجد ان القواعد الموضوعية في الاتفاقيات المشمولة تلعب الدور الرئيسي في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، فالقانون الموضوعي يتركز اساسا في الاتفاقيات المشمولة لأنها تشكل الأجزاء الأساسية في انشاء نظام التجارة متعددة الاطراف وينحصر دور المحكم فيها على التطبيق السليم لنصوص واحكام هذه الاتفاقيات (مثل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية IRIPS ، واتفاقية التجارة في الخدمات GATS واتفاقية مكافحة الاغراق ...) تحقيقا للغاية الأساسية من ابرامها المتمثلة بتحرير التجارة وازالة جميع مظاهر التمييز في التجارة الدولية^(٢) ومن هذه القواعد مثلا ما نصت عليه المادة (٣٣) من اتفاقية TRIPS آنفة الذكر والتي حددت مدة حماية براءة الاختراع بـ (٢٠) سنة ، والمادة (٥٠) من نفس الاتفاقية الذي خول الاعضاء فيه اتخاذ تدابير فورية وفعالة للحيلولة دون حدوث تعد على حق من حقوق الملكية ، والمادة (١/١٦) من اتفاقية (GATS) بخصوص معاملة الدولة الاكثر رعاية لمقدمي الخدمات من باقي الدول الاعضاء في المنظمة ، والمادة (٢/٢) من اتفاقية مكافحة الاغراق بخصوص اعتماد اسعار دولة المنشأ^(٣).

ثانيا : المبادئ العامة للقانون

يستعين المحكم بمبادئ القانون التي تعتبر عاملا مشتركا بالنسبة لمعظم الانظمة القانونية ، وقوام هذه المبادئ انها تركز الى حسن النية في التعامل وتعويض الضرر وغير ذلك^(٤). ويقصد بها تلك المبادئ المشتركة بين النظم القانونية ، يستخلصها القاضي او المحكم عندما تستند العلاقة اليه كقانون واجب التطبيق^(٥) ويلجأ قضاء التحكيم الى الاستعانة بها لتطبيقها تطبيقا مباشرا على المسائل التي لم تستقر في شأنها عادات التجارة الدولية واعرافها^(٦). واستخدمت هيئات التحكيم مصطلحات من هذا القبيل مثل المبادئ المشتركة في الامم المتحدة او الامم المتحدة ، كما استعملت هذه المصطلحات في الاتفاقيات الدولية بل والمحت الى تطبيقها صراحة على المنازعات المطروحة على التحكيم الدولي مثل اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار وذلك في المادة (٤٢) منها^(٧). حيث بينت جوانب التكامل بين القوانين الوطنية للدول

Convention providing a uniform Law for Bills of Exchange and promissory Notes (Geneva , 1930) The League of Nations <http://www.jus.uio.no/English/services/library/treaties/aq/q-03/law-cheques.xml>

^١ د. عبد المنعم البدر اوي ، توحيد القانون الخاص ، سلسلة الكتب القانونية ، من دون دار نشر ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٨ ، ص ٩٣ - ٩٤.

^٢ لتفصيل اكثر انظر هيو علي حسين ، التحكيم التجاري في اطار منظمة التجارة العالمية ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ - ١٢٦.

^٣ والتي نصت على (يتحدد هامش الاغراق بالمقارنة بسعر مقابل لمنهج مشابه عند تصويره ليد ثالث مناسب ، بشرط ان يكون هذا السعر معبرا للواقع ...) .

^٤ د. محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، مصدر سابق ، ص ٣٩٣.

^٥ د. صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنزع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٤٦.

^٦ خليل ابراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ١٢١.

^٧ د. حسن المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٨.

المضيفة للاستثمار بما فيها قواعد التنازع ، ومبادئ القانون الدولي ، عندما نصت على ان ((تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفي النزاع ، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد ، فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة الى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع)) .

ويساعد هذا النظام القانوني المرن ، على تخطي الصعوبات التي تنتج عن وجود ثغرات او منازعات في القانون الوطني للدولة وخاصة في مجال الاستثمار والعلاقات التجارية وكذلك في القانون الدولي المتمثل بالاتفاقيات الدولية . وذلك اثناء الحكم الفاصل في النزاع .

