قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي

الدكتور جورج حزبون حزبون*

ملخص:

تتضمن هذه الدراسة عرضا للتوجه التقليدي لقواعد الإسناد كأداة لفض التنازع بين القوانين، والتوجه المعاصر نحو معالجة كثير من موضوعات تنازع القوانين وقواعدها في صورة قواعد موضوعية مباشرة. ومنذ بدء بلورة قواعد التنازع كان المتفق عليه أن هذه القواعد تتسم بصفات معينة تختلف عن قواعد القانون الداخلي، فهي قواعد ثنائية الجانب، بمعنى أنها تستبعد تطبيق قانون مثل القانون الوطني، وتشير إلى قانون آخر، كما أنها قواعد إجرائية وليست قواعد موضوعية إضافة إلى صفتها باعتبارها قواعد تشير بصورة غير مباشرة إلى الحل الموضوعي عن طريق الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، مما يجعل القاضي أو المحكم يضطر إلى البحث عن مضمون ذلك القانون بغية تطبيق أحكامه الموضوعية.

ومع ذلك فمنذ مطلع القرن الماضي ازداد التدخل في موضوعات القانون الدولي الخاص بقواعد موضوعية، وأخذ الأمر كامل أبعاده مع نهاية القرن المنصرم، حيث أدى الانفتاح التجاري واتفاقيات التجارة الحرة والاتفاقيات الدولية الأخرى بما احتوته من قواعد موضوعية تتعلق بموضوعات بالقانون الدولي إلى التساؤل عن مصير قواعد الإسناد ومستقبل القانون الدولي الخاص، وإننا في دراستنا هذه حاولنا بذل مجهود للدعوة إلى تغيير مفهوم قواعد التنازع من قواعد إسناد غير مباشرة فقط إلى قواعد إسناد تقوم بدور مزدوج.

مضى ما يزيد على نصف قرن منذ أن بدأ الفقه الدولي ينادي بتطبيق قواعد العرف التجاري الدولي أو ما دعاه بعض الفقهاء بالقانون التجاري الدولي Lex

* أستاذ القانون الخاص المشارك، رئيس قسم القانون الخاص- كلية الحقوق – الجامعة الأردنية.

Mercatoria وبعضهم الآخر دعاه بقانون عبر الدول Transnational Law على العقود الدولية المتعلقة بالتجارة. وقد تلقت هذه الدعوات أوساط رجال الأعمال في ميدان التجارة الدولية، كما اقتنعت بها المؤسسات المتخصصة في النشاط الاقتصادي الدولي، وتم تبني تطبيق هذه القواعد من قبل كثير من مؤسسات التحكيم سواء في أنظمتها أو من قبل المحكمين المعتمدين لديها. وبالرجوع إلى الفقه التقليدي في ميدان القانون الواجب التطبيق في العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا، نجد على سبيل المثال أن المادة ٢٠ فقرة ١ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ تشير إلى أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك". هذه القاعدة العامة الشائعة في معظم التشريعات العربية[١] والتي تعود بأصولها إلى القانون الفرنسي قد استقرت في الذهن القانوني باعتبار أنها قاعدة من قواعد الإسناد التي بدورها تتسم بطابع خاص. فالقواعد الإسنادية règle de rattachement أو كما يسميها الفقه الإنجليزي rules for the choice of law قواعد اختيار القانون[٢] هي التي تبين القانون الذي يطبق على الموضوع من بين قانونين أو أكثر يتنازعان حكمه، ففي المثال المضروب سابقا والمتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزام التعاقدي أشار المشرع الأردني في المادة ٢٠ فقرة ١ من أحكام القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ إلى فض مشكلة التنازع باختيار القانون الذي يشير إليه الأطراف لينطبق على العقد مع إعطاء قواعد/ ضوابط إسناد أخرى في نص المادة تتضمن إمكانية تطبيق قانون الموطن المشترك وقانون بلد الإبرام. ومع ذلك كان لتقدم قواعد التجارة الدولية وازدهارها وتطبيق قواعدها العرفية من قبل المؤسسات المهنية الدولية والإقليمية والمحلية إضافة إلى ممارسات المحكمين في المنازعات التي تحال إلى التحكيم، سواء أكان تحكيما خاصا دوليا أم إقليميا أم وطنيا، وسواء أكان التحكيم تحكيم

(١) انظر في ذلك المادة ٢٠، فقرة ١ من أحكام القانون المدني السوري لعام ٤٩.

