جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء

كلية القانون

القسم الخاص

القواعد الموضوعية ودورها في الحد من تنازع القوانين

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة

محمد مهدي كاظم

بإشراف

الأستاذ الدكتور

غسان عبيد محمد المعموري

٢٠٢٣م ١٤٤٤هـ

إقرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـ (القواعد الموضوعية ودورها في الحد من تنازع القوانين "دراسة مقارنة") المقدمة من قبل الطالب **(محمد مهدي كاظم)** الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت اشرافي ورشحتها للمناقشة .

التوقيع :

الاسم : أ.د غسان عبيد محمد

الدرجة العلمية : أستاذ دكتور

الاختصاص : القانون الدولي الخاص

جامعة كربلاء - كلية القانون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(إقرار الخبير اللُّغويّ)

أشهد أن رسالة طالب الماجستير (محمد مهدي كاظم) الموسومة بـ (القواعد الموضوعية ودورها في الحد من تنازع القوانين – دراسة مقارنة) تمّت مراجعتها لغويّاً، وتصحيح ما فيها من أخطاء نحويّة وإملائيّة وأُسلوبيّة، وقد أصبحت سليمة سلامة تامّة تؤهّلها للمناقشة.

التَّوقيع

م. د. راضي ياسر عبد الرضا

كلِّيَّة الإمام الكاظم (ع) للعلوم الإسلاميّة الجامعة

التَّاريخ: ٢ / ١٠ / 2022 م

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة بإننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ(القواعد الموضوعية ودورها في الحد من تنازع القوانين "دراسة مقارنة")،وناقشنا الطالب (محمد مهدي كاظم) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (صبر عالى).

التوقيع :

الاسم: أ.د. حسن علي كاظم

(رئيساً)

التاريخ: / / 2023

التوقيع :

الاسم: أ.د. محمد حسناوي شويع

(عضواً)

التاريخ: / / 2023

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. رحيم عبيد عطية

(عضواً)

التاريخ: / / 2023

التوقيع :

الاسم: أ.د. غسان عبيد محمد

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2023

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٩٩/ ١ / 2023

بسم الله الرحمن الرحيم

وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ
وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ
الْعَلِيمُ

صدق الله العلي العظيم
سورة البقرة، الآية ١٢٧

الإهداء

إلـــــــــى ... مصباح الهدى وسفينة النجاة سيدي ومولاي أبي عبد الله الحسين وأخيه قمر العشيرة أبي الفضل العباس سلام الله عليهما.

إلـــــــــى ... من جعل الله الجنة تحت قدميها الى ساكنة حدقات العيون الى من لها الفضل بوجودي الى والدتي العزيزة أطال الله في عمرها.

إلـــــــــى ... من ارتوت من دمائه أرض العراق الطاهرة إلى صاحب الفضل علي حيًا وميتًا الذي نال شرف الشهادة على يد التكفير والطغيان إلى والدي رحمة الله عليه.

إلـــــــــى ... من بهم أستمد قوتي وإصراري إلى من شاركني حجر أمي الى إخواني وأخواتي حفظهم الله تعالى.

أهدي هذا الجهد عرفنًا بالجميل

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله حمدًا صدع فلمع وعلى فأرتفع أحمده وله الحمد على كل النعم التي أنعم بها علي، وأحمده على ما أعان جل أسمه في تذليل الصعاب وتيسير الأمور وصلى الله على خير خلقه محمد واله الطيبين الطاهرين

بلسان عاجز عن الشكر ومعترف بالفضل والعرفان، أتقدم بالشكر والامتنان الى أستاذي والمشرف على رسالتي الدكتور غسان عبيد محمد المعموري، شكراً خالصاً من صميم قلبي على قبوله الإشراف على هذه الرسالة وتحمله أعباء قراءة الرسالة ورحابة صدره في إبداء الملاحظات القيمة والسديدة، فقد أعطاني من وقته الكثير ولم يبخل علي بنصح أو إرشاد، فقد أرشدني إلى الإطلاع على المصادر القانونية الحديثة، وهو لم يكن مشرفاً فقط بل كان أخاً جعلني أحب الدراسة في مجال القانون الدولي الخاص، وقد كان لفيض علمه وعظيم توجيهاته وكثرة خبرته ما أعانني على إكمال الرسالة، فله مني كل الشكر والامتنان داعيًا الله تعالى أن يوفقه لكل خير، وأتمنى له حياة سعيدة، وعطاءً مستمرًا، وعمرًا مديدًا بالخير والعافية .

كذلك أتقدم بالشكر إلى عمادة كلية القانون جامعة كربلاء، لما قدمته لي من النصح والإرشاد والتوجيه الذي كان الأثر في إتمام رسالتي .

كذلك أتقدم بالشكر والعرفان الى لجنة المناقشة لقبولها مناقشة رسالتي وإلى كل من قدم لي النصح أو ساعدني بمصدر أو مرجع، وأسأل الله العلي القدير أن يجزيهم عني خيرا .

كذلك أتقدم بالشكر الى كل من علمني على الخصوص أساتذتي في المرحلة التحضيرية؛ لما بذلوه من جهد في مسيرتي العلمية وفقهم الله لكل خير.

وأخيرًا أتقدم بالشكر الى جميع موظفي مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء وجميع القائمين عليها؛ لجهودهم المبذولة في إنجاح رسالتي ولما ساعدوني به من المصادر والمراجع والرسائل والبحوث، فجزاهم الله خيرا .

وأرجو من الله العلي القدير التوفيق للجميع

الباحث

المحتويـــــــات

ت	الموضوع	الصفحة
١.	الآية	
٢.	الإهداء	i
٣.	شكر وعرفان	ii
٤.	المحتويات	iii
٥.	الملخص	v
٦.	المقدمة	١-٣
٧.	**الفصل الأول : مفهوم القواعد الموضوعية**	٤-٥٢
٨.	المبحث ألأول: ماهية القواعد الموضوعية	٥-٢٠
٩.	المطلب ألأول : التعريف بالقواعد الموضوعية	٥-١٥
١٠.	الفرع الأول : التعريف الاصطلاحي للقواعد الموضوعية	٦-٩
١١.	الفرع الثاني : خصائص القواعد الموضوعية	٩-١٥
١٢.	المطلب الثاني : تمييز القواعد الموضوعية عن مناهج التنازع	١٥-٢٠
١٣.	الفرع الأول : تمييز القواعد الموضوعية عن القواعد ذات التطبيق الضروري	١٦-١٨
١٤.	الفرع الثاني : تمييز القواعد الموضوعية عن قواعد الإسناد	١٨-٢٠
١٥.	**المبحث الثاني : مصادر القواعد الموضوعية وطبيعة علاقتها بمنهج الإسناد**	٢٠-٥٢
١٦.	المطلب الأول : مصادر القواعد الموضوعية	٢٠-٤١
١٧.	الفرع الأول : المصادر الداخلية	٢١-٣١
١٨.	الفرع الثاني : المصادر المستمدة من القانون التلقائي	٣١-٣٨
١٩.	الفرع الثالث : المصادر المستمدة من الإتفاقيات الدولية	٣٨-٤١

٢٠.	المطلب الثاني : طبيعة القواعد الموضوعية وعلاقتها بمنح الإسناد	٤١-٥٢
٢١.	الفرع الأول : الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية	٤١-٤٨
٢٢.	الفرع الثاني : العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد	٤٨-٥٢
٢٣.	**الفصل الثاني : التطبيق العملي للقواعد الموضوعية للحد من تنازع القوانين**	٥٢-١١٨
٢٤.	المبحث الأول : الدور المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين	٥٣-٨٢
٢٥.	المطلب الأول : دور الإتفاقيات الدولية والأعراف الدولية في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية	٥٣-٦٩
٢٦.	الفرع الأول : دور الاتفاقيات الدولية في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية	٥٤-٦٣
٢٧.	الفرع الثاني : دور الأعراف الدولية في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية	٦٣-٦٩
٢٨.	المطلب الثاني : دور المبادئ العامة وأحكام التحكيم في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية	٦٩-٨٢
٢٩.	الفرع الأول : دور المبادئ العامة في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية	٦٩-٧٣
٣٠.	الفرع الثاني : دور أحكام التحكيم في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية	٧٣-٨٢
٣١.	**المبحث الثاني : الدور غير المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين**	٨٢- ١١٨
٣٢.	المطلب الأول : الإسناد الشخصي والموضوعي للقواعد الموضوعية	٨٢-٩٧
٣٣.	الفرع الأول : الإسناد الشخصي للقواعد الموضوعية	٨٣-٨٧
٣٤.	الفرع الثاني : الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية	٨٧-٩٧
٣٥.	المطلب الثاني : الاختيار المادي والتنازعي للقواعد الموضوعية	٩٧-١١٨
٣٦.	الفرع الأول : الاختيار المادي للقواعد الموضوعية	٩٧-١٠٣
٣٧.	الفرع الثاني : الاختيار التنازعي للقواعد الموضوعية	١٠٣-١٠٥
٣٨.	الفرع الثالث : نماذج في التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية في القوانين الوطنية	١٠٥-١١٨
٣٩.	الخاتمة	١١٨-١٢١
٤٠.	المصادر	١٢١-١٣٢
٧٢.	**summary**	i

الملخص

إن المقصود بالقواعد الموضوعية تلك القواعد التي تضع حلًا موضوعيا للعلاقات الدولية الخاصة ينهي النزاع بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة بموجب قواعد الاسناد، وإن للقواعد الموضوعية مجموعة من الخصائص تنفرد وتستقل بها عن باقي القواعد في القانون الدولي الخاص، فعلى الرغم من اختلاف الفقه في مدى إطلاق الصفة القانونية على القواعد الموضوعية بوصفه منهجاً جديدًا في العلاقات التجارية الدولية، إلا أن الاتجاه الراجح هو أن القواعد الموضوعية تتصف بالعمومية والتجريد، وتكون مصحوبة بجزاء يفرض من قبل السلطة المختصة عند الحاجة وتمتاز كذلك بأنها قواعد طائفية ونوعية لأنها تختص في حل مشاكل عقود التجارة الدولية، وتتصف بأنها قواعد تلقائية النشأة، وتظهراهمية البحث في بيان الدور المباشر للقواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، من خلال الحلول الموضوعية المباشرة التي تضعها للنزاع كونها تلاءم الروابط الدولية، وتبدو الصفة المباشرة لقواعد هذا المنهج عن طريق مصادرها المتعددة كالعادات أو الأعراف أو المبادئ العامة للقانون، فالقواعد الموضوعية تستمد قوة تطبيقها من إرادة أطراف العقد ذاته، ومعنى ذلك أن يكون هناك إتفاقًا صريحًا لإخضاع عقدهم لقانون معين يلزم القاضي والمحكم بإرادة الطرفين فيطبق القاضي أو المحكم هذه القواعد تطبيقاً مباشرًا، ويظهر الدور غير المباشر للقواعد الموضوعية من خلال أن هذه القواعد تبقى قواعد تكميلية أو تخييرية فلا يمكن تطبيقها بقوة سريانها بل لا بد من أن يقرر أطراف العلاقة العقدية بإرادتهم الصريحة او الضمنية ويبينوا رغبتهم في سريان أحكامها، وتتمثل الصفة غير المباشرة بتطبيقها على النزاع عن طريق قواعد الإسناد الوطنية، فتطبيق هذه القواعد على عقود التجارة الدولية تطبيقا غير مباشر من شأنه أن يحقق الثقة والإستقرار في هذه المعاملات، ومنها تظهر لنا مشكلة البحث وهي هل تؤدي هذه القواعد الى تقويض التنازع بين القوانين، وكيف يمكن ان نختار القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة لحل هذا النزاع .

لذلك يتمثل الغرض من البحث هو لبيان الدور الذي تؤديه القواعد الموضوعية في حل النزاعات بين القوانين وذلك عن طريق الحلول المباشرة التي تقدمها هذه القواعد أو بصورة غير مباشرة عن طريق قواعد الإسناد وبالتالي تنهي النزاع .

المقدمة

أولًا : أهمية الدراسة

إن منهج القواعد الموضوعية يقدم حلول مباشرة للنزاع دون الحاجة الى احالة النزاع الى القانون الواجب التطبيق وهو بذلك يختلف عن منهج قاعدة الإسناد الذي يواجه العديد من الانتقادات؛ لكونه يؤدي الى إعطاء حلول داخلية الى منازعات دولية، لذلك فإن هذا المنهج لا يتناسب مع الطبيعة الدولية للعلاقات القانونية ذات الصلة، وكذلك مواكبة هذا المنهج لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، لتطور العلاقات الدولية الخاصة ولوجود قواعد موضوعية تطبق بشكل مباشر على هذه العلاقات الدولية، وعلى رغم من إن منهج القواعد الموضوعية لم يكتسب صفة النظام القانوني الكامل، إذ لا زال يحتاج الى غيره لسد ما به من نقص، إذ إن القواعد الموضوعية تقوم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية المعروضة على القاضي، والتي يطبقها القاضي تطبيقًا مباشرًا على النزاع دون المرور بقاعدة الإسناد، وكذلك فإن هذه القواعد ذات مضمون دولي حتى وإن كانت ذات مصدر داخلي أو وطني؛ وذلك لأنها موجودة في النظم الوطنية والدولية على حد سواء، إذ إن المضمون الدولي لهذه القواعد يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة الدولية على الرغم من أن بعض عناصر هذه العلاقة تكون وطنية، وإن رجوع المحكمين إلى القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد في حال سكوت الإرادة عن الاختيار يهدف إلى إكمال النقص الموجود في هذه القواعد، وفي حالة التعارض الذي قد يحصل بين القواعد الموضوعية والقانون الواجب التطبيق على النزاع يوجب على المحكمين مراعاة المصالح الأساسية للمجتمع الدولي للتجار والدفاع عنها لذلك لا بد من تغليب القواعد الموضوعية على أي قانون وطني يتعارض معها .

ثانيًا : مشكلة الدراسة

إن القواعد الموضوعية تقدم حلًا مباشرًا وموضوعيًا للنزاع دون الحاجة إلى قواعد الإسناد، وهذا يبرز مشكلة تحديد نطاق عمل القواعد الموضوعية بالمقارنة مع قواعد الاسناد، وهل تحل القواعد الموضوعية محل قواعد الاسناد عند تطبيقها وما العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الاسناد، وهل يمكن التعايش بين المنهجين أم هنالك انقسامًا بينهما؟ وهل تقوض هذه القواعد التنازع بين القوانين؟

ثالثًا : هدف الدراسة

الهدف الأساسي لهذه الدراسة هو تسليط الضوء على دور القواعد الموضوعية في الحد من التنازع بين القوانين؛ لكونها أسهمت في حل الكثير من المسائل التجارية الدولية التي لم يستطع منهج التنازع إعطاء الحل الملائم لها؛ لعدم تحديد مضمون منهج التنازع وتعقيده وكذلك إخلاله بتوقعات الأطراف، إضافة الى عدم ملاءمته لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية الحديثة؛ لكونه يؤدي إلى وضع حلول داخلية لمنازعات دولية وهذه الحلول لا تتناسب مع الطبيعة الدولية لهذه العلاقات.

رابعًا : نطاق الدراسة

إن نطاق دراستنا ينحصر في القواعد الموضوعية الدولية، والتي تشمل القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي وهي كل من الاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية والمبادئ العامة للقانون والتحكيم التجاري الدولي، وكذلك القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي، وتتمثل في التشريعات الداخلية والقضاء الوطني أو القضاء الداخلي، وبيان دورها في الحد من التنازع أو التزاحم بين القوانين في العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة .

خامسًا : منهج الدراسة

سوف نتبع في دراسة هذا البحث المنهج المقارن، وهما كما مبين أدناه :

دراسة مقارنة : ويكون ذلك عن طريق قراءة النصوص القانونية التي وضعها المشرع العراقي والقوانين الاخرى والأحكام التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية واحكام التحكيم، وكذلك الأحكام التي جاءت في القضاء الوطني وآراء الفقهاء وتحليلها والمقارنة بينها من أجل الوصول إلى تحديد دقيق الى دور القواعد الموضوعية للحد من التنازع بين القوانين .

سلدسًا : الدراسات السابقة

في حدود دراستنا لهذا الموضوع لم نعثر على دراسات سابقة سوى رسالة ماجستير بعنوان (القواعد المادية في العقود الدولية) للباحث (أحمد مهدي صالح)، الذي بين فيها ماهية القواعد الموضوعية وخصائصها وأنواعها ولم يتطرق إلى دور هذه القواعد في الحد من تنازع القوانين وكذلك عثرنا على أطروحة دكتوراه بعنوان (إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية) للباحث (بلاش ليندة) الذي تناول فيها مبررات تكريس القواعد الموضوعية في العقد الدولي وكذلك منهج

قواعد التنازع في تطبيق القواعد الموضوعية على العقد الدولي بين الاستبعاد والإسناد وهذه الأطروحة بعيدة عن موضوع دراستنا أيضًا، إذ إن دراستنا في حدود دور القواعد الموضوعية في الحد من التنازع بين القوانين، وعثرنا أيضًا على رسالة ماجستير بعنوان (اثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين) للباحث (عباس غانم زغير)، والذي بين فيها تأثير للقواعد الموضوعية على قواعد الاسناد، هل توقفها أم تتعاون معها، ونحن نبين الدور للقواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين، أي مدى قابلية القواعد الموضوعية على تقويض التنازع بين القوانين، وعثرنا على بحث منشور في مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية بعنوان (دورالقواعد الموضوعية ومنهج الإسناد في فض تنازع القوانين في مسائل الفعل الضار الناتج عن الإعتداء على الحقوق المجاورة لحق المؤلف مع التطبيق على قانون الامارات العربية المتحدة) إعداد الدكتورعبد الله سيف علي، وملخص الدراسة هو استعراض كيفية تعامل القاضي الإماراتي مع منازعات الفعل الضار متى أخذت شكل الاعتداء على الحقوق المجاورة لحق المؤلف لأغراض تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذه الدراسة بعيدة جدًاعن موضوعنا، إذ إن الموضوع الخاص بنا هو دور القواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين أي تقليل وإنهاء حالة تنازع القوانين عن طريق القواعد الموضوعية .

سابعًا : هيكلية الدراسة

سوف نتناول في هذه الدراسة فصلين وهي مقسمة على النحو الآتي : سنتناول في الفصل الأول مفهوم القواعد الموضوعية ويكون ذلك على مبحثين في المبحث الأول نتناول ماهية القواعد الموضوعية، أما في المبحث الثاني فسوف نبين مصادر وطبيعة القواعد الموضوعية وعلاقتها بمنهج قاعدة الإسناد، أما في الفصل الثاني فسوف نبين التطبيق العملي للقواعد الموضوعية للحد من التنازع بين القوانين ويكون ذلك على مبحثين أيضًا في المبحث الأول نتناول الدور المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من التنازع بين القوانين، أما في المبحث الثاني فسوف نبين الدور غير المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من التنازع بين القوانين .

الفصل الأول

مفهوم القواعد الموضوعية

إن الاتفاق على تسمية القواعد الموضوعية مازال محل خلاف لدى الفقه واختلفت التسمية لهذه القواعد تبعًا للاتجاه الفقهي الذي يسند إليه فقد يكون هذا الإتجاه مسندًا إلى مفهوم القانون بمعناه الضيق كما هو في نظر الاتجاه الموضوعي التكميلي، وقد يكون مستندًا إلى القانون بمعناه الواسع فيشمل حينئذ قواعد وأنماطًا من السلوك والتصرفات التي لا تتعدى أن تكون قواعد قانونية على أساس النظرية العامة للقانون، وهذا نراه واضحًا في العقود النموذجية والشروط العامة وعادات التجارة الدولية وأعرافها، لكن الفقهاء أتفقوا على تحديد مضمون القواعد الموضوعية، إذ إنها تقدم الحل مباشر للنزاعات الحاصلة في عقود التجارة الدولية، وكذلك إنها تطبق بصورة مباشرة على النزاعات المعروضة أمام القاضي، فضلًا عن أنها تحافظ على توقعات الأطراف الدولية المتنازعة، ولكن لا توجد سلطة مختصة بوضع أو سن هذه القواعد، وكذلك أنها لا تمر بالمراحل الشكلية التي تمر بها القواعد القانونية كما إنها لاتحتاج الى تدخل السلطة لتطبيقها، ومن جانب آخر اختلف الفقهاء أيضًا في إطلاق الصفة القانونية على القواعد الموضوعية، فقد أنكر جانب من الفقهاء صفة النظام القانوني لهذه القواعد، وذهب جانب آخر من الفقهاء الى أنها تمثل نظام قانوني سواء أكان بصورة متكاملة أم بصورة غير متكاملة، وأساس هذا الاختلاف هو تعدد التطبيق للقواعد الموضوعية، إذ إنها تخضع إلى إرادة الأطراف من جانب وللقوانين الوطنية والمعاهدات الدولية والقضاء الوطني من جانب آخر، ولغرض إماطة اللثام عن مفهوم القواعد الموضوعية سوف نقوم بتقسيم الفصل إلى مبحثين في المبحث الأول منه نبين ماهية القواعد الموضوعية، أما في المبحث الثاني من هذا الفصل فسنتناول مصادر القواعد الموضوعية وطبيعة علاقتها بمنهج الاسناد .

المبحث الأول

ماهية القواعد الموضوعية

ازدادت أهمية التجارة الدولية وتعقدت مشاكلها، فأصبح المجتمع التجاري الدولي يسعى لخلق قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدولي، من غير إعتبار لطبيعة النظام القانوني الذي تتبعه الدول مما أدى الى إعادة النظر في المفهوم التقليدي لفكرة تنازع القوانين، المبنية على قاعدة التنازع والتي لم تعد تتماشى مع معطيات التجارة الحديثة، فأصبحت العقود المبرمة في ظل قاعدة التنازع في أمس الحاجة الى قواعد قانونية متطورة تلبي إحتياجات التجارة الدولية، وتحترم إرادة الأطراف وتوقعاتهم المشروعة بشأن مايدخلون فيه من علاقات تجارية ولا تتقيد هذه القواعد كثيرًا بشكليات القوانين الوطنية، وهذا بدوره أدى الى ظهور إتجاهات جديد تطبق على النزاع وتنادي بإيجاد حلول موضوعية للنزاع تتلائم مع المعاملات لغرض معالجة مشكلات العلاقات الدولية الخاصة، ومن هنا يجب الإشارة إلى أن للقواعد الموضوعية إرتباط وثيق بالتجارة الدولية وبالأخص بالعقود الدولية وعليه سوف نبين في هذا المبحث مطلبين في الأول منهما سوف نبين فيه التعريف بالقواعد الموضوعية ، أما في المطلب الثاني نبين تمييز القواعد الموضوعية عن مناهج التنازع .

المطلب الاول

التعريف بالقواعد الموضوعية

إن معرفة الشئ هو من أجل الكشف عن هويته ومدخل لبيان معالمه وحيث إن القواعد الموضوعية إختلف الفقه في تسميتها وأطلقوا عليها العديد من التسميات فبعضهم أطلق عليها (القواعد المادية) والبعض الأخر أطلق عليها(القواعد الموضوعية) وأطلق عليها أخر (القانون الموضوعي للتجارة الدولية) وأطلق عليها أيضًا (القواعد الجوهرية) كونها تتعلق بجوهر العلاقة القانونية[١]، كما إنها لاتقتصر في تطبيقها على القانون الواجب التطبيق، وتأسيسًا على ماتقدم وبالرغم من هذا الإختلاف لابد لنا من بيان التعريف لهذه القواعد وعلى فرعين في الأول منها نتناول التعريف الاصطلاحي للقواعد الموضوعية، أما في الفرع الثاني فنبين خصائص القواعد الموضوعية وبالتفاصيل المبينة في الاتي :

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٣٢٤.

الفرع الأول

التعريف الاصطلاحي للقواعد الموضوعية[١]

أطلق على القواعد الموضوعية تسميات عديدة حسب نظر الفقهاء فيطلق عليها بـــ (القانون اللاوطني) وكذلك (القانون التجاري بين الشعوب) و(القانون فوق الوطني) و(القانون عبر الدول) و(القواعد الموضوعية عبر الدولية) و (القانون الموضوعي للتجارة الدولية) و (القانون الدولي الخاص المادي)[٢]، ويتضح مما تقدم اختلاف الفقهاء بسبب الاختلاف في الاتجاهات الموضوعية للقانون الدولي، ولم يظهر للقواعد الموضوعية في العلاقات الدولية تسمية محددة من قبل الفقهاء المعاصرين إلا منذ زمن ليس ببعيد وتحت تأثير القواعد المسماة الموضوعية، حسب المصطلح الألماني، أو المادية حسب المصطلح الأمريكي؛ إذ تداخلت المصطلحات في مفهوم واحد وتحت تسمية القواعد الموضوعية المادية[٣].

كذلك يصر جانب من الفقه على تسمية هذه القواعد بالقواعد المادية أي القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة بالقواعد المادية وأن المبرر لهم في هذه التسمية أمرين: الأول أنها تنظم العلاقات الخاصة الدولية، فلا يمكن أن تقتصر على القواعد القانونية التي تنظمها الدول في قوانينها وتقوم بتطبيقها في هذا المجال بما تمتلك من قوة وإجبار كما في العلاقات الداخلية؛ لأن مفهوم القانون أوسع فيشمل عناصر أخرى غير تلك القواعد القانونية التي تكون محلًا للإجبار المفروض من قبل الدولة، والأمر الآخر هو المتعاملين بالتجارة الدولية يؤكدون على وجود مصادر أخرى القانون، كالأعراف والعادات التجارية الدولية، وكذلك المبادئ العامة وقواعد العدالة، وليس فقط الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية[٤]، وتشكل هذه المصادر بمجموعها قانونًا

---

(١) اما التعريف اللغوي للقواعد الموضوعية فهو : القاعدة لغة :هي أساس الشئ ايًا كان ماديًا أم معنويًا، بحيث ينعدم الشئ ويضمحل بسبب إنتفائه، والقواعد هي الأسس، وقواعد البيت أساسه فالبيت ينعدم بإنعدام أساسه والعلم ينتفي بإنتفاء القواعد الكلية الموجودة فيه، أما الموضوعية في اللغة فهي أسم مؤنث منسوب إلى موضوع، وهو مصدر لكلمة موضوع وتعني الحيادية وعدم التحيز، وتأتي الموضوعية بمعنى الحكم، أو خالٍ من أي تحيز خاص، ينظر في هذا المعنى : ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج٥، دار صادر بيروت، ٢٠٠٣، ص٢٩١، وكذلك محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٤، ص٣٢٤.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

(٣) نقلًا عن : عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية القانون جامعة الكوفة،٢٠٢٠، ص٧ .

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، ١٩٨٩، المصدر نفسه، ص ٣٠٥-٣٠٦، د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩ ، ص ٥٠، وأشار اليها أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٧

يحكم التجارة الدولية، لذلك ذهب الفقهاء الى تسمية القواعد المادية للاستدلال على إمكانية تطبيق قواعد لا تنتمي لأي نظام قانوني داخلي من خلال لفظ القواعد المادية لكن مصطلح القواعد المادية مختلف بعض الشئ عن تلك التي يتم تداولها في مواد القانون المدني على وجه الخصوص[١] ، كما أن اختلاف الفقه على تسمية القواعد الموضوعية ثابت لكنهم يتفقون على أن القواعد الموضوعية تنظم العلاقات الخاصة الدولية؛ ولذلك فقد تعددت التعريفات للقواعد الموضوعية نظرًا لتعدد من كتب بهذه القواعد والتي نبينها وفق الفقرات الآتية:

١- عرفها أحد الفقهاء بأنها (القواعد التي تنظم تلك العلاقات الخاصة الدولية المعروضة على القاضي التي يطبق عليها قواعده الموضوعية تطبيقًا مباشرًا دون المرور بقاعدة تنازع القوانين)[٢].

ويتبين من التعريف أن القواعد الموضوعية قواعد وضعت لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة سواء أكانت مصادرها هذه القواعد وطنية أم دولية؛ إذ تقوم بتنظم هذه العلاقات الخاصة الدولية التي تعرض على القضاء، وتطبق عليها بصورة مباشرة، وهذا الأمر يكون دون المرور بقاعدة التنازع أو قاعدة الإسناد التي لا تطبق بصورة مباشرة بل تحيل النزاع الى القانون الواجب التطبيق وهذا يبرز الدور الرئيسي للقواعد الموضوعية وهو التطبيق المباشر على النزاع .

٢- وعرفها آخر بأنها (مجموعة القواعد المادية أو الموضوعية ذات الطابع الدولي أو العالمي الموجودة أصلًا أو المعدة خصيصًا لتعطي حلًا مباشرًا ينهي النزاع في علاقة خاصة ذات طابع دولي)[٣].

يتضح من هذا التعريف أن دور القواعد الموضوعية هو أن تعطي حلًا مباشرًا للنزاع وينتهي النزاع على أثره في علاقة خاصة دولية، وعادة يكون هذا الحل ملائمًا للروابط الدولية ، وأن هذا التعريف يميز القواعد الموضوعية عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص، إذ إنها قواعد واضحة المعالم سهلة التطبيق، وكذلك صلتها بالقاضي أوالمحكم تكون قوية ومباشرة.

---

(١) نقلًا عن : عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٧ .
(٢) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص٥٢ .
(٣) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٣٨.

٣- وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها (مجموعة القواعد الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن النظام القانوني الدولي العام، والتي نجد مصادرها المختلفة في الإتفاقيات الدولية، والمبادئ العامة والأعراف التجارية، التي استقر عليها التحكيم التجاري الدولي وتقدم نظامًا قانونيًا وحلولاً مباشرة للعلاقات التجارية الدولية)[١].

نلاحظ أن هذا التعريف يبين المصادر التي تستقى منها القواعد الموضوعية؛ إذ إن منها ما هو داخلي كالتشريع والقضاء ومنها ما هو دولي كالاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة والأعراف التجارية، وكذلك بين أنها تقدم حلولًا مباشرة للنزاعات في العلاقات الخاصة الدولية .

٤- وعرفها جانب آخر بأنها (مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيمًا قانونيًا وحلولًا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونًا خاصًا مستقلًا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة)[٢].

ويظهر من هذا التعريف أن للقواعد الموضوعية أكثر من مصدر ويركز على الهدف الرئيسي للقواعد الموضوعية وهو تقديم الحل الذاتي والمباشر للنزاعات الدولية الحاصلة في المعاملات التجارية وهذا يعطي لهذه القواعد ذاتيتها واستقلالها، بخلاف قواعد الإسناد التي تكون غير مباشرة .

٥- وعرفها الفقيه جولدمان بأنها (مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي بأستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدولية)[٣].

ويتبين من التعريف التركيز على مصادر هذه القواعد وليس مجرد تعريف فهذه القواعد تدخل في تكوين القانون التجاري الدولي وتكون محكومة بمجموعة من القواعد والأعراف العابرة للحدود الدولية والعادات التجارية الدولية المستقرة .

ومن خلال بيان أراء الفقهاء سواء في تسمية القواعد الموضوعية أو في التعريف الاصطلاحي لهذه القواعد نرجح تسمية القواعد الموضوعية على باقي التسميات؛ وذلك من

---

(١) نقلًا عن : بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧، ص١٠٧.
(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص٢٦٧.
(٣) نقلا عن أحمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدرسابق، ص ٦.

أساس ذكر القانون المدني العراقي لها في المادة (٣١) منه حيث نصت (إذا تقرر أن قانونًا أجنبيًا هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)[١]، وبعدها يمكننا تعريف القواعد الموضوعية بأنها (**تلك القواعد متعددة المصادر التي لها القابلية على تقديم حل مباشر أوغير مباشر بمقتضى قاعدة الإسناد لتنهي النزاع على أثره في العلاقات الخاصة الدولية**) .

وهذا التعريف يبين الدور الرئيسي للقواعد الموضوعية حيث إنه يضع حلًا مباشرًاموضوعيًا للنزاع، سواء طبقت بصورة مباشرة أم بصورة غير مباشرة عن طريق قواعد الإسناد مما يؤدي بطبيعة الحال إلى الحد من تنازع القوانين .

الفرع الثاني

خصائص القواعد الموضوعية

تتميز القواعد الموضوعية بأن لها خصائص تختلف عن قواعد الإسناد وهذه الخصائص تمثل الأمر الايجابي للقواعد الموضوعية في مقابل الأمر السلبي الذي تمثل بقواعد الإسناد وتعرضها للنقد ، كونها لا تعطي حلًا مباشرًا للنزاع، وأن خصائص القواعد الموضوعية تنفرد بها عن باقي قواعد القانون الدولي الخاص؛ إذ إنها تعطي حلًا مباشرًا دون الإسناد إلى قانون معين كما إنها تأخذ بعين الإعتبار خصوصية العلاقات الخاصة الدولية وذلك تمتاز بأنها قواعد طائفية ونوعية، كونها تطبق على فئة معينة وتحل مشاكل عقود التجارة الدولية وكذلك أنها تلقائية النشأة، وسوف نبين هذه الخصائص بالتفصيل المبين أدناه :

أولًا : القواعد الموضوعية قواعد مباشرة .

إن القاعدة الموضوعية تقوم بتنظيم جوهر العلاقة القانونية وتتصدى لحكمها، والتي عن طريقها تتحدد الحقوق والواجبات ولا تحيل الى غيرها للتعرف على الحل، وتتميزعن القواعد الإجرائية التي يقتصر دورها على تحديد الإجراءات الكفيلة بتطبيق القواعد الموضوعية[٢]، إذ إن المتعاملين في التجارة الدولية لا يحبذون التعامل مع منهج التنازع والقوانين الداخلية في آن واحد فالموضوعية هي صفة تتميز بها القواعد التي تسري على العلاقات القانونية في التجارة الدولية،

---

(١) ينظر : المادة (١/٣١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التمييز بين القاعدة الموضوعية والإجرائية فقه المرافعات المدنية الدولية، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٤.

لهذا كان المقصود بها هو إستنباط قواعد تلائم أنشطة العلاقات التجارية الدولية، وتكون مقبولة أو موحدة لدى أطراف العقد الدولي إذ إن كل الأمر يتعلق بوجود قواعد موضوعية موحدة تطبق على المنازعات التجارية الدولية[١]، وإكمالًا لما سبق فإن القاعدة الموضوعية قاعدة عامة مجردة وإن القواعد الإجرائية تتكفل بتطبيق القاعدة الموضوعية، ومن هذا المنطلق فأن القاعدة الموضوعية تعمل على صيانة وحفظ توقعات أطراف العلاقة الدولية منذ البدء، وهو أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر[٢]، وإن تطبيق القواعد الموضوعية على عقود التجارة الدولية يحقق الثقة والإستقرار في هذه المعاملات، حيث إن اختلاف البيئة القانونية بين أطراف العقود الدولية سوف يكون مرجعهم الى هذه القواعد، ولن يتفاجأ أي طرف من أطراف العقد الدولي بقواعد قانونية غريبة عليهم بتعاملاتهم الدولية [٣].

وتتخذ القواعد الموضوعية صفة المباشرة كونها تنظم العلاقات المعروضة على القاضي بصفة مباشرة ولا تحيل العلاقة القانونية الى غيرها للتعرف على الحل الذي يطبق على النزاع، خلافًا الى قواعد الإسناد التي تحيل العلاقة القانونية الى القانون الواجب التطبيق على النزاع ولا يتم معرفة الحل الموضوعي إلا بعد الرجوع الى الأحكام الموضوعية في القانون الواجب التطبيق الذي أشارت اليه قواعد التنازع [٤]، ويتضح أن الصفة المباشرة للقواعد الموضوعية تكون من خلال مصادرها المتعددة سواء أكانت عادات أم أعراف أم المبادئ العامة للقانون، إذ إنها تضع حلًا موضوعيًا مباشرًا للمسألة المعروضة على القاضي أو المحكم الدولي، ولا تحيل الى غيرها من القواعد للتعرف على هذا الحل، فيطبقها القاضي أو المحكم تطبيقًا مباشرًا، كما هو الحال في النزاع الداخلي حيث يطبق القاضي قانونه بصورة مباشرة دون وسيط بين القاضي والقانون الواجب التطبيق على النزاع[٥].

ولما تقدم فإن التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية يجعل لها الإستقلالية ويميزها عن قواعد الإسناد حيث يجعلها تطبق بشكل مباشر دون الحاجة الى قواعد الإسناد أو وساطتها، لكن هذا لا يعني عدم الحاجة مطلقًا الى قواعد الإسناد حيث تحتاج هذه القواعد الى قواعد الإسناد في إكمال

---

(١) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولي، مطبوعات جامعة القاهرة، الخرطوم، ١٩٧٥، ص٢٠.
(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص٣٣٠.
(٣) بهاء هلال الدسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، دراسة تحليلة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة المنوفية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢٩.
(٤) د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٤٥.
(٥) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الانترنت، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٤٠.

النقص والقصور الذي يعتريها، وذلك عن طريق البحث في القانون الداخلي لسد هذا النقص وهذا القانون يتعرف عليه بواسطة قواعد الإسناد .

ثانياً: القواعد الموضوعية قواعد دولية.

بما أن القانون الدولي الخاص يهتم بالعلاقات الخاصة الدولية فهو مستمر في البحث عن حلٍ عالمي للتجارة الدولية لأهميتها وشدة تعقيدها، كونها تتخطى حدود إقليم دولة لتنظم علاقات تجارية في إقليم دولتين أو أكثر، فكانت الحاجة لقواعد تتميز بصفة دولية؛ لذلك ظهر قانون التجارة الدولي في إطار العقود الدولية ذات العنصر الأجنبي[١]، وإن ظهور القواعد الموضوعية كان ضرورة إستوجبتها حاجة التجارة الدولية، وضرورة لتسهيل المعاملات عبر الحدود، ومن المعروف أن للتجارة الدولية أهميتها لكثرة مشاكلها، والبحث عن حلول لهذه المشاكل أشغل فكر الفقه والقضاء والتشريع على المستويات الوطنية والدولية كافة، وأصبح من غير المعقول تطبيق القوانين الوطنية على التجارة الدولية التي تجري في إطار دولي، إذ إنها تواجه ظروف مختلفة وأطراف متعددة، وإن ترك هذه التجارة إلى سلطان القوانين الوطنية يؤدي إلى القلق والاضطراب في التعامل التجاري وهو بحاجة الى الثقة والإستقرار، لذلك إستوجب وجود نظام قانوني شامل يحقق عنصر السرعة والائتمان، فكانت الحاجة الى ما يسمى بالقانون التجاري الدولي[٢]، وقد عقدت الكثير من الاتفاقيات من أجل خلق العديد من القواعد الموضوعية المتعلقة بالعمل التجاري والأمر الذي يساعد في القضاء على مشكلة تنازع القوانين؛ لما تؤدي إليه هذه المعاهدات من توحيد القوانين وحتى في الحالات التي لا يتم فيها التصديق على المعاهدات الدولية [٣].

وأبرزمعاهدة دولية أسهمت في خلق قواعد موضوعية، والتي تطبق على الدول المنظمة اليها سواء أكانت علاقات داخلية أم مشوبة بعنصر أجنبي، هي اتفاقية بروكسل عام ١٩٢٤ بشأن سندات الشحن واتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٨بشأن النقل الدولي[٤]، وأحدثت هذه الاتفاقيات أحكامًا دولية موحدة في إطار القانون التجاري الدولي، فتطور الحياة الاقتصادية ونمو التجارة الدولية

---

(١) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولي، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص٥٥.
(٢) محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص١١٧.
(٣) د. يوسف عبد الهادي خليل، النظام القانوني لعقود نقل التكنلوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، بدون مكان طبع، ١٩٨٩، ص٣٨٠.
(٤) ينظر في هذه الاتفاقية خليل ابراهيم خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن، رسالة ماجستير، مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص٧٨-٨٦.

عبر الحدود أبرز الحاجة الى حلول موضوعية لتجنب الخلافات الموجودة في القوانين الوطنية[١].

وتأسيسًا لما تقدم فإن القواعد الموضوعية تمت صياغتها لمواجهة ظروف واقعية تنسجم مع العلاقات ذات الطابع الدولي ويترتب على إتصاف القواعد الموضوعية بالدولية نتائج عديدة أهمها المدرجة أدناه [٢] :

١- إنها تحقق مرونة أكثر في المسائل الدولية وتنطلق هذه الروح الدولية للقواعد الموضوعية ليس من مصلحة العلاقات بين الدول وأزدهارها فحسب بل من مصلحة الدولة كذلك، إذ إن الدولة التي لا تراعي أي قدر للعلاقات الخاصة الدولية، يبتعد الأجانب عن التعامل مع رعاياها، ومن ثم يقودها بالنهاية الى عزلة إقتصادية، فالواقع يؤكد تلازم مصالح التجارة الدولية وضرورتها مع مصلحة الدولة ذاتها .

٢- إن القواعد الموضوعية وعلى وجه الخصوص التي تجد مصدرها في الإتفاقيات، تضع ضوابط دولية لا تتوقف على جنسية الأطراف لأجل تطبيقها، حتى لو كانوا من رعايا دول غير متعاقدة، مادامت القواعد الموضوعية محل التوحيد قد أستوفت الشروط تطبيقها المحددة[٣].

٣- سهولة معرفة الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية التي تشكل أحد مصادر القانون الموضوعي من جانب أفراد الدولة المتعاقدة وقضاء هذه الدول، ومعرفة هذه القواعد من قبل الأطراف تبث فيهم الاطمئنان ومن ثم تنزع شكوكهم في ثبات تلك القواعد التي تحكمها ومنعهم من العبث بها، فالسرعة والأمان وتوقع الحلول التي تعد من أهم متطلبات العلاقات التجارية الدولية المعقدة والمتشابكة والتي تزداد فيها أهمية اليقين القانوني، إن توحيد القواعد الموضوعية في الاتفاقيات دون قواعد الإسناد، لا ينفي أن تتضمن هذه القواعد الموضوعية بعض قواعد الإسناد، وذلك نظرًا لصعوبة الإتفاق على بعض القواعد الموضوعية والإختلافات بين الدول بشأن تكييفها فيقضي الأمر تضمينها بعض قواعد الإسناد لصعوبة التوصل الى حل موضوعي موحد بشأنها وهذا يؤثر في السمة الدولية للاتفاقية فالمزج بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد أمر واقع بين المنهجين[٤].

---

(١) محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدرسابق، ص١٢٠.
(٢) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٤٨٧-٤٩٠.
(٣) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، المصدر نفسه، ص ٤٨٨.
(٤) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، المصدر السابق، ص ٤٨٩.

ومن هنا يتبين أن الصفة الدولية للقواعد الموضوعية،التي تتمثل بالاتفاقيات الدولية تجعلها تضع ضوابط وقوانين لا تتوقف على جنسية الأطراف لغرض تطبيقها وكذلك يجعل الدول المنضمة إلى الاتفاقيات بعيدة عن العزلة الاقتصادية، وهذه الاتفاقيات تطبق القواعد الموضوعية الموجودة بصورة مباشرة على النزاع مما يؤدي إلى الحد من التنازع بين القوانين .

ثالثاً: القواعد الموضوعية قواعد تلقائية النشأة .

كما تتميز القواعد الموضوعية بأنها قواعد تلقائية النشأة؛ لأن القواعد الموضوعية التي يتبعها المهنيون والتي يجري التعامل عليها في أوساط التجارة الدولية تعد ذات نمو تلقائي سواء من حيث الصدور أم من حيث التطبيق، فهي تلقائية الصدور كونها خرجت من مجتمع معين توافرت فيه شروط معينة دون المرور بالقنوات الرسمية لسن القوانين، كذلك أنها تلقائية التطبيق؛ لأن تطبيقها لا يحتاج إلى تدخل السلطة إذ يكفل تلقائيتها وفاء المتعاملين بها من ناحية ومدى ملاءمتها للمشكلات المثارة في التجارة الدولية من ناحية أخرى[١].