ومن الامثلة المشهورة لهذه المبادئ ، مبدأ الحقوق المكتسبة ، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق وعدم جواز الاثراء على حساب الغير ، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ومبدأ عدم قبول الادعاء بما يتعارض مع الاقرار ، ومبدأ حسن النية ، وغيرها^(١).

وتسمح بعض القوانين^(٢) بتطبيق قواعد مستمدة من المبادئ العامة في القانون فضلاً عن العادات والاعراف التجارية. وقد اشارت الى مبادئ القانون الدولي المادة ٣٨ من نظام المحكمة الدولية للعدل وذكرت مبادئ عدة منها، مبدأ الحقوق المكتسبة وغيرها .

وفي اطار منظمة التجارة العالمية يرى البعض الى ان قواعد القانون الدولي العام التي لم ينص عليها صراحة في اتفاقية انشاء المنظمة والاتفاقيات الملحق بها لا تلعب أي دور فيها وعلى كون ذلك ان اطراف هذه الاتفاقيات كان واجب عليهم ان يضمنوها تلك القواعد صراحة وفق ارادتهم الصريحة ، وفي حال لم يفعلوا فانه يفترض ان تلك القواعد قد استعيدت من تلك الاتفاقيات^(٣).

وعلى العكس من ذلك نجد ان الفرق التحكيمية وجهاز الاستئناف في (WTO) قد اشار الى عدد كبير من قواعد القانون الدولي العام التي لم ينص عليها صراحة في تلك الاتفاقيات ، فقد طبق مبدأ حسن النية في تنفيذ الاتفاقيات والمبادئ المتعلقة بالغلط في المعاهدات معتمداً على القواعد العرفية في القانون الدولي العام وذلك في قضية

(Korea – Measures Affecting The Government procurement) آفة الذكر وكذلك اتجهت الفرق التحكيمية في (WTO) الى تطبيق المبادئ العامة في بعض المنازعات المعروضة عليها . فقد طبقت مبدأ وجوب تناسب التدبير المتخذ رداً على التدبير المخالف ، وكذلك وجوب تفسير الاستثناء الوارد على الاصل العام تفسيراً حقيقياً في قضية

(Canada – Import Restriction on The Ice Gream and Yoghurt)^(٤)

^١ انظر ، طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ٨٥ – ٨٨ .

^٢ المادة ٤٧٤ و ٤٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي، والمادة ٣٩/١ و ٢ من قانون التحكيم المصري، عن د. حسن المصري ، مصدر سابق ، ص ٣٧٨ . والمادة (٣٠) من القانون المدني العراقي .

^٣ DR. Joost Pauwelyn : The Role of public International . Law in the WTO , P.4

^٤ هيو علي حسين ، مصدر سابق ، ص ١٣٢ .

وبذلك يتبين لنا ان القواعد الموضوعية التي تنشأها الاتفاقيات ليست هي وحدها التي تشكل القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بل ان المبادئ العامة للقانون غير المنصوص عليها في تلك الاتفاقيات هي الاخرى تكون واجبة التطبيق ويمكن ان تلعب دورا مكملا ومساعد في سد الكثير من النواقص التي يستعصي ايجاد حل لها في تلك الاتفاقيات باعتبار ان تلك الاتفاقيات تخضع للقواعد العرفية في ابرام وتفسير المعاهدات الدولية ، الامر الذي يسوغ معه الرجوع الى المبادئ العامة في القانون لإيجاد حلول لمسائل لم تنظمها الاتفاقيات المشمولة في (WTO) في حدود عدم التعارض .

ثالثا : الاعراف التجارية (القواعد العرفية)

وتتمثل بالقواعد الموضوعية التي درج المتعاملون في ميدان التجارة الدولية على اتباعها ، وتجد مصدرها في العادات والاعراف المهنية والسوابق القضائية نتيجة الجهد الانشائي لقضاء التحكيم والذي يقوم بدور فاعل في ايجادها ، وتستجيب الى متطلبات التجارة الدولية في صورها المختلفة المتعلقة بالقانون الخاص ، وتأتي القوة الالزامية لها من شعور مجموع التجار بالالتزام بها داخل النطاق الذي تغطيه^(١).