(٢) Cheshire and North's, private International Law, Butterworths 10 th ed. page 8.

الحالات الخاصة ad hoc[١] أم كان تحكيما مؤسسيا[٢]، التي تبنت هذه القواعد العرفية أثر بالغ في تعديل صورة تطبيق قواعد الإسناد.

والواقع أن اللجوء إلى هذا القانون العرفي ليس وليد هذا العصر، وإنما هو إحياء جديد لقانون الشعوب jus gentium الذي كان سائدا في روما قديما.

وقد وصف الفقيه فرانسيسكاكيس[٣] هذا النظام القانوني بأنه قانون دولي بالمعنى الدقيق يشتمل على مؤسسات مصدرها الشعوب Conçues par les peuples وجدت لتدير علاقاتهم التجارية الدولية. وبهذا الصدد فإن تطوير قانون الشعوب قد أدى إلى اعتراف روما بالأعراف الدولية لقانون التجارة[٤]، كذلك تبع هذا الاعتراف التاريخي تطور في ميادين التجارة الدولية وأعرافها إلى الحد الذي دفع الفقيه الفرنسي فيليب كان[٥] إلى القول إن المجتمعات الإنتاجية قد دخلت في علاقات قانونية مؤسسية تتمثل في صورة المجتمع الدولي للتجار (أبرز سمات نشاطاته البيع التجاري الدولي، تبع ذلك توجه آخر يمثله الأستاذ فيليب فوشار الذي يرى في التحكيم التجاري الدولي، ضمن أنطقه أخرى، قانونا عاما للأمم[٦]. والواقع أن مجموع القواعد العرفية في ميدان التجارة الدولية إضافة إلى ما ينتج من قواعد الاتفاقيات الدولية أصبحت تعرف باسم قوانين التجارة الدولية.

ومهما يكن من الانتقادات والمعارضة لهذا التوجه العالمي فإن مما لا شك فيه أن ظهور هذا القطاع المهني بصورته المنظمة قد فرض نفسه على الواقع

---

(١) التحكيم الذي يبرز بمناسبة وقوع نزاع معين، فتتألف هيئة التحكيم تبعا للاتفاق على آلية تشكيلها.

(٢) التحكيم الذي يتم من قبل مؤسسة متخصصة في تنظيم التحكيم .

(٣) Ph. Francescakis, Droit Naturel et Droit International privé, Mélanges offerts. Jacques Maury, Paris 1960 Tome I p. 129.

(٤) تم استعمال تعبير قانون التجارة تمشيا مع التعبير المطلق في القانون الأردني لوصف القانون التجاري وأيضا Berthold Goldman, La lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage Internationaux réalité Perspectives, clunet 1979 p 476.

(٥) Ph. Kahn, La Vente Commerciale Internationale, Paris 1961, note1.

(٦) Ph. Fouchard, l'arbitrage commercial International, Paris 1965, p. 401 & seq.

القانوني، بحيث أمكن التساؤل حول مدى جدوى تمسك القانونيين التقليديين بحرفية التحليل المبني على طبيعة قواعد الإسناد، (أداة حل تنازع القوانين)، مما يدعونا إلى محاولة تطوير مفهوم هذه القواعد التي يرى التقليديون ضرورة النظر إليها باعتبارها تؤدي إلى فض تنازع القوانين بين الدول، حيث تشير إلى أنسب القوانين لحكم العلاقة القانونية من وجهة نظر المشرع الوطني. ومفهوم كلمة القانون في تنازع القوانين بمقتضى فقه القانون الدولي الخاص ينصب على التشريع الداخلي الموضوعي، الأمر الذي يستبعد أي إمكانية لتطبيق أي نظام قانوني ذي مصدر غير وطني. ومن هنا تبرز أهمية التوسع في تحديد مفهوم كلمة قانون في ميدان تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، لما سبق وفي محاولة لدراسة إمكانية تطوير مفهوم التنازع في هذا الميدان ارتأينا أن نقسم هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: توجه الفقه التقليدي في مفهوم تنازع القوانين.