وأن الفقه في قانون التجارة الدولية يؤكد أن الخاصية التلقائية للقواعد الموضوعية، تجد مضمونها في الأعراف والعادات وممارسات المهنيين، بأستثناء القواعد ذات الأصل التشريعي أو الاتفاقي[٢]، وعرف هذا القانون بأنه القانون الموضوعي التلقائي الذي يتكون من مجموعة من القواعد ذات الطبيعة العرفية وذات الأصل المهني والتي لا يلزم تطبيقها اللجوء المباشر إلى القوة العامة[٣].

وقد وجدت بعض الأحكام القضائية التي خرج بها القضاء عن القانون واجب التطبيق عندما وجد أن هذه القواعد لا تلائم مشكلات التجارة الدولية، وهذا مابينه القضاء الفرنسي في قراراته التي أجازت فيها الدولة الفرنسية الخضوع الى التحكيم على الرغم من المنع الواردة في تقنين الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد في المادتين (٨٣ – ١٠٠٤) وكذلك قرار صحة شرط التحكيم وإستقلاله عن العقد الأصلي، وأبرز مثال على ذلك ماقرره القضاء الفرنسي من صلاحية شرط التحكيم وإستقلاله عن العقد الاصلي[٤]، وكذلك ما قرره القضاء الفرنسي من صلاحية شرط

---

(١) محمد محمود المغربي، في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٧، ص٦٤.
(٢) د. سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، لا يوجد مكان طبع، ٢٠٠٠، ص٢١.
(٣) د . أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص١٠٧.
(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٠٥.

الذهب إذا كان من ضمن العقد في العقود التي تتسم بالصفة الدولية، على الرغم من أن هذا الشرط يعد باطلًا في العقود الداخلية، وليس غريبًا أن القواعد الموضوعية تتسم بالتلقائية خصوصًا إذا ما عرفنا أن القانون بمفهومه العام كان كذلك، فجذوره الأولى كانت تضرب العادات والأعراف التي سادت بين أفراد المجتمع، وظل الحال كذلك إلى أن تدخلت الدول الحديثة بسن القوانين ووضعها، ومع عمليات التجارة الدولية الحديثة وأدواتها، ومنه التجارة الدولية يبدو أن التاريخ قد أعاد نفسه، إذ نقابل قواعد قانونية ذات نشأة تلقائية ناتجة من مجتمع ذاتي بطوائف أفراده ونوعية معاملاته، من غير المرور بالقناة الرسمية لسن القوانين[١].

رابعًا : القواعد الموضوعية قواعد فئوية نوعية .

إن صفة الفئوية والنوعية للقواعد الموضوعية أطلقت عليها؛ لأنها تخاطب فئة معينة وهم الأشخاص المتعاملون في التجارة الدولية، وهي نوعية لأنها تضع حلًا لنوع معين من المشكلات وهي تلك التي تنشأ في الأوساط التجارية الدولية[٢]، وإن فئوية هذه القواعد تبرز كذلك في الموضوعات التي تتولى تنظيمها، فعلى الرغم من وجود قواعد تفصيلة لكل نوع من أنواع التجارة لكن هنالك أنواع أكثر تفصيلًا في تنظيم جنس هذا النوع؛ إذ في مجال التجارة الواحدة هنالك قواعد خاصة بتجارة الصوف والحرير، وتقنينات السلوك في مجال نقل التكنلوجيا، يضاف إلى ما سبق القواعد الموضوعية التي وضعتها الاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية بكل مهنة[٣]، كما إن اختلاف البيئة التجارية مابين الدولية والداخلية يؤدي إلى أن القواعد القانونية التي تحكم مشكلات المجتمعات الداخلية غير ملاءمة لحل مشاكل المجتمع الدولي، عليه فأن العلاقات الخاصة الدولية لها معطياتها الخاصة تقضي بتوافر قواعد وحلول تنسجم مع تلك المعطيات [٤]، لذلك ظهرت صفة النوعية لهذه القواعد وكذلك صفة الفئوية، ولما تقدم ذكره أعلاه وعند التأمل في أشخاص التجارة الدولية يدرك طائفة من الدول، التي تعد أكثرتقدمًا هي التي تعرف ذلك في الغالب من التجارة الدولية من خلال شركاتها الكبيرة[٥]

المطلب الثاني

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر، ص ٥٨.
(٢) محمد محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٤.
(٣) أحمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدرسابق، ص١١.
(٤) د. أبو العلا علي أبو العلا نمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ١٠٦.
(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

تمييز القواعد الموضوعية عن مناهج التنازع

إن تطبيق القانون أمام القضاء الوطني والتحكيم الدولي يختلف باختلاف الأسس التي بني عليها مما دفع جمع من الفقهاء الى تسمية القاعدة التي تجيز للمتعاقدين إختيار قانون العقد الدولي بالقاعدة الموضوعية لأنها تقوم على أساس حرية التعاقد في التجارة الدولية أوعلى أساس العقد شريعة المتعاقدين، وأن هذا يزيل الفوارق بين منهجي القواعد الموضوعية والقواعد ذات التطبيق الضروي وكذلك أن اشتراكهما في المصدر الوطني في بعض الأحيان عندما تصدر القاعدة الموضوعية من المشرع الوطني فإن ذلك يوهم البعض بأن هذه القواعد أصبحت ذات تطبيق ضروري، وهي في حقيقة الأمر ما وجدت إلا لغرض تنظيم جانب العلاقات الخاصة الدولية متى كانت لها صلة بنظام الدولة المشرعة للقانون، وهذا خلاف القواعد ذات التطبيق الضروري التي تطبق لغرض حماية المصالح الحيوية للجماعة وتقوم عليها السياسات التشريعية مما يوجب التطبيق الفوري والمباشر بغض النظر عن طبيعة العلاقة سواء أكانت وطنية بكل أجزائها أم ذات عنصر أجنبي؛ ولما تقدم سوف نبين التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد ذات التطبيق الضروري في فرع مستقل لغرض الوقوف على التفاصيل كافة التي تميز بعضها عن البعض الآخر، كذلك لا بد من التمييز بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد؛ إذ إن الأولى تعطي حلًا مباشرًا للنزاع أما الثانية فتحيل الى القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهذا ما سنبينه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

تمييز القواعد الموضوعية عن القواعد ذات التطبيق الضروري

أقر فقهاء القانون الدولي الخاص بوجود قواعد وطنية ذات طبيعة مطلقة وآمرة والتي يجب تطبيقها بغض النظر عن إرتباط العلاقة القانونية بأكثر من دولة أو حتى تركيزها الفعلي في

دولية أجنبية، وقد أكد جانب من الفقه على ضرورة اعتماد المعيار الموضوعي بعد أن توصل الى عدم دقة أو عدم كفاية معيار الغاية أو الهدف، فقام هذا المعيار عليهما معًا، تبعًا للوظيفة التي يؤديها في النظام القانوني الذي يعد جزء منه، وعرف بعض الفقهاء القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها "القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي الى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والإجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم إحترامها إهدار ماتبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على الروابط كافة التي تدخل في مجال سريانها مهما كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي"[١].

ويبقى هذا المعيار نقطة الانطلاق في بحث القضاء عن القواعد ذات التطبيق الضروري رغم معرفة ما يترتب على هذا البحث من مخاطر التطبيق غير المبرر لقانون القاضي وما قد يؤدي اليه من تعريض الأمن القانوني للخطر، ولغرض بيان خصوصية القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص وبعدها تمييزها عن النظام العام الذي يرد كالدفع لإستبعاد القانون الأجنبي، فأن جانبًا من الفقهاء حاول التمييز بين نوعين من النظام العام، الأول يهدف الى حماية المصلحة الخاصة أو حماية الطرف الضعيف إقتصاديًا، كالمستهلك في عقد البيع والمقترض في عقد القرض والعامل في عقد العمل، أما الثاني يهدف الى حماية المصلحة العامة، ولهذا فأنه يشمل القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والإستثمارات والنقل والتجارة، وينتهي هذا الإتجاه الى أن قواعد النظام العام (الحمائي) هي التي تقابل وتدفع لإستبعاد القانون الأجنبي بعد إعمال قواعد التنازع، وفحص القانون الأجنبي، وثبوت تعارضه مع المبادئ الأساسية للمجتمع في دولة القاضي، ولهذا فإن له صفة إستثنائية عارضة أو أنه ذو أثر سلبي، أما النظام العام (التوجيهي) فإن قواعده تنطبق مباشرة بمجرد إختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع وتوافر رابطة جدية بين النزاع والنظام القانوني الوطني للقاضي، ولهذا فإن أثره إيجابي، ويميز الأستاذ شابيل بين نوعين من قواعد النظام العام (التوجيهي) النوع الأول يضم القواعد الموضوعية عن طريق توجيه نشاط التجارة الدولية في إتجاه معين من خلال تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق وتنمي التجارة عبر الحدود، أما النوع الثاني فيتضمن قواعد البوليس والأمن الهادفة الى حماية الأهداف الإقتصادية والإجتماعية والسياسية التي لا يقوم المجتمع بدونها[٢].

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دارسة تحليلة نقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٧٢.
(٢) أحمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدر سابق، ص١٦.

ولما تقدم فأن القواعد الموضوعية تشترك مع القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس في أن كلًا منهما يتضمن تنظيمًا موضوعيًا للمسألة محل النزاع، والتطبيق المباشر غالبًا للقواعد الموضوعية ودائمًا للقواعد ذات التطبيق الضروري، وتتميز القواعد الموضوعية عن القواعد ذات التطبيق الضروري بما يأتي :

١- **من حيث طبيعة العلاقة محل التنظيم :** من المعروف أن القواعد ذات التطبيق الضروري تطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة سواء أكانت وطنية أم ذات طابع دولي، أما القواعد الموضوعية فإنها تعتمد على المشرع الذي سنها، ففي بعض الأحيان تطبق بصورة مطلقة دون التمييز بين النزاعات الداخلية أو الدولية فأنها تكون ذات تطبيق ضروري ولكنها تكون قواعد موضوعية عند تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية أي بمعنى العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وهذا ما تبينه قوانين التجارة الخارجية للدول[١].

٢- **من حيث أولوية التطبيق :** في القواعد ذات التطبيق الضروري تكون لها الأولوية في التطبيق على القواعد الموضوعية وعلى قواعد التنازع؛ إذ يجب على القاضي أن يبحث في قواعد قانونه أولًا لمعرفتها مدى إنطباقها على النزاع من عدمه، فإن لم يجد إتجه الى القواعد الموضوعية في نظامه القانوني سواء بصورة مباشرة أم عن طريق قواعد التنازع، وهذا هو حال قوانين التجارة الخارجية في المانيا الديمقراطية السابقة عام ١٩٧٦ والصين الشعبية عام ١٩٨٥[٢].

٣- **من حيث المصدر :** تتميز القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها ذات مصدر تشريعي، حيث يعد التشريع الوطني المصدر الوحيد لهذه القواعد؛ لأنها قواعد وطنية المنشأ والهدف وهي تشريعية الوضع في الغالب الأعم، أما القواعد الموضوعية فإنها تتميز بتعدد المصادر سواء أكانت اتفاقية أم داخلية أم عابرة للدول[٣] ، وهذا سوف نبينه بشكل مستقل في مصادر القواعد الموضوعية .

الفرع الثاني

تمييز القواعد الموضوعية عن قواعد الإسناد.

---

(١) أحمد مهدي صالح، مصدر سابق، ص١٧.
(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضوري، مصدر سابق، ص٨١-٨٣.
(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٦١.

إن الإختلاف بين الفقهاء بشأن الأساس الذي تستند اليه الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي بين النظريتين الشخصية والموضوعية، وما يترتب عليه من نتائج، هو الدافع الى بحث الموضوع، حيث وجد أنصار النظرية الشخصية أن رد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الدولي إلى مطلق سلطان الإرادة فيه مغالاة حيث يقدس الإراة الفردية ويفضلها على القانون وكذلك يصطدم بالحقائق الوضعية؛ إذ يتولى المشرعون حتى في الدول الرأسمالية ذاتها تنظيم عملية التعاقد بفرض القواعد الآمرة التي لا يجوز الخروج عليها بهدف حماية المصالح العليا للمجتمع، وحتى يعيدون قدرة المتعاقدين في الإختيار للقانون، فقد إنتهوا الى أن تلك القدرة لا تكمن في مبدأ سلطان الإرادة بل في قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي وذهب الفقه في النظرية الشخصية الى تحليل إختيار قانون العقد بجعله عقد داخل عقد حيث يتضمن العقد الأساسي التنظيم الموضوعي للرابطة العقدية، والعقد الثانوي يتضمن إختيار القانون الواجب التطبيق ويطلق عليه عقد الإختيار وقد أقرت إتفاقية لاهاي للقانون واجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية لعام ١٩٥٥ خضوع الإختيار لذات المختار في المادة (٣/٢)، حيث نصت على (أن الشروط المتعلقة بتراضي الطرفين حول القانون الواجب التطبيق يحددها هذا القانون) وكذلك أقرت اتفاقية روما للقانون واجب التطبيق لعام ١٩٨٠ ذلك في المادة (٤/٣) واتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع أقرت الحل ذاته الذي اعتنقه مجمع القانون الدولي في المادة (١/٤) في مشروع عام ١٩٩١ ، ويظهر من هذا الحل أنه يصون توقعات الأطراف ويحقق الأمان القانوني بصرف النظر عن محكمة الإختصاص، حيث يذهب اتجاه آخر إلى ضرورة إخضاع عقد الاختيار للأحكام المادية في دولة القاضي أما العقد الأصلي فيخضع إلى القانون المختار[١] ،وعلى خلاف الرأي السابق يذهب أنصار النظرية الموضوعية إلى أن الأساس الذي يستند إليه المتعاقدون في اختيار القانون العقد الدولي، هو قاعدة من قواعد تنازع القوانين تخضع بمقتضاها الرابطة العقدية إلى القانون المختار[٢].

ويعد هذا الرأي الأخير هو الراجح عند الفقهاء لكنه لا يتفق مع ما يكون عليه الحال أمام قضاء التحكيم الدولي الذي يتجه في الكثير من أحكامه الى دمج القانون المختار في العقد، وهذا يرجح القول بأن قدرة المتعاقدين على الاختيار ترجع إلى قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص وليس الى قاعدة من قواعد التنازع، والقاعدة الموضوعية المذكورة هنا هي العقد

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص٣٠٦.

(٢) أحمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدر سابق، ص١٥.

شريعة المتعاقدين، ويرجع السبب في ذلك الى أن المحكم بخلاف القاضي، يستمد إختصاصه من إرادة الأطراف وهذا يفقد قاعدة الأختيار جانبها التنازعي لتصبح مجرد قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص[١]، ومن جانب آخر يتجه الفقه الى إسباغ الطبيعة الموضوعية على قاعدة قانون الارادة على رغم من اعتراف غالبية النظم القانونية بتلك القاعدة لكن لا يجعل منها قاعدة موضوعية وإلا فيجب الاعتراف بالطبيعة الموضوعية وليست التنازعية لكل قواعد تنازع القوانين ولاسيما قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، وقاعدة خضوع الفعل الضار لقانون محل الحادث، وقاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية [٢].

ومن هنا يظهرلنا التمييز بين النوعين من القواعد معتمدًا على نوع القضاء الذي يعرض أمامه النزاع وأن ما يؤكد الطبيعة النسبية لهذه القاعدة أنها تكون قاعدة تنازع أمام القضاء الوطني وقاعدة موضوعية أمام المحكم الدولي .

المبحث الثاني

مصادر القواعد الموضوعية وطبيعة علاقتها بمنهج الإسناد

تتعدد مصادر القواعد الموضوعية فمنها داخلية وتتمثل بالتشريع، والعرف، والقضاء، ومنها خارجية أو دولية مستمدة من الإتفاقيات الدولية، كذلك هنالك مصادر مستمدة من القانون التلقائي والذي يجد مصادره عن طريق عادات التجارة الدولية وأعرافها والمبادئ العامة المشتركة والعقود النموذجية وقواعد العدالة، حيث إن هذه المصادر جميعها تعد مصادرًا لقانون التجارة

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص١٣١-١٣٢.
(٢) نقلًا عن : أحمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدر سابق، ص١٥.

الدولية، وسوف نبين ذلك في المطلب الاول من هذا المبحث، والذي يقسم على ثلاثة فروع نتناول المصادر الداخلية في الأول منها وبعدها المستمدة من القانون التلقائي ثم في الأخير المصادر المستمدة من الاتفاقيات الدولية، أما الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية فإن الاختلاف قائم بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية، وهذا الإختلاف إنعكس على طبيعة العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد، وهذا سوف نبينه بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث، وعلى هذا الأساس تم تقسيم المبحث على مطلبين وكما يأتي :

المطلب الأول

مصادر القواعد الموضوعية

إن المصادر القانونية للقواعد الموضوعية كثيرة منها مصادر داخلية ونجدها في التشريع والقضاء، ومنها مستمدة من الإتفاقيات الدولية، والقسم الأخير منها مصادر مستمدة من القانون التلقائي سوف نتناول في هذا المطلب هذه المصادر للقواعد الموضوعية وعلى عدة فروع، حيث يكون الفرع الأول للمصادر الداخلية ومصدرها التشريع والقضاء، في حين يكون الفرع الثاني للمصادر المستمدة من القانون التلقائي الذي يوجد في عادات التجارة الدولية وأعرافها وكذلك المبادئ العامة وقواعد العدالة والعقود النموذجية، والفرع الأخير نبين به المصادر المستمدة من الاتفاقيات الدولية، وأن هذه المصادر جميعها تكون مصادر لقانون التجارة الدولي، والتي سوف نتناولها بالتفصيل وحسب التقسيم الاتي :

الفرع الأول

المصادر الداخلية

إن المصادر الداخلية للقواعد الموضوعية تنقسم على قسمين الأول منها يكون مصدرها التشريع، بمعنى ذات أصل تشريعي، أما الثاني فيكون مصدره القضاء، أي ذات أصل قضائي، وحيث إن هذه القواعد وضعت لغرض تلبية حاجات العلاقات الخاصة الدولية، والتي سوف نبينها بالتفصيل في النقطتين أدناه :

أولاً : المصادر ذات الأصل التشريعي .

عملت بعض التشريعات على وضع نظام موضوعي شامل للعلاقات الخاصة الدولية ومثالًا على ذلك في يوغسلافيا سابقًا صدرفي عام ١٩٥٤ تقنينًا موضوعيًا لقواعد القانون التجاري والقانون المدني وهذا التشريع عبارة عن مجموعة من الأعراف الخاصة بتبادل السلع ولا تكون أكثرمن سجل للعادات التجارية، وتطبق قواعد هذا التشريع على المعاملات التجارية الخاصة متى ما كان أحد أطراف المعاملة يوغسلافيًا حيث كان القانون اليوغسلافي هوالواجب التطبيق، إذا اتفق أو وافق الطرفان على المثول الى محكمة التحكيم اليوغسلافية للتجارة الخارجية ومالم يستبعد طرفا النزاع أحكام هذه القواعد كلها أو بعضها[١]، وكذلك من التشريعات قانون التجارة الدولية التشيكي، الذي تقتصر نصوصه على تنظيم العقود التجارية الدولية، وكذلك أنه يعبر عن الرغبة في سن القواعد التي تتلائم مع الطبيعة الخاصة للعقود الدولية، وإن هذا التنظيم تم إنشاءه استنادًا الى معيار أساسي وهو الإختلاف الثابت بين الروابط التي تكون في النطاق الداخلي للإقتصاد التشيكي من جانب، وكذلك الروابط الخارجية للدول الأخرى من جانب آخر، فإن الروابط الداخلية الصرفة يحكمها قانونها المدني أو التجاري حسب الأحوال، أما الروابط ذات العنصر الأجنبي أو الروابط الخارجية فتحكمها قواعد خاصة أصدرها المشرع التشيكي[٢] .

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التجارة التشكي سابقًا قد تأثر بأحكام القانون الموحد للبيوع الدولية للمنقولات الذي أقرته اتفاقية لاهاي في الأول من يوليو عام ١٩٦٤، إذ إنه يسمح عند الضرورة بالأخذ بالعادات التجارية المتبعة عالميًا في حالة بذاتها بشرط أنها لا تخالف أحكام هذا القانون أو العقد[٣]، ومن الأمثلة أيضًا على هذا النوع هو التشريع الصادر عن المانيا الديمقراطية سابقًا؛ إذ إن هذا التشريع ينطوي تحته العديد من القواعد الموضوعية التي تخص العقود في التجارة الخاصة الدولية، سواء من حيث إبرام العقود والالتزامات بين الأطراف أم من حيث الوفاء بها وحكم التأخير في ذلك[٤]، حيث لا تنطبق نصوص هذا التشريع على العقود الداخلية وتظل هذه العقود محكومة بقواعد القانون المدني والتجارية للدولة، ويقتصر فقط على عقود التجارة الدولية ومن الأمثلة على قوانين التحكيم التجاري الدولي، القانون الفيتنامي الخاص بنقل

---

(١) د . ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولي، مصدر سابق، ص٨٨ .
(٢) د . أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٨٩، ص٢١ .
(٣) محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٢٠٠ -٢٠١ .
(٤) محمد عبد الله محمد المؤيد، المصدر نفسه، ص٢٠٢ -٢٠٣ .

التكنولوجيا [١] ، وقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، وقانون التحكيم التونسي رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣، وقد جاء في قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل في المادة (١٠/أولًا) قواعد موضوعية ذات مصدر تشريعي تطبق في عقود الأستثمار ونص هذه المادة هو (يتمتع المستثمر العراقي أو الأجنبي بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للإلتزامات المنصوص عليها في هذا القانون)[٢]، حيث إن هذه المادة نصت على بعض القواعد الموضوعية التي تطبق على المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي وقد تم الإشارة الى هذه المادة بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني في التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية في قانون الإستثمار، وسوف نبين بعض الأمثلة على القواعد الموضوعية ذات الأصل التشريعي وكما مبين أدناه :

١- **قاعدة الثبات التشريعي للقانون :** حيث إنه بموجب هذه القاعدة تتعهد الدول التي يكون الاستثمار فيها بمقتضى نصوص تشريعية على أن لا تلغي أوتعدل القانون الخاص بالاستثمار والذي يحكم العقد بين الدولة والطرف الأجنبي وأبرز الأمثلة التي يمكن الإشارة اليها هو نص المادة (٢) من قانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ في جمهورية مصر العربية والذي جاء بعده القانون رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ الخاص بالاستثمار حيث يتضمن عدم الإخلال بالمزايا والإعفاءات الضربية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات أثناء العمل به وتظل هذه الشركات محتفظة بتلك الخواص والمزايا من الإعفاءات والضمانات إلى أن تنتهي المدة المخصصة بها وبناءً على ذلك فأن الشركات المستفيدة من قانون رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩ تبقى محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات رغم إلغاء هذا القانون، وكذلك من الأمثلة عليها ما نص عليه قانون البترول الليبي والصادر في عام ١٩٥٥ والذي ذكر في المادة (٢٤) منه على عدم سريانه على الإمتيازات البترولية التي منحت قبل صدوره [٣].

٢- **قاعدة عدم التعرض للمشروع الإستثماري بالتأميم أو المصادرة بغير القضاء :** إن القوانين تختلف في تنظيم هذه القاعدة وإن كانت تتجه نحو الإتفاق على ضرورة دفع التعويض بصورة كاملة في حالة وجود نزاع للملكية في المصلحة العامة، ففي جمهورية مصر لاتقتصر هذه القاعدة على التعويض فقط في حالة تأميم المشروع الأجنبي وإنما منعت أن تكون حالة التأميم أو

---

(١) د. هشام صادق علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥٣٦ .
(٢) قانون الإستثمار العراقي المعدل، رقم (١٣)، لسنة ٢٠٠٦، المادة (١٠ / اولا) .
(٣) د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص٣٣٩ .

المصادرة للمشروع وهذا مانصت عليه المادة (٨) من القانون الخاص بالإستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ حيث نصت على أنه (لا يجوز تأميم أو مصادرة) لغرض بث الطمانينة في نفوس المستثمرين وتشجيعًا لهم على الإستثمار في جمهورية مصر العربية وعلى الرغم من مثل هذا الإجراء يعد من إجراءات السيادة[١]، أما في العراق فقد جاء قانون الاستثمارات العربية العراقي رقم (٤٦) لسنة ١٩٨٨ على أنه "عدم شمول المشروع المؤسس بأي قرارات تؤدي الى حرمان المستثمر من ملكية رأس ماله كلًا أو جزءًا بشكل مباشر أو غير مباشر بوسائل التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية، إلا إذا كان لأغراض المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل وخلال مدة أقصاها سنة من تاريخ التملك " وجاء في قانون الاستثمار العربي رقم (٦٢) لسنة ٢٠٠٢ في المادة (١٤) منه في الفقرتين (أ) و(ب) منه ما يأتي :

أ- عدم شموله بأي إجراء يؤدي الى حرمان المستثمر من ملكية رأسماله كلًا أو جزءًا بشكل مباشر أو غير مباشر بوسائل التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية.

ب- عدم فرض قيود على حق المستثمر في إعادة رأس ماله وأرباحه وأي حقوق أخرى ناتجة عن الإستثمار وأن يكون التحويل بالعملة التي أدخل بها أو أية عملة أخرى قابلة للتحويل من العملات المقبولة لدى البنك المركزي العراقي [٢].

٣- قاعدة عدم شمول منتجات المشروع بالتسعير الرسمي : وعادة تكون هذه القاعدة من الضمانات المقررة في أغلب قوانين الاستثمار؛ اذ تنص المادة (١٠) من قانون الاستثمار الأجنبي في مصرعلى أنه (لا يجوز لأية جهة إدارية التدخل في تسعير منتجات الشركات والمنشأت أو تحديد ربحها)، أما في القانون العراقي فأن الحكم ذاته المقرر في قانون الإستثمارات العربية ثم من بعده كذلك في قانون الإستثمار العربي رقم (٦٢) لعام ٢٠٠٢، وجميع هذه القوانين نصت على عدم خضوع منتجات المشروع للتسعير الرسمي فضلا عن حق تصدير .

ثانيًا : المصادر ذات الأصل القضائي :

من الواضح أن هنالك حالات يختص بها القضاء الوطني في إيجاد حلول للمنازعات المعروضة أمامه بصرف النظرعن طبيعة النزاع لكن القضاء في بعض الدول أوجد حلولًا لاتنطبق إلا على المنازعات الدولية، أو ذات العنصر الأجنبي بحيث أن الفقه إتجه الى الأشارة

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، العدد ٤٣، ١٩٨٧، ص٧٠ .

(٢) المادة (١٤) من قانون الإستثمار العربي في العراق، رقم (٦٢)، لسنة ٢٠٠٢.

الى هذه الحلول على أنها قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع دون النظر الى ما تقره قواعد تتازع القوانين[١]، وتتميز هذه القواعد بكونها تتماشى مع طبيعة الروابط الخاصة الدولية، على الرغم من أنها وطنية المصدر فقد وضعت لأغراض وإعتبارات دولية، فإن الحاجات الدولية والضرورات تجعل القضاء يتدخل لإيجاد قواعد موضوعية لحل المنازعات في العلاقات الخاصة الدولية وهو الذي حصل في العديد من القرارات والأحكام القضائية والتي قررت مبادئ القانون الدولي الخاصة بالعقود وأصبحت لها صفة العمومية، وعليه فإن القواعد الموضوعية خاصة ذات المصدر القضائي تظهر كوسيلة مرضية لتأمين الحلول في الروابط القانونية في كافة العلاقات العابرة للدول[٢].

وإن القواعد الموضوعية ذات الأصل القضائي أوجدها القضاء الفرنسي، حيث إتجه القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول في القرن العشرين الى إستحداث بعض القواعد الموضوعية التي تحكم العقود الدولية الخاصة بصورة مباشرة من دون الرجوع أو النظر الى ما يشير إليه القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد حتى لو كان هذا القانون مخالفًا لها، وأن تطبيق هذه القواعد مشروط بوجود علاقة أو رابطة عقدية دولية، ومن القواعد الموضوعية التي أنشأها القضاء الفرنسي القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، والقاعدة التي تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي[٣]، وسوف نستعرض بعض المصادر القضائية التي وردت للقواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية :

١- **قاعدة حرية إختيار عملة العقد الدولي :** إن الجانب التاريخي يعد شرط الذهب أو (شرط القيمة الذهبية) أو (شرط الدفع بعملة أجنبية) قاعدة ظهرت في البداية وهدفها حماية وتأمين العلاقات الإقتصادية الدولية من مخاطر التعديل لقيمة العملة التي يتم الدفع بها وعليه فأن هذه القاعدة أوجدتها ضرورات التجارة الدولية، وتم اللجوء الى إقرار شرط الدفع بالذهب من قبل القضاء الفرنسي في نزاع شركة البريد البحرية الفرنسية، وإن الفقه مازال يقدم مختلف التحليلات في هذا النزاع ومع ذلك فإن القاعدة الموضوعية التي تركها أو كشف عنها القضاء الفرنسي هي حرية الأطراف في إدراج شرط الذهب في العقود الدولية رغم بطلانه في العقود الداخلية، حيث جاء في القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٩٥٠/٥/٢١ إذ أعلنت فيه صحة الشرط النقدي الذي ذكر في العقد الدولي المبرم من قبل شركة البريد البحرية الفرنسية

---

(١) أحمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدر سابق، ص١٠٤.
(٢) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٢٥٠.
(٣) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥٤٠ .

وكان هذا العقد خاضع للقانون الكندي والذي يمنع شرط الذهب سواء أكانت في التسويات أم في المدفوعات الدولية أم الداخلية ورغم ذلك فقد ذهبت المحكمة الى حق الأطراف في الإتفاق على شرط الذهب وإن كان مخالفًا للقواعد الآمرة في القانون الداخلي وذلك لأن القانون الفرنسي الصادر في ١٩٢٨/٦/٢٥ يقر بصحة هذا الشرط [١].

أما في جمهورية مصرالعربية فإن محاكم الإستئناف المختلطة قبل نفاذ القانون المدني المصري كانت تقضي بأن العملة المعينة في العقد هي العملة التي يجب الوفاء بها وذلك إستنادًا الى إرادة المتعاقدين ومبادئ العدالة، أما شرط الذهب فقد إستقر القضاء المصري على بطلان شرط الذهب أو شرط الوفاء بما يعادل قيمة الذهب سواء كانت المعاملات داخلية أم دولية استنادًا الى المادة (١٣٤) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل[٢].

وأما في القوانين والأحكام العراقية فعندما نستعرض القوانين والأحكام المنظمة للعملة العراقية يظهر جواز إشتراط الذهب أو شرط الوفاء بالذهب حيث نصت المادة (٢) من قانون العملة رقم (٤٤) لسنة ١٩٣١ على إنه (تعتبر المقاولات والبيوع والتأديات وقوائم الحساب والأوراق والسندات والضمانات المتعلقة بالنقود والمعاملات على إختلاف أنواعها والمعاطاة وجميع الأشياء المختصة بالنقود أو المترتب عليها دفع نقود أو تبعه دفعها تعتبر كأنها أجريت أو عقدت أو إستحصلت في العراق وعلى وفق الوحدة المتخذة أساسًا في هذا القانون مالم يكن نقص على خلاف ذلك بإتفاق خاص) أما في عام ١٩٥٩ صدر قانون عملة جمهورية العراق رقم (٩٢) لسنة ١٩٥٩[٣]، وقد نص هذا القانون على حكم مشابه للمادة (٢) من القانون السابق، أما القانون النافذ حاليًا هو قانون البنك المركزي العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦حيث نصت المادة (٣٢) منه على أنه (يجري كل بيع أو وفاء أو أي التزام مالي أخر في جمهورية العراق بالدينار العراقي ويجب أن يحرر به كل سند أو عقد أو وثيقة أيًا كانت إذا تضمنت دفعًا أو التزامًا ماليًا) وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ذاتها إستعمال العملة الأجنبية للأغراض المذكورة شرط أن يتم ذلك وفق أحكام هذا القانون، وعلى الرغم من كون النص واضحًا إلا أن جانبًا من الفقه العراقي قد تمسك بنصوص القانون المدني العراقي لكي يقول ببطلان كل إتفاق يتضمن الوفاء بالذهب أو بما يعادل الذهب أو بعملة أجنبية طالما أن المشرع العراقي قد فرض سعرًا إلزاميًا للدينار

---

(١) أحمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدر سابق، ص١٠٥.
(٢) حيث نصت المادة (١٣٤) على أنه (إذا كان محل الإلتزام نقودًا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الإفاء أي أثر) .
(٣) الوقائع العراقية، العدد ١٨١، في ١٩٥٩/٦/٦.

العراقي وإن التسعير يعد من النظام العام إستنادًا الى المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي والتي توجب أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونًا ولا مخالف للنظام والأداب العامة وإلا كان العقد باطلًا[١]، وذهب اتجاه آخر إلى أن الحكم الوارد في المادة (٦٩٠)[٢]، من القانون المدني العراقي قاعدة مفسرة تطبق عند عدم وجود الإتفاق فضلًا عن إعمال الجواز الوارد في المادة (٢/٣٢) من قانون البنك المركزي العراقي حيث تجعل شرط الدفع بعملة أجنبية شرطًا جائزًا قانونًا ويسري هذا الجواز على العقود الداخلية والدولية بصورة متساوية[٣].

٢- قاعدة إستقلال شرط التحكيم : إن القضاء في القوانين الداخلية إستقر على أن البطلان الذي يصيب العقد يلحق أيضًا بشرط التحكيم الذي تضمنه العقد، ولكن هل هذا الحكم يسري في القوانين الدولية ؟

أجابت محكمة النقض الفرنسية بالنفي في قرارها الخاص بالنزاع (Gosset) من الغرفة المدنية الأولى بتاريخ ١٩٦٣/٥/٧ حيث قررت المحكمة (في مسائل التحكيم الدولي، إن إتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلًا أم أدرج في التصرف القانوني الذي يتضمنه، يتصف ما عدا الظروف الاستثنائية باستقلال قانوني تام ولا يؤثر الإبطال العرضي لهذا التصرف) وأخرج المعلقون على هذا القرار نتيجتين في الأولى أقر إمكانية إخضاع التحكيم أو شرط التحكيم الى لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد أما النتيجة االثانية فهو عدم تأثير كل مايحصل من بطلان للعقد على شرط التحكيم متى ما كان العقد دوليًا، وعلى الرغم من أن الفقه الفرنسي قد وجد في القضاء السابق تمسكًا بمنهج التنازع؛ لأن المحكمة قررت صحة الشرط تبعًا للقانون واجب التطبيق، لكن التطورات جعلت من استقلال إتفاق التحكيم قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، وقد ذكرت هذه القاعدة في العديد من النصوص والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي مثل إتفاقية نيويورك للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٥٨، أما في القوانين الوطنية فإن بعض القوانين ذكرها بصورة صريحة منها قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ حيث تنص المادة (٢٢) منه

---

(١) عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغيير قيمة النقد في الإلتزامات العقدية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٣٢، لعام ٢٠٠٢، ص٢٦-٢٧ .

(٢) حيث نصت هذه المادة (إذا وقع القرض على شئ من المكيلات أو الموزونات أو المسكوكات أو الورق النقدي فرخصت أسعارها أو غلت فعلى المستقرض رد مثلها ولا عبرة برخصها وغلائها) .

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغيير قيمة النقد في الالتزامات العقدية، مصدر سابق، ص٢٨ .

(يعد شرط التحكيم إتفاقًا مستقلًا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحًا في ذاته)[١].

وقد ورد حكم مماثل في قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في المادة (١٠) منه إذ نصت هذه المادة على ما يأتي :

١- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية .

٢- يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقًا على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أم ورد في عقد معين بشان كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلًا.

٣- يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءًا من العقد [٢].

وقد جاء في مسودة قانون التحكيم العراقي في المادة (١٠) من هذه المسودة حكم مماثل لما جاء به قانون التحيكم المصري حيث نصت المادة العاشرة من المسودة على ما يأتي :

(أولًا: اتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على اللجوء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية . ثانيًا : يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقًا على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أم ورد في عقد معين بشان كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في لائحة الدعوى المشار إليه في البند (اولًا) من المادة ٣٠ من هذا القانون كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطًا بموضوع إتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد)[٣].

---

(١) احمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدر سابق، ص١٠٨-١٠٩.
(٢) ينظر : المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .
(٣) مسودة قانون التحكيم التجاري العراقي، المادة (١٠) من المسودة .

٣- قاعدة أهلية الدولة وهيئاتها العامة في الخضوع للتحكيم : تمنع الكثير من الأنظمة القانونية الوطنية على الدول وهيئاتها العامة الخضوع للتحكيم أو تحدد هذا الخضوع وتجعله في الاختصاص بنظر المنازعات التي تكون الدول أو الأشخاص العامة طرفًا فيها للقضاء الوطني في حين يحدد بعضها هذا الإختصاص لجهات القضاء الاداري وعلى نحو قاصر[١].

وتأسيسًا على ما تقدم فقد منع المشرع الفرنسي خضوع الدولة أو هيئاتها العامة للتحكيم وقررهذا المنع في المادتين (٨٣) والمادة (١٠٠٤) من تقنين الإجراءات المدنية، ثم بعدها بتاريخ ١٩٦٦/٥/٢ أيدت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الموضوع في قرارها الصادر في النزاع المسمى (Galakis) حيث عدت الحظر الوارد في المادتين السابقتين حظرًا خاصًا بالعقود الداخلية ومن ثم فإنه لا يسري على العقود الدولية التي صيغت على وفق شروط تتطابق مع عادات التجارة البحرية[٢].

بعد ذلك جاء القرار الشهير الصادرعن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في النزاع المسمى (San carlo) إذ كيفت المحكمة هذا الحظر على أنه نوع من إنعدام الأهلية الخاصة فيخضع صحة إتفاق التحكيم لقانون العقد وليس للقانون الشخصي للأطراف المتعاقدة [٣].

وعليه لما تقدم فإن شرط التحكيم الوارد في عقد دولي مبرم من قبل الدولة أو أحد أشخاصها العامة لايخضع لمنهج التنازع وإنما تحكمه قاعدة الموضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص.

أما في مصر بالرغم من عدم وجود نص صريح ومباشر في القانون المصري بشأن أهلية الدولة وهيئاتها العامة في الخضوع للتحكيم إلا أن الفقه المصري يؤسس على المادة الأولى من قانون التحكيم المصري جواز خضوع الدولة وهيئاتها العامة للتحكيم ومن ثم عدم إختصاص القضاء الإداري بتلك المنازعات شرط خضوعها لقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، وهذا لا يكون الإ في حالتين:

١- إذا كان التحكيم يجري في مصر .

٢- إذا كان التحكيم تجاريًا دوليًا يجري في الخارج وإتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

---

(١) د.هشام علي صادق ود.حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٩٩، ص٢١٩.
(٢) د.احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٠-٤١.
(٣) د. هشام علي صادق ود. حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٢٤.

أما التحكيم الذي يجري في الخارج ولا يخضع لأحكام هذا القانون فإنه يخرج عن نطاق هذا القانون ومن ثم يسري الحظر المقرر على الدولة وهيئاتها العامة في قبول شرط التحكيم ويختص مجلس الدولة في نظر المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة من الدولة والأشخاص العامة على الرغم من وجود إتفاق التحكيم ويسند الفقه تفسيره لهذا النص فيقول إن خلافًا ما سبق يعني صحة الإتفاق على التحكيم في الخارج بالنسبة لأشخاص القانون العام الداخلي حتى في إطار المعاملات الداخلية وهي نتيجة لايعقل أن المشرع المصري قد أرادها بأي حال من الأحوال[١].

أما في العراق فإنه لم يرد نص مباشر في مسودة قانون التحكيم العراقي بشأن خضوع أهلية الدولة وهيئاتها العامة في الخضوع للتحكيم لكن ما جاء في المادة (٢) من مسودة قانون التحكيم العراقي ما يؤيد رأي المشرع المصري حيث نصت المادة على أنه (تطبق أحكام هذا القانون على كل تحكيم يكون أطرافه من أشخاص القانون العام أو الخاص أو من كليهما دون الإلتفات الى طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع فيما إذا كان هذا التحكيم يجري في جمهورية العراق أو كان تحكيمًا تجاريًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون على أن يراعى في هذا الشأن الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية العراق)[٢].

ومن هنا نلاحظ أن نص المادة الثانية من المسودة جاء بنص مشابه لما جاء في قانون التحكيم المصري حيث أجاز خضوع الدولة وهيئاتها العامة للتحكيم بشرط خضوعها للقانون التحكيم العراقي وهذا لا يكون إلا عن طريق شرطين وهما :

١- إذا كان التحكيم يجري في العراق .

٢- إذا كان التحكيم تجاريًا دوليًا يجري خارج العراق واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم العراقي .

أما ما جاء في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩ النافذ قد نص في الباب الثاني من الكتاب الثالث على التحكيم الذي يجري في العراق دون وضع أحكام خاصة لتحكيم الدولة، ولهذا فإذا لم يتم إتفاق التحكيم إستنادًا الى نص في إتفاقية دولية صادق عليها العراق فلا يمكن تنفيذ حكم تحكيمي بين أحد أشخاص القانون العام وطرف أجنبي إلا إذا جرى في العراق وعلى

---

(١) د.هشام علي صادق ود. حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٢٢.
(٢) ينظر : المادة (٢) من مسودة قانون التحكيم العراقي .

وفق القانون العراقي[١]، كما أكدت هذا الإتجاه أيضًا الشروط العامة لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية في المادة (٦٩) وكذلك الشروط العامة لمقاولات وأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية في المادة (١٧) الصادرتين عن وزارة التخطيط إذ جعلتا التحكيم خاضعًا للقانون العراقي لولاية القضاء العراقي، وعلى الرغم من ما تقدم يذهب بعض الفقهاء الى عدم وجود نص يمنع الدولة وأشخاص القانون العام من وضع شرط تحكيم أو الإتفاق عليه في العقود وإن الموقف الرسمي قد تغير من حيث السماح بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية[٢].

الفرع الثاني

المصادر المستمدة من القانون التلقائي

(١) حيث إن العراق صادق على برتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ المتعلق بشروط التحكيم بموجب القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٢٨، كما صادق أيضًاعلى الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية لعام ١٩٨١ بموجب القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٨١،وإتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣، والقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٣، وأخيرًا إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٧.

(٢) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٢، ص١١٨.

إن من بين القوانين ما يسمى بالقانون التلقائي الذي تتعدد مصادره لتشمل كل من أعراف التجارة الدولية، وكذلك العقود النموذجية، والمبادئ العامة المشتركة، وقواعد العدالة، وإن جميع هذه المصادر يطلق عليها اسم (قانون التجارة الدولية الجديد) [١]، والتي سوف نوضحها بالتفصيل المبين أدناه :

اولًا : أعراف التجارة الدولية : إن هذه الأعراف تتمثل في القواعد الموضوعية التي سار المتعاملون في ميدان التجارة الدولية على التعامل بها وإتباعها، وحيث إنها تجد مصادرها في العادات والأعراف المهنية للتجار، وكذلك السوابق القضائية التي تكون نتيجة الجهد الصادر من قضاء التحكيم، والذي بدوره يكون فعالًا في إيجاد هذه القواعد، فهي تلقائية النشأة في نطاق الأوساط المهنية التجارية والتي تكون مرتبطة بأكثر من دولة، وعادة تلبي متطلبات التجارة الدولية على إختلاف صورها المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، وإن هذا المصدر من مصادر القواعد الموضوعية يكون عادة بطئ التكوين، حيث إنه لا ينشأ في فترة وجيزة بل من خلال الكثرة في الإعتياد عليه وإتباع قواعده بصورة منتظمة وعلى سبيل التكرار حتى يكون لها طابع الإستقرار، والإطمئنان في نفوس الأشخاص المخاطبين بأحكامه، حيث إنه إكتسب صفة الإلزام بحقهم، وتشكل عادات التجارة الدولية وأعرافها المصدر الأول من ضمن مصادر القواعد الموضوعية لما لها من أهمية بالغة بين المتعاملين في التجارة الدولية [٢].