ويرى البعض ان الاعراف التجارية السائدة في الاسواق الدولية تعد من القواعد الموضوعية التي وضعت خصيصا لتنظيم عقود التجارة الدولية مما يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا ودون الحاجة الى منهج التنازع^(٢) .

كما ان بعض اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي قد حرصت على الاشارة الى العادات والاعراف التجارية باعتبارها من مصادر القواعد الموضوعية التي يجب على المحكم مراعاتها عند الفصل في النزاع ومنها المادة (٧) من الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي عام ١٩٦١^(٣) وينبغي ان لا يفهم من ذلك ان اتفاقيات التجارة الدولية هي اعراف او قواعد عرفية تجارية غير انها مصدر مهم من مصادر تشريع هذه الاتفاقيات من وجب رأينا .

غير ان الامر يختلف في اتفاقية (WTO) على الرغم من ان مذكرة التفاهم قد نصت على ان تفسير اتفاقيات (WTO) ينبغي ان يتم وفقا للقواعد العرفية في القانون الدولي العام الا ان البعض يرى ان دور العرف في هذه الاتفاقيات سيكون قليلا ، والسبب في ذلك يعود الى ان تلك الاتفاقيات تتسم بانها اتفاقيات تجارية ترتبط مباشرة وتؤثر على اقتصاديات الدول الاعضاء ، فهي اتفاقيات دولية شائعة تولد حقوقا والتزامات على الدول الاعضاء ، لذلك فان هذه الدول كانت حريصة على تفهم ابعاد كل نص من نصوصها .

^١ د. منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص ٣٦ - ٣٧ .

^٢ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ٥٧٢ .

^٣ د. حسنى المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص ٣٦٥ .

كما ان استغراق مفاوضات جولة اورغواي مدة ثماني سنوات لم يأتي الا في سياق حرص هذه الدول على معرفة وتفهم طبيعة وحدود التزاماتهم المقررة بموجب الاتفاقيات المشمولة . وهو ما قد تعجز عن تحقيقه الاعراف التجارية^(١).

غير اننا نرى ان صياغة هذا النص يشير الى دور تكاملي بين هذه الاعراف التجارية وبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بموجب القواعد الواردة في الاتفاقية ويمكن ان تلعب دورا مكملا في سد النقص الذي قد يشوب هذه القواعد باعتبار ان تلك الاتفاقيات تخضع للقواعد العرفية في ابرامها ، الامر الذي يسوغ معه الرجوع الى تلك القواعد لإيجاد حلول لمسائل لم تنظمها الاتفاقيات المشمولة وفي حدود عدم التعارض ، حيث رفض فريق التحكيم في قضية (Now – Violation) الزعم بانه لا مجال لتطبيق القواعد العرفية في اطار نظام تسوية المنازعات في (WTO) الا فيما يتعلق بتفسير نصوص نظام تسوية المنازعات ونصوص الاتفاقيات المشمولة واكد على (ان التعويض عن هذه الحالة كما هي مُطَوَّرَة في نظام (WTO) لا يمكن النظر اليه بمعزل عن القواعد العرفية تلك القواعد التي تنظم العلاقات الاقتصادية بين الدول الاعضاء في (WTO) والتي تصبح واجبة التطبيق في الحدود التي لم تخرج فيها اتفاقيات (WTO) عنها بمعنى انها تبدأ بالانطباق حيث تتوقف تلك الاتفاقيات عن التطبيق)^(٢).