الفصل الثاني: التوجه المعاصر في مفهوم تنازع القوانين (نحو قبول نظرية مزدوجة).

الفصـــل الأول

توجه الفقه التقليدي في مفهوم تنازع القوانين

(١) يتفق الفقه التقليدي على أن قواعد الإسناد تتسم من حيث مضمونها بكونها قواعد غير مباشرة، فهي ترشد القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي[١] دون أن تتعرض إلى الفصل الموضوعي للنزاع. إذ يتعين المرور بمرحلة قاعدة الإسناد، ومن ثم القانون الوطني الموضوعي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، لنتمكن من حل النزاع الموضوعي. هذا التوجه التقليدي لم ينف بروز قواعد خاصة على مدار التاريخ لتنظيم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي[٢]، حيث عرف قانون الشعوب (Jus gentium) عند الرومان ذلك القانون الذي كان يحكم علاقات الأجانب فيما بينهم، كما كان يحكم علاقات الأجانب بالرومان، كذلك كان الوضع بالنسبة لمصر، حيث لم يكن لقاعدة الإسناد دور في تنظيم الحالات القانونية الأجنبية بسبب وجود التقنينات المختلطة والمحاكم المختلطة المختصة بالعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي التي صدرت في حينه، لتطبق على قدر معين من الحالات القانونية الأجنبية. ومع ذلك فهذه القوانين استثناء من القاعدة العامة، وضعت لمرحلة معينة وانتهت بنهايتها.

(٢) وبناءً عليه، فحين ينبري المشرع الوطني لترجيح قانون على قانون آخر باعتباره أكثر ملاءمة لحكم العلاقة القانونية، فإنه يكون أمام عملية موازنة ومفاضلة بين أنظمة قانونية داخلية لدول مختلفة، يرى بعض الفقهاء أنها تتنازع على حكم العلاقة، فيدعونها بتنازع القوانين. ويفضل آخرون إطلاق تعبيرات أخرى لوصفها كتزاحم القوانين أو تسابق القوانين[٣]. فيرى المشرع أن إحداها أجدر بالتطبيق لكونها أكثر ارتباطا بالعلاقات القانونية محل النزاع.

---

(١) Loussouarn et Bourel, Droit International Privé,4, éd, Dalloz p.5.

(٢) محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ١٩٨٢، ص ١٢.

(٣) حسن الهداوي، تنازع القوانين، ١٩٩٧، دار الثقافة للنشر، ص ١٤.

(٣) والواقع أن التنازع بين القوانين يسبق عملية طرح الإشكالية القانونية أمام القضاء، فالتنازع قائم منذ اللحظة التي تنشأ فيها العلاقات القانونية، لأن أركان تكوين العلاقة القانونية وشروطه تتطلب معرفة القانون الذي تتكون العلاقة في ظله من الناحية الشكلية والموضوعية والإجرائية.

(٤) ومن ناحية أخرى فإن التنازع ونطاقه يتحددان وفق عناصر العلاقة، فكل عنصر من عناصر العلاقة قد يتضمن عنصرا أجنبيا، يفيد بدوره وجود تنازع بين القانون الذي يحكم العنصر الأجنبي وغيره من القوانين الأخرى التي قد يكون من بينها القانون الوطني.

(٥) من هنا فقد استقر الفقه التقليدي[١] على أن دور القانون الدولي الخاص ينحصر في قيامه بتحديد النظام القانوني المناسب، وهذا ما أشار إليه كل من شيشاير ونورت بصريح العبارة:

It must be observed that the function of Private International Law is complete when it has chosen the appropriate system of Law. It's rules do not furnish a direct solution of the dispute,...".