كما أن هذه الأعراف التاريخية تستمد جذورها من قانون التجارة القديم، حيث إن هذا القانون تكون عبر المدن الإيطالية، وكان على يد مجموعة من التجار في العصر الوسيط، حيث كانت لها عاداتها وأعرافها الخاصة التي تنشأ بعيدًا عن سلطان الدولة، لغرض الإستجابة لحاجات التجارة الدولية وما تتطلبه من السرعة والثقة والائتمان، كما أن التطور والتوسع في ميدان التجارة الدولية أدى الى إيجاد قواعد وحلول عادلة ومقنعة تتفق مع خصوصية المعاملات الدولية وكذلك مصالح التجارة الدولية عبر الحدود، وهذا الأمر أدى الى الإعتراف بوجود قواعد موضوعية تكون مقبولة بسبب تكرارها كما أنها تعالج مشاكل موحدة من حيث الطبيعة كونها تخاطب المتعاملين في التجارة الدولية[٣]، كما أن ظهور هذه القواعد العرفية والتي نشأت بصورة تلقائية في المجتمع الدولي لرجال الأعمال، قد ارتبط بإخفاق القوانين الداخلية في إيجاد الحلول المناسبة

([١]) د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، من دون سنة طبع، ص٤٣٥.

([٢]) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص٣٦.

([٣]) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص١١٠.

للتجارة الدولية، وإن كثرة العمل في هذه القواعد للمجتمع الدولي أدى الى إستقرارها مع مرور الزمن، حيث تكون من مجموع هذه القواعد العرفية نظامًا قانونيًا مستقلًا تمامًا عن القانون الوضعي للدول المختلفة وهذا النظام خاص بالتجارة الدولية وله ذاتيته التي تبعده عن الفكرة التقليدية للقانون، حيث إنه من الجانب الأول يحتاج الى وجود مجتمع متماسك تقوم بين أطرافه علاقات ومعاملات لها خصوصية وتنظيم ذاتي، كما أنه من جانب أخر ثمرة للقانون المقارن بعد تهذيب القواعد الوطنية والتنسيق فيما بينها وإستبعاد الخصائص الوطنية فيها، ورغم إن هذا النظام التلقائي قد تكون خارج سلطة الدولة إلا أنه نشأ وتطور من خلال التسامح والرضا في ذات الدول التي أدركت أهمية مصالح شعبها من تجار ورجال أعمال، وفي ظل عجز الأنظمة الداخلية عن التنظيم الفردي للعلاقات الخاصة بالتجارة الدولية، كان من الطبيعي أن يكون للمتعاملين في ميدان التجارة الخروج عن سلطان القوانين الوطنية والتي أصبحت لا تلائم هذه العلاقات، حيث أوجدوا لهم قانون خاص هم من رسم قواعده وأحكامه، ويفضلون الخضوع له كونهم يعرفونه مسبقًا ويجدون فيه الأمان الذي يطلبونه، بدلًا من الخضوع الى الأحكام الوطنية السائدة في دولة من الدول والتي لا تعبر إلا عن حاجة المجتمع الداخلي والتي هي بلا شك تختلف عن حاجات التجارة الدولية ومتطلبات المتعاملين فيها [١].

كما أن هذه العادات والأعراف التجارية المعروفة والسائدة لدى الأسواق الدولية تعد من القواعد الموضوعية التي جعلت لتنظيم عقود التجارة الدولية مما يؤدي الى تطبيقها تطبيقًا مباشرًا ودون الحاجة الى منهج قواعد الإسناد، وهذا يكون في حالة كون النزاع معروض على محكمين تعد عندهم العادات والأعراف جزءاً من النظام العام الذي ينتمون اليه، على خلاف القضاء الوطني أو القضاء الداخلي حيث يكون فيها عدم إنتماء العادات والأعراف التجارية الدولية الى النظام القانوني الذي ينتمي اليه القضاء الداخلي، وهذا هو السبب الرئيسي في إختلاف معاملتها أمام القضاء الداخلي الذي لا يطبقها تطبيقًا مباشرًا، بل لا يمكن تطبيقها حتى عن طريق قاعدة الإسناد، كون التنازع لا يمكن أن يتصور وفقًا للأفكار التقليدية في القانون الدولي الخاص، إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة؛ لذلك لا يمكن أن يتصور الرجوع الى هذه العادات والأعراف أمام القضاء الداخلي، إلا في حالة تصدي المتعاقدين لاختيارها وهو إختيار مادي تنزل بمقتضاه أعراف وعادات التجارة الدولية منزلة الشروط العقدية التي لا يمكن مخالفتها حتى

---

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢١٥-٢١٦ .

من القواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تحيل إليه قواعد الإسناد وتشير إلى إختصاصه[١]، كما أن الكثير من العادات والأعراف التجارية الدولية تم تجميعها من قبل هيئات مختصة، وحيث إن غرفة التجارة الدولية أدت دورًا مهمًا في هذا المجال كونها أصدرت في عام ١٩٥٣ مجموعة وأطلقت عليها أسم (incoterms) جمعت فيها الأعراف المستقرة في البيوع البحرية كالبيع سيف والبيع فوب، وعلى جانب آخر وضعت مجموعة في عام ١٩٦٤ وأطلقت عليها اسم (القواعد والعادات المتعلقة بالإعتماد المستندي) وتضمت تقنينًا في الأعراف المصرفية المستقرة في مجال التجارة الدولية [٢].

ثانيًا : الشروط العامة والعقود النموذجية : إن الشروط العامة هي الشروط التي يتفق عليها التجار في سلعة معينة وكذلك في منطقة معينة ويلتزمون بها بإرادة حرة، ويقومون على إبرام الصفقات التجارية الخاصة بهذه السلعة وفقًا لهذه الشروط، كما وتسمى بالشروط العامة كونها شروطًا عادية يتم التعامل بمقتضاها في السلعة إلا في حالة رأى فيها الأطراف إدخال تعديلات عليها تلائم الصفقة التجارية التي يريدون الإتفاق عليها أو إبرامها، بشرط أن لا يحصل تغيير جوهري في مضمون الشروط أثر هذه التعديلات، ولغرض عدم التمادي في التعديلات تحرر عادة هذه الشروط العامة على صورة نماذج، ويراعى فيها الظروف الخاصة للتجارة من حيث السلعة والمنطقة، وبإمكان المتعاقدين اختيار أي نموذج يرونه ملائمًا الى الظروفهم الخاصة [٣].

أما العقد النموذجي فهو عبارة عن وثيقة مطبوعة يجوز استعمالها وكأنها العقد ذاته، كونها تتضمن جميع القواعد التي تحكم العقد وكما أنها تكون معدة مسبقًا، ومن الأمثلة عليها التزامات الأطراف، وكذلك ضمانات التنفيذ، ومكان التنفيذ، كما تتضمن أسباب الإعفاء من المسؤولية، ويدرج أيضًا نوع البيع سيف أو فوب، ومكان التسليم أو إنتقال الملكية، وتبعة الهلاك وغيرها [٤].

وظهرت هذه النماذج مع تقدم الصناعة في مجال النقل وكذلك تضاعف حجم التجارة الدولية وإزدهارها، حيث وجدت تجمعات مهنية تظم هذه التجمعات أعدادًا من المتعاملين في تجارة معينة وتركز عملها في مدن معينة ومثال عليها تجارة القمح، وتجارة الأخشاب، وتجارة المطاط

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥٧٢ .
(٢) د. محمد سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢،ص١١-١٢، د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٨ .
(٣) د. محسن شفيق، إتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق،جامعة القاهرة، العدد ٣، السنة ٤٣، لعام ١٩٧٤، ص١٥.
(٤) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق ص٣٧.

وغيرها، كما وأن من أكثر هذه التجمعات المهنية شهرة هو جمعية لندن لتجارة القمح، حيث إن هذه التجمعات قامت بإعداد عقود نموذجية للتعامل بين التجارفي السلعة موضوع النشاط التجاري، ومن الجدير بالذكر أن جمعية لندن وفقًا لنظام تأسيسها تهدف الى وضع توحيد للعقود والمعاملات في تجارة الحبوب، كما أنها تشجع على الأخذ بالصيغة النموذجية للعقود والوثائق التي تستخدم عادة في تجارة الحبوب، وكذلك تشجع في حالة وقوع المنازعات اللجوء الى التحكيم لغرض فض هذه المنازعات، وحيث إن هذه الجمعية إستطاعت أن تقدم للمتعاملين مجموعة تضم ستين عقدًا نموذجيًا تتغير فيها التفاصيل بنسبة قليلة حسب نوع البضاعة، ومصدر إنتاجها وجهة وصولها وكذلك وسائل النقل لها، كما أن هذه الشروط العامة والعقود النموذجية الصادرة عن هذه الجماعات الدولية والكثيرة الإستخدام نجدها تتحول الى عادات دولية تساهم في تكوين القواعد العرفية التلقائية التي تكون التعاملات التجارية الدولية وفقًا لها، وغالبًا يحترم التجار هذه الشروط، حيث يكتفون بالإشارة اليها دون ذكر أحكامها، كما هو الحال في الشروط العامة التي تخص منطقة جغرافية معينة حيث يستعين بهذه الشروط تجار المناطق الأخرى يتعاملون في[١]

الصنف ذاته من التجارة، وكذلك الحال بالنسبة للعقود النموذجية التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الحبوب حيث صارت هذه العقود شروطًا لبيع الغلاء في أغلب أجزاء العالم [٢].

كما أن الأصل في العقود النوذجية والشروط العامة أنها ليس لها صفة الإلزام إلا في حالة إتفاق الأطراف عليها، ولهما أن يعدلا عليها من خلال الإضافة أو الإستبعاد أوغيرها [٣].

ثالثًا : المبادئ العامة للقانون : وتعني أنها تلك المبادئ المشتركة بين النظم القانونية الوطنية، والتي يستخلصها القاضي أو المحكم من هذه النظم القانونية الوطنية عندما تستند العلاقة اليه كقانون واجب التطبيق[٤]، حيث يستعين القاضي أو المحكم بهذه المبادئ العامة من القانون والتي تمثل عامل مشترك لحل النزاع لمعظم الأنظمة، وأن هذه المبادئ تقوم على أساس حسن النية في التعامل وكذلك التعويض عن الضرر وغيرها[٥]، وكذلك يلجأ قضاة التحكيم الى الإستعانة بهذه المبادئ لغرض تطبيقها تطبيقًا مباشرًا على المسائل التي لم تستقر عليها عادات التجارة الدولية وأعرافها، وكما يجري تطبيقها أمام قضاء التحكيم على أساس قانون الإرادة أي بناءً على إرادة

---

(١) د. محسن شفيق، المصدر نفسه، ص١٥.
(٢) د. محسن شفيق، إتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، مصدر سابق ص١٥.
(٣) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق ص٤٠.
(٤) د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم التجاري وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنلوجية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٢٤٦.
(٥) د.محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مطبعة عبير،حلوان،١٩٨٨،ص ٥٤٦.

الأطراف، ويحرص المتعاقدون على النص على هذه المبادئ العامة في حالات كثير في العقود الدولية التجارية وهذا ما يعبر عن رأيهم ورغبتهم في تحرير إتفاقهم من سلطان القوانين الداخلية [١]، كما أن مثل هذه الحالة لتحرير العقد يتعذر تحقيقها إلا إذا نص عليها شرط التحكيم، حيث إن القضاء الوطني يرفض فكرة العقد المحرر من سلطان القوانين الداخلية، أما في قضاء التحكيم فيكون خلافًا للقضاء الداخلي حيث يقوم المحكم بتطبيق المبادئ العامة في المنازعات العقدية حتى وإن سكت المتعاقدون عن النص على القانون الواجب تطبيقه على النزاع [٢].

كما أن الفقه يختلف من حيث إن هذه المبادئ القانونية المشتركة هل تعد من مكونات قانون التجارة الدولية من عدمه حيث ذهب بعضهم الى أنها لاتعد من مكونات قانون التجارة الدولية كونها مجرد مبادئ مشتركة بين القوانين الداخلية المختلفة ولا تتمتع بأي استقلالية عن هذه القوانين، وكذلك أنها في ذاتها غامضة وغير محددة ولا تعبر عن قواعد قانونية محددة نستطيع الكشف عن وجودها ومضمونها بصورة مؤكدة ومأمونة، كما أن الرجوع الى هذه المبادئ العامة المشتركة لا يكون كافيًا في حلات كثيرة ولا يقدم حلًا للنزاع، من الصعوبة الحصول على مبادئ عامة مشتركة لتحكم العلاقات التجارية بين الدول والتي تكون بين أعضاء مجتمع من التجار فقد تجانسه الذي كان يتمتع به أثر توسع نطاق المعاملات التجارية الدولية في العصر الحديث، وكذلك زيادة أعضاء المجتمع الدولي الذين ينتمون إلى دول عديدة تختلف بعضها عن بعض في أنظمتها القانونية[٣]، كما أن قضاء التحكيم قد توصل الى الكثير من هذه المبادئ القانونية والتي إستخلصها من الأنظمة الداخلية المختلفة للدول، ولكن هذه المبادئ تجد مصادرها في الأنظمة القانونية السائدة للدول الرأسمالية ذات الصناعات الكبرى، حيث إنها رغم كونها متشابهة في الأسس العامة لكنها تختلف عن الأنظمة التي تحكم المجتمعات النامية، وهذا بحد ذاته يحذر من الإتجاه الحديث لدى الفقه والذي يؤكد مايسمى (القانون التجاري الدولي) حيث لا تعبر أحكامه سوى عن مصالح الشركات التجارية والصناعية للدول المتقدمة [٤]، ومن أبرز الأمثلة المشهورة لهذه المبادئ العامة المشتركة هو مبدأ الحقوق المكتسبة، ومبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق، وكذلك مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ عدم قبول الإدعاء بما يتعارض مع الإقرار، ومبدأ حسن النية، ومبدأ تغير الظروف، وجميع هذه المبادئ

---

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٢٤.
(٢) د. اشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦، ص١٢٩-١٣٠.
(٣) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٢٥.
(٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص١٤٤.

موجودة في الأنظمة الداخلية لمختلف الدول[١]، ومن التطبيقات على هذه المبادئ العامة هي المبادئ التي سجلت في تفاقية وارسو لعامي (١٩٣٠ و١٩٣١) كالقواعد المتعلقة بالنقل الجوي والبحري والأوراق التجارية ومنها الشيكات توسع نطاق تطبيقها للحاجة العالمية لتوحيدها [٢]، ومن التطبيقات في القوانين الداخلية أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إذا وضع توقيعه عليها في دولة تعده كامل الأهلية فيكون التزامه صحيحًا، وإن كان قانون جنسيته يعده ناقص الأهلية، فإن المشرع العراقي في المادة (٢/٤٨) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ أكد ذلك، ويبرر هذا التأكيد هو حماية المعاملات واستقرارها وتحقيق الأمن القانوني من مفاجأة تطبيق قانون الجنسية بالنسبة لناقص الأهلية وهو الملتزم بالأوراق التجارية، ويمكن لنا أن نصف ذلك أنه من تطبيقات المصلحة الوطنية التي نظمها القانون المدني العراقي في المادة (٢/١٨) منه حيث نصت هذه المادة على (في التصرفات القانونية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا ناقص الأهلية وكان سبب نقص أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأخر تبينه، فأن الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية)، وكذلك من التطبيقات توحيد سن الرشد للوطنين والأجانب والتي وجدت لها تطبيقًا في القانون العراقي في المادة (١٠) من قانون التجارة الملغي حيث يكون السن اللازم لممارسة الأعمال التجارية واحد بالنسبة للعراقيين والأجانب، وتبرير ذلك هو حماية الأسواق التجارية ومعاملة الجميع بشكل واحد فيما يتعلق بالأهلية التجارية وصولًا الى تحقيق الثقة والائتمان وهما من العناصر المهمة في التجارة الدولية .

رابعًا : قواعد العدالة : غالبًا ما يكون تطبيق هذه القواعد أمام قضاء التحكيم والذي يمتاز بخصوصية ومرونة في حل النزاع، حيث لا يقتصر التحكيم على حل النزاع حسب القانون فقط وإنما يمتد الى حله بطريقة توافقية وفقًا الى مصالح الأطراف المتنازعين من كلا الجانبين الإقتصادي والإجتماعي، ويعود ذلك الى أن المحكم غالبًا ما يكون مفوضًا من جانب الأطراف بالصلح وهذا مايطلق عليه (تحكيم العدالة)، وعيه لا يكون المحكم مقيدًا بحكمه بنصوص القانون وقواعده، بل يكون حكمه بموجب قواعد العدالة والتي يستقيم حكم التحكيم وفقًا لها، من حيث لا يستقيم الحكم التحكيمي وفقًا للقضاء العادي، وكذلك تعد قواعد العدالة من مصادر قانون التجارة الدولية وأحد مكوناته، وهذا يكون متى ما أتخذت هذه القواعد طابع العمومية والتكرار، حيث إن

---

(١) جاء ذكر بعض هذه المبادئ في القانون المدني العراقي حيث ذكر في المادة (٧) منه مبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق، وكذلك في المادة (١٥٠) منه ذكر مبدأ حسن النية، كما نصت المادة (٢٣٣-٢٤٤) منه مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، وذكر في المادة (١٤٦) منه مبدأ تغير الظروف أو الظروف الطارئة .
(٢) د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي، لبنان، ٢٠٠٧، ص٥٣٢.

قيمتها تبدو كأداة لسد النقص والعجز الموجود في القانون التجاري، وكما أن الأخذ بفكرة قواعد العدالة لا يعني إستبعاد قواعد القانون بصورة كلية، حيث إن تطبيق قواعد العدالة يرشد المحكم الى المبادئ العامة للقانون وواقع التجارة الدولية، وبالنتيجة يتوصل الى الحل الواجب الإتباع على هذا النزاع في حالة عدم وجود قواعد موضوعية في العادات والأعراف التجارية أو غيرها من المصادر[١]، كما تجدر الإشارة الى أنه لا يتم اللجوء الى قواعد العدالة إلا في حالة عدم وجود قاعدة قانونية تنطبق على النزاع، أو في حالة وجود قاعدة ولكن تكون غير ملاءمة لحكم النزاع، أويترتب على تطبيقها ضرر محقق يصيب أحد الأطراف[٢].

الفرع الثالث

المصادر المستمدة من الاتفاقيات الدولية

إن الاتفاقيات الدولية وضعت قواعد موضوعية في مجالات مختلفة وهذه القواعد تتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية، كما أن منها يتعلق بالعقود التجارية الدولية، وكذلك منها ما يتعلق

(١) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٤٢.
(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٢٩.

بمسائل أخرى في التجارة الدولية، حيث تجد الدول في أغلب الأحيان عند إبرام الاتفاقيات الدولية وسائل مفضلة لديها في حل مشكلات التنازع بين القوانين، وتقوم على إبرام اتفاقيات دولية تأتي بقواعد موضوعية تحكم مسألة معينة من مسائل القانون الدولي الخاص[١]، وإن الإتفاقيات الدولية التي تبرم لغرض حل مشكلات تنازع القوانين مختلفة ومتنوعة والتي سوف نبينها وفق الفقرات المدرجة أدناه :

اولًا : الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية : إن الغرض من هذا النوع من الاتفاقيات هو من أجل القضاء على ظاهرة تنازع القوانين من خلال تقديم الحلول الموضوعية المباشرة، لوضع حل للمواضيع المختلف عليها حيث تكون الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية على شكلين كما مبين أدناه :

١- الاتفاق على تشريع موحد يقوم على تنظيم موضوع معين من موضوعات القانون، كما ويكون قانونًا موحدًا أو مشتركًا بين الدول الأعضاء حيث يسري داخلها ويكون مكان تشريعها الوطني بحدود ذلك الموضوع المعين بذاته، وكما ويحكم هذا القانون العلاقات المتصلة به كافة، سواء أكانت وطنية أم دولية، تعلقت بإحدى الدول المتعاقدة أم بغيرها من الدول الغير متعاقدة، ومثال على ذلك التشريع النموذجي العربي لحماية حقوق المؤلف وحقوق المجاورة، وكذلك معاهدة جنيف والتي وضعت القانون الموحد للحولات والسند لأمر في عام ١٩٣٠، وكما وضعت قانون للصكوك عام ١٩٣١، وحيث إن مثل هذه النوع الإتفاقيات يطلق عليها (الاتفاقيات الموحدة للقوانين) والتي تهدف الى القضاء على التنازع بين القوانين من خلال توحيد التشريعات الوطنية بين الدول المتعاقدة على اختلافها في مجال معين، كما أن هذه الدول التي تعاقدت تعهدت بالإلتزام بأمرين، الأول منها تطبيق الاتفاقية الدولية في العلاقات الدولية، والأمر الثاني تعديل قوانينها الداخلية بالشكل الذي يجعل منه متفقة ومع أحكام هذه الاتفاقية[٢].

٢- الاتفاق على قواعد موضوعية تحكم موضوعًا معينًا من موضوعات القانون، وتقوم على تنظيمه بما يلبي حاجة العلاقات الخاصة الدولية، والهدف منه هو إستبعاد تطبيق قواعد الإسناد على هذا النوع من العلاقات الدولية عند ظهورها بين الدول المتعاقدة، حيث إن هذه القواعد تضع حلًا مباشرًا للنزاع الحاصل للمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، عليه فهي قواعد تستجيب

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي، توحيد القانون الخاص، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الاول، السنة ٣٠، ١٩٦٠، ص٥٣.

(٢) د. عبد المنعم البدراوي، توحيد القانون الخاص، سلسلة كتب قانونية، من دون دار نشر، عمان، الاردن، ١٩٩٨، ص٩٣-٩٤.

في مضمونها وأهدافها الى طبيعة هذه المراكز القانونية الخاصة والداخلية، حيث تكون محكومة بالقانون الداخلي، أما في المراكز القانونية التي تصدر من الدول غير المتعاقدة يبقى المجال فيها واسعًا لقواعد الإسناد، وإن من أبرز الأمثلة على هذه الاتفاقيات هو الاتفاقية الخاصة بالنقل الدولي الجوي لعام ١٩٢٩ والتي تسمى (اتفاقية وارسو)، وكذلك من الأمثلة على هذه الإتفاقيات اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، وكذلك اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠[١].

ومما تقدم فإن الباحث يرى أن هذه القواعد الموضوعية الموجودة في الاتفاقيات لها الدور الكبير في الحد من التنازع بين القوانين وذلك من خلال الحلول المباشرة التي تقدمها لحل النزاع دون الحاجة الى المرور بقاعدة الإسناد التي تحيل الى القانون الواجب التطبيق على النزاع .

ثانيًا : الاتفاقيات الدولية الموحدة لقواعد الإسناد : تسمى هذه الاتفاقيات في بعض الأحيان (باتفاقيات القانون الدولي الخاص)؛ كونها تقتصر على تقديم حلول غير مباشرة، حيث إنها تتضمن قواعد إسناد من شأنها أن ترشد أو تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية موضوع التنظيم، من غير أن توحد الأحكام الموضوعية المتعلقة بتلك العلاقات، حيث إنها تترك تنظيمها الى القوانين الداخلية، وتقوم قواعد الإسناد في الإتفاقية بالإشارة اليها، كما وتعد مثل هذه الإتفاقيات من المصادر المهمة لقواعد الإسناد، ومن الأمثلة على هذه الإتفاقيات هي إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقادية، وكذلك إتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق المبرمة في عام ١٩٧١[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التوحيد لقواعد الإسناد لا علاقة له بالقواعد الموضوعية وإنما هو خاص بقواعد الإسناد، ولكن ينفعنا في التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية وذلك عن طريق قواعد الاسناد الذي سوف نبينه في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

ثالثًا : الاتفاقيات الدولية المتضمنة قواعد مختلطة : يتضمن هذا النوع من الإتفاقيات قواعد موضوعية موحدة تحكم العلاقات التي يكون أحد أطرافها أجنبي، وكذلك قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي خاصة بموضوع التنظيم، في حالة

---

(١) د. عبد الكريم محسن ابو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤.

(٢) د. محمد حمدي محمد، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٠.

عدم خضوعها الى أعمال القواعد الموضوعية الموحدة، وهذا يعد تعبيرًا عن اعتقادها بعدم كفاية منهج القواعد الموضوعية في تنظيم وحماية تلك الحقوق، ومن أبرز الأمثلة على هذه الاتفاقيات اتفاقية برن لعام ١٨٨٦ لحماية المصنفات الأدبية والفنية[١]، التي تحتوي على عدد من قواعد الإسناد التي ترشد الى القانون الواجب التطبيق في بعض المسائل، كما أن القانون الذي اعتمدته بشكل رئيسي قانون بلد طالب الحماية، ومن الأمثلة أيضًا اتفاقية باريس لعام ١٨٨٣ الخاصة بحماية الملكية الصناعية، التي تحتوي على قواعد إسناد ترشد إلى تطبيق قانون بلد طلب الحماية، كما أنها في بعض الأحيان تطبق قانون دولة المنشأ وقانون الدولة المستوردة [٢].

ومما تقدم فإن الباحث يرى أن وجود القواعد الموضوعية في الاتفاقيات الدولية ساهم بشكل كبير في حل الكثير من النزاعات الحاصلة في التجارية الدولية، ومن هنا يتبين دور القواعد الموضوعية في الحد من التنازع بين القوانين وذلك من خلال الحلول الموضوعية المباشرة التي تقدمها هذه القواعد والتي ينتهي على أثرها النزاع.

المطلب الثاني

طبيعة القواعد الموضوعية وعلاقتها بمنهج الاسناد

اختلف فقهاء قانون التجارة الدولية في تحديد الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في حل المنازعات عقود التجارة الدولية، إذ ذهب بعضهم الى أن القواعد الموضوعية تشكل نظامًا قانونيًا متكاملًا ومستقلًا وله القدرة على تقديم الحلول في مشكلات التجارة الدولية كافة، في حين ذهب جانب آخر من الفقه على إعتبار القواعد الموضوعية تمثل نظامًا قانونيًا ولكن غير متكامل بل يحتاج الى غيره لسد ما به من ثغرات[٣]، وأمام هذا الاختلاف لابد من بيان طبيعة هذه القواعد، ومن جانب آخر نبين علاقة هذه القواعد بمنهج الإسناد حيث إنقسمت الإتجاهات في ذلك الى ثلاثة

---

[١] د. نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤، ص٤٧.

[٢] د. صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيًا ودوليًا، الطبعة الأولى، الأصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥، ص٢٧٤.

[٣] محممود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٢، بدون سنة طبع، ص٧٣.

إتجاهات الأول منها يذهب الى علاقة التنافس بين منهجي القواعد الموضوعية ومنهج الإسناد، كما وذهب الإتجاه الثاني إلى أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تكامل حيث تكون أحداهما مكملة للأخرى، ويذهب الاتجاه الثالث إلى أن العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج الإسناد هي علاقة التعاون والتعايش، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب وعلى فرعين وكالآتي :

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية

إن الاختلاف بين الفقهاء قائم من حيث مدى ملائمة الصفة القانونية للقواعد الموضوعية بوصفها منهجًا جديدًا للتعامل في العلاقات التجارية الدولية، حيث ذهب جانب من الفقه الى إنكار الصفة القانونية للقواعد الموضوعية أي إنكار صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية، كما إتجه جانب آخر من الفقه إلى الاعتراف للقواعد الموضوعية بالنظام القانوني ولكن نظام قانوني غير كامل، في حين إتجه جانب الى أنها تمثل نظام قانوني بشكل متكامل وهذه الإختلافات بين الفقهاء سوف نبينها من خلال ثلاثة بنود مدرجة أدناه :

اولًا : إنكار صفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية : يتجه جانب من الفقه الى إنكار صفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية، وأن اصحاب هذا الرأي يرجعون في ذلك إلى عدة أسباب وهذه الأسباب سوف نبينها فيما يأتي[١] :

١- إن هذه القواعد لا تعد قواعد آمرة، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن النظام القانوني يكون مرتبطًا بنوعين من القواعد الأولى آمرة والثانية مفسرة[٢]، في حين أن أغلب القواعد الموضوعية تكون مكملة، حيث لا يتوفر فيها عنصر الإلزام، حيث يتوقف عملها على إرادة المتعاقدين[٣]، لهذا نجد جانبًا من الفقه يؤكد أن العادات والأعراف الخاصة بالتجارة الدولية وإن كانت قادرة على حل مشكلات العقود التجارية الدولية، لكنها تبقى تكميلية أو تخييرية، فلا يمكن

---

(١) بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٧، ص٢٠٢.
(٢) بلاش ليندة، المصدر نفسه، ص٢٠٣.
(٣) د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٢، بدون سنة طبع، ص٧٣.

تطبيقها بالقوة بل لا بد من أن يقرر الأطراف في العلاقة العقدية بالإرادة الصريحة أو الضمنية عن رغبتهم في سريان أحكام هذه القواعد على هذه العلاقة العقدية[١].

٢- افتقاد القواعد الموضوعية للمجتمع الذي تنظمه، وأن غاية النظام القانوني تتمثل في أمرين، الأمر الأول يكون عضوي حيث يتمثل في تنظيم لجماعة معينة على نحو الحقيقة، والأمر الثاني يكون تنظيمي يتمثل بالقواعد القانونية التي تحكم هذا التنظيم، كما أن مثل هذا التنظيم لا يمكن القطع بوجوده وهو الذي يحقق صفة الوحدة والتماسك بين مجتمع التجار[٢]، كون الحياة التجارية في حالة تطور في الوقت الحاضر، وهذا يؤدي الى المعاملة مع تجار ينتمون الى أنظمة قانونية مختلفة وهذا بالنتيجة يظهر لنا جماعات متباينة من التجار والمهنيين والحرفيين، في حين إن لكل مجموعة من هذه المجاميع عادات وأعراف خاصة بهم والتي تعبر عن مصالحهم، وكذلك تتعارض مع مصالح غيرهم، مما يؤدي الى صعوبة توفر فكرة التنظيم اللازمة لقيام النظام القانوني بصفة عامة بينهم[٣].

٣- لا تقترن القواعد الموضوعية بجزاء يكفل احترامها، فإن أي نظام قانوني لا يكون له قوة وأساس ما لم يكن هنالك جزاء على من يخالف قواعده وهذا يدفع الأفراد المتعاملين وفق هذا النظام القانوني الى إحترامه وإستمراره، وعلى الصعيد ذاته تكون الأنظمة القانونية التي تضعها الدول والتي تقترن بجزاء يكفل إحترمها، وتقوم الدول بتوقيعه عند الحاجة [٤]، في حين لا نجد ذلك في القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، حيث إنها لا تقترن بجزاء توقعه على من يخالفها، كما أن الجزاء الذي نادى به أنصار القواعد الموضوعية يبقى في دائرة تنفيذ الأحكام لدى السلطة العامة، والذي تعذرتنفيذه إلا بمساعدة السلطة التي تمتلك حق رفض التنفيذه، وهذا يجعل القرار بلا قيمة، مما يؤدي إلى تجريد القواعد الموضوعية من صفة النظام القانوني، وذلك لعجزها عن فرض جزاء على من يخلفها وهو الذي يكفل إحترامها وتطبيقها، وكذلك من الحجج التي يستند اليها الذين ينكرون صفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية هو أنها تلقائية النشأة، وهم يعتمدون على ربط فكرة النظام العام بالدولة التي تضع القواعد عن طريق سلطتها التشريعية، وهذا يكون على نحو لا يمكن تصور أن هنالك نظام قانوني خارج نظام الدولة، وهذا الأمر من الصعب

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق ، ص٣٧١.
(٢) د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٧٣.
(٣) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ، ص١٦١.
(٤) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق ، ص٤٧.

التسليم به لأن مجتمع التجار توجد به مصالح مشتركة تدفعهم إلى التضامن فيما بينهم من أجل تحقيق تلك المصالح [١].

ثانيًا : الاعتراف بالنظام القانوني الكامل للقواعد الموضوعية : يتجه جانب من الفقه إلى أن هذه القواعد أصبحت وسيلة مهمة وفعالة في فض النزاعات ذات الطابع الدولي، وهذا يؤدي بدوره الى أنها تشكل نظامًا قانونيًا كاملًا، كما أن توافر صفات القاعدة القانونية في القواعد الموضوعية تجعل منها نظامًا قانونيًا متكاملًا يوازي الأنظمة القانونية الوطنية[٢]، وهنا تجدر الإشارة إلى معنى النظام القانوني، حيث إن مفهوم النظام القانوني الذي أثبتته الدراسات الحديثة يكون من جانبين، الجانب الأول هو العضوي أو النظامي ويقصد به وجود تنظيم حقيقي لكل وحدة اجتماعية، كون القانون بوصفه نظامًا وجد عن طريق مجتمع أو مؤسسة تعبر عن هذا المجتمع والتي تعمل على سد حاجات المجتمع للتنظيم والقانون، وأما الجانب الثاني هو القاعدي والذي يكون من خلال وجود القاعدة القانونية، وهنا نبين أن الجانب الأول هو أسبق بالوجود بل هو القانون ذاته أما الجانب الثاني فهو تعبير عن القانون وعلى هذا المفهوم تكون كل منظمة معينة تقوم بخلق قواعد قانونية لها[٣]، ومن الممكن تعريف النظام القانوني بأنه (مجموعة متناسقة من القواعد تأتي من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم المجموعة نفسها من المبادئ، وذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الإجتماعية التي يجب أن تحكمه)[٤]، كما أن النظام القانوني الوطني والذي يشكل بدوره نظام المجتمع بصورة عامة، حيث لا يوجد جانب من جوانب الحياة الفردية يفلت من قبضة هذا النظام، وإن جميع التصرفات التي ينظمها القانون أو يمنعها بنص خاص، يجعلنا أمام قاعدة مفادها كل قاعدة لا يوجد لها منع من النظام الوطني تكون مباحة، عليه تجد الكثير من الأنظمة القانونية تقوم بنشاطها الى جانب الأنظمة الوطنية التي تلائم نشاط أعضائها، ومن الأمثلة عليها النقابات والجمعيات، وكذلك أنظمة المهن الحرة، ومن الممكن السؤال عن الأوصاف لهذه القواعد، فإن هذه القواعد القانونية توصف بأنها عامة مجرة توضع من قبل السلطة والتي تهدف الى تنظيم علاقات الأفراد داخل المجتمع مصحوبة بجزاء يكفل احترامها والذي توقعه السلطة المختصة عند مخالفة تلك القاعدة القانونية، فهي تعد من أدوات الضبط الاجتماعي تستخدمها السلطة للسيطرة على تصرفات الأفراد ونشاطهم داخل المجتمع،

---

(١) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥١.
(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٢٧.
(٣) بهاء هلال الدسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، مصدر سابق، ص١٧٧.
(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط١، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص٦٢.

وما هي إلا توازن بين حرية الأفراد ومصالح الجماعة، كما توصف القاعدة القانونية بالعمومية والتجريد؛ لأنها تخاطب الأفراد والأشياء بصفاتهم وليس بذواتهم، وتطبق على الجميع دون إستثناء إلا في حالة ورود نص يخصص من عمومها[١]، وأما بالنسبة الى القاعدة الموضوعية فهي لا تختلف عن القواعد القانونية الأخرى، حيث تتصف بالعمومية والتجريد، كما وتكون مصحوبة بجزاء يكون على من يخالفها ويفرض هذا الجزاء من قبل السلطة المختصة عند الإقتضاء، وعليه فإن الدولية لا تعد هي الوحيدة في وضع القوانين، كما لا يمكن ربط الدولة بالقانون لأن الدولة لا تعترف ببعض القواعد، كما هو الحال في القواعد العرفية التي تكونت على هامش قانون الدولة، إذ إنه هنالك قواعد قانونية صدرت من منظمات مهنية وإكتسبت صفة الإلزام وقد وضعت جزاء على من يخالفها، وحيث إنها نشأت وتكونت على هامش قانون الدولة، ونستخلص من هذا الرأي ان القواعد الموضوعية تعالج مشكلات القانون التجاري الدولي وهي تعد نظامًا قانونيًا حقيقي، ويكون ذلك من عدة جوانب أو عوامل نبينها فيما يأتي :

١- وجود مجتمع متعاون ومتماسك في ميدان التجارة الدولية، فإن وجود رجال للتجارة الدولية بصورة متماسكة ومترابطة وفق المصالح المشتركة بينهم يجعل منهم مجتمعًا دوليًا حقيقًا، كما أن هذا الترابط والتعاون بين التجار في المجتمع التجاري الدولي يؤدي الى وضع قواعد تحكم المعاملات التجارية في الوسط الدولي، والتي تكون عن طريق التنظيمات المهنية والمنظمات الخاصة الدولية [٢].

٢- وجود هياكل قانونية تعمل على احترام القواعد الموضوعية، وتعمل هذه الهياكل القانونية أو هذه الأجهزة على احترام قواعد السلوك في حدود القانون التجاري الدولي، وهي تتمثل عادة بهيأة التحكيم، إذ إن التحكيم يمثل السلطة القضائية الحقيقية في مجتمع التجارة الدولية [٣].

٣- وجود الجزاء الذاتي الذي يكفل إحترام القواعد الموضوعية، فإن الجزاءات تظهر بصور متعددة منها ماهو مالي والتي تفرض عند عدم تنفيذ قرارات المحكمين، ومنها ماهو أدبي ويتمثل في النشر وعدم تنفيذ قرارات التحكيم[٤]، وإن ما يؤكد إلزام هذه القواعد هو الوعي السائد لدى رجال التجارة الدولية حيث إنها أصبحت لديهم ملزمة أو لها صفة الإلزام، وكذلك إنها أصبحت

---

(١) د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة طبع، ص٣٢.
(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٢٤.
(٣) د. خيري عبد الفتاح البتانوني، مفهوم التحكيم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص٢٠.
(٤) محمد أحمد حسن الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، بدون سنة نشر، ص٤٢٠- ٤٥٢.

راسخة في نفوس المجتمع التجاري الدولي ويجب إتباعها وإحترامها، وإنهم يخضعون اليها بأرادتهم، وهذا بالتاكيد يعطي لهذه القواعد صفة الإلزام داخل المجتمع الدولي للتجار، وهذا يؤدي الى جعلها نظامًا قانونيًا متكامل، كون الصفة الإلزامية تتحقق داخل المجتمع التجاري الدولي .

ثالثًا : الاعتراف بصفة النظام القانوني غير الكامل للقواعد الموضوعية : إن هذا الاتجاه هو الاتجاه المعتدل كونه يعترف بصفة النظام القانوني غير الكامل للقواعد الموضوعية، كما أن هذا الإتجاه يتفق مع التطورات الحديثة للفكر القانوني مقابل الإنتقادات اللاذعة التي أطلقها أصحاب الرأي الأول والتي أرادت أن تنفي الاساس الذي تقوم عليه قواعد التجارة الدولية، وإن أصحاب هذا الإتجاه يرون أن القواعد الموضوعية لها نظام قانوني ولكن غير متكامل فهو نظام قانوني في طور التكوين، كما أن هنالك مثالب للقواعد الموضوعية كونها تعيق تطبيق النظام القانوني الكامل ومن هذه المثالب هو عدم تحقيق الأمان القانوني عند تطبيق القواعد الموضوعية، وهذا يؤدي الى عدم إستقرار العلاقات الخاصة الدولية، وذلك عن طريق إعتماد المبررات الآتية :

١- **منهج غير كامل،** إن من أهم المبرارات التي تطرح هو أن منهج القواعد الموضوعية مايزال غير كافٍ لتغطية المسائل كافة التي تثار في عقود التجارة الدولية، وكذلك في بعض المجالات التي استقرت عليها بعض الأعراف على قواعد محددة ومعينة، ومثال على ذلك البيوع الدولية والائتمان المستندي، كما وهنالك مسائل مهمة إذا أثير بشأنها النزاع وهي عيوب الرضا والأهلية والتقادم والفوائد التأخيرية[١]، وأن النقص الموجود في القواعد الموضوعية لايمكن إنكاره حتى من قبل أنصار القواعد الموضوعية نفسهم، بل إنهم يقرون أنها تشكل نظام قانوني غير متكامل، وإذا كان هذا القانون لا يرد إلا على عدد محدود من المسائل في القانون التجاري الدولي، فما هي المصادر التي يأخذ منها هذا القانون لسد النقص الذي فيه، وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى الرجوع الى قواعد التنازع التقليدية الموجودة في القوانين الداخلية[٢]، لسد هذا النقص ومن هنا يظهر لنا الدور غير المباشر للقواعد الموضوعية في حل النزاع والذي سوف نبينه في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

٢- **إطلاق سلطة القاضي أو المحكم بصورة غير محدودة،** تتكفل السلطة العامة باحترام والتزام الأفراد والقضاء على اتباع القواعد القانونية التي توضع من قبل المشرع الوطني، وهذا يوفر

---

(١) د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٧٨.
(٢) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٥٠.

الأمان القانوني والطمأنينة لتحسين العلاقات والروابط بين الأفراد أو بين الأفراد والسلطة[١]، في حين يوجد هنالك عرف للقواعد القانونية في القانون التجاري الدولي، وهذا العرف يدع الفرصة واسعة أمام تقدير القاضي أو المحكم الذي يعرض أمامه النزاع، وبطبيعة الحال هذا يخضع الى المهنية والإنطباعات الشخصية التي يمتلكها القاضي أو المحكم وغالبًا ما تخالف الحل القانوني السليم، كما أن الحكم الذي يكون على أساس هذه القواعد يكون حكمًا انطباعيًا ويؤدي الى الاخلال بتوقعات الأطراف المتعاقدين وحرمانهم من الأمان القانوني، وهو من أهم الاهداف التي يسعى اليها القانون الدولي الخاص عند تنظيم العلاقات الخاصة الدولية[٢]، كما أنه إذا كان القضاء من أثبت بعض هذه القواعد في التجارة الدولية، فأن الفقه لا يتفق مع تطبيقها بشكل مباشر ومستقل عن قواعد الإسناد، فإن القواعد التي تصدر عن القضاء هي قواعد وطنية لا يمكن تطبيقها إلا أمام القضاء دون غيره ومن خلال قواعد الإسناد، ومثال عليها (قاعدة شرط الذهب)، وأما من ناحية تنفيذ الأحكام في دولة أخرى فهي غير مضمونة، وهذا يؤدي بطبيعة الحال الى الإخلال بالأمان القانوني لمعاملات التجارة الدولية [٣].

٣- التشكيك في عدم عدالة وقدرة القواعد الموضوعية على تحقيق الأمان القانوني، وجه هذا النقد للقواعد الموضوعية وهو ذات النقد الذي وجه الى قواعد الإسناد، حيث إن الإنتقاد الذي وجه الى قواعد الإسناد هو أنها تؤدي الى إنعدام الأمان القانوني واليقين لدى أطراف النزاع[٤]، كما أن الشك في عدم تحقيق القواعد الموضوعية للأمان القانوني يأتي من عدة جوانب، الجانب الأول منها هو أن القواعد الموضوعية وضعت لمعالجة مشكلات ومتطلبات التجارة الدولية وتحقيق العدالة لأطرافها، لكن هذه العدالة وصفها بعضهم بالعرجاء كونها غالبًا ما تكون لمصلحة أحد الأطراف دون الطرف الآخر، وهذا الطرف هو الطرف القوي في العلاقة الاقتصادية على حساب الطرف الضعيف[٥] ، ومن الجانب الثاني يذهب البعض الى أن القواعد الموضوعية وخاصة وطنية المصدر تؤدي الى تجاهل تنوع العدالة النسبية أو الاقليمية أو تغض الطرف عن نسبة العدالة من دولة أخرى، حيث إن هذا الإستقلال والإختلاف بفكرة العدالة من نظام الى أخر يجب إحترامه، ومن هنا يجب الإعتراف بهذا التنوع لفكرة العدالة[٦]، وأما الجانب الثالث فقد ذهب الى أن القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني لا تؤدي الى إتساق الحلول؛

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٧٦ ومابعدها.
(٢) بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٢٠٨.
(٣) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٥١.
(٤) خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٣٢.
(٥) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٧٨.
(٦) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوءإستخدام الانترنت،مصدر سابق، ص١٤٦.