غاية ما في الامر ان القواعد العرفية هي قواعد تكميلية او احتياطية حيث نجد ان فريق التحكيم يتجه اولا الى تطبيق القواعد الموضوعية الواردة في الاتفاقية (WTO) والاتفاقيات المشمولة ، مع اعطاء دور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في بعض الحالات بموجب قاعدة اسناد ، ولا خلاف في ان الاعراف التجارية الدولية لا تطبق الا بما لا يتعارض مع القانون الواجب التطبيق ، أي بمعنى اخر ان الاتفاقية لا توجب على فريق التحكيم تطبيقها وانما اوجبت عليه فقط مراعاة الاعراف التجارية^(٣).

هذا من جانب ومن جانب اخر ان تطبيق المحكم الدولي لهذه الاعراف يجب ان يكون مقيدا بالنطاق القانوني الذي يجوز فيه هذا التطبيق ، وهو النطاق الذي يتحدد وفقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية في المرتبة من حيث قوتها الملزمة^(٤)، فاذا ما وجدت اتفاقية دولية يخضع لها موضوع النزاع قدمت نصوصها على سواها وهكذا.

بمعنى اخر وبشكل عام ولغرض توضيح فكرة مبدأ تدرج القواعد القانونية ، فان المحكم الدولي في المنازعات ذات الطابع التجاري يلتزم بان يطبق على موضوع النزاع القانون الذي اتفق عليه الاطراف (قانون الإرادة) ، وفي حال عدم الاتفاق فعليه تطبيق القواعد الموضوعية في القانون التي يراها اكثر اتصالا بالنزاع ، فان وجد ان قواعد القانون واجب التطبيق غير كافية او يشوبها الغموض كان له حينئذ

^١ هيو علي حسين ، مصدر سابق ، ص ١٣٣.

^٢ الفقرة (٩٣/٧) من تقرير فريق التحكيم في تلك القضية بالوثيقة المرقمة بـ (WT/Doc/DS163/R) مصدر سابق .

^٣ هيو علي حسين ، مصدر سابق ، ص ١٣٠.

^٤ حسنى المصري ، مصدر سابق ، ص ٣٧٥.

تطبيق الاعراف التجارية كمصدر مساعد او احتياطي مكمل يساعده في اختيار الحل المناسب للنزاع وهو رأي يؤيده ما ورد في نص المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري ونص المادة (١٤٩٦) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي ، علما اننا لم نجد نص مماثل في القانون العراقي لعدم وجود قانون تحكيم تجاري ، ومن الاحكام القضائية بهذا الشأن ، قرار هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية^(١) بشأن نزاع بين بائع من تكساس واحدى الوزارات السورية لم ينص الاطراف بشأنه على القانون واجب التطبيق ، فرأت الهيئة بان المنازعة تتمتع بالطابع التجاري ويجوز حسمها في ضوء احكام الاعراف التجارية الدولية دون الحاجة الى الاسناد لقانون معين .

نستنتج من ذلك ان دور القواعد الموضوعية العرفية في تحديد القانون الواجب التطبيق في نطاق التحكيم في منظمة التجارة العالمية يكون تكميلي وذلك لوجود النصوص القانونية واجبة التطبيق في الاتفاقية يأتي بعدها دور قانون الإرادة وهكذا .

الخاتمة

اولا : النتائج

١. لعل من ابرز سمات هذا النظام ، غلبة الوسائل القانونية (التحكيم) في تسوية المنازعات ، وتفعيل الاحكام التي يتم بموجبها تفعيل القواعد الاجرائية ، مع اعطاء دور مهم للوسائل الودية ، مما جعله يستجيب اكثر من غيره لمتطلبات العلاقات الدولية الخاصة في مجال التجارة الدولية إذ نرى ان التحكيم في اطار المنظمة يقدم نموذجا مماثلا للتحكيم التجاري في اطار العلاقات الخاصة من حيث المفهوم والمضمون غير انه يتميز عنه من حيث التنظيم والية اصدار القرار التحكيم وحرية اطراف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع واجراءات النزاع وكذلك تنفيذ قرار التحكيم .