فقواعد الإسناد تشير إلى نظام قانوني مناسب ينطبق على النزاع. هذا التوجه الذي أقره جانب الفقه الأنجلو ساكسوني أقره أيضا الفقه اللاتيني، فنجد أن الفقيهين الفرنسيين لوسوارن وبرودان يشيران إلى أن[٢]:

Les règles de conflit de lois sont des règles de Conflit que l'on oppose aux règles substantielles, en ce sens qu'elles se bornent. déterminer la loi applicable sans trancher le litige au fond. C'est seulement une fois que l'on a résolu le conflit des lois en appliquant par exemple la loi Itatienne, que l'on donnera la solution du litige en fonction du droit interne Italien.

---

(١) Cheshire and Norths, Private International Law, 10th ed Butterworths p.8.

(٢) Loussouarn et Bredin, op. Cit. P5.

"فقواعد تنازع القوانين هي قواعد للتنازع لتميزها عن القواعد الموضوعية، بمعنى إنها تعنى في تقرير القانون الواجب التطبيق دون حسم موضوع النزاع. فقط حينما يقضي موضوع تنازع القوانين بتطبيق القانون الإيطالي على سبيل المثال عندها يعطي حل للنزاع عن طريق القانون الإيطالي الداخلي".

مع ملاحظة أن الفقه في هذه الحالة يتحدث عن قانون وطني داخلي كالقانون الإيطالي، على خلاف الحال بالنسبة للفقه الأنجلو أمريكي الذي كما رأينا يشير إلى أن قاعدة الإسناد (قواعد القانون الدولي الخاص) تشير إلى نظام قانوني وليس مجرد قانون داخلي، الأمر الذي يدعونا إلى تطوير مفهوم قواعد الإسناد في ظل التطورات القانونية المعاصرة في ميدان التجارة الدولية في الفصل الثاني من بحثنا هذا.

(٦) مما سبق يتبين لنا أنه في كلتا الحالتين، أي المفهوم الفرنسي اللاتيني أو المفهوم الانجلو أمريكي المتمثل في النظام البريطاني، سواء أخذنا بالمفهوم الفرنسي اللاتيني لفكرة تنازع القوانين وكونه تنازعاً بين القوانين الوطنية، تجد لها الحلول من قبل المشرع الوطني، أو القضاء في صورة سوابق، عن طريق قواعد الإسناد الوطنية. والواقع أن هذه القواعد إما أن تكون مقننة في نطاق قانون وطني معين كجزء من القانون المدني، كما هو الحال في كل من الأردن وسوريا ومصر والعراق ودولة الإمارات العربية المتحدة، وإما أن تكون مستقلة في قانون خاص كما هو الحال في دولة الكويت[١]، وقد تكون

(١) فعلى سبيل المثال القانون الأردني، القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، الباب التمهيدي في المادة ١١ وحتى المادة رقم ٢٩، القانون المصري، القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ من المادة ١٠ وحتى المادة ٢٨، ومثله القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ من المادة ١١ وحتى المادة ٣٠، والقانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ ما بين المادة ١٠ والمادة ٢٨ من أحكام القانون. أما القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ فقد نص في المادة ٧ منه على أن يعين بقانون خاص القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتضمن عنصرا أجنبيا.

في جزء منها مقننة، وفي جزء آخر غير مقننة كما هو الحال في فرنسا، وأخيرا قد تكون في معظمها غير مقننة كما هو الحال في النظام البريطاني.

أو أخذنا بالمفهوم البريطاني الذي يتحدث عن تنازع بين الأنظمة القانونية "has chosen the appropriate system of Law"[١] تمر العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا بمرحلتين: أولاهما تعيين القانون الواجب التطبيق، أي إسناد العلاقة القانونية لقانون أو نظام قانوني ملائم للعلاقة، وثانيتهما تطبيق القانون على العلاقة ذات العنصر الأجنبي[٢].

(٧) هذا التوجه يظل في نطاق مستوى القانون الداخلي، فالتنازع هو تنازع قواعد قانونية داخلية من تقنين أو عرف داخلي، وقد يكون مصدر القاعدة عرفاً شائعاً أو مبادئ عامة طبقتها المحاكم فأصبحت مثل سوابق قضائية ملزمة تشكل قواعد قانونية خاصة.