لأن كل مشرع هو مستقل عن غيره بوضع قواعده، حيث لا تكون هذه القواعد مشتركة بين الدول، وهذا يجعل الخلاف في تقديم الحلول قائم في العلاقات الخاصة الدولية، وبطبيعة الحال هذا يؤدي الى إنعدام الأمان القانوني والإستقرار المطلوبين في عقود التجارة الدولية، ومن الممكن تلافي هذا الأمر من خلال إحياء فكرة توحيد القوانين عن طريق القواعد الموضوعية الاتفاقية والتي ينادي بها أنصار منهج القواعد الموضوعية[1]، ويمكن توجيه النقد الى هذا الإتجاه بأنه يركز على القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني في حين هنالك الكثير من أحكام التحكيم والقضاء أصبحت مصدرًا من مصادر هذه القواعد .

ونحن بدونا نؤيد هذا الاتجاه القائل بأن القواعد الموضوعية لها نظام قانوني ولكنه غير كامل، وذلك لكونها تحتاج في تطبيقها الى قواعد الإسناد، وخاصة في حالة كون النزاع مطروح أمام القضاء الوطني، وعندما تكون هذه القواعد ذات مصدر وطني .

الفرع الثاني

العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد

إن منهج الإسناد يقوم على إسناد العلاقة موضوع النزاع الى القانون المختص والذي يطبق على النزاع سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أم قانون أجنبي يكون واجب التطبيق على النزاع، وأن منهج الإسناد يتصف بالحيادية كونه لا يجعل إختصاص قانون القاضي إختصاصًا حصريًا بل يكون مشتركًا مع القوانين الأخرى، وكما يوجه الى منهج الإسناد العديد من الانتقادات، كونه يؤدي الى وضع حلول داخلية لمنازعات دولية، وعلى هذا الأساس يكون تطبيق منهج الإسناد لا يتناسب مع طبيعة العلاقات الدولية، بسبب غموض هذا المنهج وعدم تحديد مضمونه، وكذلك إنه يؤدي الى خضوع العقد الدولي الى القواعد الوطنية وهذا بطبيعة الحال لا

([1]) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٧٨.

يتفق مع احتياجات ومتطلبات عقود التجارة الدولية[١]، ويلاحظ اختلاف الفقهاء في ضوء بيان طبيعة العلاقة بين المنهجين وقد اتجه الفقه إلى ثلاثة إتجاهات والتي سوف نبينها في الفقرات المدرجة أدناه :

أولًا : علاقة التنافر بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد : يذهب جانب من الفقهاء الى أن العلاقة بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد هي علاقة تنافر، حيث يؤدي وجود القواعد الموضوعية إلى إبعاد قواعد الإسناد، كما أن هذا الجانب من الفقه يزيد على ذلك بأن الإستبعاد لا يكون في تحديد القانون الواجب التطبيق بل يؤدي الى إستبعاد منهج الإسناد ذاته، حيث تظهر هنا علاقة التنافر بين المنهجين عند تطبيق كل منهما، ومن غير الممكن أن يعمل أحدهما في مجال تطبيق الآخر[٢]، كما يبرز التنافر أيضًا من خلال الخصوصية الموجودة في العلاقات الخاصة الدولية والتي تختلف عن العلاقات الداخلية، وهنا يمكن تبرير إستبعاد منهج قاعدة التنازع لصالح منهج القواعد الموضوعية وذلك كونها تناسب تلك الخصوصية للعلاقات الخاصة الدولية حيث تحل محل البحث عن القانون الواجب التطبيق، إضافة الى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد[٣]، كما أن خضوع العلاقات التجارية الدولية للقواعد الموضوعية يعطي لهذه القواعد الأولوية في التطبيق على قواعد الإسناد، ويكون تطبيقها بشكل مباشر وتلقائي على العقود التجارية الدولية، وهذا يرجع الى سببين رئسيين:

الأول منهما هو الطابع الدولي للقواعد الموضوعية فهي ذات مصدر إتفاقي دولي، والسبب الثاني إن القواعد الموضوعية الموحدة تطبق في أماكن غير قائمة، وعليه فإن إعمال القواعد الموضوعية لا يتوقف على قواعد الإسناد، ولكن يرجع الى شروط موضوعية لتطبيق تلك القواعد، وتكون غالبًا في دولية العلاقة القانونية ذاتها، وكذلك العلاقة بين القواعد الموضوعية والروابط الدولية التي تحكمها، والتي وجدت من أجلها، ووفقًا لهذا الاتجاه الذي تحدده الإتفاقيات يكون إستبعاد منهج قواعد الإسناد[٤]، كما أن التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية يستند في ذلك على العديد من الأفكار القانونية، والتي نبين بعضها في ما يأتي :

---

(١) د. صادق زغير محيسن، الاسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار العلمية، مجاد ١٠، العدد ٣، ايلول ٢٠١٥، ص١٣١.
(٢) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٤٣٠.
(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٤١١.
(٤) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٧٢.

١- **فكرة من يختار القاضي يختار قانونه :** إن الأطراف في حالة اختيارهم اللجوء الى التحكيم، في هذه الحالة يتجه التحكيم الى التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية، حيث لا يملك المحكم قانون مختص على غرار قانون القاضي، بل يكون قانون اختصاص المحكم هو مجموعة القواعد الموضوعية والتي يقوم بإعمالها بصورة مباشرة، كما أن منهج القواعد الموضوعية يعد المنهج المتبع من قبل المحكم، وهذا يعني أن التطبيق يكون ذاتي ومستقل للقواعد الموضوعية أمام قضاء التحكيم، وهذا يعد تطبيق لقاعدة من يختار القاضي يختار قانونه [١].

٢- **فكرة التطبيق المباشر :** إن فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية تعد من الأسباب جعلت لمنهج القواعد الموضوعية استقلاله وكذلك جعلت منه منهجًا منافسًا لمنهج الإسناد، كما أنه يؤدي إلى استبعاد منهج الإسناد، حيث إن من خصائص القواعد الموضوعية أنها تطبق من غير الحاجة الى منهج الإسناد كونها تعد بحكم القانون من القواعد ذات التطبيق المباشر أو التطبيق الفوري على النزاع فلا تحتاج إلى شئ يبرر تطبيقها سواء أمام القاضي أم المحكم[٢].

ثانيًا : علاقة التكامل بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد : يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أنه من الضروري وجود قاعدة التنازع لإعمال القاعدة الموضوعية حيث إنه لايمكن تطبيق القواعد الموضوعية إلا بموجب قواعد الإسناد، كما أنه لا بد للقواعد الموضوعية من قاعدة إسناد تطبق عن طريقها، وهذا خلاف الاتجاه السابق الذي يرى أن القواعد الموضوعية تطبق بصورة مباشرة[٣]، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن القواعد الموضوعية يعتريها النقص والقصور فهي تحتاج في تطبيقها وتكميلها الى القوانين الوطنية التي ترشد اليها قاعدة الإسناد وهذا هو المراد من التكامل بين المنهجين حيث إنه يجسد التعايش بينهما، كما ويؤكد هذا الإتجاه أيضًا على أن الحاجة الى منهج الإسناد لغرض تطبيق القواعد الموضوعية ذات المصدر الإتفاقي، يحتاج الى سند يبرر تطبيقها وهذا ما نجده في منهج قواعد الإسناد، إذ إن غالبية القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي، تعد قواعد تكميلية، مما يؤدي الى إمكانية استبعادها من جانب أحد الأطراف العقدية، وكذلك الإتفاق على مخالفتها، وهذا يفقد القواعد الموضوعية أحد شروطها وهو سريانها الذاتي، كما لايمكن لمنهج القواعد الموضوعية أن يبعد أو يقصي منهج

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق ٤١١.
(٢) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٤٣٧.
(٣) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٧٧.

قاعدة التنازع كون تطبيق القواعد الموضوعية على الروابط التجارية الدولية، لا بد من أن يعزز بمنهج قاعدة الإسناد لسريانها[١].

ثالثًا : علاقة التعاون بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد : يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد هي علاقة تعايش وتجاور وتعاون، حيث إن تعدد مناهج القانون الدولي الخاص، أصبح من الأمر الواقعي وحقيقة لا يمكن إنكارها، وأن منهج القواعد الموضوعية يتمتع بالنظام القانوني غير الكامل لذلك هو يحتاج إلى قواعد يستند اليها، فعندما يكون النزاع مرتبط بعلاقة قانونية دولية خاصة، يعرض النزاع على القضاء المختص نجد في قواعد الإسناد الصعوبة والشدة ويقابلها السهولة والوضوح في القواعد الموضوعية، وفي حالة قصور القواعد الموضوعية يكون من الضروري اللجوء إلى منهج الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق[٢]، وهنا يميز الفقهاء بين حالتين من العلاقة القانونية، وهي كما يأتي :

الحالة الاولى : عرض العلاقة القانونية على القضاء الوطني : إن القاضي الوطني في أي دولة يكون ملتزمًا بتطبيق القواعد التي وضعها مشرع دولته أولاً فهو يأتمر قبل كل شئ بأمر مشرع دولته، وبعد ذلك بإمكان القاضي إعمال القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، وغالبًا تكون الأولوية في التطبيق الى قواعد الإسناد على القواعد الموضوعية، إلا في بعض الحالات التي ينص فيها القانون على الأولوية في التطبيق للقواعد الموضوعية على قواعد الإسناد أمام القضاء الوطني كما في استقلال شرط التحكيم[٣].

الحالة الثانية : عرض العلاقة القانونية على قضاء التحكيم : شرعت القواعد الموضوعية من أجل تنظيم الروابط الخاصة الدولية بصورة مباشرة، وبصفة خاصة أمام المحكم الدولي، ومن هنا يمكن الاعتراف للقواعد الموضوعية بالأفضلية والأولوية في التطبيق على قواعد الإسناد أمام قضاء التحكيم، كما يرى بعض الفقهاء في أن منهج القواعد الموضوعية مازال قيد التكامل وفي الطور الأول من تكوينه، ولم يكتسب بعد صفة النظام القانوني الكامل؛ لكونه يحتاج الى غيره لسد

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢٠٨ .
(٢) خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٣٥.
(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٩٩ .

ما به من نقص، ويبقى لمنهج الإسناد السيطرة على للعلاقات الدولية الخاصة ولمدة ليست بالقصيرة، إذ إن الفكر القانوني سوف يحدد مداها ومنتهاها[١].

ولما تقدم فإن التعايش والتعاون بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد هو الرأي الذي يميل معه الباحث، حيث إن النقص في القواعد الموضوعية لا يعد عيب، بل هو أمر طبيعي نراه حتى في التشريعات الوطنية نفسها، وعليه يتعاون ويتعايش منهجا القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد هو الأقرب الى الواقع، وبعد بيان تعريف وخصائص القواعد الموضوعية وكذلك بيان مصادرها الداخلية والخارجية والطبيعة القانونية لهذه القواعد وعلاقتها بمنهج الاسناد، سوف نتناول الفصل القادم التطبيق العملي للقواعد الموضوعية للحد من التنازع بين القوانين ويكون ذلك من خلال الدور المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين، الدور غير المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من التنازع بين القوانين، وتقويض التنازع بين القوانين .

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، الطبعة الاولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص٣٩٣ .

الفصل الثاني

التطبيق العملي للقواعد الموضوعية للحد من تنازع القوانين

إن صفة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية تعني أن يتم عن طريقها حل النزاع بصورة مباشرة دون المرور بقواعد الإسناد، وإن من أهم القواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشرعلى النزاعات في العلاقات الخاصة الدولية هي تلك القواعد التي جاءت عن طريق الاتفاقيات الدولية والتي يكون تطبيقها بصورة مباشرة على النزاعات في العلاقات الخاصة الدولية أي بمجرد دخول تلك العلاقة في مجال تطبيق تلك القواعد الموضوعية، وتشكل أعراف وعادات التجارة الدولية قواعد موضوعية؛ لكونها قد تواتر اتباعها بين طوائف التجار، لذلك فهي تعد المصدر الأول والأساسي لقانون التجارة الدولية، إذ إن الإتفاقيات الدولية والأعراف التجارية الدولية تطبق بشكل مباشر سواء أمام القاضي الوطني أم المحكم الدولي وذلك لأهمية هذه القواعد في مجال التجارة الدولية، كما وأن المبادئ العامة للقانون تشكل مصدرًا مهمًا لسد النقص والقصور في مصادر القانون التجاري الدولي، وتستخدم تلك المبادئ العامة لتجنب اللجوء الى القوانين الداخلية، حيث يكون تطبيقها بشكل مباشر من غير الحاجة الى إعمال منهج قاعدة الإسناد، ومن خلالها يستطيع المحكم حل النزاع بصورة مباشرة، أما في حالة عدم وجود قانون ملائم فإن المحكم يلجأ الى الأعراف والاتفاقيات الدولية، ومن خلال ذلك يتضح لنا دور المحكم في تطبيق القواعد الموضوعية بصورة مباشرة على النزاع ودون المرور بقاعدة الإسناد، ونظرًا لأهمية دور القواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين سوف نتناول في هذا الفصل مبحثين نتطرق بهما على التطبيق العملي للقواعد الموضوعية في المبحث الأول منهما يكون الدور المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين ، ونتناول في المبحث الثاني الدور غير المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين وجميع هذه التفاصيل سوف نتناولها في هذا الفصل .

المبحث الاول

الدور المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين

إن الدور المباشر للقواعد الموضوعية الذي سنبينه من خلال الاتفاقيات والأعراف الدولية، إذ إن الاتفاقيات تؤدي الى خلق قواعد موضوعية موحدة تطبق على العلاقات الخاصة الدولية[١]، وإذا كانت الغاية من الإتفاقيات هي توحيد القواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشر على العلاقات الخاصة الدولية، وهنا ممكن أن نطرح تساؤل فكيف لنا أن نبين الدور المباشر للقواعد الموضوعية التي جاءت بها الإتفاقيات الدولية، وهذا ما سنبينه في المطلب الأول من هذا المبحث، أما الدور المباشر للقواعد الموضوعية عن طريق الأعراف الدولية، فقد ساهمت هذه الأعراف بوضع قواعد موضوعية غايتها تقديم الحل المباشر للنزاع، وتطبق بصورة مباشرة على العلاقات الخاصة الدولية، إذ إنها تقدم الحلول التي تؤدي الى معالجة القصور الموجود في القوانين الداخلية لحل المنازعات الدولية، وذلك من خلال الأحكام الموضوعية التي استقر التعامل عليها بين التجار في معاملاتهم التجارية الدولية، وتعد الأعراف مع الاتفاقيات النواة الأولى لقانون التجار ولما تقدم من أهمية للدور المباشر للقواعد الموضوعية من خلال الإتفاقيات الدولية، والأعراف الدولية سوف نقسم المبحث إلى مطلبين في الاول منها نبين دور الاتفاقيات والأعراف الدولية في تطبيق المباشرللقواعد الموضوعية، أما في المطلب الثاني فنبين دور المبادئ العامة وأحكام التحكيم في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية وكما مبين أدناه :

المطلب الأول

دور الاتفاقيات والأعراف الدولية في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية

تعد الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القواعد الموضوعية؛ كونها تعمل على مد القانون الدولي الخاص بالقواعد التي تكون محل إتفاق دولي لغرض تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية[٢]، كما أن الاتفاقيات تطبق من خلالها القواعد الموضوعية بصورة مباشرة على العلاقات الخاصة الدولية دون العلاقات الداخلية، إذ تخضع العلاقات الداخلية الى القوانين والتشريعات الوطنية للدول الأطراف في الإتفاقية[٣]، أما الأعراف الدولية في حالة اللجوء إليها فهي تقدم

---

(١) د. احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٥.
(٢) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص٨٣ .
(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٢٩١.

الحلول المباشرة في النزاعات الحاصلة في العلاقات الخاصة الدولية لغرض معالجة النقص الذي يوجد في القوانين الداخلية، ولما تقدم سنتناول في هذا المطلب فرعين في الأول منها نبين دور الاتفاقيات الدولية في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية، أما في الفرع الثاني فنبين دور الأعراف الدولية في تطبيق المباشر القواعد الموضوعية وكما يأتي :

الفرع الأول

دور الاتفاقيات الدولية في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية

للاتفاقيات الدولية دورهام وبارز في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية؛ وذلك لأن الاتفاقيات تضع قواعد موضوعية ويكون تطبيقها بشكل مباشر على النزاعات الحاصلة في عقود التجارة الدولية، بخلاف النزاعات الداخلية التي تحكمها القوانين الوطنية الداخلية للدول ولغرض بيان دور القواعد الموضوعية في حل النزاع لابد من الوقوف على الأساس لهذا التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية، حيث يختلف تحديد الأساس للتطبيق المباشر باختلاف الجهة المختصة بنظر النزاع، وكذلك من خلال نوع الأتفاقية التي تضمنت هذه القواعد الموضوعية، وهذا ما سوف نتناوله في الفقرات الآتية :

اولًا : التطبيق المباشرمن حيث الجهة المختصة بنظر النزاع : إن التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية يختلف في حالة كون النزاع معروضًا أمام القضاء الوطني عن النزاع الذي يعرض أمام التحكيم الدولي، إذ إن القواعد الموضوعية أمام القضاء الوطني هي قواعد مادية دولية غير منتمية لأي نظام قانوني وطني، أما في التحكيم الدولي فإنه يطبق القواعد الموضوعية تدويلاً للقانون الواجب التطبيق[١]، وسوف نبين كلًا منهما بالتفصيل أدناه :

١- حالة عرض النزاع أمام القضاء الوطني : إن القضاء ملزم بموجب منهج قاعدة الإسناد بتحديد القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في نظامه القانوني، وعليه يجب أن لا يعارض التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية مع التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد، إذ يتجه أغلب الفقهاء في القانون الدولي الخاص الى وجوب إعمال القانون الواجب التطبيق من خلال قاعدة الإسناد الوطنية[٢]، كما أن الأطراف في العقود التجارية الدولية لهم حق اختيار وتحديد القانون

---

(١) د. طرح البحور علي حسن فرج ، تدويل العقد، دراسة تحليلة على ضوء الإتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما عام ١٩٨٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٢٧.
(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٢٠٣، و د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، المصدر نفسه، ص٩٣-٩٤.

الذي يحكم العقد الدولي، إذ أكدت أكثر الأنظمة القانونية خضوع العقود الدولية إلى إرادة الأطراف، وأن القواعد الموضوعية في القضاء الوطني لا بد للأطراف أن يشيروا إلى تطبيقها صراحة أو ضمنًا[١]؛ وذلك لأن القواعد الموضوعية لا يمكن أن تجبر القاضي على تطبيقها بل تكون قوتها مستمدة من إرادة الأطراف، أي وجود إتفاق صريح على إخضاع العقد إلى قانون معين ويكون القاضي ملزمًا بتطبيق ذلك القانون بإرادة الطرفين[٢]، وإن من الأمثلة على القواعد الموضوعية التي تطبق بصورة مباشرة أمام القاضي الوطني هي تلك القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية في مجال الاعتماد المستندي لعام ١٩٨٣، إذ أصدرت محكمة استئناف باريس قرارها بتاريخ ٢١/ ٩/ ١٩٨٩، الذي نص على تطبيق العادات التجارية الموحدة في مجال الإعتماد المستندي من غير أن تكون هنالك إحالة الى القانون الواجب التطبيق أو من قبل أحد أطراف النزاع استنادًا الى المادة (٢١) من تلك العادات الموحدة[٣]، إذ إن المحكمة لم تذهب الى القانون الواجب التطبيق من خلال قاعدة الإسناد الفرنسية التي تحكم الاعتماد المستندي لكونها عدت هذا النوع تطبق فيه القواعد الموضوعية الموجودة في الأعراف والعادات التجارية الدولية والتي لها قوة ملزمة تفوق أي قوة للقواعد الوطنية في التطبيق[٤].

٢- **حالة عرض النزاع أمام التحكيم الدولي :** يكون التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أمام التحكيم التجاري الدولي مستندًا إلى المبادئ العامة للقانون، إذ إنها تعد القواعد الموضوعية قانون إختصاص المحكم أي مشابه الى قانون القاضي في تنازع القوانين، ويبرر بعض الفقهاء التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية من خلال شروط العقد التي تمثل إتفاق الأطراف، وإن العقد هو قانون المتعاقدين استنادًا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا بطبيعة الحال يوجب على المحكمين عدم تجاوز إرادة المتعاقدين، وهذا يبرر التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية عند سكوت الإرادة عن إختيار تلك القواعد من خلال القاعدة (من يختار القاضي يختار قانونه) وعليه إن وجود شرط الإحالة الى التحكيم يعد موافقة ضمنية على تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة دون المرور بمنهج تنازع القوانين[٥].

---

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٩، ص١٢٦.
(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٤٠ .
(٣) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص١٢٣.
(٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢٠٤-٢٠٥.
(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٤٠٤- ٤٠٥.

وهنالك العديد من الأمثلة والتطبيقات التحكيمية على التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية على النزاع من قبل هيئة التحكيم ومن هذه الأمثلة هو تطبيق المحكم مبادئ معهد روما لتفسير القانون الوطني الواجب التطبيق، و كان ذلك في نزاع بين بائع هولندي ومشتري تركي، حيث رفض المشتري دفع الثمن المتفق عليه عن شراء مكائن إنتاج السكر بحجة الانخفاض المفاجئ لأسواق السكر، عليه فسخ البائع الهولندي العقد وطالب بالتعويض، واتجهت المحكمة الى تطبيق المادة (٦) من مبادئ روما لعقود التجارة الدولية والتي تفرض وجود تغيير جوهري في التوازن بين الالتزامات العقدية وليس فقط زيادة في كلفة الأداء، لغرض تحقيق الطابع الاستثنائي للإعسار، أما في حالة سكوت الإراة عن الاختيار يمكن للمحكم الرجوع الى القانون المختص من خلال قواعد الإسناد من أجل إكمال النقص الموجود في القواعد الموضوعية، كما أن الرجوع الى الإسناد الإحتياطي لا يمس الأصل العام وهو التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية حتى وأن تعارض مع القانون الواجب التطبيق، ويؤكد ذلك قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية رقم (٣٩١٦) في عام ١٩٨٣ إذ رفضت المحكمة تطبيق القانون السوري مع أنه القانون الواجب التطبيق، وذلك لكونه يتعارض مع حرية التجارة ومبادئ التمييز والتي تتعلق بالنظام العام الدولي وهذا ما يتطلب أعلاه على أي نظام داخلي، إذ إن القانون السوري يتضمن مقاطعة الشركات التي تتعامل مع الكيان الصهيوني، وعد ذلك من النظام العام الوطني ليس نظامًا دوليًا [١].

ثانيًا : التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية من حيث النوع : إن الاتفاقيات الدولية تختلف من حيث نوعها كونها مصدر للقواعد الموضوعية، وهذا ما سنبينه بالآتي :

١- اتفاقيات فيها توحيد لقواعد الإسناد : إن الغرض من هذه الاتفاقيات توحيد ضوابط الإسناد المتصلة بالقانون واجب التطبيق، وهي لا تتضمن قواعد موضوعية ولا تهدف الى الحل المباشر للنزاع، ومثال عليها اتفاقية لاهاي عام ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات، ومن خلال قواعد الإسناد تطبق القواعد الموضوعية وهو التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية للحد من التنازع بين القوانين،[٢]، والذي سوف نتناوله في المبحث الثاني من الفصل الثاني لهذه الرسالة.

٢- اتفاقيات تحتوي على القواعد الموضوعية في قوانين داخلية : إن الغرض من هذه الاتفاقيات هو حل مشكلة تنازع القوانين، من خلال الدول المنظمة لها، لكن تطبيق القواعد الموحدة التي

---

(١) د. عوني محمد الفخري، التنظير القانوني الداعم للعولمة الاقتصادية الرأسمالية، بحث مقدم الى ندوة بغداد بعنوان العولمة وأثرها في الإقتصاد العربي، بيت الحكمة، المجلد ٥، ٢٠٠٢، ص١٥٤.
(٢) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٧٣٠.

جاءت بها الاتفاقيات يعتبر جزءًا من القانون الوطني، فهي لا تسمو على القانون الداخلي، وكذلك هي لا تفرق في تطبيقها بين المنازعات الوطنية والمنازعات الدولية فهي بذلك لا تستجيب إلى حاجات التجارة الدولية، وخير مثال عليها إتفاقية جنيف عام ١٩٣٠ بشأن الكمبيالات والسندات الإذنية، وكذلك هذه الاتفاقيات لا تطبق بصورة مباشرة على النزاع وإنما عن طريق قواعد الإسناد، وهذا التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية والذي بدوره يعمل على الحد من التنازع بين القوانين .

٣- اتفاقيات تحتوي على قواعد موضوعية لعقود التجارة الخارجية : إن هذه الاتفاقيات تعمل على التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية المتفق عليها بين الدول الأعضاء على العلاقات التجارية الدولية، وتعد من مصادر القواعد الموضوعية؛ لكونها تستجيب لحاجات التجارة الدولية، ومن الأمثلة عليها اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع [١].

ثالثًا : نماذج تطبيقية للقواعد الموضوعية التي ذكرت في الاتفاقيات الدولية : هنالك العديد من الاتفاقيات الدولية التي أسهمت في صياغة القواعد الموضوعية والتي تطبق بشكل مباشر على النزاع في العلاقات الخاصة الدولية، وعملت هذه الاتفاقيات على الصياغة لهذه القواعد من أجل تحرير وتسهيل التجارة بين الدول الأعضاء من خلال التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية [٢]، ومن أبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠[٣]، إذ تضمنت هذه الاتفاقية العديد من القواعد الموضوعية التي تطبق بصورة مباشرة والتي حددت نطاق تطبيقها على العقود الدولية ذات الطابع التجاري وسوف نبين هذه القواعد الموضوعية في ما يأتي :

١- تنظيم عقد البيع الدولي : تناولت إتفاقية فيينا تنظيم البيع الدولي[٤]، لكنها استبعدت أنواع البيوع الأخرى[٥]، وكذلك بينت معنى الإيجاب والقبول وبينت في المادة الأولى من الاتفاقية المقصود من البيع الدولي للبضائع حيث إنه عبارة عن عقود البيع التي تعقد بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة، حيث تطبق الاتفاقية على العقود التي تتعدى حدود الدولة

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٧٢٨-٧٣٠.
(٢) د. نزيه عبد المقصود مبروك، التكامل الإقتصادي العربي وتحديات العولمة مع رؤية إسلامية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص ١٦.
(٣) إنضم العراق إلى هذه الاتفاقية في ٥ آذار ١٩٩٠ وبدأ سريان الاتفاقية فيها اِبتداءً من أول شهر نيسان ١٩٩١.
(٤) يعرف البيع المطلق بأنَّه البيع مقابل ثمن نقدي، لمزيد من التفصيل ينظر: د. طالب حسن موسى ، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص١٠٥.
(٥) وقد تناولت الاتفاقية عقد البيع الدولي المطلق بوصفه من أهم موضوعات قانون التجارة الدولية، فيعد الأداة القانونية الأساسية التي تتم بواسطتها حركة التجارة الدولية، ينظر في هذا المعنى: د. كمال إبراهيم ، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص٤٥ وما بعدها .

الواحدة[١]، كما أن المادة الأولى من الإتفاقية ذكرت في فقرتها الأولى المعيار الأساسي لكي تطبق هذه الاتفاقية على عقد البيع الدولي للبضائع، فإذا توافرت الصفة الدولية في العقد على أساس آخر مخالف للمادة الأولى فإن الاتفاقية لا تطبق على العقد، وعلى هذا فإن اتفاقية فيينا لا تطبق في حالة وجود مراكز أعمال أطراف العلاقة العقدية في دولة واحدة، حيث يكون العقد خاضعًا للقانون الداخلي لتلك الدول[٢]، وهنالك ضابط آخر تكميلي وهو الذي جاءت به المادة (١/١/أ) حيث إن إجتماع الضابط التكميلي مع الضابط الأساسي يحقق تطبيق الإتفاقية بصورة مباشرة على العقد رغم مركزعمل الأطراف في دول مختلفة[٣]، ويلاحظ أن الفقرة (أ) من المادة الأولى حددت أن تكون الدولة من الدول التي وقعت أو أنضمت الى الإتفاقية، من التطبيقات القضائية للمادة (١/١/أ) والتي تم تطبيق الإتفاقية من خلالها بشكل مباشر هو قرار في أحدى المحاكم، حيث نص على (أقيمت الدعوى من المدعي وهو إيطالي يعمل بائعًا للأثاث على المدعى عليه المشتري وهو سويسري يطالبه فيها بدفع ثمن الشراء، فكان لابد للمحكمة بتحديد القانون الواجب التطبيق هل هو القانون السويسري الذي ينظر النزاع أو إتفاقية فيينا المتعلقة بشأن البيع الدولي للبضائع، حيث أكدت المحكمة على تطبيق إتفاقية فيينا على الدعوى، وقد جاء في قرارها بأن مكان عمل كل من البائع والمشتري يوجد في دولة متعاقدة ومن خلال نص المادة (١/١/أ) من اتفاقية فيينا، تجد المحكمة أنَّ الدعوى من اختصاصها؛ لأن سويسرا وإيطاليا دول متعاقدة وطبقت اتفاقية فيينا على النزاع[٤].

٢- **تعدد مراكز أعمال أطراف العلاقة العقدية** : أن اتفاقية فيينا حددت معيارًا آخر في تطبيقها بشكل مباشر في حالة تعدد مراكز الأعمال لأطراف العلاقة العقدية ونجد هذا في المادة (١٠/أ) حيث نصت " إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد، ويقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان أو التي كانا يتوقعانها قبل إنعقاد العقد أو وقت إنعقاده " ومن خلال نص المادة يتبين أنه إذا كان لأحد أطراف العلاقة العقدية أكثر من مركز عمل فهنا يأخذ بالمركز الذي له صلة بالعقد أو في مكان تنفيذ العقد مع

---

(١) د. خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقًا لإتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٠)، العدد (٣٥)، ٢٠٠٨ ، ص ٩١.

(٢) كالعقد الذي يكون بين بائع عراقي وتتركز أعماله في العراق ومشتري عراقي تتركز أعماله في العراق حيث يكون هذا العقد خاضعًا للقانون العراقي.

(٣) د. خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقًا لإتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مصدر سابق، ص ٩٢ .

(٤) كان ذلك في قرارها في قضية رقم ١٩٩، سويسرا، ٢٩ حزيران عام ١٩٩٤، أشار إليه : د. خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقًا لإتفاقية فيينا لعام١٩٨٠، مصدر سابق، ص ٩٤.

الأخذ بظروف التعاقد[١]، وعليه ليس لمكان العمل أو مركز العمل أي أهمية اذا لم يرتبط بالعلاقة العقدية، ويجب تحديد مكان العمل بصورة دقيقة عند التعاقد؛ وذلك لأن هذا التحديد يفيد توقعات الأطراف مثل وقت إبرام العقد أو مكان تنفيذه، حيث إن الغاية من تطبيق القواعد الموضوعية الحفاظ على المصالح المشتركة للأطراف بين الدول وكذلك الحفاظ على توقعات الأطراف [٢] .

٣- **عدم وجود مركز أعمال لأطراف العلاقة العقدية** : إن اتفاقية فيينا لم تضع شرط تطبيق أحكامها على العلاقات التجارية أو المدنية بوجود مركز عمل للأطراف، حيث ممكن أن ينعدم مركز العمل وهذا ما جاء في المادة (١٠/ب) حيث نصت على (إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد) وجاء هذا النص مطابق لنص المادة (٢/١) من توحيد إتفاقية لاهاي في تحديد مكان أحد الأطراف بدلًا عن الموطن الذي يختلف من قانون الى آخر حسب قوانين الدول[٣]، وكذلك ما جاء في مبادئ (UNIDROIT) فقد نصت المادة (٦/١/٦) منه على (إذا كان مكان التنفيذ غير محدد أو غير قابل للتحديد بموجب العقد، فيجوز التنفيذ وفق الآتي :

أ- بالنسبة للالتزام النقدي، فينفذ في مقر منشأة الدائن، ب- وبالنسبة لأي التزام آخر، فينفذ في مقر منشأة المدين)[٤]، حيث عالجت الفقرة (ب) الحالات التي تبرم فيها العقود الدولية وليس لأطراف العقد مكان معروف وتكون غالبًا بين رجال الأعمال .

٤- **تفسير العقد** : إن اتفاقية فيينا تضمنت تفسير البيانات والتصرفات الصادرة من أحد أطراف العلاقة العقدية وفقًا لما قصده في البيان متى ما كان الطرف الآخر على علم بهذا القصد أو من غير الممكن أن يجهله، وهذه قاعدة موضوعية تطبق مباشرة على العلاقة العقدية أو العقد الدولي، كما يجب أن يؤخذ في التفسير جميع الظروف المتصلة بهذه الحالة، وكذلك العادات التي استقر عليها التعامل بين الأطراف المتعاقدة والأعراف الدولية وأي تصرف لاحق صدر عن أي من أطراف العلاقة العقدية [٥].

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٦٣.

(٢) محمد حسناوي شويع، تفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٨، ص ١٠.

(٣) د. خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقًا لإتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مصدر سابق، ص ٩٩.

(٤) المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT)، المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، ط٢ ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦٢.

(٥) ينظربهذا الشأن : المادة (٨) من إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ .

٥- تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف : إن اتفاقية فيينا جاءت بقواعد موضوعية استهدفت هذه القواعد تحقيق التوازن العقدي بين المراكز القانونية لأطراف العقد وذلك من خلال التناسب بين الحقوق والواجبات لأطراف العقد [١]، حيث أعطت للتوازن العقدي[٢]، بين الأطراف أهمية بالغة؛ لكونه من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عقود التجارة الدولية، إذ قررت أن تكون المراكز الإقتصادية متساوية بين الأطراف، وأي واجب يفرض على أحد الأطراف تفرض واجب مساوي له على الطرف الآخر بما يحقق التوازن المنشود بين المراكز القانونية[٣].

كما أنها نظمت التزامات المشتري حيث أوجبت عليه دفع الثمن للبضائع بموجب العقد المبرم بين الطرفين[٤]، وكذلك قررت لضمان إستيفاء مبلغ البضاعة حيث أوجبت على المشتري إكمال الإجراءات المطلوبة بموجب العقد والقانون الواجب التطبيق لغرض تسديد ثمن البضاعة[٥].

٦- وضع القواعد الموضوعية الخاصة بمبدأ المعقولية : إن اتفاقية فيينا جاءت بمبدأ المعقولية حيث نصت على كلمة (معقول) في المادة (٧٥)[٦] لمرتين، الأولى في تحديد الحدث والثانية في تحديد مدة الفسخ، حيث أشارت هذه المادة لضابط مهم يستقي القاضي منه سلطته التقديرية عندما يطبق الاتفاقية، وكذلك جاءت الكلمة ذاتها في المادة (٨٥)[٧] من الاتفاقية ولمرتين حيث استعملت الأولى في اتخاذ الإجراءات المناسبة والمعقولة لحفظ البضائع من قبل البائع في حالة عدم تسديد المشتري الثمن، وفي الثانية عند تسديد الثمن الذي انفق لحفظ هذه البضائع، ومن خلال إتخاذ الاتفاقية المعقولية ضابطًا للسلوك مرة ولسلطة القاضي التقديرية مرة آخرى فإن هذا يدل على أن

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٣ .

(٢) يعرف التوازن بأنَّه التناسب والتعادل بين قيمة مايعطيه وما يأخذه المتعاقد من العقد، د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٦٣.

(٣) ينظربهذا الشأن : المادة (٨١) من إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠.

(٤) تنص المادة (٥٣) من الاتفاقية على أنَّه " يجبُ على المشتري، بموجب شروط العقد وهذه الإتفاقية أنْ يدفع ثمنَ البضائع وأنْ يستلمَه ".

(٥) تنص المادة (٥٤) من الإتفاقية على أنَّه " يتضمَّنُ التزامُ المشتري بدفع الثمن اِتخاذَ ما يلزم واِستيفاءَ الإجراءات المطلوبة بموجب العقد أو بموجب القوانين والأنظمة الواجبة التطبيق من أجل تسديد الثمن " .

(٦) نصت المادة (٧٥) من إتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أنَّه " إذا فسخ العقد وحدث على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ ، ...) .

(٧) نصت المادة (٨٥) من إتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على "...، كان عليه إتخاذ الإجراءات المعقولة المناسبة للظروف لضمان حفظ البضائع ، وله حبس البضائع لحين قيام المشتري بتسديد المصاريف المعقولة التي أنفقت لهذا الغرض" .

المبادئ التي جاءت بها الاتفاقية هي لغرض توحيد الأحكام الموضوعية في عقد البيع الدولي بصورة عامة[١]

٧- **تحديد القانون الواجب التطبيق** : إن اتفاقية فيينا لم تذكر طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق بل اكتفت بالإشارة الى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في الأمور التي تناولتها الاتفاقية ولم تحسم في نصوصها [٢]، وقد نصت المادة (٩) من الاتفاقية على "١- يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما.٢- ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفرض أن الطرفين قد طبّقا ضمنًا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفًا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في فرع التجارة " وعلى هذا الأساس يلتزم الطرفان بالأعراف والعادات التي استقر عليها التعامل في نطاق التجارة الدولية، كما أن الاتفاقية اعتنقت المعيار القانوني للعقد الدولي؛ وذلك لأنها حددت دولية العقد من خلال اختلاف أماكن عمل الأطراف أو إختلاف محل الإقامة وإن هذه العناصر هي التي تحدد معيار القانون لتطبيق الاتفاقية، لذلك تصدت اتفاقية فيينا لوضع قواعد موحدة موضوعية تطبق مباشرة على عقود البيع الدولية للبضائع وبغض النظر عن المنهج التقليدي السائد لتنازع القوانين، كما يجب ملاحظة توفر الشروط التي تلزم تطبيق الاتفاقية على عقد البيع كي يكون دوليًا، لذلك يظهر الهدف الأساسي للاتفاقية، وهو توحيد القواعد الموضوعية التي تطبق وبشكل مباشر على العقود الدولية للبضائع[٣].

٨- **تحديد أسس تقدير التعويض** : إن اتفاقية فيينا نظمت أسس تقدير التعويض الذي يجب على الطرف الذي أخل بالعقد للطرف الآخر، كما أوجبت أن يشمل التعويض على مقدار الخسارة التي أصابت الطرف الآخر وكذلك الكسب الفائت المتوقع أو الذي ينبغي أن يتوقع عند إنعقاد العقد، أما إذا كانت الخسارة أكثر من المتوقعة وقت العقد فلا يضمن الزيادة غير المتوقعة[٤]، كما أن

---

(١) د. أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص ١٢٠.
(٢) نصت المادة (٧) من إتفاقية فيينا على أنَّه " ١- يُراعَى في تفسير هذه الإتفاقية صفتُها الدولية وضرورةُ تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يُراعَى ضمانُ إحترام حسن النيّة في التجارة الدولية.٢-المسائلُ التي تتعلَّق بالموضوعات التي تتناولها هذه الإتفاقية والتي لم تحسُمها نصوصها، يتمُّ تنظيمُها وفقًا للمبادئ العامة التي أَخذَت بها الإتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ تَسري أحكامُ القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص" .
(٣) د. هشام خالد ، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص ١٥٠.
(٤) تنص المادة (٧٤) من الإتفاقية على أنَّه: " التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة المخالفة ولا يجوز أنْ يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أنْ يتوقعها وقت إنعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أنْ يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد" .

الاتفاقية أكدت على قاعدة موضوعية آخرى، وهي إمكانية أن يحصل الدائن على الفوائد التأخيرية والتعويضات الملاءمة التي يستحقها وفق القواعد العامة في الاتفاقية[١]، حيث جاء في المادة (٧٨) من الاتفاقية "إذا لم يدفع أحد الطرفين الثمن أو أي مبلغ آخر متأخر عليه يحق للطرف الآخر تقاضي فوائد عليه ، وذلك مع عدم الإخلال بطلب التعويضات المستحقة بموجب المادة (٧٤) من الإتفاقية " وأكدت على هذه الفوائد المادة (١/٨٤) والتي نصت على " إذا كان البائع ملزمًا بإعادة الثمن وجب عليه أن يرد الثمن مع الفائدة محسوبة إبتداءً من يوم تسديد الثمن"، ويلاحظ أن نص المادة (٧٨) أعطى الحق في المطالبة بالفوائد التاخيرية رغم إن بعض الدول تعد الفوائد التأخيرية ربا في قوانينها الداخلية فهي تحرم هذه الفوائد[٢]، حيث إن دعوى إستحقاق الفوائد مستقلة عن أي دعوى أخرى بموجب المادة (٧٤) من الإتفاقية؛ لأن هذه الفوائد لا تعد تعويضًا عن ضرر كما في التشريعات الوطنية بل إن الفائدة التي تتقرر هنا لا تحرم المشتري من أن يطالب بالتعويض وفق المادة (٧٤) من الاتفاقية[٣].

(١) د. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال إتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (UNIDROIT) والغرفة التجارية الدولية (ICC)، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٤،ص ٧٣.
(٢) نغم حنا رؤوف، ألتزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقًا لإتفاقية فيينا، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٢٩٥.
(٣) د. محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

الفرع الثاني

دور الأعراف الدولية في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية

إن ما يميز قانون التجارة الدولية هي النشأة العرفية، إذ إنه في الأصل مجموعة من الأعراف والعادات كانت بين طوائف من التجار، وهي بعيدة عن تدخل الدول، لذلك تعد هذه الأعراف والعادات المصدر الأساسي لقانون التجارة الدولية [١]، وإن العرف هو ما اعتاد الناس على عمل معين في مسألة معينة مع الشعور بلزوم هذا السلوك، وإن من يخالف هذا السلوك يتعرض الى الجزاء المادي، فهو أسلوب للتعامل في مكان ما وفي مهنة أو تجارة معينة[٢].

و مما تقدم سنبين التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية من خلال الأعراف الدولية وذلك من حيث أمرين الأول في حالة عرض النزاع على القضاء الوطني والثاني في حالة عرض النزاع على التحيكم الدولي وبعدها نذكر نماذج تطبيقية للقواعد الموضوعية ذات الأصل العرفي وكما يأتي :

أولاً : حالة عرض النزاع أمام القضاء الوطني : إن الأعراف التجارية الدولية التي ينص عليها في قانون القاضي أو التي تنص عليها في الإتفاقيات الدولية والتي تكون دولة القاضي طرفًا فيها يعطي هذا النص للأعراف الدولية التطبيق المباشر من غير الحاجة الى مرور القاضي بقواعد الإسناد[٣]، وقد ذهب الاتجاه الفرنسي للتطبيق المباشر لأعراف التجارة الدولية على أسعار الفائدة، ومن التطبيقات القضائية على هذا الإتجاه هو تطبيق محكمة إستئناف باريس للعادات التجارية الموحدة والتي قننتها غرفة التجارة الدولية في باريس عام ١٩٨٣، وتم التطبيق لهذه العادات من قبل المحكمة في حكمها الصادر في ٢١ سبتمبر من عام ١٩٨٩، بصدد الإعتماد المستندي، وملخص ذلك هو حدث نزاع بين بنك المشتري الآمر وبين بنك البائع المستفيد والذي قام بقبول كمبيالتين مسحوبتين عليه من قبل البائع المستفيد، لأن بنك المشتري رفض إداء قيمة الكمبيالة التي أداها بنك المستفيد في تاريخ إستحقاقها والذي يكون بتاريخ ١٩٨١/١٠/٧، وقضت محكمة تجارة باريس بإلزام بنك المشتري بدفع قيمة الكمبيالة بالإضافة الى الفوائد التأخيرية تكون محسوبة طبقًا للعادة المستقرة عليها في عمليات البنوك وهذا تطبيق واضح للعادات

---

(١) د. مصلح أحمد الطروانة، قانون التجارة الدولي، رند للنشر والتوزيع، عمان، بدون سنة نشر، ص٦٦.
(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣، ص٢٤ ، و د. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل الى القانون والإلتزامات، دار المطبوعات الجامعة، ٢٠١٠، ص٦٧، و د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٠، ص٢٠.
(٣) د. وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠ ، ص١٢٢.