٢. يحتل القانون الواجب التطبيق سواء على اجراءات النزاع او على موضوعه في اطار العلاقات الدولية الخاصة أهمية كبيرة للطرفين المتنازعين ، لذا فانهم يملكان حرية كبيرة في الاتفاق عليه لاسيما انه لا يوجد قانون معين يرغمها على اتباع قواعد معينة وبالتالي فان قانون الإرادة يكون له الدور الرئيسي في تعيين ذلك القانون ، اما في التحكيم في اطار منظمة (WTO) فالأمر مختلف ، ذلك ان القانون الموضوعي يتركز اساسا في الاتفاقيات المشمولة بمعنى ان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القواعد الموضوعية الواردة في اتفاقية المنظمة والاتفاقيات المشمولة اضافة الى القواعد الموضوعية الواردة في المبادئ العامة للقانون الدولي والاعراف التجارية باعتبارها قواعد تكميلية او احتياطية لإيجاد حلول لمسائل لم تنظمها هذه الاتفاقيات في حدود عدم التعارض مع هذه الاتفاقيات .

^١ القرار رقم ٤٣٣٨ في عام ١٩٨٤ ، نقلا عن خليل ابراهيم محمد، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

غير انه ينبغي ان لا يفهم من ذلك عدم اعطاء أي دور للإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق فقد اعطت الاتفاقية للإرادة دور ولكن بشكل ضيق بموجب قاعدة اسناد .

وفيما يخص القانون الاجرائي فالأمر لا يختلف في شيء عن القانون الموضوعي حيث تتضاءل حرية الاطراف في اختياره وذلك يعود للولاية الجبرية بجهاز تسوية المنازعات التي تحتم خضوع الطرفين المتنازعين للقواعد والاجراءات الواردة فيه .

٣. الامر لا يختلف كثيرا بالنسبة لدور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق حيث وجد الباحث ان المحكم في تحكيم (WTO) لا يملك الحرية ولا يستطيع القيام بالدور الموكل للمحكم في التحكيم التجاري في العلاقات الخاصة للأسباب التالية :

أ. ان هذا الدور يستند على عدة مؤشرات عامة وخاصة منها مكان ابرام العقد ومكان تنفيذه واللغة المستخدمة في ابرامه في حين ان هذه المؤشرات لا دور لها هنا .

ب. ان دور المحكم هو دور احتياطي لا يبرز الا عند عدم تعين الطرفين للقانون الواجب التطبيق ، وفي نظام (WTO) فان هذا القانون قد تعين سلفا بقواعد الاتفاقيات المشمولة .

غير انه يجب ان لا يفهم من ذلك ان لا دور للمحكم مطلقا في تحديد هذا القانون ، حيث وجد الباحث ان السلطة التقديرية للمحكم في ضوء مقتضيات المادة (١/٧) منحتة هذا الحق .

٤. فيما يتعلق بالقانون العراقي وجد الباحث ان هناك تناقض واضح في موقف الدولة العراقية قبل عام ٢٠٠٣ فيما يتعلق بموضوع التحكيم التجاري الدولي بين رفض مبدئي له من جهة وممارسته في الواقع من جهة اخرى . فقد نص قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٤) لسنة ١٩٩٠ النافذ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية عدد (٣٣٢٦) في ١٩٩٠/٩/٢٤ على حظر التحكيم والقرارات التي تصدر عن هيئات التحكيم الدولية حماية للأموال والحقوق العراقية داخل العراق وخارجه ، في حين وافق على اجراء التحكيم في قضية قصر المؤتمرات آنفة الذكر .

غير ان هذا التناقض قد شهد بعض التغير بعد عام ٢٠٠٣ تحت تأثير تغير النظام السياسي من جهة والتحول نحو سياسة اقتصاد السوق من جهة اخرى حيث اجاز قانون الاستثمار العراقي الصادر في عام ٢٠٠٦ اللجوء الى التحكيم الدولي لحل المنازعات التجارية ذات العنصر الاجنبي . ولكن يبقى التشريع العراقي يعاني النقص الشديد في هذا المجال وخاصةً افتقاره الى قانون ينظم التحكيم التجاري الدولي اسوةً بباقي الدول العربية كمصر والاردن .