(٨) وفي ميدان العقود أثيرت فكرة القانون المناسب للعقد "Loi appropriée au contrat" إذ أشار جانب من الفقه وفي عدة مناسبات[٣] إلى أنه في حالة سكوت الأطراف في عقد دولي عن تعيين القانون الذي سيخضع له العقد، لا بد للقاضي أن يختار، ضمن القوانين ذات الصلة بالعقد، القانون الذي يكون أكثر ملاءمة مع مضمون العقد La Loi dont les dispositions s'adaptent le mieux à l'économie du contrat"، وقد أخذ بهذا التوجه الفقهي ضمن الأحكام القضائية الفرنسية[٤]، كما أن الفكرة قد تم تبنيها في قانون الإجراءات المدنية لعام ١٩٨١[٥]، والذي أوضح في المادة ١٤٩٦منه

(١) Cheshire & Norths, op. Cit p.8.

(٢) حسن الهداوي ، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٥.

(٣) Batiffol Henri, La Loi appropriée au contrat, le droit des Relations Economiques Internationales, Etudes Offertes. Berthold Goldman P 1 et seq.

(٤) 1ère chambre civile de la cour de cassation du 22 Octobre 1974, clunet 1975, p.317, note Fouchard , rev.crit. dr. Int. pr. 1976 p. 91.

(٥) Décret du 12 mai 1981.

عند الحديث عن التحكيم الدولي، بضرورة أن يحسم المحكم النزاع وفقا لقواعد القانون التي تم اختيارها من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وضوح إرادة الأطراف حول القانون الواجب التطبيق، فيحكم وفق القانون الذي يراه مناسبا.

(٩) ويعد هذا التوجه سائدا حاليا في كثير من أنظمة مؤسسات التحكيم العالمية، فعلى سبيل المثال نجد أن المادة ٣٣ من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة صناعة وتجارة دبي تنص على أنه "إذا لم يتفق الأطراف صراحة أو ضمنا على القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم قوانين الدولة وأعرافها السائدة إذا كان موضع النزاع داخليا وبين أطراف مقار أعمالهم الرئيسية في الدولة، وفي غير هذه الحالة تطبق الهيئة القانون/ القوانين الأوثق ارتباطا بموضوع النزاع".

(١٠) كذلك فبمقتضى المادة ١٧ بفقرتها الأولى من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية التي وضعت موضع التنفيذ اعتبارا من ١ يناير /كانون الثاني ١٩٩٨ فإن المحكم يطبق قواعد القانون التي يرى أنها الأنسب لحكم النزاع. وبمقتضى الفقرة الثانية فإن على هيئة التحكيم أن تأخذ بعين الاعتبار نصوص العقد والأعراف التجارية ذات الصلة.

Article 17 Applicable Rules of Law.

1 - The parties shall be free to agree upon the rules of Law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, The Arbitral Tribunal shall apply the rules of law, which it determines to be appropriate.

2 - In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.(١)

وقد ذهب مشروع اليونسترال Uncitral إلى توجه مختلف فبمقتضى المادة ٢٨ بفقرتيها الأولى والثانية فإنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد

(١) http://www.Iccwbo.org/html/rules english. 2/8/1998.

القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنا، فعلى المحكم أن يطبق القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع (قواعد الإسناد) التي يرى المحكم أنها مستوجبة التطبيق.

Applicable Law Article 28[1]

1 - The arbitrators shall apply the Law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute such designation must be contained in an express clause or unambiguously result from the Terms of the contract.

2 - Failing such designation by the parties, the arbitrators shall apply the law determined by the conflict of laws that the arbitrators deem applicable.