والأعراف الموحدة التي قننتها غرفة تجارة باريس[١]، ونلاحظ أن المحكمة طبقت الأعراف والعادات التجارية الخاصة بالاعتماد المستندي تطبيقًا مباشرًا من دون أن تحاول البحث عن القانون الواجب التطبيق وفقًا لقاعدة الإسناد .

وأشارت العديد من الاتفاقيات الدولية على التطبيق المباشر للأعراف والعادات على العقد الدولي، حيث نصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠ في المادة التاسعة منها على (١- يلتزم الطرفان بالأعراف التي إتفق عليها وبالعادات التي استقر التعامل عليها بينهما. ٢- مالم يوجد إتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنًا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كلن ينبغي أن يعلمان به متى ما كان معروفًا على نطاق واسع في التجارة الدولية وبين الأطراف في العقود المماثلة في التجارة)، ومن العادات الشائعة بين الأطراف هو اختيارهم نوع البيع فوب أو سيف، أو محل التسليم وغالبًا ما يتم حسمها وفق العادات أكثر من الاتفاق بين الأطراف ذاته [٢].

ثانيًا : حالة عرض النزاع أمام قضاء التحكيم : إن ما يذهب إليه في هذا الاتجاه أن الأعراف التجارية الدولية تعد جزءًا من النظام القانوني أمام التحكيم التجاري الذي ينتمي اليه العقد ويسري عليها المبدأ العام وهو (عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون)[٣]، وعليه فهي تطبيق مباشرة دون النظر الى قواعد التنازع، ومن هنا تظهر لنا النتيجة، وهي أن الأعراف التجارية الدولية كونها قواعد موضوعية دولية فهي تعد كالقانون الواجب التطبيق على العقد أمام المحكم الدولي[٤]، ولهذا يعد الاختيار للأعراف التجارية الدولية أمام قضاء التحكيم إختيار تنازعي، وهذا يعني أن الأعراف التجارية الدولية تعد كقانون واجب التطبيق على العقد الدولي أمام المحكم الدولي[٥]، وعليه يتجه بعض الفقهاء إلى أنه يجب على المحكم تطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية حتى وإن لم يشير اليها العقد صراحة، وذلك على فرض أن إرادة الأطراف إتجهت ضمنًا الى الأخذ بها، وهذا يستنتجه المحكم الدولي من خلال ترك الأطراف القضاء الداخلي والاتجاه الى التحكيم الدولي[٦]، وقد جاء في الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١[٧]، إن

---

(١) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص١٢٣.
(٢) بهاء هلال الدسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة المنوفية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٧٧.
(٣) د. سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٧٤ .
(٤) د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، يناير، ٢٠١٠، ص ٢٩١.
(٥) د. عوني محمد الفخري، إرادة الإختيار في العقود التجارية الدولية، مصدر سابق، ص١٠٩ .
(٦) د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٢٧٩.
(٧) ينظر : نص الملدة (٧) من الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١.

للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يطبق على النزاع، وعند عدم الإشارة الى القانون الواجب التطبيق من قبل أحد الأطراف فان المحكم يطبق القانون الذي تشير اليه قواعد التنازع التي يراها ملاءمة لموضوع النزاع، ومن هنا في كلا الأمرين فإن المحكم مقيد بالعادات والأعراف التجارية.

وكذلك نصت قواعد التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٧٥ حيث جاء في المادة (١٣) الفقرة الثالثة منها (للطرفين كامل الحرية في اختيار القانون الذي يجب على المحكم تطبيقه على النزاع، وفي حالة عدم تحديد القانون طبق المحكم قواعد التنازع التي يراها ملاءمة بهذا الخصوص)، وجاء في الفقرة الثامنة (يراعي المحكم في جميع الأحوال شروط العقد وعادات التجارة وأعرافها)، كما وقد جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (٢٨) الفقرة الأولى منها مايشير الى حق الأطراف في اختيار القانون الواجب الطبيق على النزاع ولا يقتصر ذلك على القانون الوطني لإحدى الدول المتعاقدة وإنما يشمل القواعد القانونية العابرة للدول[١]، وعلى جانب الاتفاقيات العربية نأخذ منها اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والتي أبرمت في عام ١٩٨٧ والمعدلة في عام ١٩٩٢ حيث نصت المادة (٢١) الفقرة الأولى من الاتفاقية (تفصل هيأة التحكيم وفقًا للعقد بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان، وفي حالة عدم الاتفاق فيكون وفق أحكام القانون الأكثر إرتباطًا بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة)[٢].

ومن خلال استعراض آراء الفقهاء وكذلك النصوص القانونية التي تم بيانها من حيث تطبيق الأعراف الدولية بصورة مباشرة على النزاع نحن بدورنا نؤيد الاتجاه القائل بأن تطبيق الأعراف الدولية يكون بشكل مباشر سواء أكان أمام القاضي الوطني أم أمام المحكم الدولي؛ لأن الأعراف التجارية الدولية تعد النواة الأولى لقانون التجار، وكذلك الحلول التي تقدمها تعالج حالات عدم ملاءمة القوانين الوطنية في حل النزاعات التجارية الدولية .

ثالثًا : نماذج تطبيقية للقواعد الموضوعية ذات الأصل العرفي : إن الأعراف والعادات التجارية الدولية لها أهمية في العلاقات التجارية الدولية، كونها صدرت من أطراف العلاقة التجارية وهم الأقدر على خلق قواعد يطمئنون لها، وسوف نبين في ما يأتي نماذج من هذه الأعراف والعادات التجارية الدولية ذات التطبيق المباشر، التي تفرض تطبيقها على القاضي أو المحكم عند نظر النزاع، وهي كما مبين أدناه :

---

(١) ينظر : نص المادة (٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥.
(٢) ينظر : نص المادة (٢١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧.

١- العقود النموذجية والشروط العامة : إن العقود النموذجية هي عبارة عن نماذج عقدية تحتوي على مجموعة من الشروط العامة التي إستقرت عليها عادات وأعراف التجارة الدولية، كما تكون هذه النماذج مكتوبة بصيغ معدة سابقًا ومطبوعة وتستعمل كعقود يتم ابرامها في المستقبل[١]، ومن الأمثلة عليها العقود التي صدرت عن جمعية لندن لتجارة الحبوب في عام ١٨٩٧، وقد انتشرت في معظم أنحاء العالم، وكذلك العقود التي صدرت عن الاتحاد الدولي لمجلس المهندسين التي تعلقت بإنشاء المجمعات الصناعية وتسليم المفتاح[٢].

أما المقصود من الشروط العامة فهي عبارة عن بنود مرفقة بالعقد أو ملحقة به، التي تسن من قبل أحد أطراف العقد أو من الجمعيات المهنية والتي تتخصص في نوع معين من التجارة، ومما لا شك به هو أن أعتياد الأطراف على اللجوء الى هذه الشروط يجعلها أعراف ملزمة دون الحاجة إلى النص عليها[٣]، ومن الأمثلة على الشروط العامة، الشروط التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الاوربية التي أنشأت المجلس الإقتصادي التابع للأمم المتحدة لعام ١٩٧٤، وكذلك الشروط العامة التي وضعها مجلس التعاون الإقتصادي[٤]، كما أن الفرق بين الشروط العامة والعقود النموذجية هو أن العقود النموذجية يمكن إستعمالها كوثيقة العقد نفسه بعد إضافة البيانات الأخرى كالاسم والوزن وغيرها، أما الشروط العامة فهي التي يهتم الأطراف بها عند إبرام العقد وكذلك عند تنفيذه[٥]، وتعد العقود النموذجية مصدرًا من مصادر القواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشر، حيث إن القواعد التي تحكم هذه العقود لا تستمد من الاتفاقيات أو القوانين الداخلية بل من نصوص العقد ذاته وهذا يعبر عن الواقع المهني للمتعاملين في التجارة الدولية والتعاون من خلال هذه العقود التي تربط بينهم[٦]، عليه تهدف هذه العقود الى توحيد الحلول القانونية في فرع من فروع العلاقات التجارية الدولية من أجل حل مشكلة تنازع القوانين من خلال دورها المباشر على العلاقات التجارية الدولية دون المرور بقاعدة الإسناد[٧].

---

(١) د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الإلكترونية في تنازع القوانين ذات الطابع الدولي، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص٣٤٥.
(٢) د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٦٣.
(٣) د. سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٨١، ود. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٩ .
(٤) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولي، مصدر سابق، ص٨١.
(٥) د. أبو العلا علي ابو العلا النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٩١ ومابعدها .
(٦) د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٦ .
(٧) د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، مصدر سابق، ص١٦، و د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٥٤ وما بعدها .

ولما تقدم فإن وجود هذه العقود يؤدي الى التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية على النزاع والذي بدوره يحد من التنازع بين القوانين .

٢- **الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية :** وضعت الأعراف والعادات التجارية الدولية شروطًا يتم من خلالها تسديد الثمن في حالة تعارض مصالح أطراف العقد الدولي، وهذا النظام يطلق عليه بالاعتماد المستندي، ثم تطور حتى أصبح اليوم لا يتم التسديد لمصارف الإئتمان في البيوع الدولية إلا من خلاله[١]، ونتيجة الانتشار الواسع لهذه القواعد وكثرة إستخدامها في أغلب المصارف أصبح لها قيمة قانونية ملزمة، سواء أكانت أمام القضاء العادي أم أمام المحكم الدولي[٢]، ومما لا يقبل الشك أن تطبيق الأعراف الدولية في مجال الإعتماد المستندي يكون واجبًا ما لم يتفق أطراف العقد صراحة على استبعاده، عليه تلجأ بعض المصارف الدولية بشأن الاعتماد المستندي إلى وضع بيانات عند كتابة الاعتماد تؤكد على التطبيق للأعراف الدولية والتي قننت من قبل غرفة التجارة الدولية، وقد نصت المادة الأولى من القواعد المعدلة لعام ١٩٨٣ على (يجب أن ينص في كل إعتماد مستندي صراحة أنه خاضع للقواعد العرفية الموحدة)، وكما جاء في المادة (٣٤١) الفقرة الأولى منها في القانون التجاري المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ (تسري فيما لم يرد بشأنه نص خاص القواعد الواردة في الأعراف الموحدة للاعتماد المستندي ذات الطابع الدولي)، وهذا ما يتم الإشارة اليه غالبًا، حيث يقوم القاضي أو المحكم بتطبيق هذه القواعد بصورة مباشرة دون المرور بقواعد التنازع[٣] .

٣- **قواعد الانكوترمز :** وتعرف بأنها عبارة عن قواعد تصدر من غرفة التجارة الدولية لتقنين بعض أعراف وعادات التجارة الدولية التي تحكم جانبًا من عقود بيع البضائع الدولية والتي تتعلق بالنقل والتوصيل والتأمين على البضائع[٤]، وفي حالة وجود نص صريح من قبل الأطراف على تطبيق هذه القواعد فإن النزاع يحسم وفقًا لها، وهذا ما أشارت إليه العديد من الاتفاقيات الدولية والتي تنص على تطبيق الأعراف التجارية الدولية على العقود الدولية بصورة مباشرة، حيث نصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ في المادة التاسعة منها على (يلتزم الطرفان

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، مصدر سابق، ص٣٨٨.
(٢) د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الإلكترونية في تنازع القوانين ذات الطابع الدولي، مصدر السابق، ٢٠١٣ ، ص٣٤٧ .
(٣) د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أضواء على القواعد والعادات الموحدة للإعتمادات المستندية، دار النهضة النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٤٥ وما بعدها .
(٤) كما تجدر الإشارة الى أن هذه العقود تعدل كل عشر سنوات وحيث كان أخر تعديل لها عام ٢٠١٠، ومصطلح الانكوترمز هو مختصر لعبارة International Commercial Terms أي شروط التجارة الدولية، ينظر في هذا المجال د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الإلكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما)[١]، وكذلك من التطبيقات القضائية لقواعد الانكوترمز تطبيق الولايات المتحدة الأمريكية لهذه القواعد مستندة بذلك الى المادة (١/٩) من إتفافية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، إذ جاء في قرار محكمة نيويورك عام ١٩٩٨(تطبق قواعد الانكوترمز على النزاع الذي ثار بين شركة المانية باعت الى شركة في الولايات المتحدة نظام متنقل للتصوير بالرنين المغناطيسي على أن يتم التأمين عليها من قبل البائع ثم يقوم بشحنها الى ميناء نيويورك وبعدها يتكفل المشتري بالتخليص الكمركي، وبعد وصول الجهاز تبين أنه معطوب، وقام المشتري برفع دعوى أمام محكمة نيويورك طالب من خلالها بالتأمين على البضاعة، إلا أن المحكمة ردت الدعوى؛ وسبب ذلك هو أن خطر الخسائر ينتقل الى المشتري عند التسليم في ميناء الشحن إستنادًا الى قواعد الانكوترمز)، وهذا يعد تطبيق من قبل المحكمة إلى هذه القواعد بوصفها عرفًا دوليًا وفق ما أصدرته غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٨٣، ومن جانب آخر أصدر مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في القضية المرقمة (٦٠١) لعام ٢٠٠٩، وطبقت محكمة التحكيم قواعد الانكوترمز بشكل مباشر على النزاع الذي ثار بين شركة آسيوية لتجارة المواد الخاصة للبناء وشركة أفريقية لانتاج حديد التسليح، إذ أصدرت المحكمة قرارها إسنادًا الى المادة (١/٩) من إتفافية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠[٢]، ويلاحظ أن إطلاق القواعد الموضوعية على أحكام القواعد النموذجية يتوقف في حالة أن القاضي أو المحكم يطبقها دون أن يحيل اليها أطراف العلاقة العقدية وكذلك دون المرور بقواعد الإسناد .

وتبين مما تقدم أن الاتفاقيات الدولية لها دور مهم في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية؛ لكونها تضع قواعد موضوعية تطبق بشكل مباشر على النزاع، وأن هذا التطبيق المباشر يكون مرة أمام القاضي الوطني عن طريق قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق ومرة أخرى يكون أمام المحكم الدولي الذي يطبيقها بشكل مباشر مستندًا الى المبادئ العامة للقانون، أما الأعراف التجارية فإن الأصل في قانون التجارة الدولية هو النشأة العرفية حيث إنه مجموعة من الأعراف والعادات بين طوائف التجار وهي بعيدة عن تدخل الدولة، كما أن العديد من الاتفاقيات الدولية أشارت إلى التطبيق المباشر للأعراف على النزاع، ومن هنا يتضح الدور المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من التنازع بين القوانين من خلال التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية، وكذلك التطبيق المباشر للأعراف، وهذا بدوره يؤدي إلى الحد من التنازع بين القوانين .

---

(١) احمد مهدي صالح، القواعد المادية، مصدر سابق، ص١٣٠ .
(٢) ينظر في هذا الشأن : القرار التحكيمي الصادر من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، د. محي الدين علم الدين، أحكام التحكيم، ج٤، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ٢٠١٢، ص٢٩٢.

المطلب الثاني

دور المبادئ العامة وأحكام التحكيم في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية

تمثل المبادئ العامة للقانون مجموعة القواعد التي استقرت في معظم الأنظمة القانوينة، كمبدأ حسن النية، ومبدأ تحقيق التوازن بين مصالح أطراف العقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وغيرها من المبادئ، ويلاحظ أن الفقه اختلف في تحديد الطبيعة لهذه المبادئ العامة للقانون، وذهب جانب من الفقه إلى إعتبارها قواعد قانونية مشتركة بين النظم القانونية للدول، كما واتجه جانب آخر إلى أن هذه المبادئ هي التي ذكرت في المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدائمة وتكرر ذات المضمون في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وأن الاتفاقيات التجارية الدولية تشير إلى التطبيق المباشر لهذه المبادئ العامة على عقود التجارة الدولية، كما أن للتحكيم الدولي الدور البارز في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية؛ لكونها تمثل قانون المحكم الدولي، وعليه ولما تقدم سوف نبين هذه المبادئ العامة وأحكام التحكيم ودورهما في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية على فرعين وكما مبين أدناه :

الفرع الاول

دور المبادئ العامة في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية

إن أنصار القواعد الموضوعية يصفون المبادئ العامة للقانون بالمصدر الحقيقي الذي يستنبط منه العديد من القواعد التي تنظم العلاقات التجارية الدولية، إذ إنَ لكل بناء قانوني يفترض وجود مجموعة من المبادئ العامة للقانون غير المكتوبة حسب الأصل والتي تحفظ له اِستقامته وتناغم نسيجه، وتكمن مبررات ظهور هذه المبادئ في غايتين الأولى " تبرير تطبيق نص قانوني أو قاعد عرفية" والغاية الثانية "خلق حل قانوني عندما تكون القاعدة الشرعية ناقصة أو غامضة"[١]، ولبيان دور المبادئ العامة نبين اولًا المقصود منها وبعد ذلك نبين دورها، حيث إنها تعني (تلك المبادئ القانونية السائدة بين الدول لتنظيم المعاملات الإقتصادية بين أشخاص القانون العام أو الخاص والتي تكتشف عن طريق العقل أو عن طريق الدراسات المقارنة للنظم الوطنية)[٢]، أما بالنسبة للتطبيق المباشر لهذه المبادئ فإن الاتفاقيات الدولية تشير الى التطبيق المباشر للمبادئ العامة للقانون على عقود التجارة الدولية ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي لعام

---

(١) نقلًا عن :عباس غائم زغير، اثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥١
(٢) د. وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص١٤٩.

١٩٦٤ إذ نصت المادة (١٧) منها (المسائل المتعلقة بالقضايا التي يحكمها هذا القانون ولم يتم حسمها صراحة يتم حسمها وفقًا للمبادئ العامة التي يستند اليها هذا القانون)[١]، ومن هذا النص يتبين أن اتفاقية لاهاي جاءت بنص صريح وهو الرجوع الى المبادئ العامة في حالة عدم وجود قانون يحكم النزاع، كما أنها فضلت الرجوع الى المبادئ العامة على الرجوع الى القوانين الوطنية، ويكون الرجوع الى المبادئ العامة بشكل مباشر كقواعد موضوعية وتطبق على النزاع[٢]، وجاء في إتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة (٧) الفقرة الثانية منها حيث نصت (المسائل التي تتعلق بموضوع تناولته الاتفاقية ولم تحسمها نصوصها، يتم حسمها وفقًا للمبادئ العامة)[٣]، ويلاحظ أن واضعي هذه الاتفاقية حرصوا على تطبيق المبادئ العامة للقانون؛ وذلك لكونها تتوافق مع طبيعة عقود التجارة الدولية، حيث يجب على الهيأة القضائية أن تطبيق المبادئ العامة حتى وإن لم ينص عليها صراحة ولكن يستخلصها من خلال الأعمال التحضيرية للاتفاقية أو من مجموعة النصوص القانونية التي نصت عليها الإتفاقية وهي كثيرة منها التوازن بين التزامات طرفي العقد، ومبدأ سلطان الإرادة، ومبدا طبيعة العقد الدولي[٤].

وكذلك جاء في مبادئ اليونيدروا التطبيق المباشر للمبادئ العامة للقانون حيث نصت المادة الأولى الفقرة السادسة منها (المسائل التي تدخل في تطبيق المبادئ ولا تحسمها صراحة، يمكن أن تنظم متى كان ذلك ممكن وفق المبادئ العامة التي استلهمت منها).

ونجد أن هذا النص مشابه لنص المادة (١٧) من اتفاقية لاهاي، وأن مبادئ اليونيدروا والاتفاقيات تشير إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون من قبل القاضي أو المحكم بصورة مباشرة لسد النقص الموجود عند تطبيق النصوص الموجودة فيها، وكما أن مبادئ اليونيدروا لم تبين ما هذه المبادئ العامة، حيث يجمع الفقهاء على أن المبادئ العامة يمكن أن نستخلصها من التطبيقات القضائية أو من أراء الفقهاء.

---

(١) ينظر : نص المادة (١٧) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤.
(٢) رضا محمد ابراهيم، التزام بالتسليم في قانون البيع الموحد للبيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه، تقدم بها الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص٢٠.
(٣) ينظر : نص المادة (٧) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠بشأن البيع الدولي للبضائع .
(٤) د. صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثارها في عقود التجارة الدولية، ط١، الناشر موسوعة القوانين العراقية، ٢٠١٢، ص٢٨٢.

ومن الأمثلة على هذه المبادئ العامة، مبدأ الحرية التعاقدية، وكذلك مبدأ الالتزام بتخفيض الضرر، وغيرها من المبادئ [١].

ويكون تطبيق هذه المبادئ العامة بشكل مباشر دون الحاجة إلى قواعد الإسناد، فعلى القاضي أو المحكم أن يبحث عن المسالة المعروضة أمامه في تنظيمات الاتفاقية فإن لم يجد يرجع الى العقد ليعرف إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن لم يجد فيبحث في عادات التجارة الدولية وأعرافها، فإن لم يجد يجب عليه في هذه الحالة تطبيق المبادئ العامة التي جاءت بها الاتفاقية[٢]، ويمكن تصنيف المبادئ العامة التي جاءت بها اتفاقية فيينا على عدة أصناف وهي كما يأتي:

١- هنالك مبادئ أشارت اليها الإتفاقية صراحة وهي مبدأ الحرية التعاقدية حيث جاء في المادة (٦)[٣]، ومبدأ حسن النية والذي جاء في المادة (١/٧)[٤]، ومبدأ عدم اشتراط الشكلية جاء في المادة (١١)[٥]، من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠.

٢- هنالك مبادئ يمكن أن نستنتجها من المواد القانونية، وهي مبدأ (تحديد البضائع المشمولة بالعقد لغرض إنتقال المخاطر) وجاءت في المادة (٦٧/ ٢)[٦] من اتفاقية فيينا، وكذلك ماجاء في المادة (٦٩)[٧]، ويمكن أن تكون في المادة (٦٨)[٨]، من ذات الاتفاقية ولكن لا تنص على ذلك بصراحة .

---

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص٢٩.
(٢) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص١٤٥.
(٣) نصت المادة (٦) من إتفاقية فيينا على أنه " يجوز للطرفين إستبعاد تطبيق هذه الإتفاقية، كما يجوز لهما، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة (١٢)، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره".
(٤) حيث نصت المادة (١/٧) من إتفاقية فيينا على أنه " يراعي في تفسير هذه الإتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعي ضمان إحترام حسن النية في التجارة الدولية".
(٥) نصت المادة (١١١) من إتفاقية فيينا على أنه " لا يشترط أنْ يتم إنعقاد عقد البيع أو إثباته كتابةً، ولا يخضع لأي شروط شكلية، ويجوز إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبينة " .
(٦) حيث نصت المادة (٢/٦٧) من اتفاقية فيينا على أنه " ومع ذلك، لا تنتقل التبعة إلى المشتري ما لم تكن البضائع معينة بوضوح بأنَّها المشمولة بالعقد، سواء بوجود علامات مميزة على البضائع، أو بمستندات الشحن، أو بإخطار موجه إلى المشتري، أو بطرق أخرى ".
(٧) حيث نصت المادة (٢/٦٩) من اتفاقية فيينا على أنه " ومع ذلك تنتقل التبعة إلى المشتري إذا وجب عليه تسلّم البضائع في مكان غير أحد أماكن عمل البائع عندما تكون البضائع جاهزة للاستلام وعلم المشتري بأنَّها وضعت تحت تصرفه في ذلك المكان" .
(٨) حيث نصت المادة(٦٨) من اتفاقية فيينا على أنه " تنتقل إلى المشتري منذ وقت إنعقاد العقد تبعة المخاطر التي تتعرض لها أثناء النقل البضائع المبيعة، ومع ذلك إذا كانت الظروف تدل على خلاف ذلك، فإنَّ التبعة تقع على عاتق المشتري منذ تسليم البضائع إلى الناقل الذي أصدر مستندات الشحن الخاصة بعقد النقل، إلّا أنَّه إذا كان البائع وقت إنعقاد بعلم أو كان من واجبه أنْ يعلم بأنَّ البضائع قد هلكت أو تلفت ولم يخبر المشتري بذلك، ففي هذه الحالة يتحمل البائع تبعة الهلاك أو التلف" .

٣- هنالك مبادئ ذات تطبيق عام على جميع العقود الدولية الخاضعة لهذه الاتفاقية جاءت بها المادة (٢/٢٠) [١]، من إتفاقية فيينا وهي حساب أيام العطل ضمن مدة الإخطار، فهذا المبدأ عام يشمل جميع الالتزامات .

٤- إن من المبادئ التي جاءت بها الإتفاقية في المادة (٧٩)، منها هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهذا ما نستنتجه من نص المادة السابق، حيث أن نص المادة (٢/٧)[٢]، من اتفاقية فيينا يسمح للقاضي أو المحكم الرجوع الى المبادئ العامة التي تستند إليها الاتفاقية لسد النقص في تطبيقها، ومن هذا يفهم أنه لا يمكن الرجوع إلى المبادئ العامة خارج الاتفاقية، وهنا يرد سؤال هل هذا المفهوم ينطبق على مبادئ اليونيدروا والتي تخص عقود التجارة الدولية ؟ ولغرض الإجابة عن هذا السؤال نبين أن مبادئ اليونيدروا قد تأثرت بشكل كبير باتفاقية فيينا، ونلاحظ أن نصوص قانونية قد نقلت بشكل مباشر الى هذه المبادئ، ورغم ذلك إلا أن المبادئ تختلف عن الاتفاقية من حيث التطبيق حيث تطبق مبادئ اليونيدروا على كافة العقود الدولية التي تشتمل على عنصر أجنبي[٣]، في حين الاتفاقية تطبق فقط على عقد البيع الدولي للبضائع، وأن مبادئ اليونيدروا هي قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع متى كانت هي القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وذلك عندما يتم اختيارها من قبل الأطراف أو من قبل القاضي أو المحكم عند عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم، وأما من حيث تطبيق هذه المبادئ في حالة وجود نقص في الاتفاقية، فإن الفقهاء في اختلاف في هذا الشأن فهناك من يرى أن النقص في الاتفاقية لا يسد إلا من خلال المبادئ التي بنيت عليها الاتفاقية ولا يجوز إستخدام نصوص مبادئ اليونيدروا لبيان مبدأ من المبادئ التي بنيت عليها الاتفاقية [٤] .

كما أن من التطبيق المباشر للمبادئ العامة ما حصل في قضية (هضبة الأهرام) على أثر النزاع الذي حصل بين شركة (spp) وجمهورية مصر العربية أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات الإستثمارية حيث جاء في القرار الصادر من هيأة التحكيم بتاريخ ٢٠ أيار لعام

---

(١) حيث نصت المادة (٢/٢٠) من اتفاقية فيينا على أنه " تدخل العطلات الرسمية أو أيام عطلة العمل الواقعة أثناء سريان مدة القبول في حساب تلك المدة، ومع ذلك إذا لم يمكن تسليم أخطار القبول في العنوان الموجب بسبب كون اليوم الأخير من المدة المحددة للقبول عطلة رسمية أو يوم عطلة عمل في مكان عمل الموجب، تمدد المدة إلى اليوم التالي من أيام العمل" .

(٢) حيث نصت المادة (٢/٧) من اتفاقية فيينا على أنه " المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تناولتها هذه الاتفاقية والتي تحسمها نصوصها يتم تنظيمها وفقًا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقًا لقواعد القانون الدولي الخاص ".

(٣) د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٤٨.

(٤) د. محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦، ص١١٢-١١٣ .

١٩٩٢ رفض تطبيق القانون المصري على النزاع؛ لكونه قانون داخلي وهو ناقص بطبيعته، وفي حالة وجود مثل هذا النقص فإن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفق المادة (٤٢) من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية وفق المبادئ العامة للقانون حيث طبقت المبادئ العامة على النزاع الحاصل بين الطرفين[١]

الفرع الثاني

دور أحكام التحكيم في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية

يستند التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أمام التحكيم التجاري الدولي إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، إذ يذهب جانب من الفقه الى أن بداية التطبيق المباشر تكون من خلال إرادة أطراف العقد حيث أنها تخضع الى مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وهذا يوجب على المحكمين عدم تجاوز تلك الإرادة، كما أن هذا المبدأ ليس الوحيد للتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية فهناك قوانين التحكيم والإتفاقيات التي تفرض على المحكم مراعاة شروط العقد وكذلك أعراف التجارة الدولية، وبناءً على ما تقدم سوف نبين في هذا الفرع أمرين في الأول نبين اساس التطبيق المباشر وفي الثاني ندرج نماذج للتطبيق المباشر وكما يأتي :

اولًا : أساس التطبيق المباشر لأحكام التحكيم الدولي : إن لمبدأ سلطان الإرادة مجالًا واسعًا من حيث التطبيق أمام هيئة التحكيم، حيث يستند الى قاعدة التنازع لاختيار القانون الواجب التطبيق في القضاء الوطني، وأن أساس هذه القوة الملزمة هو القاعدة الوطنية التي تجعل للإرادة القدرة على وضع القواعد الموضوعية كشروط في العقد والتي يجب على الأطراف الالتزام بأحكامها[٢]، وبهذا أصبح مبدأ سلطان الإرادة جزء من القانون التجاري الدولي، وهويعطي للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم أو عدم إخضاع عقدهم لقانون معين أو إخضاع العقد الى قانون التجار الدولي[٣]، أما في قانون التحكيم المصري فقد نصت المادة (٦) منه على (إذا إتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم)[٤].

---

(١) نقلًا عن :عباس غائم زغير، اثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٨
(٢) د. صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص١١٠ .
(٣) د. على عوض حسن، التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١ ، ص١٦٨.
(٤) قانون التحكيم التجاري المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، المادة (٦) .

ومن هنا يتضح أن قانون التحكيم المصري أجاز أن يختار أطراف التحكيم القانون الذي يطبق على عقدهم ومن ثم تطبق القواعد الموضوعية لهذا القانون أو الاتفاقية بصورة مباشرة على النزاع، وقد جاء في مسودة قانون التحكيم العراقي في المادة (٦) من المسودة حكم مشابه لما جاء في قانون التحكيم المصري، حيث نصت (١- لطرفي التحكيم حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على النزاع . ٢- إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي عقد آخر وجب العمل بأحكام هذا العقد بما يشمله من أحكام خاصة)[١]، ويتضح من هذا النص أن المشرع العراقي اعطى الحرية لأطراف النزاع في اختيار القانون أو القواعد الموضوعية التي تطبق على عقدهم وأوجب على المحكمين التطبيق المباشر لهذه القواعد على النزاع، وعلى هذا الأساس يكون التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أمام التحكيم الدولي وفقًا لمبدأ الإرادة الصريحة أو الضمنية وهذا بطبيعة الحال يرجع إلى عدة أسباب، وهي كما يأتي :

١- **الاتفاق الصريح على التحكيم الدولي** : إن الاتفاق الصريح قد يكون من خلال إستخدام أطراف العقد لمصطلحات تشير إلى رغبة الأطراف لإخضاع العقد إلى القواعد الموضوعية الدولية[٢]، حيث يتم تطبيق القواعد الموضوعية بشكل مباشر على النزاع في حال إستخدام أطراف العلاقة العقدية مصطلح يدل على ذلك مثل (تطبيق القانون التجاري الدولي) أو (تطبيق مبادئ القانون التجاري الدولي) أو هنالك اتفاق بين الأطراف يلزم هيئة التحكيم على إصدار القرار وفق المبادئ العامة المعتادة في الأمم المتمدنة[٣]، أو في حالة وجود نص على أن الأطراف يؤسسون علاقاتهم فيما يتعلق بهذا الاتفاق على مبادئ الود وحسن النية، حيث يتم صياغة القواعد القانونية التي تحكم النزاع، ويكون هذا الاتفاق هو شريعتهم التي يحكم بها عقدهم وتلتزم هيئة التحكيم بتطبيقها[٤]، وأن التحكيم التجاري الدولي من طبيعته الالتزام بإرادة الأطراف المحتكمين والقانون الذي يتم الاتفاق عليه كقانون واجب التطبيق على النزاع مع الأخذ بالاعتبار الصفة الدولية للأطراف ومبادئ القانون والعادات السائدة في نوع التجارة الدولية[٥].

أما ما جاء في قانون التحكيم التجاري المصري فقد نصت المادة (١٢) منه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلًا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبًا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان

---

(١) مسودة قانون التحكيم التجاري العراقي ، المادة (٦) .
(٢) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص١١ .
(٣) د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٤٤.
(٤) د. وائل حمدي أحمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، مصدر سابق، ص٣٢٨.
(٥) د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص١٦٤ ومابعدها .

أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة)، وهنا يتبين أن المشرع المصري وضع شرط الكتابة لغرض الخضوع للتحكيم ، وقد جاء في مسودة قانون التحكيم العراقي حكم مماثل لما جاء في قانون التحكيم المصري حيث نصت المادة (١٢) منها (اولًا: يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلًا ويكون إتفاق التحكيم مكتوبًا في حكم هذا القانون إذا ورد في محرر وقعه الطرفان أو ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة)[١]، ونلاحظ أن المشرع العراقي وضع شرط الكتابة أيضًا من أجل إخضاع النزاع إلى التحكيم الدولي، وتجدر الإشارة الى أنه لا توجد مصطلحات خاصة لتطبيق القواعد الموضوعية بشكل مباشر أمام التحكيم التجاري الدولي ولكن هنالك مرادفات تعبر عن إرادة الأطراف في إخضاع عقدهم الى قانون غير وطني أمام هيئة التحكيم التجاري .

٢- **الاتفاق غير الصريح (الضمني) على التحكيم الدولي** : إن التحكيم التجاري الدولي يرتكز على أساسين وهما ارادة الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرارة، لكن ما هو التبرير لتطبيق القواعد الموضوعية بشكل مباشر على النزاع عند سكوت الإرادة عن اختيارها؟ وكذلك ما السلطة التي تجعل لهيأة التحكيم أن تطبق هذه القواعد بصورة مباشرة على النزاع؟ وأن الكثرة في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أمام هيأة التحكيم جعل أغلب الأطراف لا تتفق عليها لاعتقادهم أنها من اختصاص هيأة التحكيم[٢]، وأن هذا الأمر دفع العديد من الفقهاء للبحث على الجواب للتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية عند سكوت الإرادة وتوصلوا إلى عدة فروض، وهي كما مبين أدناه :

أ- **قاعدة من يختار القاضي يختار قانونه**[٣] : بما أن التحكيم التجاري الدولي يعد من العادات والأعراف التجارية الدولية قاعدة قانونية بالمعنى الدقيق فهنا عليه أن يطبق هذه القاعدة من تلقاء نفسه، ولا يلزم الأطراف بإثبات مضمونها، وحيث إن هذه القواعد من اختصاص المحكم الدولي فإن وجود شرط التحكيم في العقد[٤]، يدل على الاتفاق الضمني على التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية دون إعمال قاعدة الإسناد[٥]، ويلاحظ أن فقهاء القانون عند ربطهم التطبيق المباشر

---

(١) مسودة قانون التحكيم التجاري العراقي، المادة (١٢) .
(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢١٣.
(٣) ينظر في المعنى نفسه : الفصل الأول، المبحث الثاني، المطلب الثاني، الفرع الثاني، ص٥٣.
(٤) يلجأ الأطراف إلى التحكيم في إحدى الصورتين، الصورة الأولى يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم بوصفه بندًا من بنود العقد، ليعالج أي نزاع يثور بالمستقبل، وأما الصورة الثانية فهو الإتفاق ما بين الأطراف في صدد نزاع قائم فعلاً يؤدي إلى اللجوء إلى التحكيم ويسمى مشارطة التحكيم، إلّا أنَّ إطلاق مصطلح إتفاق التحكيم ليرد به ضم الصورتين معًا تحت عنوان واحد، ينظر : د. محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣، ص ٢٠-٢١.
(٥) د. أبو العلا علي أبوالعلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط٢، بدون سنة نشر، ص١١-١٢ .

للقواعد الموضوعية أمام هيأة التحكيم بقاعدة (من يختار القاضي يختار قانونه) جاء على أساس أن المحكم الدولي لا يملك قانون معين ضمن إختصاصه، وهذا يكون على عكس القاضي الوطني الذي يقضي بتطبيق القواعد الموضوعية الدولية كقانون اختصاصه وعليه يقوم المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية بشكل مباشر على النزاع استنادًا إلى وجود اتفاق التحكيم بين الأطراف[١]، حيث لا يوجد قانون مختص ينفرد بحكم العلاقة التي تعد هي أساسًا أنها علاقة دولية [٢]، ومن هنا أن عدم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع مع وجود اتفاق اللجوء الى التحكيم فهذا يعد قرينة على الاتفاق الضمني للتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية الدولية على النزاع .

ب- قاعدة استقلال شرط التحكيم : إن هذه القاعدة تعد من ضمن القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص، لفض المنازعات ذات الطابع الدولي، كما أنها تعد من قواعد النظام العام الدولي؛ لكونها تعمل على استنباط قاعدة ذات تطبيق مباشر على المنازعات الخاصة الدولية دون اللجوء إلى قاعدة الإسناد[٣]، وأن هذه القاعدة تتضمن نتائج تجعل لها صفة القاعدة الموضوعية لمبدأ الاستقلال ومنها الاعتراف للمحكم بالفصل في اختصاصه؛ وذلك لكون شرط التحكيم موجود في العقد الدولي، وهذا يجعل المحكم يعلن توليه منصب الفصل في النزاع، وأبرز الأمثلة على ذلك ما صدر من محكمة النقض الفرنسية في دعوى تخص تحكيم إيطالي صادر في منازعة بين فرنسا وإيطاليا في عام ١٩٦٣ حول عقد بيع بينهما، حيث إن المحكمة لم تصدر حكمها على أي من القانونين الفرنسي والإيطالي وإنما أصرت على إستقلال شرط التحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية، حيث طبقت فيه هيأة التحكيم أعراف التجارة الدولية، كما أكدت المحكمة ذاتها في عام ١٩٦٤ أن شرط التحكيم الذي أقرته الدولة يعتبر صحيح ويعد العقد دوليًا ويفصل أمام هيأة التحكيم[٤]، وفي السياق ذاته أكدت محمكة النقض الفرنسية أن تطبيق القواعد الموضوعية

---

(١) حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية في عام ١٩٦٣ في قضية Gosset، ذهب إلى أنَّ إتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني تام، ينظر في تفاصيل هذا القرار : د. عكاشة عبد العال و د. مصطفى محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مصدر سابق، ص ٣١٨- ٣١٩.

(٢) د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢، ص ٣٦٨.

(٣) محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٢٣٥.

(٤) د. جورج حزبون، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الرابع، السنة الحادية عشر، ١٩٨٧، ص١٨٦.

يكون بشكل مباشر دون المرور بقاعدة الإسناد الوطنية؛ وذلك لأن وجود اتفاق التحكيم لا يرتبط بالقيود التي تضعها القوانين الوطنية[١].

ج- اختيار الأطراف التحكيم بالصلح : ورد في المادة (٣٩) الفقرة الرابعة من قانون التحكيم التجاري المصري (يجوز لهيأة التحكيم إذا اتفق الطرفان صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون)، ونلاحظ أن المعنى ذاته ورد في المادة (١٧) الفقرة الثالثة من نظام غرفة التجارة الدولية في باريس وكذلك نص المادة (٢٨) من القانون النموذجي، ومن هنا يجوز للمحكم المفوض بالصلح بعد أن يتأكد من صحة العقد أن يحسم النزاع وفق إرادته لا إرادة القانون؛ لأن التفويض بالصلح يعبر عن الإرادة الضمنية في تركيز العلاقة القانونية في النظام القانوني الذي ينتمي اليه المحكم[٢]، ومن هنا فإن المحكم يؤسس حكمه وفق العادات والأعراف للتجارة الدولية؛ لكونه غير ملزم بتطبيق القانون الوطني وكذلك لا وجود لإرادة الأطراف بإختيار القانون الواجب التطبيق[٣]، كما انتهت هيأة التحكيم في نزاع بين شركة إنكليزية وأخرى بلجيكية بعد أن أشارت إرادة الأطراف إلى منح المحكم سلطة التفويض بالصلح إلى التطبيق المباشر للقانون التجاري الدولي على النزاع المعرض أمامها[٤]، ومن خلال بيان القرارات القضائية لقضاء التحكيم نلاحظ أنها تؤكد على التطبيق المباشر لعادات التجارة الدولية وأعرافها خاصة عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق أو خضوع العقد الى هيأة التحكيم بالصلح، كما قد يلجأ المحكم إلى التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية متى ما تبين له استحالة تطبيق قانون معين على النزاع أو هنالك نقص بالعقد أو تناقض في موافق أطراف النزاع .

---

(١) ويؤكد ذلك ما جاء في قضية Lmpex لعام ١٩٧١ و قضية Hesht لعام ١٩٧٢ و قضية Meniucci ينظر في تفاصيل هذه الأحكام : د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة (إتفاق التحكيم)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ٩٤- ٩٦.

(٢) د.سحر عبد الستار أمام يوسف، المركز القانوني للمحكم (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، القاهرة،٢٠٠٦، ص١٠٧-١٠٩.

(٣) وفي هذا الصدر يقول الفقيهان " Fouchard " و "Laussouarn" أنّ تطبيق هيئة التحكيم لعادات التجارة الدولية وأعرافها يفرض نفسه دائمًا ودون أنْ تكون هناك لإرادة الأطراف صراحة أو ضمنًا لتطبيق هذه القواعد أو عن طريق لائحة هيأة التحكيم، لأنَّ الوظيفة الطبيعية للتحكيم التجاري الدولي تؤدي إلى التطبيق المباشر لهذه القواعد من قبل المحكم، فضلاً عن الإختصاص القضائي للمحكم الدولي يجعله يطبق هذه القواعد بشكل مستقل دون الإرتكاز على قاعدة من قواعد الإسناد أو البحث عن القانون الواجب التطبيق لأنَّ التحكيم التجاري الدولي هو المصدر لتكوين وإرساء القواعد الموضوعية . ينظر : د. وائل حمدي أحمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، مصدر سابق، ص ١٧٤-١٧٩.

(٤) حيث أشار الى هذا الحكم د. نادر محمد ابراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، مصدر سابق، ص٣٧٣.

ثانيًا : نماذج من التطبيق المباشر لأحكام التحكيم الدولي : أن المحكم الدولي يتمتع بحرية في تطبيق القواعد الموضوعية من عادات التجارة الدولية وأعرافها، حيث يعمل المحكم وفق مقتضيات التجارة الدولية ويبرز الصفة القانونية لهذه العادات والأعراف من خلال تطبيقها بشكل مباشر من غير الحاجة الى اختيار الأطراف[١]، كما له سلطة تقديرية كبيرة و من خلالها يجد الحلول التي تلائم العلاقات الخاصة الدولية، حيث إن تعدد أنظمة التنازع بتعدد القوانين الداخلية للدول سوف تتحقق النزعة الوطنية الضيقة التي لا تخدم مصالح التجارة الدولية، كما أن القضاء التحكيم والقضاء الوطني يؤيدان التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية، وأن من أحكام التحكيم التي طبقت عادات التجارة الدولية وأعرافها هي ما عرض على محكمة النقض الفرنسية في ١٩٩١/١٠/٢٢ في القضية (Valenciana)، والتي طبق فيها القانون المعروف بقانون التجار وملخص هذه القضية هو أن شركة فرنسية التزمت بتوريد الفحم لمدة ثلاث سنوات الى شركة إسبانية وجاء في الفقرة (٧) من العقد المبرم بينهما أن النزاعات تسوى وفق نظام (cci) في مسائل الإجراءات حيث أغفل أطراف العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وعلى أساس ذلك أصدرت هيئة التحكيم حكمها بخضوع موضوع النزاع الى عادات التجارة الدولية وأعرافها كونها أكثر ملائمة للنزاع، إلا أن الشركة الإسبانية دفعت ببطلان الحكم لتطبيق عادات التجارة الدولية، في حين كان من اللازم على هيأة التحكيم تطبيق قواعد التنازع عند غياب الإرادة الصريحة، في حين أن محكمة النقض الفرنسة رفضت هذا الدفع وعللت ذلك (أن تطبيق العادات والأعراف الدولية المستقلة عن القوانين الوطنية هي أكثر ارتباطًا بالعقد من أي قانون آخر) وصدر القرار لصالح الشركة الفرنسية وفق القواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشر على النزاع دون الرجوع الى إرادة الأطراف المتنازعة[٢].