ان التناقض الوارد آنفاً يؤثر سلباً على انضمام العراق الى المنظمة عليه تقتضي معالجته

ثانياً : التوصيات

١. ندعو المشرع العراقي الى مواكبة التطورات التي تحصل في مجال الاختصاص التشريعي في تسوية المنازعات التي تحصل في نطاق التجارة الدولية من خلال متابعة الاتفاقيات الدولية التي تبرم في

مجالات القانون الخاص ، والتي تضع قواعد قانونية موضوعية تعالج مسائل وعلاقات التجارة الدولية ، والانضمام اليها والتصديق عليها ومنها اتفاقية منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات المنظوية داخلها ، لان هذه الاتفاقيات يعدها خبراء متخصصون في هذه المجالات وهي حسيطة دراسات ومقارنات بالنظم القانونية الوطنية والدولية المختلفة .

٢. ندعو المشرع العراقي الى تشريع قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي على غرار ما فعلته التشريعات الحديثة في هذا المجال، ويمكن الاستفادة من نماذج القوانين التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري (الاونسترال) . على ان يكون منسجما مع ما ورد في اتفاقيات منظمة التجارة العالمية ، حتى لا يقع في مشكلة التنازع في حال انضمام العراق الى المنظمة خاصة وان هناك مشروع قانون معروض على مجلس النواب العراقي الموقر نأمل في سرعة اقراره .

٣. نوصي المشرع العراقي بتعديل قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ وذلك بالنص على الوسائل الودية في حل المنازعات التي تحصل في مجال الاستثمار قبل اللجوء الى الوسائل الاخرى اسوة بقانون الاستثمار في اقليم كردستان لما لها من أهمية في تطوير وجذب الاستثمارات . وانسجاما مع آلية تسوية المنازعات في المنظمة .

٤. الغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٤) لسنة ١٩٩٠ الذي ينص على حظر التحكيم والقرارات التي تصدر من هيئات التحكيم الدولية ، وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٧٧٤) لسنة ١٩٧١ الذي ينص على حظر استيراد المكائن والآلات الزراعية كافة والمماثلة للمكائن التي تنتجها الشركة العامة للصناعات الميكانيكية، والقرار المرقم (٩٧٥) لسنة ١٩٧٢ الصادر من مجلس قيادة الثورة المنحل ايضا والمتضمن عدم الالتزام بالمعاهدات الدولية التي لم يكن العراق طرفا فيها وكذلك تعديل قانون المعاهدات العراقي رقم (١١) لسنة ١٩٧٩ ، كونها تتعارض مع نصوص اتفاقية منظمة التجارة العالمية من جهة وان المشرع العراقي في امر المفوضية العراقية للاتصالات والاعلام رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ نص على الالتزام بنصوص اتفاقية (الجاتس) وهي احدى اتفاقيات المنظمة . من جهة اخرى .

٥. يستلزم لانضمام العراق الى المنظمة الغاء قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ وبالإمكان الرجوع الى قانون رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ وذلك لان القانون الحالي يضيق من نطاق الاعمال التجارية ويحصرها بقائمة من الاعمال علاوة على خلوه من احكام كثيرة كالأحكام المتعلقة بتنظيم المنافسة غير المشروعة والتحكيم التجاري وغيرها . مما يترتب عليه عدم الانسجام مع نصوص اتفاقيات المنظمة في مجال العلاقات الدولية الخاصة .

المصادر

• أولاً : المصادر العربية

أ. الكتب :

١. احمد عبد الحميد عشوش ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٨٩.
٢. د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجاً ، الطبعة الاولى ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٦ .
٣. د. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨١.
٤. د. السيد عبد المنعم المراكبي ، التجارة الدولية وسيادة الدولة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥.
٥. د. اكرم فاضل سعيد ، المعين في دراسة النظام القانوني لمؤسسات وأنشطة منظمة التجارة العالمية ، بغداد ، دار السنهوري ، الطبعة الاولى ، سنة ٢٠١٤.
٦. امين رجا رشيد دواس ، تنازع القوانين في فلسطين ، دراسة مقارنة ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠١.
٧. د. حسنى المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦.
٨. د. سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، تطور طرق حل النزاعات الخاصة الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان .
٩. د. صلاح الدين جمال الدين ، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٦.
١٠. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٥.
١١. د. عبد الرسول عبد الرضا جابر ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، العراق ، ٢٠١٣.
١٢. د. عبد المنعم البدرابي ، توحيد القانون الخاص ، سلسلة الكتب القانونية ، من دون دار نشر ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٨.
١٣. د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٣.
١٤. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٢.
١٥. د. فؤاد رياض ، ود. سامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠.