وكذلك في قرار آخر صادر من محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس، حيث قررت محكمة التحكيم التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية الدولية دون الرجوع إلى قواعد التنازع، وجاء حكم التحكيم بفسخ عقد وكالة تجارية بين شركة تركية وأخرى فرنسية دون الرجوع إلى القانون الفرنسي أو القانون التركي، حيث تلتزم الشركة الفرنسية بدفع تعويض لصالح الشركة التركية على أثر الأضرار التي لحقت بها بسبب فسخ العقد، ودفعت الشركة الفرنسية بأن حكم التحكيم صدر وفق القانون التجاري الدولي دون الرجوع الى القوانين الوطنية، في حالة عدم النص صراحة على القانون الواجب التطبيق، كما أن هيأة التحكيم غير مفوضة

---

(١) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولي، مصدر سابق، ص٢٤٨.
(٢) جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير تقدم بها الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٠، ص٩٨-٩٩ .

بالصلح حتى تقوم بالتطبيق المباشر للقانون، لكن المحكمة رفضت الدفع مؤكدة أنها لم تفصل بالنزاع وفق التفويض بالصلح وانما قامت بتطبيق قانون التجارة الدولية على النزاع وهذا ما يمنحه لها إتفاق التحكيم[١]، ومن خلال هذه القرارات يظهر أن العقود الدولية تتصل أتصال وثيق بعادات التجارة الدولية وأعرافها مما يجعل المحكمين يذهبون اليها بشكل مباشر لحل المشاكل وخاصة ذات الطابع الفني منها، دون الحاجة إلى الرجوع للحلول التي تقدمها القوانين الداخلية ، كما أن هذا التطبيق المباشر يرجع لأسباب عديد نبينها فيما يأتي :

١- أن العلاقة العقدية تتركز بالنظام القانوني الدولي : مهما كانت العلاقة العقدية غريبة عن الأنظمة الوطنية كافة[٢]، أو أنها تتمتع بتنظيم عبر الدولي أو كانت ترجع بطبيعتها الى المجتمع الدولي للتجار، فإن هذه العلاقة سوف تتركز في النظام القانوني عبر الدول[٣]، وهذا الأمر أكدته العديد من الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ والتي رسمت نظامًا قانونيًا دوليًا لعادات التجارة الدولية وأعرافها، وكذلك اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع والتي تطبيق من قبل القضاء الوطني[٤]، فضلاً عن استقرار التحكيم التجاري على تطبيقها .

كما أن إظهار أهمية العادات والأعراف الدولية في المعاهدات الدولية يؤدي إلى استقرار مواقف التحكيم التجاري الدولي من أجل تطبيقها بصورة مباشرة، وجاء في قرار هيأة التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية بشأن نزاع بين تاجر من ولاية تكساس الأمريكية يقوم ببيع المنازل الجاهزة وإحدى الوزارات السورية، ولم يتم الإتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على النزاع، ونص القرار (أن النزاع يتمتع بطابع تجاري معتاد ويجوز حسم القضية في ضوء أحكام العقد وأعراف التجارة الدولية دون الحاجة الى إسنادها الى قانون معين)، وكذلك جاء في قرار رقم (٨٣٣١) والصادر من أحدى هيأت التحكيم تحت رعاية غرفة التجارة الدولية في عام ١٩٩٦ ونص القرار (أنه من الضروري أن نلجأ الى تطبيق أحكام التجارة الدولية

---

(١) نقلًا عن : عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٦٥.

(٢) إن المحكم يواجه في بعض الأحيان إختلافًا ما بين الشروط العقدية والقانون الواجب التطبيق، ففي بعض العقود الدولية يجد المحكم هذا التناقض واضحًا، كما لو تضمن العقد الدولي شرطًا يعفي البائع من ضمان العيوب التي تلحق المبيع في حين يبطل القانون هذا العقد المتضمن على هكذا شرط، أو يتفق أطراف العقد على نسبة من الفوائد يحظرها القانون الواجب التطبيق على العقد أو يقضي بتقليل هذه النسبة. ينظر: د. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٢٠٥.

(٣) د. أحمد ضاعن السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول والثاني، السنة السابعة عشر، مارس – يونيو ١٩٩٣، ص ١٩٩-٢٠٠.

(٤) من الممكن تطبيق عادات التجارة الدولية وأعرافها بشكل مباشر من قبل القضاء حتى ولو كانت الدول التي تنتمي إليها الأطراف المتنازعة لم تصادق عليها بعد. ينظر في هذا المعنى: د. منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٤٤.

والمتمثلة بتقنين مبادئها من أعراف التجارة الدولية التي صدرت علم ١٩٩٤ بشأن العقود الدولية لتفسير ماورد في مذكرة التفاهم)[١].

ومما تقدم نرى من الضروري تركيز علاقات التجارة الدولية في ظل النظام عبر الدولي كونه يحتوي على قواعد قانونية من شأنها أن تنظم المسائل الدولية ذات الطابع التجاري بصورة كاملة وشاملة .

٢- عدم ملاءمة القواعد الوطنية : إن الأمر ليس بالغريب في فقه التجارة الدولية عدم ملاءمة القواعد الوطنية لحكم المنازعات الدولية، حيث إن هذا الأمر تم تأكيده من التحكيم الدولي والقضاء الوطني على عدم كفاية الحلول التي تقدمها القواعد الوطنية للعلاقات الدولية نظرًا للصفة المركبة للعقود التجارية الدولية [٢]، إذ يصعب الأمرعلى المحكم في تركيز العلاقة العقدية على إحدى الأنظمة القانونية الداخلية وهذا يدفع المحكم الى تطبيق القواعد الموضوعية الدولية مباشرة على النزاع دون الرجوع الى أحد القوانين الوطنية، حيث جاء في قرار من قبل هيأة التحكيم في ظل رعاية نظام غرفة التجارة الدولية أنه (العقد ينبغي تنفيذه في ثلاث دول مختلفة وتحديد قانون معين يخضع له العقد يمثل بعض الصعوبات وأن الأطراف أرادوا اللجوء الى المبادئ العامة وعادات التجارة الدولية وأعرافها)[٣].

٣- الأولوية تكون في تطبيق القواعد عبر الدولية الآمرة : إن القواعد الموضوعية ذات الطابع الآمر يطبقها المحكم الدولي بشكل مباشر على النزاع وهي تمنح المحكم في حالات إستثنائية لاستبعاد القوانين الوطنية حتى وإن تم اخيارها من الأطراف ومنها المتعلقة بالرشوة أو محاربة الفساد أو التمييز العرقي وهذه القواعد تطبق بشكل مباشر على النزاع حتى وإن كان هنالك تعارض بينها وبين القانون الواجب التطبيق، إذ يجب على المحكم تغليب القواعد الموضوعية ذات الطابع الآمر على أي قانون وطني[٤]، أما القوانين الوطنية التي يتم اختيارها من قبل الأطراف وهي تعد شرط من شروط العقد فيمكن أن تخالف القواعد الموضوعية الدولية ذات الطابع المكمل[٥]، ومن حيث رأي التحكيم الدولي بذلك فإنه يذهب مع الاتجاه الفقهي القائل

---

(١) بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص ٣٣٨.
(٢) د.أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٢٧٧.
(٣) د. نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، مصدر سابق، ص٣٧٨.
(٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢١٧.
(٥) إنَّ أساس هذا التفضيل جاء بناءً على التميز بين الأعراف والعادات الدولية، فالعرف هو قاعدة قانونية ملزمة واجبة الاتباع دون الحاجة لموافقة المتعاقدين على تطبيقها، أما العادات الإتفاقية فهي لا ترتقي إلى مستوى القاعدة القانونية ولو كانت ذا طابع تفسيري أو مكمل، ولهذا يمكن تطبيقها بعد الإفصاح عن رغبة المتعاقدين وتعد كشرط من شروط العقد، إلّا أنَّ الأمر في القانون التجارة الدولية لا يميز بين الأعراف والعادات الإتفاقية . ينظر في هذا

بالرجوع الى قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار، لكن هذ الرجوع من أجل استكمال النقص الموجود في القواعد الموضوعية عبر الدولية، وهذا الإسناد (الاحتياطي) لا يمس الأصل في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية حتي في حالة تعارضها مع القانون الواجب التطبيق على الرغم من كون هذا الاحتمال نادر الوقوع، وهنا يتم اللجوء إلى قواعد الإسناد لتلافي الفراغ التشريعي أثر النقص في هذه القواعد[١]، لكن هنالك رأي قائل إن المحكم لم يتلق اختصاصه بالنظر في النزاع وفق إرادة الأطراف الضمنية التي تشكل عائقًا للتطبيق الفوري للقواعد الموضوعية حيث لا بد من الرجوع إلى قواعد الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع[٢]، كما أن قضاء التحكيم أقر التطبيق الفوري للقواعد الموضوعية في منازعات التجارة الدولية اذا سكت الأطراف عن تحديد القانون الواجب الطبيق على العقد أو في حالة الاختلاف في تحديد القانون[٣]، وحيث إن القرارات الصادرة من المحكمين في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية لاقت قبولًا حسنًا من قبل محاكم أكثر الدول الأوربية وكذلك الولايات المتحدة الأمريكية؛ لكونها ترى عدم وجود مانع من تطبيق هذه القرارات ما لم تخالف ما اتفق عليه الأطراف[٤].

المعنى : د. أحمد حسني سليم، تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ٣٢ ومابعدها .

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٧٧.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطلق، مصدر سابق، ص٤٢٤-٤٢٥.

(٣) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥٦-٦٠.

(٤) د. أحمد حسني سليم، تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، مصدر سابق، ص١٥٨.

المبحث الثاني

الدورغير المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من تنازع القوانين

إن زيادة متطلبات وحاجات التجارة الدولية وتطورها أصبح سببًا في عدم كفاية منهج قاعدة التنازع لمواجهة هذه الحاجات والمتطلبات، ولهذا اتجه الفقه إلى اتجاهين لحل هذا القصورالموجود فذهب في الاتجاه الأول إلى إيجاد قواعد موضوعية موحدة تهدف إلى تنظيم موحد في مجال تنازع القوانين بصدد مسألة معينة لعدم ملاءمة قواعد التنازع الوطنية لها، أما الاتجاه الثاني فذهب الى توحيد القواعد الموضوعية الدولية في جانب معين من جوانب التجارة الدولية حتى تعمل إلى جانب قواعد التنازع[١]، وإن الغرض من هذا التوحيد هو تطبيق القواعد الموضوعية من خلال قاعدة التنازع وفق التطبيق غير المباشر لهذه القواعد أمام القاضي الوطني، ويتحقق التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية من خلال دمج هذه القواعد مع قواعد قانون القاضي أو تكميلها للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولما تقدم سوف نبين التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية وفق قاعدة الإسناد، وذلك في المطلبين كما مبين أدناه :

المطلب الأول

الإسناد الشخصي والموضوعي للقواعد الموضوعية

إن المشرع في كل دولة يحدد وظيفة قواعد الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقات الأفراد الدولية مع الأخذ بتطبيق العدالة وحماية توقعات الأطراف، حيث تقوم قاعدة الإسناد بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عن طريق ضوابط حددها المشرع في قاعدة الإسناد الغرض منها حماية الحقوق المكتسبة عن طريق علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي[٢]، ومن أجل ذلك سمحت قواعد التنازع لأطراف العلاقة العقدية اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة العقدية، ونتيجة لتطور أحكام التجارة الدولية فقد ظهرت مسألة اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية الدولية؛ لأنَّها أكثر ملاءمة لحكم العلاقة العقدية كونها قواعد ناتجة عن التعامل التجاري الدولي، أما في حالة عدم الاختيار فيتولى القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق ضوابط الإسناد التي حددتها هذه التشريعات، ولما تقدم سنتناول في هذا

---

(١) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية (اتفاقية فيينا ١٩٨٠)، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٥، ص٢٠ و د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٠٣ وما بعدها.

(٢) محمد حسناوي شويع حسون، تفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي، مصدر سابق، ص٢٤.

المطلب التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية من خلال قواعد الإسناد وفق الإسناد الشخصي والإسناد الموضوعي ويقسم هذا المطلب على فرعين وكما مبين أدناه :

الفرع الأول

الاسناد الشخصي للقواعد الموضوعية

أعطت أغلب الأنظمة القانونية الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولكن في حالة إسناد المتعاقدين عقدهم إلى القواعد الموضوعية قد يكون بشكل صريح عندما يذكر المتعاقدون بعبارات صريحة في العقد القانون الذي يحكم العقد، وقد يكون التعبير بشكل ضمني يصل اليه القاضي أو المحكم من خلال الإرادة الضمنية للمتعاقدين، حيث إن الاختيار الضمني هو حقيقي لكن غير مصرح به يستخلصه القاضي أو المحكم من الظروف الخاصة بالعقد والمتعاقدين[١]، وأما من حيث اختيار القواعد الموضوعية الدولية هل يخضع اختيارها إلى قانون غير القانون الذي يخضع له العقد الاصلي؟ أي هل أن اختيار القواعد الموضوعية يعد بذاته اختيار للقانون الواجب التطبيق أم هو اختيار لقواعد موضوعية تحكم العلاقة العقدية بصرف النظر عن القانون الذي يطبق على العقد الاصلي؟ ومن ناحية أخرى هل يمكن الفصل في اختيار القواعد الموضوعية عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية؟ من أجل الإجابة عن هذه التساؤلات لا بد من بيان كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق وبعدها تحديد مدى تأثير هذا الاختيار على القواعد الموضوعية في حكم العلاقة العقدية.

إن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يرد في بعض الأحيان في سياق العقد الدولي فيكون كبند من البنود المدرجة في العقد أو قد يأتي في إتفاق لاحق على العقد الأصلي، وفي جميع الحالات يعد إتفاقًا مستقلًا عن العقد الأصلي ويطلق عليه (عقد الاختيار)[٢]، ولكن هنالك البعض من فقهاء القانون يخضع هذا العقد (عقد الاختيار) الى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي[٣]. وأن المادة (٣/٢) من اتفاقية لاهاي في ١٥ يونيو لعام ١٩٥٥سارت على هذا النهج، وكذلك المادة (٤/٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، إذ اخضعت عقد الاختيار من حيث الموضوع للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، فيخضع عقد الاختيار وفق الإرادة الصريحة أوالضمنية، أما في حالة غياب هذه الإرادة فلا يمكن الحديث عن عقد الاختيار؛

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٨٣.
(٢) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص٦٣.
(٣) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٠٠.

وذلك لأنه من غير الممكن أن نكون أمام غياب للإرادة إذا كنا بصدد عقد إختيار يستلزم اتفاق إرادة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية [١]، وأن هذا الرأي يتسم بالبساطة والوضوح إضافة الى أنه يحقق الأمان القانوني لأطراف العلاقة العقدية وملاءمة توقعات الأطراف، لكن ما يوخذ عليه أن قانون العقد هو الذي يحكم صحة عقد الاختيار الذي حدده كقانون واجب التطبيق وهذا يؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة، وعليه يكون الإتجاه إلى تطبيق الأحكام الموضوعية في قانون القاضي على صحة عقد الاختيار في حين يطبق قاعدة الإسناد على العقد الأصلي؛ وذلك لتجنب الوقوع في هذه الحلقة المفرغة[٢].

ويمكن أن نتوصل الى نتيجة وهي أن عقد الاختيار يجب أن يخضع الى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد الأصلي من أجل الحفاظ على الأمان القانوني، ومن هنا يتبين أن اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية يخضع لقانون الدولة التي أبرم فيها العقد وعليه يكون التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية بعد التأكد من عقد الاختيار يكون على وفق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، وتأسيسًا على ما تقدم فقد أكدت أغلب التشريعات الداخلية على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، حيث أشارت المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري وكذلك المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي إلى أنَّه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحدا موطنًا، فإذا اختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يراد تطبيقه)، وهذا ما تم تأكيده من قبل محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية في قرارها، إذ قضت أنْ يطبق القانون الكندي بوصفه القانون الذي اتفق عليه أطراف العقد بموجب الفقرة (١٢) من العقد المبرم بين الطرفين[٣]، كما أن أغلب الفقهاء المصريين يرون أن المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري تعطي للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ولا فرق بين الاختيار الصريح أو الاختيار الضمني[٤].

وهذا ما أكدته المادة (١/٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٩٨٠ إذ جاء فيها " يسري على العقد القانون الذى يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الإختيار صريحًا أو مستمدًا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"، وكذلك ما جاء في اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦حيث

---

(١) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص٦٤ وما بعدها.
(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٠١.
(٣) ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية رقم ٥١٤/س هـ ٢٠٠٧/٢ بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٢٢.
(٤) ينظر في هذا المعنى: د. فؤاد رياض و د. سامية راشد، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٢٤.

نصت المادة (٣/أولاً) منها على أنه " في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذى يحكم العقد، فإن البيع يكون محكومًا بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب، ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع، فإن البيع يكون محكومًا بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة "، وعلى هذا الأساس يمكن للأطراف إخضاع العقد للقواعد الموضوعية بشكل صريح من خلال تحديد هذه القواعد بواسطة قاعدة الإسناد، كما أن الإسناد الشخصي للقواعد الموضوعية يتحقق أيضًا من خلال الاختيار الضمني لهذه القواعد، حيث لا يمكن إهمال إرادة الأطراف إذا لم توجد إرادة صريحة، فإذا أغفل الأطراف عن ذكر نص صريح في العقد من أجل تطبيق قانون معين على العقد فإن هذا لا يعني أن هذه الإرادة قد إنعدمت، إذ إن الإرادة الصريحة يوجد الى جانبها إرادة ضمنية وهي يجب أن تحترم كونها إرادة حقيقية من قبل الأطراف[١]، لكن هذا الإسناد سواء كان صريح أم ضمني للقواعد الموضوعية قابله إختلاف من قبل الفقهاء في مدى إعتبار القواعد الموضوعية قانون ليتمكن الأطراف من اختيارها، حيث اتجه الفقه في ذلك الى إتجاهين وكما مبين أدناه :

الاتجاه الأول : ذهب هذا الاتجاه الى حصر وصف القانون الواجب التطبيق على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة محددة تتمتع بهذا الوصف استنادًا لأحكام القانون الدولي، وعلى هذا الأساس إذا اختار الأطراف قانونًا ينظم عقدهم فإن هذا الاختيار ينصب على القانون الداخلي لدولة معينة، حيث يضيق هذا الاتجاه من نطاق هذا القانون، وذلك حسب الفقرة الأولى من المادة (١٩) من القانون المدني المصري التي جاء فيها " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة..."، وكذلك ما جاء في المادة الثانية من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ في شأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية والتي جاء فيها " البيع يكون منظمًا عن طريق قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة " .

الاتجاه الثاني : ذهب أصحاب هذا الاتجاه أن الأطراف لهم حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بموجب قاعدة الإسناد واحترامًا لتوقعاتهم، فهذا الحل يضع نوعًا من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وكذلك إسناد هذه الحرية على أسس مشروعة[٢] ، كما ويؤكد هذا الاتجاه حرية المتعاقدين الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وتبعًا لذلك فقد توسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث لا تقف عند حدود

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ١٩٣-١٩٤.
(٢) د. هشام على صادق، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعة، ٢٠١٥، ص٢٥٣.

القانون الداخلي لدولة معينة، كما يمكن إسناد العلاقة العقدية للقواعد الموضوعية الدولية كالاتفاقيات الدولية والقواعد العرفية التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال لتجارة الدولية[١]، وكذلك ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه يحق للمتعاقدين إختيار قواعد لا تنتمي الى نظام وطني معين، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن ما جاء في المادة (١٩) من القانون المدني المصري والمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على " ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذى يراد تطبيقه "، فهذه المادة منحت الحرية للأطراف في اختيار " قانون آخر" دون تقييده أو تخصيصه بقانون دولة معينة، وهذا يعني أن هذا القانون قد يكون قانونًا وطنيًا أو غير وطني[٢].

ويذهب الباحث إلى أن الإسناد الشخصي للقواعد الموضوعية لا يحتاج إلى إثبات مدى اتصاف هذه القواعد بالصفة القانونية، حيث إن القواعد الموضوعية أثبتت وجودها في التجارة الدولية، وهو ما ذكرته العديد من الاتفاقيات الدولية التي أخذت بالمنهج الواسع لفكرة قانون الإرادة ، منها ما جاء في المادة (١/٢) من اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية لعام ١٩٥٥ على (أن البيع يكون منظمًا بواسطة القانون الذى يختاره الأطراف المتعاقدة)، وكذلك ما جاء في المادة (٧) من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ حيث نصت (الأطراف أحرار في تحديد القانون الذى يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع)، وكذلك المادة (١/٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ حيث جاء فيها (تفصل هيأة التحكيم في النزاع وفقًا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع...)، وأخيرًا ما جاء في المادة (١/٣٣) من قواعد التحكيم لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦ والتي نصت "تطبق هيأة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذى يعينه الطرفان...".

---

(١) د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقد، مصدر سابق، ص١١ . و د. هشام علي صادق، تنازع القوانين "دراسة مقارنة على المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص٦٥٤ . و د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج٢، ط٥، دار النهضة العربية،القاهرة، ١٩٦٥، ص٤٢٩ . و د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون مكان نشر، ١٩٩٧، ص٣٤٢.

(٢) د. هشام على صادق، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي، مصدر سابق، ص٢٥٣

الفرع الثاني

الاسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية

إن أطراف العلاقة العقدية قد لا يتفقون صراحة على إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وكذلك يتعذر إستخلاص إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فهنا يتعين على القاضي أو المحكم الدولي أن يجتهد من أجل الوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال ما يقصده الطرفان المتعاقدان، إذ لا يبرر للقاضي أن يمتنع عن إداء واجبه في الفصل في القضايا المعروضة أمامه، كما لا يجوز له أن يغفل عن القوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة العقدية موضوع النزاع ويطبق قانونه الوطني[١]، ومن خلال ذلك تظهر مهمة القاضي أو المحكم الدولي في تحديد القانون الذي يطبق على النزاع عند عدم اختيار الأطراف لقانون معين يطبق على عقدهم، حيث يتم اللجوء الى ضوابط الإسناد المحددة سابقًا في حالة رفع النزاع أمام محكمة وطنية يقرر قانونها الأخذ بالضوابط الجامدة، فهنا القاضي لا يبحث عن إرادة المتعاقدين الحقيقية، ولكن يفرض على إرادتهم إرادة غير موجودة ويقيمها على أساس قرائن مستمدة من عقدهم ذاته أو من خلال الظروف والملابسات المحيطة بالعلاقة العقدية، فإن إرادة القاضي هنا هي التي تتولى تعين القانون الواجب التطبيق على العقد وليست إرادة المتعاقدين، وذلك من خلال المؤشرات والعوامل التي تشير الى ارتباط العقد ارتباط وثيق بقانون معين[٢]، كما ويقوم المشرع بتحديد ضوابط الإسناد التي تلزم القاضي بتطبيق قانون معين مسبقًا على العقد في حال عدم اختيار قانون معين بما يصون توقعات أطراف العقد ويجنبهم المشكلات بسبب عدم تحديد القانون، ومن الملاحظ على هذا التحديد أنه لا يضع بالحسبان الظروف الخاصة لكل نوع من العقود بخلاف الاتجاه المرن الذي يمنح القاضي صلاحية تحديد القانون من خلال ظروف الحالة المعروضه أمامه وبعدها يختار القانون الأكثر صلة [٣].

وتجدر الإشارة الى أن هذا الإسناد لا يمكن تحققه في حالتين، الأولى في حالة وجود اتفاقية دولية تقرر قواعد تنازع خاصة وتحدد قواعد موضوعية تكون واجبة التطبيق على علاقة عقدية

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجًا، مصدر سابق، ص١١٠.

(٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، ج٢، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥، ص٤٠١ وما بعدها.

(٣) د. سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الأطراف في العقود الدولية، مصدر سابق، ص١٣٥ .

معينة وهذا هو الحال في عقد البيع الدولي للبضائع[١]، حيث تحكم هذه القواعد الموضوعية العلاقة العقدية وتطبق عليها بصورة مباشرة، إذ إن المنازعات التي أبرمت بشأنها اتفاقيات دولية أو صدرت قوانين من دولة القاضي بخصوصها فإنه يتم تطبيق القواعد الموضوعية التي جاءت بها تلك الاتفاقيات والقوانين بصورة مباشرة في حال تحققت الشروط التي وضعتها تلك المصادر من وجوب تركيز العلاقة في الدولة المتعاهدة أو مساسها بالنظام القانوني لتلك الدولة[٢]، أما الحالة الثانية فهي من خلال المشرع الداخلي حيث يضع قواعد موضوعية لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بصورة مباشرة، وهذه تختلف عن قواعد الإسناد التي في النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص[٣]، ومن هنا تظهر أهمية تحديد الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية وطريقة تحديده؛ وذلك من أجل القول بالتطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية من قبل القاضي الوطني أو المحكم الدولي في حالة غياب الإختيار للقانون .

ومما تقدم من الممكن أن يطرح سؤال هل من الممكن أن يتحقق التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية من خلال الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية من قبل القاضي أو المحكم الدولي؟ من أجل الإجابة عن هذا السؤال نوضح ضوابط الإسناد الموضوعي وكذلك تطبيق القواعد الموضوعية بشكل غير مباشر بعدها، حيث ذكر المشرع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل مجموعة من الضوابط وهي (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يراد تطبيقه)[٤]، أما في حالة عدم إختيار الأطراف القانون بصورة صريحة أو ضمنية فهنا لا بد من اللجوء الى ضوابط الإسناد الإحتياطية في قانون القاضي من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، وظهر في هذا المعنى اتجاهان في الفقه لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق، الأول منهما يعرف بالاتجاه الجامد حيث يقوم القاضي وفق هذا الاتجاه بتعين القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية من خلال إسناد الرابطة العقدية الى ضوابط جامدة ومعدة سلفًا من المتعاقدين، مثل مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة

---

(١) حيث جاء في نص المادة (٢٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على " لا تطبق أحكام المواد السابقة (أحكام التنازع) إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق" .

(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٣١١.

(٣) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٦٩٥ وما بعدها . و د. أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجًا، مصدر سابق، ص ٢٦٩ .

(٤) تقابلها في ذات المعنى المادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل .

أو الموطن المشترك للمتعاقدين في هذه الرابطة العقدية[١]، وأما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه المعروف بالمرونة، وذلك من خلال إسناد العلاقة العقدية إلى ضوابط مرنة تأخذ من الطبيعة الذاتية للعقد وأبرز تلك الضوابط هو ضابط الأداء المميز للعقد[٢]، ولما تقدم سوف نبين هذه الضوابط ودورها في الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية في الفقرات المدرجة أدناه :

أولًا : الموطن المشترك للمتعاقدين : إن قانون الموطن المشترك معروف لدى المتعاقدين أكثر من غيرهم، وإعتادوا الخضوع له حيث إنهم على معرفة بمقتضياته أكثر من غيره من القوانين[٣]، كما أن هذا الضابط يتعارض مع مبدأ حسن النية، فإن الموطن قد يكون لحظة إبرام العقد غير الموطن الحقيقي للمتعاقدين، وعليه يمكن لأحد الأطراف المتعاقدين أن يصرح بإن هذا البلد ليس موطنه الأصلي وهذا يؤدي الى عدم التساوي في المركز الاقتصادي للمتعاقدين، وذلك يؤدي إلى خلل بالتوازن العقدي[٤]، لكن رغم كثرة المثالب على هذا القانون إلا أن هنالك بعض التشريعات الوطنية ما تزال تطبق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن مشترك للمتعاقدين وكذلك يفضلون قانون الموطن المشترك على محل إبرام العقد، ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري حيث أعطى القانون دولة الموطن المشترك الأصل ويتم تحديد الموطن عن طريق الرابطة القانونية بين الشخص والمكان، وعلى هذا الأساس عرف بعض الفقهاء الموطن بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذه مركزًا لأعماله [٥].

ويرى الباحث أن قانون الموطن المشترك هو قانون دولة معينة يشترك فيها المتعاقدون، وهنا لا مكان للكلام عن الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية مع هذا الضابط .

ثانيًا : محل إبرام العقد : إن محل إبرام العقد يتم اللجوء اليه في حالة الاختلاف في الموطن للمتعاقدين في العقد التجاري الدولي، إذ إن إسناد الرابطة العقدية إلى محل إبرام العقد يبعبر عن صلة وجود حقيقة بين القانون والعقد المبرم، كما يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل أكثر من غيره من القانونين، وإنه يحقق للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الذي يحكم

---

(١) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥٤٨ .
(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٥٢- ١٥٣.
(٣) د. عز الدين عبد الله،القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢١٠.
(٤) د. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، ط١، بدون ناشر، ٢٠٠٠ ، ص١٧٤.
(٥) حددت المادة (١٩) من التوجيه الأوروبي الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٠ بشأن التجارة الإلكترونية حدد مكان إقامة المورد بالممارسة الحقيقية للأعمال من خلال إقامة دائمة ولمدة غير محدودة .

عقدهم، وهو بذلك يكفل تحقق الأمان القانوني المطلوب والذي يصون توقعات الأطراف ويضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية[١].

ويوجه النقد الى إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد من عدة جوانب، إذ يرى بعض الفقهاء أن إبرام العقد في بلد ما قد يكون بناءً على ظروف عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه، كما يمكن للشخص أن يتعاقد من خلال رسالة صوتية أو عن طريق إتصال بواسطة الهاتف الشخصي وهو يتنقل من دولة إلى أخرى وهنا لا يوجد مكان لإقليم دولية معينة يخضع له العقد[٢]، وكذلك إسناد العلاقة لقانون محل إبرام العقد قد يحول دون تحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة سهلة وهذا يؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني الذى ينشده أطراف العقد، فالاختلاف الحاصل بين النظم القانونية حول المكان الذى يعد محلاً لإبرام العقد يعني عدم التوصل إلى تحديد مكان معين لإبرام العقد وعليه لا يمكن تحديد القانون الذي يطبق على العقد[٣]، إذ يرى جانب آخر أن محل إبرام العقد يمكن أن لا يرتبط بعلاقة موضوعية أو جوهرية بموضوع العقد، وهذا يؤدي بدوره إلى عدم تساوي الأطراف من حيث المراكز الاقتصادية وبطبيعة الحال فإن اختيار القانون الواجب التطبيق بناءً على محل الإبرام يؤدي إلى تقوية مركز طرف على حساب آخر، كما أن هذا الضابط لا يساند تطبيق القواعد الموضوعية حيث إن محل إبرام العقد يفترض أنه قانون دولة تم إبرام هذا العقد فيها [٤] .

ثالثًا :الجنسية المشتركة للمتعاقدين : أخذت بهذا الاتجاه بعض التشريعات الوطنية، وهذا يكون من خلال إسناد الرابطة العقدية الى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اتحدت الجنسية لهما ولكن بشرط سكوت الأطراف في العلاقة العقدية عن إختيار القانون الإرادة صراحة أو ضمنًا، لكن هذه التشريعات إختلفت في تحديد الأفضلية لقانون الجنسية عن غيره من القوانين الأخرى، حيث أعطت المادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي وكذلك المادة (٥/١٠) من القانون المدني الإسباني الأفضلية لقانون الجنسية على غيره وأعطته الموقع الأول في الترتيب بين القوانين وفضلته على قانون الموطن المشترك وقانون محل إبرام العقد[٥]، لكن هذا الإسناد قد واجه انتقادًا انتقادًا من بعض الفقهاء؛ لكونه إسناد يصعب التعويل عليه في مجال عقود التجارة الدولية لضعف

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،مصدر سابق، ص٥٥٣ وما بعدها .
(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص٤٢٣.
(٣) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢ ، ص١١٤.
(٤) د. أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص١٠٩وما بعدها.
(٥) نقلًا عن: د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥٤٩.

الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقًا لهذا الأساس والعقد، وكذلك الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرًا مؤثرًا في عقود التجارة الدولية، ولا تصلح وحدها أساسًا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود ويؤخذ عليه أيضًا أنه يحتاج لحظة إبرام العقد الى التحقق من هوية الأطراف المتعاقدين وتحديد مكان تواجدهم[١]، وعليه فقد ذهبت أغلب التشريعات الى عدم الأخذ به ومنها التشريع العراقي والمصري، ويتبين مما تقدم أن هذا الإسناد لا يكون له فائدة في التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية إذ إن قانون الجنسية إنما يمثل قانون دولة ما وهذا ما تفتقر إليه القواعد الموضوعية.

رابعًا : محل تنفيذ العقد : يعتبر الفقيه الألماني (سافيني) هو أول من بين أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد كون الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، وهذا من شأنه التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[٢]، وأن هذا الضابط يقوم على أساس أن محل تنفيذ للعقد يمثل المكان الذي تكون فيه الالتزامات التعاقدية، حيث إنه يحقق مصالح المتعاقدين من خلال تنفيذ العقد هو غاية المتعاقدين والهدف الذي يروم الطرفان الى أن يتحقق فضلاً عن أن محل التنفيذ لا يكون عرضيًا ويجب أن يرتبط إرتباطًا وثيقًا بالعقد، وهذا يؤدي الى النهوض بالتوازن العقدي للطرفين[٣].

خامسًا : قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد : إن ضابط الأداء المميز يعد من أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون التجارة الدولية والتي ذكرت في العديد من الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية[٤]،إذ أخذت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مكان منشأته عند التعاقد بوصفه الأداء المميز للعقد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[٥].

وكذلك ما جاء في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة (١/٤) منها حيث أخذت بضابط الأداء المميز للعقد، كونها عدت ارتباط العقد بالدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للمدين؛ لكونه قرينة على الأداء المميز للعقد ونصت هذه المادة على " ١- عند سكوت المتعاقدين عن اختيار

---

(١) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص٧١.
(٢) نقلًا عن : د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٤٠٤.
(٣) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢١٣.
(٤) نصت المادة (٣/ أولاً) من إتفاقية لاهاي على أنَّه " في حالة عدم إختيار الأطراف للقانون الذى سيحكم العقد، فإن البيع يكون محكومًا بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب. ومع ذلك، إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع، فإن البيع يكون محكومًا بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة " .
(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص ، فراق أم تلاق، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠، ص٢٩.

القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقًا. ٢- وتعد تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصًا معنويًا وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني فإن قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسة لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد، وإذا كان يوجد بها مقر تلك الشركة هو الذى يحكم العقد"، وأن هذا الضابط يقوم على فكرة مفادها هو تنوع معاملات العقود وتحديد القانون الذي يطبق على العقد وفق الإلتزام الرئيسي في العقد، وعلى رغم كثرة الالتزامات الموجودة في العقد الواحد فإن أحد هذه الالتزامات يكون مميز ويعبر عن جوهر العقد، وهنا يجب الاعتماد على هذا الالتزام لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد[١]، فقد يتحقق الأداء المميز من خلال إلتزام البائع بتسليم المبيع أو من خلال التزامه بنقل الملكية للمشتري أو الالتزام بتوريد الخدمة في عقود المقاولة، وهذه جمعيها قد تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي في الرابطة العقدية للطرفين، كما أيد الكثير من الفقهاء في التجارة الدولية هذا الضابط ومنهم الفقيه الفرنسي(BATIFFOL)، كونه يلتقي مع نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي وفق ضروف العقد والتي يذهب اليها القضاء الفرنسي كما لا يتم اللجوء اليها إلا في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الذي يحكم العقد، كما ويذهب الفقيه (Mayer) الى أن الأداء المميز هو الذي يجعل أحد العقود مميز عن غيره من العقود رغم الصعوبة في تحديد الأداء الذي يميز بعض عقود المبادلات الواردة على السلع والخدمات، ويؤكد على أن هذا المعيار يجمع بين المعيار الجامد والمرن في الإسناد، فهو يفترض أن العقد يكون أوثق إرتباطًا بالبلد الذي يقيم فيه الطرف وأنه يقوم بالأداء المميز إقامة إعتيادية عند إبرام العقد، وفي حالة الشركة أو الجمعية يكون المركزالرئيسي لإدارة الشركة أو الجمعية، ويذهب الفقيه (Lagarde) الى أن الأداء الذي يكون من أجله الدفع، هو الأداء المميز والذي قد يكون تسليم البضائع، تشييد منزل، تأدية خدمة كما في (النقل والتأمين والأعمال المصرفية)، أو هو الالتزام الذي يعطي للعقد اسمه، فما يميز عقد البيع هو التزام البائع، وما يميز عقد النقل هو التزام الناقل، وهكذاعلى بقية العقود[٢].

وإن العديد من التشريعات الوطنية أكدت على ذلك ومنها القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٧٨ حيث قررت المادة (١١٧) منه (في حالة سكوت المتعاقدين عن تعيين القانون الذي يحكم العقد يخضع العقد لقانون الدولة الأكثر ارتباطًا بالعقد)، وأن هذه الروابط يفترض أن تكون

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجًا، مصدر سابق، ص١١٠٤.

(٢) نقلًا عن : عباس غانم زغير، اثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٨١.

موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية للطرف المدين بالأداء المميز، أو تلك الدولة التي توجد بها منشأة المدين إذا كان العقد تم إبرامه في إطار ممارسة نشاطه المهني أو التجاري[١]، كما أن ضابط الأداء المميز يعد من المبادئ الرئيسة التي قامت عليها إتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية حيث جاء في المادة (٣) من هذه الاتفاقية " في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذى سيحكم العقد فإن البيع يكون محكومًا بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب، ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع فإن البيع يكون محكومًا بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة"، وعليه فإن هذه الاتفاقية اعتمدت على محل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتعيين القانون الذي يطبق على العقد من خلال أن التزام البائع هو الأداء المميز للعقد .

وجاء أيضًا في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة الرابعة منها ضابط الأداء المميز للعقد حيث نصت المادة (٤) منها على "١- عند سكوت المتعاقدين عن إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقًا . ٢- وتعدّ تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصًا معنويًا وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني فإن قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسة لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد، وإذا كان الأداء المميز للعقد يتم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسة، فإن قانون الدولة التي يوجد بها مقر تلك الشركة هو الذى يحكم العقد"، ولما تقدم فإن هذه الاتفاقية وضعت قرينة وهي أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز للعقد، كما أن هذا الأمر ينطبق على البائع أو مقدم الخدمة، وأن الأداء المميز يقوم على أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه، واختيار الالتزام الذي يميز العقد ويظهر جوهره من بين الالتزامات الأخرى في العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق [٢]، حيث إن هذا الضابط يقوم بالتركيز الموضوعي للعقد ويرتبط العقد بالقانون الأوثق صلة به ويتحدد هذا المبدأ بمعيار الأداء المميز حيث إن لكل عقد أداء يميزه ويبين

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم، د. سامية راشد، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي والأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٤.

خصائصه، وأن موطن الطرف المدين بالأداء المميز يكون هو ضابط الإسناد المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق[١].

فعلى القاضي في البداية تحديد الأداء المميز في العقد وذلك من خلال تحليل العقد موضوع النزاع والمعروض أمامه من أجل الوقوف على الأداء المميز للعقد وبعدها تحديد موطن أو محل إقامة المدين بذلك الأداء، وهذا لا يخل بتوقعات الأطراف حول القانون الواجب التطبيق فهو بذلك يكون إسناد سابق الغرض منه الحفاظ على توقعات الأطراف؛ كونه يحدد وقت إبرام العقد، وكذلك إنه إسناد مقيد يقوم على إفتراض مسبق وهو أن محل تنفيذ الأداء المميز يكون محل إقامة المدين بالأداء المميز وبهذا يكفل للمتعاقدين الأمان القانوني الذي يسعى له الأطراف ويحقق لهم توقعاتهم المشروعة [٢].

وأن القوانين الوطنية تختلف في تحديد العنصر المهم من عناصر الإسناد الذي يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق في حال عدم اختيار قانون من قبل الاطراف في العقد، حيث تقضي قواعد التنازع في بعض الدول بإسناد العقد إلى قانون الدولة التي تم ابرام فيها، فتقضي قواعد التنازع التي جاءت في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، وكذلك المادة (١٩) من القانون المدني المصري إلى إخضاع العقد إلى قانون الدولة التي يبرم العقد في أراضيها، ما لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك فهنا يخضع العقد لقانون الموطن المشترك بينهم[٣]، ويظهر من هذا الاتجاه ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال إسناد العقد إلى الدولة التي يكون قانونها أوثق صلة به، حيث يكون دور القاضي في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء نظام قانوني معين يرتبط العقد به على أساس مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته، فإذا إكتمل هذا التركيز قام القاضي بتطبيق القانون السائد في الدولة التي تشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية وهذا يعتبر من أوثق الصلات بالرابطة العقدية[٤]، كما أن هذا الإسناد يعمل على تحقيق العدالة بصورة أفضل من الإسناد الجامد للرابطة العقدية، لكنه يعرض الأمن القانوني إلى

---

(١) د . عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،١٩٩٤، ص٦٣.
(٢) د. سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الأطراف في العقود الدولية، مطبعة الإيمان، القاهرة، ٢٠١٨، ص٣١٥.
(٣) د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٤٩-١٥٠ و د. عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية الدولية، مصدر سابق، ص١٥١.
(٤) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٣٧.

الخطر حيث يتعذر على المتعاقدين العلم السابق بما ستنتهي به المحكمة بعد التركيز للرابطة العقدية وفق الظروف الخاصة بالعقد وملابسات العقد [١].

إن المعيار المتبع في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، يقوم على تحديد قانون العقد من خلال إسناد مسبق يتصف بالوضوح ويصون توقعات المتعاقدين من غير أن يضحي باعتبارات العدالة، وما تقتضيه من مرونة في الإسناد، من خلال الأخذ بنظرية الأداء المميز، والتي تقوم على التركيز الموضوعي للعقود في ضوء طبيعتها الذاتية بصرف النظر عن ظروف التعاقد وملابساته وفي كل حالة على حدة، وعليه فإن هذا الإسناد لا يقوم على أساس تنوع ظروف التعاقد، وإنما يقوم على طبيعة الربطة العقدية ومحل الأداء المميز لهذه الرابطة [٢]، وقد ذهبت العديد من التشريعات الوطنية في الكثير من الدول في هذا الإتجاه ومن هذه التشريعات هو القانون المدني المصري في المادة (١/١٩) منه إذ إنها تبنت معيارًاجامدًا في تحديد القانون الواجب التطبيق في حال انعدام الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين حيث إنها قررت في حالة غياب إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم، فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا في الموطن، أما إذا اختلفا في الموطن سرى قانون الدولة التي تم العقد فيها، ويتبين من هذا أن المشرع المصري لم يترك للقاضي تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية كما هو الحال في كثيرٍ من النظم القانونية للدول، بل أتى بضابطي إسناد احتياطيين وقرر الأخذ بهما على سبيل التدرج في حالة غياب الإختيار للقانون الواجب التطبيق، ويلاحظ أن الفقه المصري استقر في تفسير المادة (١/١٩) المذكورة أعلاه في أن القاضي يطبق ضابطا الإسناد في هذه المادة على التوالي حتى في حال كون القانون يشير إلى أحد الضابطين أنه أوثق صلة بالعقد[٣].