١٦. لما احمد كوجان ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، بدون سنة طبع .
 ١٧. د. محمد الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الاول ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، عمان ، دار الثقافة للنشر ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٨.
 ١٨. د. محمد عبد الله محمد المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٩٨
 ١٩. محمد حمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤.
 ٢٠. محمود محمود المغربي ، في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠٧.
 ٢١. مراد محمود المواجده ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٠.
 ٢٢. منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٥.
 ٢٣. د. مهند احمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠١.
 ٢٤. د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٣.
 ٢٥. ياس الحويش ، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العالمية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٠.
- ب. البحوث والمقالات (الدوريات) :**
١. ابراهيم احمد ابراهيم ، بعض المشاكل العملية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات القضايا التحكيمية ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، عدد (٢) ، ٢٠٠٠.
 ٢. احمد السمدان ، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة (١٧) ، العدد ١٢٥١ ، ١٩٩٣.
- الرسائل والاطاريح الجامعية :**
١. الهام عزام وحيد ، التحكيم التجاري الدولي في اطار منهج التنازع ، رسالة ماجستير تقدم بها الى كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، ٢٠٠٩.
 ٢. باسم سعيد يونس ، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٨.

٣. خليل ابراهيم محمد ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠١٢.

٤. طلال ياسين العيسى ، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦.

٥. هيو علي حسين ، التحكيم التجاري في اطار منظمة التجارة العالمية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٧.

القوانين والانظمة :

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .

٢. قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

٣. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل .

٤. قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

٥. قانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٩٦ منشور على الموقع [http : // www . legislation . gov . uk / ukpga / 199c / 23 / part/I](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/199c/23/part/I).

٦. قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم (٨٠) لسنة ١٩٨١ NEW CIVIL PROCEDURE CODE (NCPC) مأخوذ من [http : // 195. 83. 177.9 / op1 / pdf / code 39](http://195.83.177.9/op1/pdf/code39) .

ج. الاتفاقيات والانظمة :

١. اتفاقية مراكز المنشئة لمنظمة التجارة العالمية (WTO) والمؤرخة في ١٥ / نيسان (ابريل) لعام ١٩٩٤ التي دخلت حيز النفاذ منذ ١ / ١ / ١٩٩٥ .

٢. اتفاقية التفاهم بشأن القواعد والاجراءات التي تحكم المنازعات understanding on Rules and procedures Governing the settlement of Dispute (DSU) . المندرجة ضمن اتفاقية مراكز المنشئة لمنظمة التجارة العالمية .

ثانيا : المصادر الالكترونية :

١. تقرير فريق التحكيم في الوثيقة المرقمة (WT / Doc. / Ds 1631 / R) في (١٩ / حزيران / ٢٠٠٠) مأخوذ من العنوان الالكتروني [http : // www. WTo . org / english / << http : // www. WTo . org / english / tratope – e / dispa – e / cases – e / ds 163 – e. htm >>](http://www.WTo.org/english/tratope-e/dispa-e/cases-e/ds163-e.htm)

٢. الموقع الالكتروني لمنظمة التجارة العالمية [http : // www. WTo arab . org / site – content . aspx ? page – key = the – general . secretariat & lang = ar](http://www.WTo-arab.org/site-content.aspx?page-key=the-general-secretariat&lang=ar) .

المصادر باللغة الانكليزية

1. Goldman , B. , Gontemporarg problems in International commercial Arbitration Julian D.M. Lew (ed) . 1986.

٢. Dr . Joost pauwelyr . The Role of public International . Law in the WTo .