ومما تقدم يتضح أن الإسناد الموضوعي لا يساهم في التطبيق الغير مباشر للقواعد الموضوعية على النزاع، رغم أهمية هذا الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حال غياب الإختيار الصريح أو الضمني، لكنه إسناد يقوم على إختيار قانون دولة سواء

---

(١) د. سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الأطراف في العقود الدولية، مصدر سابق، ص٣١٦ .
(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٥٤.
(٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٦٥٩ وما بعدها . ود. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجًا، مصدر سابق، ص١١٠٣ . و د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، دون مكان طبع، ١٩٨٢، ص٥٩٠ . و د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٨٧٦ . و د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٤٥ . و د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، في التنازع الدولي للقوانين، المكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٩١، ص٤٠٨ وما بعدها.

أكانت دولة الموطن المشترك أم دولة محل إبرام العقد أم تنفيذ العقد أم دولة الجنسية المشتركة أم الدولة التي يقيم فيها المدين بالأداء المميز في العقد، فجميع هذه الضوابط لا تمكن القاضي أو المحكم الدولي من إختيار القواعد الموضوعية الدولية؛ وذلك لافتقارها لصفة قانون دولة مرتبط بالعقد، في حين أن المسالة المهمة في التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية تظهر في حال تعارض القانون الداخلي الذي يختاره القاضي أو المحكم عن طريق الإسناد الموضوعي مع القواعد الموضوعية بوصفها قواعد منظمة للعلاقة العقدية كون الرجوع للقانون الواجب التطبيق بقاعدة التنازع التي يراها المحكم ملاءمة هو رجوع يكمل ما نقص في القواعد الموضوعية، فيفترض بأنَّه لا يكون إلّا في حالة عدم وجود حل فيها، ومن هنا يرى بعض الفقهاء الى ضرورة تفضيل القانون الوطني المختار على القواعد الموضوعية من حيث إن أحكام القانون المختار تعد بمثابة شروط عقدية يمكنها مخالفة القواعد الموضوعية كونها ذات طابع تكميلي[١]، كما أن رجوع المحكمين الى القانون المختص بموجب قواعد الإسناد في حال سكوت الإرادة عن الإختيار يعد رجوع الغرض منه استكمال النقص الموجود في القواعد الموضوعية، فالتعارض المحتمل بين القانون الواجب التطبيق والقواعد الموضوعية التي تشكل نظامًا عامًا دوليًا يفرض على المحكمين الدفاع عن المصالح الأساسية للمجتمع الدولي للتجار، ومن ثم تغليب تلك القواعد على أي قانون وطني يعارضها[٢].

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢٠٨.
(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٧٧.

المطلب الثاني

الإختيار المادي والتنازعي للقواعد الموضوعية

إن تعدد القوانين الوطنية إضافة الى وجود قواعد موضوعية موحدة، يسهم في تعدد الخيارات المتاحة للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يطبق على عقدهم، حيث يمكن للأطراف المتعاقدة اختيار القواعد الموضوعية الدولية من خلال اللجوء الى قواعد الإسناد في حال تطبيق القواعد الموضوعية أمام دولة غير متعاهدة في حال أشارت قاعدة التنازع الى تطبيق قانون دولة متعاهدة، كما ويجوز للأطراف اختيار القواعد الموضوعية الوطنية التي من غير الممكن تطبيقها أمام دولة أجنبية من غير الرجوع الى منهج التنازع بوصفه الجزء الأساسي في القانون الدولي الخاص، حيث يقوم بمعالجة هذه المسالة من خلال قواعد تنازع القوانين من أجل تطبيق القواعد الموضوعية، كما أن بعض القضاة في دول غير الأطراف في معاهدات القانون الموحد يلجأ إلى تطبيق أحكام المعاهدة، بعد إعمال قواعد التنازع في قانونه لتحديد القانون المختص، وقد يكون هذا القانون الأخير هو قانون دولة متعاهدة فيكون تطبيق القواعد الموضوعية المقرر في الاتفاقية[١]، وقد يكون الاختيار للقواعد الموضوعية اختيار مادي مما يجعلها بندًا من بنود العقد وفي هذه الحالة لا يمكنها مخالفة القانون الواجب التطبيق، وقد يكون الاختيار لها كونها قانون يراد تطبيقه فهنا يكون الاختيار تنازعي وتكون المعاملة لهذه القواعد معاملة القانون الواجب التطبيق، وعليه ولما تقدم سوف نبين بالتفصيل الاختيار المادي في الفرع الأول والاختيار الموضوعي في الفرع الثاني من هذا المطلب وكما يأتي:

الفرع الأول

الاختيار المادي للقواعد الموضوعية

إن القواعد الموضوعية من الممكن أن يكون تطبيقها مستندًا الى إتفاق الأطراف، إذ تكون بمثابة شرط تعاقدي تخضع في تطبيقها الى قانون العقد، كما يمكنها مخالفة القواعد القانونية المكملة في القانون الواجب التطبيق والتي يجوز الاتفاق على مخالفتها دون القواعد القانونية الآمرة التي تبقى سارية التطبيق[٢]، كذلك يميز الفقهاء بين تطبيق القواعد الموضوعية أمام القضاء الوطني عنها أمام التحكيم الدولي، إذ تشكل هذه القواعد في التحكيم الدولي قانون مقر من

---

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٠٨ . و د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٥٦٢.
(٢) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص٩٧ .

قبل الأطراف وبالشكل الذي تعلو فيه إرادة الأطراف عن القانون المختار، حيث يكون هذا القانون بمثابة شرط عقدي لا يقوى على مخالفة ما إتجهت اليه إرادة الأطراف، ويكون تطبيق القواعد الموضوعية تطبيقًا ماديًا في حالة عرض النزاع أمام التحكيم الدولي ويذكرالأطراف في العقد أن تطبيق القواعد الموضوعية كشرط من شروط العقد المبرم بين الأطراف، وفي جانب آخر يرى أن التنازع أمام القضاء الداخلي يقتصر على القوانين الوطنية، وعليه فإن اختار الأطراف القواعد الموضوعية صراحة أو ضمنًا، لا يعد اختيارًا تنازعيًا وإنَّما هو مجرد اختيار مادي تكون بموجبه القواعد الموضوعية بمنزلة الشروط العقدية مما يتوجب إسناد العقد إلى القانون الداخلي الذي تحدده قاعدة الإسناد الاحتياطية في دولة القاضي عند سكوت الإرادة عن الاختيار، ولهذا فإن تطبيق هذه القواعد أمام القضاء الداخلي مشروط بعدم مخالفة القواعد الآمرة[١]، ولهذا فأن التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية أمام القضاء الداخلي يكون حينما تشكل تلك القواعد جزءًا من القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد، وذلك عندما يحيل القانون الداخلي الواجب التطبيق إلى العادات التجارية متعلقة بمسائل معينة تكون غالبًا في القوانين المدنية والتجارية، سواء أكانت هذه القوانين هي قانون الإرادة المختار أم القانون المحدد بناءً على ضوابط الإسناد الإحتياطية في حال غياب تلك الإرادة الصادرة من قبل الإطراف[٢]، وأن الاختيار المادي يبين مسألة مهمة وهي تعارض القانون الداخلي مع القواعد الموضوعية، حيث يكون هذا التعارض عندما يختار الأطراف القواعد الموضوعية ليس بوصفها قانونًا يخضع للتعديلات الطارئة وإنَّما بوصفها شروطًا مادية في العقد، وبعدها يكون التنازع بينها وبين القانون الوطني للقاضي، كما يثير الاختيار المادي مسألة ثبات القانون الواجب التطبيق في حالة اختياره ماديًا عن أية تعديلات طارئة من وقت الاختيار إلى حين النزاع، حيث لا تسري عليه التعديلات؛ وذلك لأن الأطراف اختاروا القانون؛ لكونه شرطًا من شروط العقد، وهي مسألة لا تبدو مهمة في حالة الاختيار المادي؛ لأن القانون أو القواعد الموضوعية تجمد أثناء الاختيار المادي لكن أهميتها تكون أكثر وضوحًا في حالة الإختيار التنازعي وهذا الذي سنتناول بحثه في الفرع القادم.

إن الفقه السائد في القانون الدولي الخاص يوجب إسناد العقد إلى قانون الدولة بالمعنى المقصود في القانون الدولي العام، كما أن الفقه يجد أن كل تطبيق للقواعد العابرة للدول أمام القضاء الوطني لا يزال يكمن في إعمال القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٢٠٣، و د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر السابق، ص٩٣-٩٤ .
(٢) د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، مصدر سابق، ص٩٧.

الوطنية[١]، وإن التمسك بهذه الثوابت بلغ مبلغًا دفع أنصارها الى نقد القضاء الوطني الذي يطبق بمعزل عن قواعد الإسناد، أو الذي يطبق إستنادًا الى قواعد القانون التجاري الدولي، كقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لغرض تطبيق قواعد عابرة للدول أمام القضاء الوطني على حساب ما تقضي به قاعدة التنازع الوطنية في قانون القاضي[٢]، كما يثار الإختلاف على اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية في مدى اشتراط توافر صلة بينها وبين العقد، وعلى غرار الاختلاف الحاصل في الفقه حول مدى اشتراط توافر صلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد فإن هذا الاختلاف ينتقل بطبيعة الحال إلى العلاقة بين القواعد الموضوعية والعقد، وكذلك اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص في مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذى إختارته إرادة المتعاقدين والعقد الدولي الذى سيخضع لأحكام القانون المختار إلى ثلاثة اتجاهات والتي سوف نبينها فيما يأتي :

الاتجاه الاول : إن هذا الاتجاه قيد من سلطان إرادة المتعاقدين في إختيار قانون الذي يطبق على العقد، وذلك من خلال اشتراط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد، حيث إنه اشترط أن يكون اختيار المتعاقدين من أحد القوانين التي تتزاحم على حكم العقد الدولي ومن ثم يجب أن تكون هناك صلة بين القواعد الموضوعية والعقد المبرم بين الطرفين، وكذلك لم يشترط هذا الاتجاه أن يكون الاختيار على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية؛ لكونه يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة العقدية، حيث إن اشتراط مبدأ الصلة الأوثق بالرابطة العقدية إنَّما يعمل به في ظل الإسناد الموضوعي الذي يكون عندما لايفصح المتعاقدون عن إرادتهم صراحة أو ضمنًا عن إختيار قانون العقد، أما في الإسناد الشخصي فلا يشترط مبدأ الصلة الأوثق بالرابطة العقدية؛ وذلك لأن وجود الإرادة في اختيار القانون الذي يطبق على العقد لا يسمح لهذا الاشتراط أن يأتي كون هذا الاختيار يكون معبرًا عن مركز الثقل في الرابطة العقدية إذ يجردها عن قدرتها على

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢٠٣، د.طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، مصدر سابق، ص٩٣.

(٢) ففي النزاع يتعلق بعقد وساطة أو رعاية (sponsorship) أبرم بين إحدى الوكالات السعودية وبين شركة فرنسية بهدف حصول الطرف الثاني على مقاولة من الباطن داخل المملكة لقاء دفعها للطرف الأول أجرة وساطة بنسبة (٧%) من قيمة المقاولة من الباطن، تدفع أولاً بأول مع كل تسوية مالية تتم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن (الشركة الفرنسية)، ولدى إمتناع (الشركة الفرنسية) عن دفع ما تبقى من أجرة الوساطة بعد أداء نسبة(٧٥%) منها بزعم نشوء خلافات بينها وبين المقاول الأصلي، وأن الوسيط أو الراعي (le sponsor) قد أخل بالإلتزامات المترتبة على عقد الرعاية المتضمنة قيامه بتسوية الخلافات، فأقام الطرف السعودي الدعوى أمام محكمة نانت (nantes) الفرنسية (بوصفها محكمة موطن الشركة المدعى عليها) للمطالبة بباقي القيمة المستحقة. فقضت المحكمة باستحقاقه لكامل القيمة المتفق عليها، ولكن ما أثار النقد أن المحكمة إستندت في قضائها إلى الشروط العقدية فقط دون أن تسند العقد إلى القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية، وهو هنا القانون السعودي بوصفه قانون دولة التنفيذ الأوثق صلة بالعقد، وكان بإمكان المحكمة الفرنسية أن تتوصل إلى الحكم السابق ذاته في ظل هذا القانون دون أن يؤخذ عليها مخالفة قاعدة الإسناد في قانونها وما يترتب عليها من وجود عقد دون قانون أمام القضاء الوطني، ينظر: د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص١٢٥،١٢٤.

الاختيار، وبذلك يؤدي الى تقويض مبدأ سلطان الإرادة الذي نصت عليه قاعدة التنازع في حق الأطراف في اختيار قانون العقد[١]، وكذلك في هذا الاتجاه إذا اختار الأطراف في العلاقة العقدية قواعد موضوعية يتعين على القاضي عدم الاعتداد بهذا الاختيار حيث لا تتوافر فيه تلك الرابطة، ومن ثم يجب على القاضي تركيز الرابطة العقدية من خلال البحث عن العناصر الخارجية وضوابط الإسناد الموضوعي؛ لكونه يهمل إرادة الأطراف بوصفها لا تمثل الاختيارالحقيقي[٢]، ويذهب الفقه إلى أن ماقصده المشرع بموجب قاعدة التنازع هو أن للأطراف الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتنازع في الحكم على العقد الدولي[٣]، وإن هذا الاتجاه غالى في ضرورة تقييد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق؛ لكونه يرى عدم إمكانية اختيار قانون أجنبي لا تتوفر فيه صلة مع العقد، وأن تطبيق مبدأ قانون الإرادة لا يعني إطلاق الحكم فيه، فلا بد من وجود رابطة حقيقية وجادة بين العقد والقانون المختار، ويجب على الإرادة أن تختار أحد القوانين أو القواعد الموضوعية التي لها صلة بالعقد، ومتى توافرت صلة تقوم على وجود مصلحة حقيقية وجدية ومشروعة بين العقد والقانون المختار يمتثل القاضي وقتها للاختيارالصريح للقانون[٤]، وفي غير ذلك على القاضي عدم الأخذ بالقانون المختار الذى يكشف غالبًا عن مقاصد المتعاقدين غير المشروعة في الغش نحو القانون، ويطبق قواعد الدولة التي ترتبط بالعلاقة العقدية من خلال قانون الموطن أو قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الأداء المميز[٥]، حيث وصل التشدد في هذا الاتجاه الى إعطاء القاضي الحق في استبدال القانون المختار من قبل الأطراف في حالة عدم صلة القانون المختار بالعقد[٦]، كما أن بعض الفقهاء تشدد في وجود صلة جوهرية بين العقد والقانون المختار وذلك استنادًا إلى نظرية التركيز الموضوعي التي قصرت دور الإرادة على تركيز العقد في مكان معين، حيث إن الإرادة يجب أن

---

(١) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٤٥٦ وما بعدها.
(٢) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، مصدر سابق، ص١١٣.
(٣) د. هشام علي صادق و د . حفيظة السيد الحداد،القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٥٣ وكذلك د . محمد عبد الله محمد المؤيد، القانون الدولي الخاص، ط ، دون مكان النشر، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص٢٥٧ . و د. عنايت عبد الحميد ثابت، مبتدأ القول في أحكام فض تداخل مجالات اِنطباق القوانين في القانون اليمني، ط ٣، دون مكان نشر، ١٩٩٣، ص٣٦٣ .
(٤) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مصدر سابق، ص٤٠.
(٥) د. يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية "بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، في المدة من ٢٦،٢٨ أبريل ٢٠٠٣، ص٢٢٦.
(٦) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٢٦.

تكون معبرة عن القانون الذي يرتبط بمركز الثقل في العلاقة العقدية[١]، ويرى رأي آخر في الفقه أن هذه الصلة بين العقد والقانون المختار لا يشترط فيها أن تكون متوافرة إلّا في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد[٢].

الاتجاه الثاني : يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون للعقد تتيح لأطراف العقد اختيار القواعد الموضوعية أو القانون الذي يرغبون به لحكم العقد حتى وإن كانت هذه القواعد ليس لها أدنى صلة بالعقد، لكن بشرط أن لا يكون هذا الاختيار مشوبًا بالغش نحو القانون[٣].

الاتجاه الثالث : يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد موجودة لكنها ليست بالحرية المطلقة للمتعاقدين إلى الحد الذى يمكنهم اختيار قواعد أو قانون ليس له صلة بالعقد، فهم يوجبون وجود صلة بين القانون المختار والعقد ولكن لا يتطلب أن تتحقق هذه الصلة عن طريق عناصر شخصية كجنسية المتعاقدين أو مادية كقانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، بل يكفي وفقًا له أن تكون هذه الصلة ناتجة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية، كما في الحالة التي يبرم العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال سلعة معينة وتقبله أوساط التجارة الدولية، فيخضع الأطراف المتعاقدة للقانون الذى يحكم هذا العقد على الرغم من إنعدام الصلة بين القانون المختار وعناصر العقد المبرم بين الطرفين[٤]، وتعد هذه محاولة من بعض الفقهاء من أجل التخفيف من المغالاة التي قال بها الإتجاه الأول، وإعتبر أن الصلة بين القواعد الموضوعية والعقد لا يشترط فيها أن تكون قائمة على عناصر مادية أو شخصية ولكن يكفي وجود صلة فنية بينها وبين العقد، كما ولو تم إجراء العقد بصورة عقد نموذجي معروف في مجال التجارة الدولية، حيث إن هذه الصلة يمكن أن تعبر عن مجرد رابطة ذهنية أو إجتماعية أو اقتصادية بين القانون المختار والعقد الذي تم إبرامه بين الطرفين[٥]، وإن بعض الفقهاء يوجه النقد الى هذه الصلة بين العقد والقانون الذي تم إختياره من قبل الطرفين، وذلك لأنه يصعب تحديد تلك الرابطة بين القانون المختار والعقد كما في بعض أنواع التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية، حيث في التجارة الالكترونية يتم إبرام العقد عبر شبكات الكترونية لا تتركز في إقليم

---

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، ١٩٥٩، ص١٨٤ .
(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٢١.
(٣) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٤٥٤.
(٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، بدون ناشر، ١٩٩٧، ص٣٢٦ وما بعدها.
(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مصدر سابق،ص ١٠٩٨. وينظر: د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٢٦ وما بعدها.

دولة معينة ولا تخضع لقانون دولة معين لغرض تطبيق قانونها[١]، كما أن البعض يرى أن الاتفاقيات الدولية لم تشترط توفر هذه الصلة حيث إتجهت إتفاقية لاهاي ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية هذا الاتجاه وذلك في المادة الثانية منها اذ إن البيع يكون محكومًا بقانون الدولة الذى يختاره المتعاقدون دون إيراد أي قيد في هذا الشأن[٢]، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، وكذلك ما جاء في اتفاقية روما ١٩٨٠ في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث خولت المتعاقدين حرية مطلقة في اِختيار القانون الواجب التطبيق دون فرض وجود رابطة بين القانون المختار والعقد[٣] .

ولما تقدم فإن الباحث يؤكد على هذا الاتجاه بعدم اشتراط وجود صلة بين العقد والقانون أو القواعد المختارة، فأن قاعدة التنازع أعطت الحرية الكاملة للأطراف في العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق وبصورة مطلقة، وإن وضع شرط وجود صلة بين العقد والقانون المختار هو تقييد مطلق بدون دليل لهذه الحرية، كما أن القاعدة العامة تنص على أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده، إذ إن إشتراط وجود هذه الصلة لا يتلاءم مع الهدف لقاعدة الإسناد في حفظ توقعات الأطراف وإقامة التوازن المنشود من العلاقة العقدية للطرفين، وكما يرى الباحث أن وجود القواعد الموضوعية قد أسهم في تعزيز قدرة الأطراف على إختيار القانون أو قواعد ليست لها صلة بالعقد، كون هذه القواعد لا تنتمي لدولة معينة ومن ثم لا ترتبط بالعقد من حيث الروابط المعروفة بالمحل وعنصر الجنسية أو السبب، وعليه فالأطراف لهم أن يختاروا أية قواعد موضوعية تكون ملاءمة للتطبيق على العقد، ومن هنا يتضح التطبيق غير المباشر عن طريق الاختيار المادي للقواعد الموضوعية بوصفها شروط عقدية فيتم اختيارها اختيارًا غير مباشرًا عن طريق قاعدة الإسناد التي أجازت للأطراف اختيار هذه القواعد الموضوعية .

---

(١) د. فاروق محمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، مصدر سابق، ص١١٤.

(٢) طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص١٠٩.

(٣) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، مصدر سابق، ص١١٤. ود. سلام هادي جاسم ، حفظ توقعات الأطراف، مصدر سابق، ص١١٤.

الفرع الثاني

الاختيار التنازعي للقواعد الموضوعية

إن قدرة الأطراف على الإختيار بين قوانين دول يكون الصورة النموذجية لحل تنازع القوانين، حيث أن الصورة الحديثة لهذا التنازع تظهر في قدرتهم في اختيار القواعد الموضوعية من خلال قواعد الإسناد التي يمكن أن تنطبق فيه هذه القواعد على أساس صلتها بالقانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية [١]، وتظهر قدرة الأطراف على اختيار القواعد الموضوعية اختيارًا تنازعيًا، وذلك من خلال توحيد القواعد الموضوعية في الاتفاقيات الدولية؛ لأنها تطبق وفق تصديق الدول الأطراف عليها، ومن هنا يلتزم القاضي الوطني في الدولة التي صادقت على الاتفاقية بمراعاة أحكام هذه الاتفاقية من حيث نطاق التطبيق المكاني والموضوعي وذلك حسب ما تقرره الاتفاقيات بخصوص تطبيقها، وهنا يجب اللجوء الى قاعدة التنازع من أجل إعمال هذا الإختيار من قبل الأطراف[٢].

حيث تكون قاعدة التنازع المختصة بتحديد القانون الواجب التطبيق هي قاعدة الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد؛ وذلك لأن إعمال الاختيار التنازعي أو الاختيار المادي لا يكون إلا من خلال قانون الإرادة، كما أن الاختيار التنازعي للأطراف يكون بإختيار القواعد الموضوعية بوصفها نظام قانوني واجب التطبيق، ومن هنا يثار السؤال الآتي ما الأثار المترتبة على هذا الاختيار التنازعي، إذ إن هذا الاختيار يؤدي إلى مسألة مهمة وهي سريان على القانون الواجب التطبيق في حالة اختياره تنازعيًا أي تعديلات طارئة من وقت الاختيار إلى حين النزاع، ومن هنا فهل تسري التعديلات التي قد تطرأ على القواعد الموضوعية شأنها في ذلك شأن قانون الدولة الواجب التطبيق؟

ولغرض الإجابة عن السؤال نبين أن الفقه التقليدي في القانون الدولي الخاص يلزم أن يكون القانون المختار قانون داخلي لدولة ما، لكن تطور التجارة الدولية وكثرة الاتفاقيات الدولية وتوسيع نطاقها على العلاقات الدولية بل حتى على العلاقات الوطنية جعل الفقهاء يجيزون اختيارها من قبل المتعاقدين اختيارًا تنازعيًا بوصفها قانون العقد[٣]، فإن الاختيار التنازعي للمعاهدات الدولية بوصفها قانونًا للعقد؛ وذلك لأن المعاهدات المقررة للقواعد الموضوعية تعد بحسبانها قانون الدولة المتعاهدة في إطار العلاقات الخاصة الدولية، وأن اختيارالأطراف لهذه

---

(١) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص١٠٩.
(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٣٠٨.
(٣) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر السابق، ص ٣٠٨-٣١٠.

المعاهدات الدولية يتطابق مع اختيارهم لأي قانون داخلي لأحد هذه الدول[١]، وعليه يوجد رأي في الفقه يقول أن هذا الإعتبار للقواعد الموضوعية لا يؤدي الى وجود عقد دون قانون وطني يطبق عليه أو يحكمه؛ وذلك لان هذه القواعد الموضوعية اكتسبت الصفة القانونية عن طريق الاتفاقيات الدولية[٢]، وكذلك يؤكد الفقيه (Mayer) أنه يجب على القاضي البحث عن القانون الواجب التطبيق على وفق المعايير الموضوعية التي أقرت في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، وأن هذا القانون هو الذي يحدد النطاق الذي يتم فيه دمج القواعد غير الوطنية، التي تكون من ضمنها القواعد الموجودة في المعاهدات غير النافذة على العقد، وكذلك يؤكد بعض الفقهاء على أن محكمة النقض المصرية كشفت عن حق الأطراف في الاختيار تنازعيًا لأحكام المعاهدة بوصفها قانونًا للعقد استنادًا الى نص المادة (١٠) من معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤، حيث أقرت المحكمة أن يتفق الأطراف على خضوع عقد النقل للمعاهدة بتضمينه شرطًا خاصًا يطلق عليه الشرط الجوهري؛ لأن المعاهدة تتطابق مع القانون الإنكليزي، وقررت المحكمة على أن أحكام المعاهدة وحدها هي التي تطبق على العقد[٣].

وقد جاء في المادة (٢/٧) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع " المسائل المتعلقة بموضوعات تحكمها هذه الاتفاقية، والتي لم تحسمها بصورة صريحة، يتم حسمها على وفق المبادئ العامة التي تعتمد عليها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق عليها وفق قواعد القانون الدولي الخاص" وهذا الاتجاه يعزز المفهوم السائد لدى قضاء التحكيم الدولي وهو أن الأطراف غير محتاجين إلى اختيار نظام قانوني يحكم علاقتهم العقدية، لكن فقط اختيار قواعد قانونية من الممكن أن تفي بالغرض المنشود، حيث نجد أن القانون النموذجي للتحكيم اليونسترال بين هذا المفهوم في المادة (١/٢٨) وهو أن اختيار الأطراف لقواعد الاتفاقية يعادل اختيارهم لقواعد قانونية بالمعنى المحدد في القانون النموذجي للتحكيم؛ لكون الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المنظمة للتحكيم الدولي توجب على ضرورة مراعاة شروط العقد وعادات التجارة الدولية، وكذلك القوانين الوطنية التي يتقرر تطبيقها على وفق منهج التنازع التي قد تحيل هي الأخرى في بعض الحالات إلى عادات التجارة، وما ذكرفي نص المادة (٥) من قانون العقود الإقتصادية الألماني لعام ١٩٧٦ والتي تؤكد على أن العادات

---

(١) د. سلام هادي جاسم ، حفظ توقعات الاطراف، مصدر سابق، ص ١٠٤- ١٠٧.
(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٣٠٩.
(٣) د. هشام علي صادق، التعليق على أحكام محكمة النقض في مسائل القانون البحري، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٥ ، ص١٧١.

التجارية المتفق عليها في مجال التجارة الدولية يجب أن تؤخذ في الحسبان عند إبرام عقود التجارة الدولية وتنفيذها ما لم تخالف هذه العادات النصوص الآمرة في هذا القانون[١].

ولما تقدم أعلاه فإن الباحث يرى أن التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية يكون عن طريق الإختيار التنازعي للقواعد الموضوعية وفق وصفها القانون الواجب التطبيق وذلك عن قاعدة الإسناد والتي سمحت بإختيار القواعد الموضوعية التي تكون لها صلة بالعقد موضوع النزاع بين الطرفين .

الفرع الثالث

نماذج من التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية في القوانين الوطنية

إن العديد من القوانين الوطنية تضمنت نصوص للتطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية، وذلك من أجل مواكبة التطورات الحاصلة في التجارة الدولية، ومن هذه القوانين قانون النقل الجوي حيث يعد من القوانين المهمة في التجارة الدولية؛ لكونه يتعلق بحماية المسافر من جهة والناقل الجوي بوصفه المدين من جهة أخرى، وكذلك قانون الاستثمار كونه يعتبر المصدر الأساسي لاستثمار رؤوس الأموال، ولما تقدم سوف نبين في هذا الفرع التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية من خلال القوانين الوطنية وحسب ما مبين أدناه :

أولًا : التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية في قانون النقل الجوي : إن النقل الجوي يعد من أهم الوسائل التي عملت على تطوير عملية الإتصال بين المجتمعات الاقتصادية، وكذلك من الدعائم الأساسية التي يرتكز عليها عملية تطوير التجارة الدولية، كما يعد قانون النقل الجوي من القوانين ذات النشأة الحديثة إذا ما قورن مع القوانين الأخرى الخاصة بفروع القانون الدولي الخاص، وخاصة قانون النقل البحري أو قوانين التجارة البحرية بشكل عام التي تعود نشأتها إلى القرن التاسع الميلادي[٢]، وسوف نذكر بعض التطبيقات للنقل الجوي في القانون الوطني التي تطبق فيها القواعد الموضوعية تطبيقا غير مباشر وكما مبين أدناه :

١- القواعد التي تحكم عقد النقل الجوي : إن عقد النقل الجوي لا يختلف عن غيره من عقود النقل الأخرى ما عدا التغير في واسطة النقل وهي الطائرة، وقد جاء تعريف الناقل الجوي في إتفاقية شيكاغو لعام ١٩٤٤ في المادة (٢٢/١) منها بأنَّه " كل شخص طبيعي أو اعتباري يعرض

---

(١) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص١١٠.
(٢) د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي الدولي والداخلي)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص٢٠.

أو يقوم بتشغيل خطوط جوية لنقل الركاب أو البريد أو البضائع"[١]، كما أن عقد النقل الجوي عرف بأنه " الاتفاق الذي يبرم بين المسافر أو مرسل البضاعة وبين الناقل الجوي، والذي يتعهد فيه هذا الأخير بمقتضاه بنقل المسافر وأمتعته، أو نقل البضاعة عبر الجو بواسطة الطيارة من مكان إلى آخر خلال مدة معينة، وذلك لقاء أجر محدد أو بدون أجر"[٢]، ومن خلال هذا المعنى لم يميز في هذا التعريف بين الناقل العام والناقل الخاص[٣]، وأن اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ وكذلك اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ لم تتطرقا الى تعريف عقد النقل الجوي وتفاصيل انعقاده بل تركوا ذلك للقانون الداخلي لينظمه وفقًا للتقاليد القانونية التي تتبعها كل دولة متعاقدة على حدة[٤]، وكذلك لم تتطرق الاتفاقية إلى الشروط الموضوعية من الرضا والمحل والسبب والأهلية في عقد النقل الجوي، ولذلك تبقى خاضعة لأحكام القواعد العامة في القانون الواجب التطبيق التي تشير إليه قواعد الإسناد في القوانين الداخلية للدول المتعاقدة[٥]، ولهذا نجد أن الاتفاقية لو كانت واجبة التطبيق حسب معيار تطبيقها ونشب نزاع حول تكوين عقد النقل الجوي فيتم تطبيق أحكام الاتفاقية التي تناولتها في نصوصها، أما ما يخص الرضا والأهلية ومشروعية السبب والمحل فيتم تطبيق القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع أمامه[٦]، ومن هنا يظهر التطبيق الغير مباشر للقواعد الموضوعية التي جاءت بها الاتفاقيات بصورة غير مباشرة على النزاع الحاصل بين الأطراف المتعاقدة .

٢- **التعويض عن الضرر :** إن اتفاقية مونتريال جاءت بقواعد موضوعية ذات تطبيق غير مباشر وذلك في الفصل الثالث منها تحت عنوان (مسؤولية الناقل ومدى التعويض عن الضرر)، حيث نصت المادة (١٩) منها على " يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع بطريق الجو..." ويتبين من هذا النص أنه جاء عامًا، إذ يشمل

---

(١) وقد إقتبس المشرع العراقي هذا التعريف في نص المادة (٢٤/١) من قانون الطيران المدني رقم (١٤٨) لعام ١٩٧٤، وكذلك المشرع المصري في المادة (١٨/١) من قانون الطيران المدني لعام ١٩٨١.

(٢) د. محمود أحمد الكندري، النظام القانوني للنقل الجوي وفق إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، ط١، مطبعة جامعة تكريت، ٢٠٠٠، ص ٦٤.

(٣) ميز المشرع الأمريكي بين الناقلين، فالناقل العام : هو من يتولى تلبية جميع طلبات النقل دون تميز سواء في نقل الأشخاص أو البضائع، أما الناقل الخاص : هو من يتولى نقل الأشخاص والبضائع مع وجود إتفاق خاص في كل حالة على حدة ، وهذا التميز بين الناقلين يخضع إلى القانون الواجب التطبيق، فالنقل الخاص يمكن أن يكون إتفاقًا بين الناقل والوكيل بالعمولة أو بين الناقل والمسافر في حالة تأجير طائرة، فهذا الأمر لا يخضع القواعد التي جاءت بها الإتفاقيات وخاصة إتفاقية مونتريال. ينظر في هذا المعنى : د. هوازن عبد المحسن عبد الله ، المسؤولية المدنية للناقل الجوي عن سلامة، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(٤) شفيق أنور فضل، مسؤولية الناقل الجوي وفقًا لإتفاقيتي وارسو ١٩٢٩م ومونتريال ١٩٩٩م، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط ،٢٠١٢، ص٥٥ .

(٥) د. محمود احمد الكندري، النظام القانوني للنقل الجوي وفق إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩،مصدر سابق، ص ٦٤.

(٦) خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهاج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

تأخير نقل الركاب أو الأمتعة والبضائع، لذلك من الممكن أن يرد سؤال هنا، وهو هل مجرد التأخير يستوجب قيام المسؤولية أم التأخير الذي سبَّب ضررًا هو الذي يرتب مسؤولية الناقل؟ ولغرض الإجابة عن هذا السؤال يجب أن نقف على ما جاء في المادة (١٩) من الاتفاقية وخاصة كلمة (التأخير) حيث يدل على أن إنهاء الرحلة بصورة نهائية لا يخضع الى لنصوص الاتفاقية بل يخض للقوانين الوطنية وذلك بموجب قواعد الإسناد[١]، وإذا كان الناقل ملزمًا بتنفيذ عقد النقل في الميعاد المحدد له فما هو طبيعة هذا الالتزام؟ وعلى من يقع عليه عبء الإثبات؟ وما هو المقصود بالضرر والتأخير؟ وهل يخضع مفهوم التأخير أو الضرر للقواعد الموضوعية التي جاءت بها الاتفاقية أم إلى القوانين الوطنية ؟ أن الإجابة على هذه التساؤلات يكون من خلال بيان نص المادة (١٧) من اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ حيث نصت على (١- يسأل الناقل عن الضرر الذى وقع في حالة الوفاة أو الجرح الذى نجم على متن الطائرة أو أثناء عملية الصعود أو النزول) وكذلك ما جاء في المادة (١٧) من إتفاقية مونتريال ١٩٩٩ حيث نصت على (يسأل الناقل عن الضرر الذى ينشأ في حالة وفاة الراكب أو تعرضه لإصابة جسدية بشرط أن تكون الحادثة التي سبَّبت الوفاة أو الإصابة قد وقعت فقط على متن الطائرة، من عمليات صعود الركاب أو نزولهم) ومن خلال هذه النصوص يتبين أن تطبيق أحكام الإتفاقيات يتعلق بوقوع الحادث خلال المدة التي يكون فيها الناقل مسؤولاً عن المسافر، أما في حال وقع الحادث خارج هذه المدة فيخضع التعويض عن الضرر للقانون الداخلي [٢].

كما أن التشريعات الوطنية اختلفت في طبيعة الالتزام الملقى على عاتق الناقل حيث إعتبره البعض التزام بتحقيق غاية وهو وصول الراكب أو البضائع في الميعاد المحدد وإعتبره البعض الآخر التزام بتحقيق نتيجة، وعليه جاء في قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ حول بيان طبيعة هذا الالتزام وميَّز بين أمرين، الأول : إذا تم الاتفاق ما بين الناقل والراكب سلفًا على تنفيذ النقل في ميعاد محدد، فالتزام الناقل هنا هو تحقيق نتيجة وهو التزام الناقل الجوي بتنفيذ النقل في الميعاد المحدد ومن ثم تنعقد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي أصابت المسافر أو البضاعة بمجرد عدم تحقيق النتيجة، حيث لا يمكن للناقل أن يتحلل من مسؤولية هذه إلّا إذا بين الدليل على وجود خطأ خارج إرادته وهو وجود سبب أجنبي أدى إلى تأخير عملية النقل

---

(١) د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي الدولي والداخلي)، مصدر سابق ،ص ٢١٦.
(٢) د. علاء التميمي عبده، مدى مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب (طبق لأحداث الإتفاقيات الدولي الخاصة بنقل الأشخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٥٤ .

الجوي[١] ، وكذلك ما جاء المادة (١/٢٨٩) من قانون التجارة المصري والتي تنص على (يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يترتب على التأخير في وصول الراكب أو الأمتعة أو البضائع...) كما أن نص المادة(٢٩٠) من القانون نفسه التي أعطت الناقل الحق بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو المرسل إليه أو الراكب، فعملية الإثبات تكون من جانب الناقل فقط وهو راجع إلى القانون الواجب التطبيق، ومن ثم يتم تطبيق نص المادة (١٩) من الإتفاقية، أما في الأمرالآخر : هو عدم اتفاق الناقل والراكب حول تحديد ميعاد محدد وعلى هذا الفرض يكون إلتزام الناقل هنا إلتزام ببذل عناية، فعدم تحديد الميعاد في عملية النقل لا يعني الحرية الكاملة للناقل في تنفيذ عملية النقل ولا تعد عملية النقل خاضعة لإرادة الناقل فقط، فهنا يلتزم الناقل إذا أصاب المضرور ضررًا جراء التأخير، وعليه أن يثبت ذلك وفق ما استقر عليه القضاء والعرف الجاري في النقل الجوي، كما ينتقل عبء الإثبات من الناقل إلى المتضرر وفق القانون الواجب التطبيق ومن ثم يتم تطبيق أحكام الاتفاقية الدولية [٢].

وما جاء في قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ فيتم تطبيق إتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ وتعديلاتها سواء أكان الأمر متعلقًا بنقل الأشخاص أم الاشياء وهذا مانصت عليه المادة (١٢٦) منه حيث جاء فيها (تطبق على نقل الشخص والشيء والأمتعة بطريق الجو، حتى لو كان النقل داخليًا، أحكام اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ ١٢- تشرين الاول – ١٩٢٩ والاتفاقيات الخاصة بها والمعدلة لها والمصادق عليها بالقوانين (١٠٥و ١٠٦و ١٠٧) لسنة ١٩٧٣ أو أية اتفاقية تحل محلها ويصادق عليها بقانون)[٣].

وما يخص شروط انعقاد المسؤولية فإن مسؤولية الناقل تجاه الراكب تنعقد في حال توافر عدة شروط أهما :

أ- أن يؤدي حادث ما إلى الإخلال بالالتزام .

ب- وقوع الحادث خلال مدة محددة .

---

(١) ينظر في الفقه المصري : د. هاني دويدار، قانون الطيران الجوي، النقل التجاري الجوي، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٠، ص ٢٧٥ ومابعدها و د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي الدولي والداخلي)، مصدر سابق، ص٢٣٠.

(٢) د. محمد فريد العريني، القانون الجوي، مصدر سابق، ص٢٣١ ومابعدها.

(٣) ينظر بهذا المعنى الى نص المادة (١٢٦) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ .

ج- أن يصيب الراكب ضررًا جراء هذا الحادث [١].

لكن اتفاقية مونتريال لم تبين ما المقصود بالضرر أو نوع أو مدى الضرر الذي من خلاله يمكن تقدير مسؤولية الناقل الجوي، لهذا جاءت المادة (١٧) من هذه الاتفاقية بقاعدة موضوعية أثرت بمنهج التنازع بشكل غير مباشر، وذلك من خلال الرجوع إلى القوانين الوطنية التي تقوم بتحديد المقصود بالضرر وأنواعه[٢]، كما أن إتفاقية مونتريال لم تحدد أيضًا الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض والذي يسمى (الضرر المرتد) وهو الضرر الذي يقع على غير من يقع عليه الفعل الضار مباشرة أو وجود العلاقة السببية بين المتضرر الأصلي والمتضرر بالارتداد[٣]، وعليه جاء نص المادة (٢٤) من قانون النقل العراقي فذكرت على أنه (يجوز إقامة دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل في حالة وفاة الراكب، سواء وقعت الوفاة إثر الحادث مباشرة أم بعد مدة زمنية من وقوعه من قبل، أولاً: من حرم من الإعالة بسبب موت الراكب وذلك عن الضرر المادي وإن لم يكن وارثًا، ثانيًا : الزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية الذين أصيبوا بآلام حقيقية وعميقة من الضرر الأدبي)[٤]، ولكي نحدد الضرر وفق اتفاقية مونتريال يجب الرجوع إلى القانون الوطني للمضرور ليتم تحديد من يستحق التعويض وبعدها يتم تطبيق الاتفاقية بشكل غير مباشر.

وجاء في قرار محكمة إستئناف باريس حول تحطم طائرة في جبل ساداوديل في فرنسا في ٢٢ كانون الثاني ١٩٩٢، حيث طالبت إحدى أهالي الضحايا بالتعويض المادي والمعنوي، وذلك نتيجة فقد أختها في هذا الحادث، فقررت المحكمة تعويضها عن الأضرار المعنوية بمبلغ مقداره (٨٠٠٠٠) فرنك استنادًا الى القانون الفرنسي وسببت المحكمة قرارها بأن ظروف حادثة سقوط الطائرة سبّب قلقًا نفسيًا ومعنويًا لأهالي الضحايا بعد إعلان وفاة ذويهم والمدة التي مرت لإعادة جثامين الضحايا، كل ذلك يشكل ضررًا معنويًا لهم وعوضت عن الأضرار المادية التي حصلت بمبلغ مقداره (١٠٠٠٠٠) فرنك وفق اتفاقية مونتريال[٥].

٣- **ضمانات المضرورين :** إن اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ قررت إعفاء الناقل من المسؤولية إذا استطاع إقامة الدليل على أنَّه قد اتخذ هو وتابعيه كل الإحتياطات الضرورية لتلافي الضرر أو

---

(١) ينظر: المادة (١٧) من إتفاقية مونتريال وينظر في شرح شروط إنعقاد المسؤولية د. فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي، مصدر سابق، ص ٨٠ ومابعدها.
(٢) خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل منهاج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٢٠٥.
(٣) د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية(دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨، ص ٢٥.
(٤) ينظر : المادة (٢٤) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ .
(٥) محكمة البداءة الكبرى في كولمار الفرنسية ، ٢ تموز عام ١٩٩٢، مجلة دالوز القانونية ، ص ٢٠٨.

كان من المستحيل عليهم إتخاذ هذه الإجراءات[١]، كذلك قررت هذه الاتفاقية إعفاء الناقل من المسؤولية في حال تسبب الراكب أو أسهم بخطئه في إحداث الضرر[٢].

ومن جانب آخر أبطلت الاتفاقية في المادة (٢٣) جميع الشروط التي تهدف إلى إعفاء الناقل من المسؤولية في حالة تحقق الضرر بناءً على غش أو خطأ جسيم مساوٍ للغش وقع من الناقل أو من أحد تابعيه[٣]، كما أنها أبطلت جميع الاتفاقات الخاصة السابقة على وقوع الضرر، إذا خالف الأطراف المتعاقدون بمقتضاها قواعد هذه الاتفاقية[٤]، وكذلك ما جاء في بروتوكول جواتيمالا لعام١٩٧١ في المادة (١/٢٠) فيما يتعلق بمسؤولية الناقل عن الأضرار التي تصيب المسافر، حيث أخذ بفكرة المسؤولية الموضوعية، فتكون مسؤولية الناقل بمجرد وقوع الضرر ما لم يثبت أنه من خطأ المضرور[٥]، أو أن الحالة الصحية للمسافر إذا كانت هي السبب الوحيد للضرر من دون أن يتسبب الناقل بذلك[٦]، كما أن إتفاقية مونتريال جاءت بقواعد قانونية تسعى من خلالها الى إيجاد علاقة توازن بين أطراف عقد النقل الجوي، ومن هذه القواعد الموضوعية التي جاءت بها هذه الاتفاقية هي ضمان التعويضات، فقد جاء في المادة (٢٨) منها (في حالة حوادث الطائرات التي ينتج عنها وفاة راكب أو إصابتهم، على الناقل أن يدفع دون إبطاء، إذا كان ملزمًا بموجب قانونه الوطني، مبالغ مسبقة إلى الشخص الطبيعي أو الأشخاص الطبيعيين الذين يحق لهم أن يطالبوا بالتعويض لتلبية حاجاتهم الاقتصادية العاجلة، ولا تشكل هذه المبالغ اعترافًا بالمسؤولية، ويجوز خصمها من أي مبالغ يدفعها الناقل كتعويض في وقت لاحق)[٧]، كما لو مات مات الراكب واحتاج ذويه إلى مبالغ مالية لإجراء مراسيم الدفن والغسل والتكفين وغيرها من أمور الدفن، فضلاً عن المبالغ التي يمكن أن تصرف في حالة نقل الجثمان من مكان إلى آخر، لكن نص المادة (٢٨) اشترط أن يكون قانون الناقل يلزم دفع هذه المصاريف، فهنا جاءت هذه القاعدة الموضوعية لتأثر على منهج التنازع في القوانين الوطنية عن طريق تحديد هذه المصاريف أو من ناحية إلزام الدفع لهذه المبالغ الى الطرف المتضرر الراكب أو ذويه عند وفاته[٨] .

---

(١) ينظر : المادة (٢٠) من إتفاقية وارسو ١٩٢٩.
(٢) ينظر : المادة (٢٢) من إتفاقية وارسو ١٩٢٩.
(٣) ينظر : المادة (٢٥) من إتفاقية وارسو ١٩٢٩.
(٤) ينظر : المادة (٣٢) من إتفاقية وارسو ١٩٢٩.
(٥) ينظر : المادة (٧) من بروتوكول جواتيمالا .
(٦) ينظر : المادة (٤) من البروتوكول جواتيمالا.
(٧) ينظر : المادة (٢٨) من إتفاقية مونتريال ١٩٩٩.
(٨) د. هشام فضلي، مسؤولية الناقل الجوي على الصعيدين الدولي والداخلي، ط١، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ٢٠٠٥، ص ٢٠ومابعدها.

ومن هنا يتبين أن التشريعات الداخلية المتعلقة بالنقل الجوي قد أخذت القواعد الموضوعية من هذه النصوص وقننتها في صلب هذه التشريعات، فأخضع المشرع المصري النقل الجوي الدولي إلى إتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي التي تم توقيعها في وارسو بتاريخ ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ والتي انضمت إليها العديد من الدول والاتفاقيات الأخرى المعدلة والمكمل لها وفق هذا المنهاج الذي سارت عليه[١]، حيث جاء ذلك في أحكام الفصل الأول من الباب الحادي عشر من قانون الطيران المدني المصري رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١، في المادة (١٢٣) منه الذي أحال إلى نصوص اتفاقية وارسو لحكم النقل الجوي الدولي، وعليه فإن القواعد الموضوعية التي جاءت بها هذه الاتفاقيات تطبق بصورة غير مباشرة عن طريق هذه النصوص، وكذلك فإن المشرع العراقي أحال تنظيم أحكام النقل الجوي بشقيه الدولي والداخلي إلى اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ ١٢ تشرين الأول سنة ١٩٢٩على نقل الأشخاص والأمتعة والبضائع بطريق الجو حيث تم ذكر ذلك في الفصل الأول من الباب الثاني عشر تحت عنوان المسؤولية التعاقدية للناقل الجوي، وجاء فيها على أنَّه (تطبق اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارشو بتاريخ ١٢ تشرين الأول سنة ١٩٢٩ والاتفاقيات على نقل الأشخاص والأمتعة والبضائع بطريق الجو حتى لو كان النقل داخليًا)[٢].

٤- **تحديد قيمة التعويض :** إن بعض الاتفاقيات الدولية جاءت بقواعد موضوعية وحددت فيها قيمة التعويض عند وقوع الضرر، حيث جاء في اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ (١- فيما يتعلق بالأضرار المنصوص عليها في الفقرة(١) من المادة(١٧) والتي لا تتجاوز قيمتها (١٠٠٠٠٠) وحدة حقوق سحب خاصة عن كل راكب ولا يجوز للناقل أن ينفي مسؤوليته أو أن يحد منها. ٢- فيما يتعلق بالأضرار المنصوص عليها في الفقرة(١) من المادة(١٧) التي تتجاوز قيمتها (١٠٠٠٠٠) وحدة حقوق سحب خاصة عن كل راكب ولا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت ما يأتي : أ - أن هذا الضرر لم ينشأ عن الإهمال أو الخطأ أو الإمتناع من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه. ب- أو أن هذا الضرر نشأ فقط عن الإهمال أو الخطأ أو الامتناع من الجانب الآخر)[٣]، وكذلك فإن هذه الاتفاقية بينت كيفية تحويل الوحدات النقدية، حيث جاء فيها (إن المبالغ المبينة في شكل وحدات حقوق السحب الخاصة في هذه الاتفاقية تشير إلى وحدة حقوق السحب الخاصة حسب تعريف صندوق النقد الدولي، ويتم تحويل هذه المبالغ إلى العملات الوطنية عند التقاضي وفقًا لقيمة تلك العملات مقومة بوحدات حقوق السحب الخاصة يوم صدور الحكم، وتحسب قيمة العملة

---

(١) ينظر : المادة (١٢٣) من قانون الطيران المدني المصري رقم (٢٨) لسنة ١٩٨١.
(٢) ينظر : المادة (١٧٠) من قانون الطيران المدني العراقي رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧٤ المعدل .
(٣) ينظر : المادة (٢١) من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.

الوطنية لدولة طرف عضو في صندوق النقد الدولي مقومة بوحدات حقوق السحب الخاصة... وتحسب قيمة العملة الوطنية بوحدات حقوق السحب الخاصة لدولة طرف ليست عضوًا في صندوق النقد الدولي وفقًا للطريقة التي تحددها هذه الدولة...)[١].

ويتبين أن هذه النصوص تضمنت بشكل دقيق قواعد موضوعية تحدد كيفية تقدير قيمة التعويض، ولهذا إهتمت بعض التشريعات الداخلية بتطبيق هذه النصوص بشكل غير مباشر عن طريق النص عليها، فجاء المشرع العراقي بنص يؤكد اعتماد القواعد الموضوعية التي جاءت بها المادة (٢١) من اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩، حيث نص على أنه (يعد الدينار مساويًا ٢/٩ اثنين وتسعة أعشار من حقوق السحب الخاصة المعتمدة من قبل صندوق النقد الدولي، وفي حالة تجاوز الفرق بين سعر صرف هذه الحقوق والدينار نسبة تبلغ خمسًا وعشرين من المئة فيعاد احتساب مبالغ التحديد بما يتناسب والفرق ...)[٢].

ثانيًا: التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية في قانون الاستثمار : إن من أبرز الخصائص التي تميز نشاط الاقتصاد العالمي هو ظهور قانون الاستثمار، الذي أضحى ذا أهمية قصوى من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية لدى الدول، كما أن قوانين الاستثمار تتميز بكونها القناة الرئيسة التي تسمح بتدفق رؤوس الأموال والخبرات الفنية والعلمية، وكذلك أنها تعد أداة لنقل التكنولوجيا والآلات الحديثة إلى الدول التي ترغب في الاستثمار[٣]، وقد عرف المشرع العراقي الاستثمار بأنه (توظيف المال في أي نشاط أو مشروع إقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد)[٤]، حيث لم يميز المشرع العراقي بين الاستثمار من قبل المستثمر الأجنبي أو المستثمر الوطني والذي يطبق عليه قانونه بشكل مباشر دون الحاجة الى قواعد الإسناد وعليه يخرج المستثمر الوطني من نطاق دراستنا؛ لكوننا نبحث في التطبيق غير المباشر، ونقتصر على المستثمر الاجنبي، وعلى هذا الأساس فإن المقصود من المستثمر الأجنبي هو (قيام المستثمر بنشاط معين بنفسه أو بأمواله في بلدٍ آخر، وغالبًا ما يكون شخصًا معنويًا ينشأ في شكل فرع لشخص معنوي أو في صورة الاشتراك في مؤسسة محلية أو أجنبية عامة أو خاصة موجودة في

---

(١) ينظر : المادة (٢٢) من إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩.
(٢) الفقرة (رابعًا) من الجدول الملحق بقانون النقل العراقي النافذ رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ .
(٣) د. دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية، ط١، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٤٠.
(٤) المادة (٦/١) من قانون الإستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٣١) في ٢٠٠٧/١/١٧ والمعدل بقانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ والقانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥.

بلدٍ ما، أو في صورة الإشتراك مع الدولة في مشروع مشترك بينهما)[١]، كما أن العقد الدولي يعد بمثابة الأدارة التي يتم من خلالها تنفيذ الاستثمار بين الدول والمشروعات الأجنبية؛ وذلك لأن طبيعة هذا العقد هو التعبير عن الإرادة المشتركة لأطراف هذا العقد من جهة، ويسمح لأطراف العقد بإشباع حاجاتهم وفقًا لما تقتضيه مصالح الأطراف من جهة ثانية، كما أن مسألة القانون الواجب التطبيق تعد من الأولويات التي يحرص أطراف العقد الدولي على الاتفاق عليها؛ لكونه يحكم منازعات الاستثمار، وكذلك لما لهذا القانون الدور في تحديد الحقوق والواجبات لأطراف العقد[٢]، وهنا يظهر لنا سؤال اذا كانت إرادة أطراف العقد الدولي هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق فأين دور القواعد الموضوعية التي جاءت بها قوانين الإستثمار على منهج التنازع؟ فهل تطبق بشكل مباشر أم غير مباشر أم لاتطبق أصلا ؟ وكذلك ما دور الأعراف الدولية والمبادئ العامة على منهج التنازع في حال تم اختيارها من قبل المستثمر أو الدول المضيفة للاستثمار؟ حيث إن أغلب الدول تسعى إلى اخضاع هذه العقود إلى قوانينها ما دامت تبحث عن تحقيق التنمية الاقتصادية، وإن هذا الأمر لا يناسب المستثمر الأجنبي في بعض الأحيان، لذلك يمكن القول إن الإجابة عن هذه التساؤلات يتطلب استعراض بعض الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لمعرفة كيفية تطبيق هذه القواعد الموضوعية .

وعليه فقد جاء في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل النص على بعض القواعد الموضوعية والتي تطبق على المستثمر الوطني[٣]، وكذلك المستثمر الأجنبي، ومن هذه القواعد الموضوعية ما جاء في نص المادة (١/١٠) منه على (يتمتع المستثمر العراقي أو الأجنبي بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للالتزامات المنصوص عليها في هذا القانون)[٤]، أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فقد جاء قانون الاستثمار العراقي ببعض قواعد الإسناد التي يتم من خلالها تطبيق هذا القانون، حيث نص على أنَّه (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع

---

(١) أحمد هليل عبد عون، معوقات الإستثمار الأجنبي في العراق(دراسة وفق قانون الإستثمار رقم ١٣ لسنة (٢٠٠٦)، رسالة ماجستير تقدم بها إلى كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١٣، ص ٨.

(٢) د. فوزي قدور نعيمي و د. مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للإستثمار في ظل المتغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد٣، العدد ١٠، السنة ٣،ص١

(٣) المستثمر العراقي حسب نصت المادة (٩/١) من قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل " الشخص الحاصل على إجازة الإستثمار والذي يحمل الجنسية العراقي إذا كان شخصًا معنويًا مسجلاً في العراق".

(٤) ينظر : المادة (١٠/٢،٣،٤،٥) والمادة (١١) من قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق)[١].

يلاحظ أنه بالرغم من أن هذا القانون قد تضمن بعض القواعد الموضوعية التي يكون تطبيقها على العلاقات الاستثمارية، لكنه تضمن قاعد إسناد تتمثل بوجود حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وبذلك فإن تطبيق القواعد الموضوعية التي جاء بها هذا القانون تكون ذات دور غير مباشر، فضلاً عن اختيار قانون آخر يكون واجب التطبيق من قبل أطراف العلاقة الاستثمارية، لكن قانون الاستثمار قد أجاز لأطراف عقد الاستثمار اللجوء إلى التحكيم الدولي أو الداخلي لحسم النزاع الحاصل بينهما، لكننا نفتقد إلى قانون التحكيم التجاري الدولي وما موجود من نصوص قانونية في قانون المرافعات لا يتلاءم مع المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي كونها وضعت لتحكم المنازعات ذات الطابع الداخلي[٢].

وقد جاء التأكيد في الاتفاقيات الدولية على تطبيق القواعد الموضوعية بشكل غير مباشر على العلاقة الاستثمارية حيث اعتمدت الاتفاقيات الدولية على الإرادة كضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية الخاصة بعقود الإستثمار، وكذلك ما جاء في اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار، فقد ذكرت الإرادة الصريحة لأطراف العلاقة العقدية في عقد الاستثمار في حال اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وكذلك ألزمت هيأة التحكيم والقضاء على الأخذ بهذه الإرادة الصريحة، أما في حالة عدم وجود الإرادة الصريحة فتكون هيأة التحكيم ملزمة بتطبيق قانون الدولة التي تكون طرفًا بالنزاع وكذلك قواعد التنازع التي ينظمها قانون الدولة وتطبيق مبادئ القانون الدولي الواجب التطبيق على النزاع [٣].

ويتبين من نص المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن أن قواعد الإسناد التي جاءت بها الاتفاقية والمتمثلة بقانون الإرادة بشقيها الصريح والضمني والتي يمكن أن يحصل عليها القاضي أو المحكم من شروط وبنود العقد الدولي والظروف المحيطة بالقضية، أن العقد يخضع لقانون الدولة

---

(١) ينظر : المادة (١/٢٧) من قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل .
(٢) ينظر : المواد (٢٥١-٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي تختص بالتحكيم الداخلي، وللمزيد من التفاصيل في هذه المواد د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية)، دار الكتب للطباعة والنشر، ٢٠٠٠، ص ٣٤٨-٣٦٣.
(٣) نصت المادة(١/٤٢) من إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الإستثمارية الأجنبية لعام ١٩٦٥ على " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقًا للقواعد القانونية المتفق عليها من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق على الموضوع " .

المتعاقدة مع المستثمر إذا تم إختيار هذا القانون بشكل صريح أو ضمني لتطبيق هذا القانون، سواء تم اختيار هذا القانون عند إبرام العقد أو عند نشوء النزاع ويجوز حتى أثناء اختيار الأطراف التحكيم الدولي لفض النزاع الحاصل بينهم فيجب أن يتم الاختيار لهذا القانون قبل أن تفصل المحكمة في النزاع المعروض أمامها[١].

وأن اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هي من ضمن الاتفاقيات التي أيدت هذا الاتجاه، حيث حددت القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها الدولة[٢]، إذ جاء في نص المادة (١/٣) منها على أنه (يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، وهذا الاختيار يتعين أن يكون صريحًا، ويجوز أن يستنتج بطريقة مؤكدة من شروط العقد ومن الظروف المحيطة به...)[٣]، وكذلك مما لا يقبل الشك أن هذا النص من الاتفاقية يؤكد على تطبيق قانون الإرادة، فإذا تم اختيار القانون الواجب التطبيق وهو القانون الوطني من قبل الأطراف العقدية فيجب احترام هذه الإرادة، ويتم هنا تطبيق المادة(٥/٤) من اتفاقية روما التي تستبعد تطبيق المادة(٢/٤) من الاتفاقية التي تخص تطبيق قانون الأداء المميز والتي نصت على (عندما تكشف الظروف المحيطة بالعقد عن إرتباطه بروابط أكثر وثوقًا مع دولة أخرى)[٤]، وأن الغاية من هذه النصوص كونها تؤدي الى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على أساس أن طبيعة هذه العقود أي عقود الاستثمار هي أكثر وثوقًا وارتباطًا بإستغلال الثروات للدولة المضيفة من أي رابط غيره[٥]، ومن هنا يظهر الدور غير المباشر للقواعد الموضوعية التي جاء بها قانون الاستثمار؛ لكونها تطبق بواسطة قواعد الإسناد الوطنية، إذ إن عقود الاستثمار التي تتولى الدولة إبرامها هي عقود في الغالب تستمر إلى مدة زمنية طويلة ولاسيما عقود البترول وعقود التنمية الاقتصادية، حيث إن تطبيق القوانين الوطنية على هذه العقود يشوبه مساوئ كثيرة منها قدرة الدولة على تغيير هذه القوانين بإرادتها المنفردة، وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين أطراف العلاقة في الاستثمار[٦]، كما أنه في بعض الأحيان يكون

---

(١) شيماء محمد شلتاغ، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الأشخاص الأجنبية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٧٤.

(٢) إن إتفاقية روما قد حددت العقود التي تخرج من نطاق تطبيقها، وبما أن عقود الدولة لا تنتمي لهذه الطائفة فإنَّها تخضع لأحكام هذه الاتفاقية ، ينظر: نص المادة (١) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠.

(٣) ينظر: نص المادة (١/٣) من إتفاقية روما لعام ١٩٨٠.

(٤) ينظر: نص المادة(٢/٤) من إتفاقية روما لعام ١٩٨٠.

(٥) د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، مصدر سابق، ص ١٠٢-١٠٣.

(٦) يعد تغير التشريعات الداخلية من قبل الدولة والتي تؤدي إلى الإضرار بالمستثمر الأجنبي سببًا إلى لجوء أطراف العلاقة العقدية الى إدراج شرط يسمى "شرط التجميد الزمني" أو " شرط الثبات التشريعي" ينظر في هذا المعنى : أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الإستثمار، اطروحة دكتوراه، تقدم بها إلى كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٦، ص ١١٦-١٢٤.

قصور القوانين الوطنية بشكل عام وقوانين الاستثمار بشكل خاص عن إيجاد حل لبعض مشاكل الإستثمار[١]، عليه فإن هذه المشكلة دفع بعض المستثمرين لاختيار بعض القواعد الموضوعية الدولية كالأعراف الخاص بعقود الإستثمار والمبادئ العامة الدولية، ومن هنا يمكن لنا أن نتساءل هل يتم تطبيق هذه القواعد الموضوعية بصورة مباشر على العلاقة الاستثمارية أم بصورة غير مباشرة أي عن طريق قواعد الإسناد الوطنية ؟ فإن ما يؤكده جانب من الفقهاء هو أن الطريق الوحيد للمستثمر الأجنبي ومن أجل التخلص من القيود التي تفرض من القوانين الوطنية تكون من خلال اختيار المستثمر الأجنبي لقواعد قانونية نشأت بعيدة عن سلطان الدولة، وهي قواعد تحكم العلاقات التجارة الدولية بما فيها العلاقات التي تنشأ بين الدول والأطراف الأجنبية، وهي نفسها في ظل التطور الاقتصادي العالمي، وعلى هذا الأساس لا بد من خضوع عقود الإستثمار إلى قواعد قانونية مستقلة عن كل نظام قانوني سواء أكانت قواعد قانونية تابعة للدولة المضيفة أم قواعد قانونية لدولة غير المضيفة أو محايدة؛ كون الأطراف في هذه العقود يكونون في مراكز غير متكافئة، مما يعني خضوع هذه العقود إلى إحدى الأنظمة الداخلية سوف يهدد ذاتيتها؛ وذلك لأن القواعد في هذه القوانين وضعت أساسًا لحكم علاقات عقدية يتساوى أطرافها في مراكز العمل الحاصل بينهم [٢]، وأن هذا التأكيد من قبل الفقهاء على إخضاع عقود الاستثمار إلى قواعد قانونية لا تنتمي إلى قانون وطني معين، نجد أساسه في قواعد عبر الدولية والتي تكون في الأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة، والتي يمكن أن توصف بالقواعد القانونية الأكثر ملاءمة للعلاقات عبر الدولية، حيث أكد الواقع العملي أن إتفاق الأطراف صراحة في أغلب عقود الإستثمار على تطبيق أفضل الممارسات المتبعة في هذا المجال، وخاصة نجد مثل هكذا اِتفاقات في مجال التنقيب عن البترول واستثماره[٣]، كما أن الدول المضيفة على رغم من أنها تسعى من وراء هذه العقود الى تحقيق المنافع الاقتصادية والاجتماعية فإن ذلك لا يمنعها من اختيار قواعد قانونية غير منتمية لقانونها الوطني، حيث إن الاتفاق الصريح على تطبيق هذه القواعد قد يرجع في أساسه لقاعدة إسناد وطنية وهي حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإن القول بغير هذا الأمر يعني تقيد لحرية الأطراف في مجال اختيار قواعد قانونية التي تحكم العقد

---

(١) ينظر في قصور قانون الإستثمار، د. أكرم فاضل سعيد قصير، دور الإستثمار في جذب الاستثمارات الأجنبية في العراق(قضية المعوقات التشريعية والإدارية التي تحول دون دخول رؤوس الأموال الأجنبية في الأسواق العراقية)، بحث منشور، مجلة التشريع والقضاء، السنة الثالثة، العدد الثالث، سنة ٢٠١١، ص ٥٤ .

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٩.

(٣) طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولي، مصدر سابق، ص ٣٠-٣١ .

المبرم بينهم[١]، أما في حالة عدم إختيار الأطراف لهذه القواعد القانونية فإن ذلك لا يحول دون تطبيقها إذا ما وجد المحكم الدولي أو القضاء نقصًا وقصورًا في تطبيق القوانين الوطنية، أو لتفسير بعض النصوص القانونية الغامضة في هذه القوانين، وعليه فإن المبادئ العامة يمكن أن توجد في القوانين الوطنية وكذلك يمكن تطبيقها على العلاقة الاستثمارية ولا يوجد مسوغ قانوني يمنع المحكم أوالقاضي من عدم تطبيقها[٢]. ولما تقدم فإن القواعد الموضوعية تطبق بصورة غير مباشرة على عقود الاستثمار عن طريق قواعد الاسناد وذلك يكون في حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهذا بدوره يحد من تنازع القوانين .

(١) د. فوزي قدور نعيمي و د. مظفر جابر الراوي ، النظام القانوني للعقد الدولي للإستثمار في ظل المتغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة،مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد٣، العدد١٠،السنة ٣ ،ص ١٦.
(٢) صالح مهدي كحيط، شرط الثبات التشريعي في عقد الإستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، تقدم بها إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١١، ص ١٣٢.

الخاتمة

بعد أن أنتهينا من كتابة هذه الرسالة توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات التي نوصي بها من خلال هذه الدراسة وهي كما مبينة أدناه :

أولًا : الاستنتاجات :

١- توصلنا إلى أن القواعد الموضوعية تعنى بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية التي تعرض على المحكم أو القاضي وتطبق بصورة مباشرة على النزاع من دون المرور بقاعدة الإسناد، كما أنها تصون توقعات الأطراف في العلاقة الخاصة الدولية .

٢- هنالك مصادر متعددة للقواعد الموضوعية، منها المصادر داخلية وتتمثل بالتشريعات التي تضعها الدول وتنطبق على العلاقات التجارية الدولية ومثال عليها قوانين الاستثمار ونقل التكنلوجيا وغيرها، وهنالك قواعد ذات مصدر قضائي داخلي ومثال عليها أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم، واستقلالية شرط التحكيم وغيرها، وهنالك مصادر مستمدة من الاتفاقيات الدولية ومثال عليها البيع الدولي، والنقل الجوي الدولي وغيرها، كما أن هنالك مصادر للقواعد الموضوعية ذات المصدر تلقائي ومثال عليها أعراف التجارة الدولية ، والشروط العامة والعقود النموذجية والمبادئ العامة للقانون وقواعد العادالة .

٣- يمكن للمحكم أو القاضي مخالفة أحكام الاتفاقيات الدولية في حالة اختيارالأطراف المتعاقدين قانون معين بخصوص مسألة معينة، ولكن شرط أن تكون نصوص هذه الإتفاقية نصوص مكملة يسمح للمتعاقدين مخالفتها، حيث تنزل أحكام القانون المختار منزلة االشروط العقدية والتي لها قوة مخالفة القواعد المكملة في الاتفاقيات الدولية، كما يجوزللمحكم الرجوع إلى القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد؛ لغرض إكمال النقص الموجود في القواعد الموضوعية، ويعرف هذا الرجوع بالإسناد الاحتياطي وأنه لا يمس الأصل العام في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية رغم تعارضها مع القانون الواجب التطبيق على النزاع .

٤- إن التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية لا يتعارض مع التزام القاضي الوطني بمنهج قاعدة الإسناد لتحديد القانون الذي تشير اليه قواعد الإسناد المزدوجة في نظامه القانوني؛ لكون التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية يستمد قوته من إرادة الأطراف في العقد المبرم بينهم من خلال إتفاق صريح يخضع العقد لقانون معين فيكون القاضي ملزم بتطبيق القانون المذكور وفق إرادة المتعاقدين .

٥- إن التعارض في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية مع القانون الداخلي في حالة الاختيار المادي للقواعد الموضوعية لا يشكل أهمية كون الأطراف إختاروا القواعد الموضوعية بوصفها شروطًا مادية في العقد ، وليس قانونًا قد يخضع للتعديلات .

٦- إن القواعد الموضوعية تقدم الحل الذاتي والمباشر للنزاع، وهذا يميزها عن قواعد الإسناد التي تقدم الحل غير المباشر، وأنها تشير الى مصادرها كالعادات والأعراف الدولية، والمبادئ العامة للقانون، كما أنها قواعد ذات مضمون دولي حتى وإن كانت ذات مصدر وطني؛ وذلك لأنها موجودة في النظم الوطنية والدولية على حد سواء .

٧- يظهر لنا الدور المباشر للقواعد الموضوعية في الحد من التنازع بين القوانين من خلال الحلول المباشرة للنزاع التي تلائم الراوبط الدولية، ويظهر التطبيق المباشر في عادات التجارة الدولية وأعرافها من خلال قدرتها على تنظيم مشكلات العقود التجارية الدولية لكن يبقى دورها تكميلي أو تخييري، حيث لا يمكن تطبيقها بقوة سريانها، بل لا بد لأطراف العلاقة العقدية أن يقروا بإرادتهم الصريحة أو الضمنية سريان أحكامها.

٨- إن وجود القواعد الموضوعية أسهم في تعزيز قدرة الأطراف على اختيار قانون أو قواعد ليست لها صلة بالعقد؛ لكون هذه القواعد لا تنتمي لدولة معينة ومن ثم لا ترتبط بالعقد من حيث الروابط المعروفة بالمحل وعنصر الجنسية أو السبب، وعليه فإن الأطراف يحق لهم أن يختاروا أية قواعد موضوعية تكون ملاءمة للتطبيق على عقدهم .

ثانيًا : التوصيات

١- يدعو الباحث المشرع العراقي الى مواكبة التطورات في مجال التجارة الدولية، ومتابعة الإتفاقيات الدولية التي تبرم حديثًا والانظمام اليها؛ لكونها تضع قواعد موضوعية تعالج المشكلات التي تحصل في العلاقات التجارية الدولية، فهي اتفاقيات تعد من قبل خبراء في القانون ومتخصصين في هذا المجال، حيث من الواجب الحاق التشريع الوطني بركب التشريع العالمي وخاصة في مجال التجارة الدولية .

٢- يدعو الباحث بأن تفضل القواعد الموضوعية على القوانين الداخلية بخصوص التطبيق المباشر لهذه القواعد وفي الحدود التي لا تمس الثوابت القانونية .

٣- يدعو الباحث المشرع العراقي إلى اقرار مسودة قانون التحكيم العراقي ولكن بعد اجراء بعض التعديلات عليها، ونقترح إضافة نص يسمح للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب

التطبيق على العقد كما هو الحال في القواعد الموضوعية التي جاءت بها الاتفاقية الأوربية، حيث يكون النص بالصيغة الآتية (إن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكمين تطبيقه على النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الأطراف إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد وفي كلا الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية الدولية).

٤- يقترح الباحث على المشرع العراقي تعديل المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وأن يكون التعديل بهذه الصورة (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا أختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على اختيار قانون أو قواعد موضوعية آخرى يراد تطبيقها).

٥- يقترح الباحث على المشرع العراقي عدم اشتراط الصلة بين العقد والقانون أو القواعد الموضوعية المختارة، كون قاعدة التنازع أعطت الحرية الكاملة للأطراف في العقد الدولي على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وبصورة مطلقة، وأن شرط الصلة بين العقد والقانون المختار هو تقييد لهذه الحرية ، كما أن هذا التقييد لا يستند إلى دليل والقاعدة العامة في هذا الشأن أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده .

٦- يدعو الباحث الجهات المختصة الى أدراج مادة التحكيم التجاري الدولي منهجًا من ضمن المناهج التي تدرس في جميع كليات القانون في العراق ، حيث أن هذا الأمر ممعمول به في العديد من الدول .

المصادر

أولًا : القران الكريم

ثانيًا : كتب اللغة والمعاجم

١- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، ج٥، دار صادر بيروت، ٢٠٠٣ .

٢- الفيروز ابادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٤.

ثالثًا: المصادر القانونية

أ- الكتب القانونية

١- د. إبراهيم أحمد إبراهيم

- التحكيم الدولي الخاص، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون مكان نشر، ١٩٩٧.

٢- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر

- القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، من دون سنة نشر.

- مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط٢، بدون مكان نشر .

٣- د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١.

٤- د. أحمد حسني سليم، تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع .

٥- د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة،١٩٨٩.

٦- د. أحمد عبد الكريم سلامة

- الأصول في تنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

- التمييز بين القاعدة الموضوعية والإجرائية فقه المرافعات المدنية الدولية، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

- علم قاعدة التنازع والأختيار بين الشرائع أصولًا ومنهجًا، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦.

- قانون العقد الدولي - مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق وأزمته، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية٢٠٠٠-٢٠٠١.

- نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

٧- د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

٨- د. أحمد مخلوف، أتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ .

٩- د. أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.

١٠- د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦.

١١- د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية،٢٠٠٩

١٢- د. بشار محمد الأسعد، عقود الأستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

١٣- د. ثروت حبيب

- دراسة في قانون التجارة الدولي، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٧٥.

- دراسة في قانون التجارة الدولية مع الأهتمام بالبيوع الدولية (أتفاقية فيينا ١٩٨٠)، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٥.

١٤- د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

١٥- د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء إستخدام الأنترنت، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ .

١٦- د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠١.

١٧- د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (القسم الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل،١٩٨٢.

١٨- د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦.

١٩- د. حفيظة السيد الحداد

- الموجز في القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤.

- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

٢٠- د. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مفهوم التحكيم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

٢١- د. دريد محمود السامرائي، الأستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط١، ٢٠٠٦.

٢٢- د. سامية راشد

- دور التحكيم في تدويل العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤.

٢٣- د. سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٢٤- د. سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الأطراف في العقود الدولية، مطبعة الإيمان، القاهرة، ٢٠١٨.

٢٥- د. سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجاري الدولية، لا يوجد مكان طبع ،٢٠٠٠.

٢٦- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣.

٢٧- د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٢.

٢٨- د. صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، ط١، الناشر موسوعة القوانين العراقية، ٢٠١٢.

٢٩- د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الأستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعة، ٢٠٠٥.

٣٠- د. صلاح الدين جمال الدين
- تنازع القوانين (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.
- التحكيم التجاري وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنلوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٣١- د. صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيًا ودوليًا، الطبعة الأولى، الأصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥.
٣٢- د. طالب حسن موسى
- الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
- قانون التجارة الدولي، ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
٣٣- د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو١٩٨٠، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠ .
٣٤- د.عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال إتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (UNIDROIT) والغرفة التجارية الدولية (ICC)، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
٣٥- د.عباس العبودي
- تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.
- شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية)، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٠.
٣٦- د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية بغداد، بدون سنة طبع .
٣٧- د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.
٣٨- د. عبد الكريم محسن أبو دلو، تنازع القوانين في الملكية الفكرية، دارسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤.
٣٩- د.عدلي أميرخالد،أحكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي،منشأة المعارف، الإسكندرية،٢٠٠٧.
٤٠- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، ج٢، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥.
٤١- د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية(دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.

٤٢- د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الأستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، القانون الدولي الخاص، بدون ناشر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

٤٣- د. عكاشة محمد عبد العال و د. مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج١، ط١، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨.

٤٤- د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي (العمليات المصرفية الدولية)، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية،١٩٩٤.

٤٥- د. علاء التميمي عبده، مدى مسؤولية الناقل الجوي عن أضرار الإرهاب (طبق لأحداث الإتفاقيات الدولية الخاصة بنقل الأشخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

٤٦- د. علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١.

٤٧- د. عنايت عبد الحميد ثابت، مبتدأ القول في أحكام فض تداخل مجالات إنطباق القوانين في القانون اليمني، ط ٣، دون مكان نشر، ١٩٩٣.

٤٨- د. عوني محمد الفخري، إرادة الأختيار في العقود الدولية التجارية الدولية، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢.

٤٩- د. فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.

٥٠- د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الأشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

٥١- د. فلحوط وفاء مزيد، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.

٥٢- د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والأختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

٥٣- د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وآثارة الأحكام الأجنبي، بدون ناشر، ١٩٩٧.

٥٤- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٢.

٥٥- د. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.

٥٦- د. محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٥٧- د. محمد إبراهيم موسى
- التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦.
٥٨- د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، ط١، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣ .
٥٩- د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في التنازع الدولي للقوانين، المكتبة العالمية بالمنصورة،١٩٩١.
٦٠- د. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون والإلتزامات، دار المطبوعات الجامعة ، ٢٠١٠ .
٦١- د. محمد حمدي محمد، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٦٢- د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية، بدون مكان نشر،٢٠٠٠.
٦٣- د. محمد عبد الله محمد المؤيد
- القانون الدولي الخاص، ط١، دون مكان النشر، ١٩٩٨-١٩٩٩.
- منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٦٤- د. محمد فريد العريني، القانون الجوي (النقل الجوي الدولي والداخلي)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢.
٦٥- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢.
٦٦- د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الالكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.
٦٧- د. محمود احمد الكندري، النظام القانوني للنقل الجوي وفق إتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ (تحديث نظام وارسو)، ط، مطبعة جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
٦٨- د. محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣.

٦٩- د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنلوجيا، مطبعة عبير، حلوان، ١٩٨٨.

٧٠- د. محمود محمد ياقوت

- حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف،٢٠٠٠.

- نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٢.

٧١- د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أضواء على القواعد والعادات الموحدة للإعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.

٧٢- د. مصطفى محمد أحمد، قانون النقل الدولي- القانون البحري والجوي والنقل بالسكك الحديدية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٧.

٧٣- د. مصلح أحمد الطراونة، قانون التجارة الدولي، رند للنشر والتوزيع، عمان، بدون سنة نشر.

٧٤- د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية، ٢٠١٠.

٧٥- د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٧٦- د. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية ، ط١، بدون ناشر،٢٠٠٠.

٧٧- د. نزية عبد المقصود مبروك، التكامل الإقتصادي العربي وتحديات العولمة مع رؤية اسلامية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦.

٧٨- د. هاني دويدار، قانون الطيران الجوي، النقل التجاري الجوي، دار الجامعة الجديد،٢٠٠٠.

٧٩- د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧ .

٨٠- د. هشام علي صادق

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.

- التعليق على أحكام محكمة النقض في مسائل القانون البحري، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥.

- تنازع القوانين "دراسة مقارنة على المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.

- دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٩.

- دروس في القانون الدولي الخاص، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٩.

- القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعة، ٢٠١٥.

٨١- د. هشام فضلي، مسؤولية الناقل الجوي على الصعيدين الدولي والداخلي (دراسة في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ وقانون التجارة الجديد)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٨٢- د. وائل حمدي احمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

٨٣- د. يوسف عبد الهادي خليل ألاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، بدون مكان طبع ١٩٨٩.

٨٤- د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠١٦.

ب- الرسائل والأطاريح الجامعية

١- أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الإستثمار، إطروحة دكتوراه، تقدم بها إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٦ .

٢- أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

٣- احمد هاني محمد السيد ابو العنين، الفحص والأخطار كواجب على المشتري في إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنوفية، ٢٠٠٥.

٤- أحمد هليل عبد عون، معوقات الاستثمار الأجنبي في العراق (دراسة وفق قانون الإستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦)، رسالة ماجستير تقدم بها إلى كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٣.

٥- بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة مولود معمري- تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية،الجزائر، ٢٠١٧ .

٦- بهاء هلال الدسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة المنوفية، القاهرة، ١٩٩٣.

٧- جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير تقدم بها إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،الجزائر، ٢٠١٠.

٨- خليل إبراهيم محمد خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تقدم بها إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥)، (تكامل مناهج تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة الموصل كلية الحقوق،٢٠١٢.

١٠- رضا محمد إبراهيم، إلتزام بالتسليم في القانون البيع الموحد للبيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه، تقدم بها إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٩ .

١١- سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠١١ .

١٢- شفيق أنور فضل علي، مسؤولية الناقل الجوي وفقًا لاتفاقيتي وارسو ١٩٢٩ م ومونتريال ١٩٩٩، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة اسيوط، ٢٠١٢.

١٣- شيماء محمد شلتاغ، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الأشخاص الأجنبية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

١٤- صادق زغير محيسن، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا، اطروحة دكتوراه، تقدم بها إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠١.

١٥- صالح مهدي كحيط، شرط الثبات التشريعي في عقد الإستثمار الاجنبي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، تقدم بها إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١١.

١٦- عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية القانون جامعة الكوفة،٢٠٢٠.

١٧- محمد أحمد حسن محمود الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، اطروحة دكتوراه تقدم بها الى جامعة عين الشمس كلية الحقوق، بدون سنة النشر .

١٨- محمد حسناوي شويع حسون، تفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٨.

١٩- محمد محسوب عبد المجيد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي، اطروحة دكتوراه، تقدم بها الى كلية القانون جامعة القاهرة، ١٩٩٥.

٢٠- نغم حنا رؤوف ننيس، اِلتزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقًا لاتفاقية فيينا، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٥ .

ج- البحوث والدراسات القانونية

١- د. أحمد ضاعن السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول والثاني، السنة السابعة عشرة، مارس – يونيو ١٩٩٣.

٢- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاقٍ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠.

٣- د. أكرم فاضل سعيد قصير، دور الإستثمار في جذب الإستثمارات الأجنبية في العراق (قضية المعوقات التشريعية والإدارية التي تحول دون دخول رؤوس الأموال الأجنبية في الأسواق العراقية)، بحث منشورفي مجلة التشريع والقضاء، السنة الثالثة، العدد الثالث، ٢٠١١ .

٤- د. جورج حزبون، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ١٩٨٧ .

٥- د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، يناير، ٢٠١٠ .

٦- د. حسنين جبار شكير، الأسس القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه، بحث منشور في لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الإجتماعية، العدد الثاني والعشرين، ٢٠١٦ .

٧- د. صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، مجلة جامعة ذي قار العلمية، مجلد (١٠)، العدد (٣)، ايلول ٢٠١٥.

٨- د. عبد الباري أحمد عبد الباري، إتفاقيات الإمتياز البترولي بين القانون الدولي والقوانين الداخلية، مجلة الإقتصاد والإدارة، جامعة الملك عبد العزيز،السعودية، ١٩٧٨.

٩- د. عبد المنعم البدراوي، توحيد القانون الخاص، بحث منشورفي مجلة القانون والإقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة ٣٠، ١٩٦٠.

١٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، أثر تغيير قيمة النقد في الإلتزامات العقدية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ٣٢ ، سنة ٢٠٠٢.

١١- د. عوني محمد الفخري، التنظير القانوني الداعم للعولمة الإقتصادية الرأسمالية ، بحث مقدم الى ندوة بغداد ، بيت الحكمة، المجلد الخامس، ٢٠٠٢ .

١٢- د. فوزي قدور نعيمي و د. مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للإستثمار في ظل المتغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٣، العدد ١٠، السنة الثالثة .

١٣- د. محسن شفيق، إتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد٣، السنة ٤٣، سنة ١٩٧٤.

١٤- د. هوازن عبد المحسن عبد الله، المسؤولية المدنية للناقل الجوي عن سلامة الراكب، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الأول (المؤتمر الوطني الرابع) لكلية الحقوق، جامعة تكريت، ٢٠١٦ .

١٥- د. يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية "بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، في المدة من ٢٦،٢٨ أبريل ٢٠٠٣.

د- القوانين

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٤- قانون الطيران المدني العراقي رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧٤ المعدل .
٥- قانون الطيران المدني المصري رقم (٢٨) لعام ١٩٨١.
٦- قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
٧- قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.
٨- قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.
٩- قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦المعدل.

هـ - الاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية بروكسل لعام ١٩٢٤ بشأن سندات الشحن .
٢- اتفاقية ورسو لعام ١٩٢٩ بشأن النقل الجوي .
٣- اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٠ بشأن الكمبيالات والسندات الإذنية .
٤- اتفاقية شيكاغو لعام ١٩٤٤ بشأن النقل الجوي .
٥- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات
٦- اتفاقية جوادا لاخارا بالمكسيك لعام ١٩٦١ بشأن النقل الجوي .
٧- الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١.
٨- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار (واشنطن لعام ١٩٦٥).
٩- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٨ بشأن النقل الدولي للبضائع.
١٠- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية.
١١- اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
١٢- اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع .
١٣- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع.
١٤- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧.
١٥- اتفاقية مكسيكو لعام ١٩٩٤ بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.
١٦- اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩ بشأن النقل الجوي .
١٧- اتفاقية تسوية المنازعات الإستثمارية في الدول العربية لعام ٢٠٠٠.

summary

What is meant by substantive rules are those rules that establish an objective solution to special international relations that ends the conflict directly or indirectly under the rules of attribution, and that objective rules have a set of characteristics that are unique and independent of the rest of the rules in private international law, despite the difference in jurisprudence in the extent of launching The legal character of the substantive rules as a new approach in international trade relations, but the most likely trend is that the objective rules are characterized by generality and abstraction, and they are accompanied by a penalty imposed by the competent authority when needed. They are also characterized as sectarian and specific rules because they specialize in solving the problems of international trade contracts. They are characterized as rules of automatic origin, and the direct role of objective rules in international private relations appears, through direct objective solutions that they put to the conflict, as they are compatible with international ties. The force of its application is derived from the will of the parties to the contract itself, which means that there is an express agreement to subject the contract They are for a specific law that binds the judge and the arbitrator to the will of the two parties, so the judge or arbitrator applies these rules directly, and the indirect role of the objective rules appears through that these rules remain complementary or optional rules that cannot be applied by the force of their application, but rather the parties to the contractual relationship must decide by their explicit or even implicit will They indicate their desire for its provisions to apply according to their desire, and the indirect characteristic of their application to the conflict is through the rules of national attribution, the application of these rules to international trade contracts indirectly would achieve confidence and stability in these transactions.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Kerbala

College of Law

Private Law Department

Objective rules and their role in limiting conflict of laws

(Acomparative study)

A thesis submitted to the Council of the College of Law / University of Kerbala

As a Partial Fulfillment of the Requirements of the M.A Degree in Private Law

Written by

Muhammad Mahdi Kazem

Supervised by

A.D. Ghassan Obaid Muhammad Al-Mamouri

2023 A.D **1444 A.H**