(١١) ومن الناحية التشريعية نجد أن القوانين الوطنية أيضا بدأت تعدل من المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد والقانون الواجب التطبيق خصوصا في ميادين التحكيم والقانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع في قضايا التجارة الدولية. حيث أصبحت تنظر إلى العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا نظرة خاصة إذا كانت هذه العلاقة تمس مصالح التجارة الدولية، بحيث تخرجها في بعض الأحيان من نطاق قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية الداخلية لتخضعها لقواعد عرفية تجارية وطنية أو دولية. فنجد أن المشرع الفرنسي قد أوضح ذلك بمقتضى المادة ١٤٩٢ وما يليها من قانون الإجراءات المدنية بالنص على..

Article 1492: Est International l'arbitrage qui met en cause des intérets du commerce international.

كما أوضح بمقتضى المادة ١٤٩٦ أن المحكم يحكم وفق قواعد القانون الذي اختاره الأطراف. وفي حال عدم وضوح إرادة الأطراف، فوفقا للقانون الذي يراه مناسبا. وفي جميع الأحوال يتعين على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية.

Article 1496: l'Arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, Á défaut d'un tel choix, conformément Á celles qu' il estime appropriées.

(١) United Nations commission on International Trade Law.

Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.

(١٢) أما في تشريعات أخرى فإن الموقف من القانون الواجب التطبيق خارج نطاق القوانين الوطنية أقل وضوحا، حيث ترك المجال للتوسع في مفهوم القانون في بعض الحالات تحت عنوان قانون الإرادة La Loi d'autonomie وأحيانا أخرى قانون القاضي Lex fori. فعلى سبيل المثال فإن القانون السويدي لعام ١٩٢٩ سمح للأطراف باختيار القانون الذي يحكم التحكيم (كعقد) بصورة مطلقة، وهذا بدوره يفتح الباب للتساؤل حول النطاق والقيود التي يمكن أن تحيط باختيار الأطراف وكون هذا الاختيار مطلقا أو مقيدا. ولعلنا نستطيع القول إن الحرية المطلقة للأطراف في العقد في اختيار القانون بالمعنى الواسع يمكن أن تنسحب ليؤخذ بمفهوم النظام القانوني للدولة التي يتم اختيار قانونها وليس قانونا بعينه، سواء أكان أطراف العقد من أشخاص القانون الخاص أم كان أحدهم من أشخاص القانون العام كالدول أو إحدى مؤسساتها العامة وسواء اختار الأطراف القانون الوطني أو أي قانون آخر.[١]

(١٣) وسواء تم الاختيار صراحة أو ضمنا، نجد أن نطاق إرادة الأطراف بالاختيار هي أوسع في ميدان العقود الدولية التي تخضع للتحكيم منها في العقود الدولية التي تخضع للقضاء الوطني.

فعادة ما يأخذ القاضي الوطني، في معرض تطبيقه للقواعد القانونية لقانون اختصاصه، Lex Fori، مفهوما قانونيا مضيقا للاهتداء إلى القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال إعماله لقواعد تنازع القوانين. وهذه نتيجة حتمية لكون القاضي الوطني مقيدا باتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه Lex fori، أي لقانون دولته[٢] التي يصدر باسمها أحكامه ويتعين عليه من ثم اتباع

(١) Prof..Dr. Karl-Heinz Bockstiegel, les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des Etats ou des entreprises controlées par l'Etat, ICC publications, 60 ans après regard sur l'avenir.

(٢) أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، الحقوق والشريعة، السنة الرابعة، العدد الثاني، ص ٣٢، وأيضا إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٧، ص ١٧٣ وما يليها.

قواعد الإسناد التي يرسمها هذا القانون للاهتداء إلى القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح عليه، في حين يختلف الأمر بالنسبة للمحكم الدولي، ذلك أن المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص ولا يصدر قراره باسم هذه الدولة أو تلك، ومن ثم لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها طرفا في المنازعة التي تطرح على التحكيم. ومع ذلك فمن الصعب القول بتخلص التحكيم الخاص الدولي[١] أو كما يسميه معظم الفقه بالحكم التجاري الدولي تماما من تدخل القانون الوطني، ولا سيما بالنسبة لقانون الدولة التي أبرم فيها اتفاق التحكيم أو قانون دولة مكان إجراء التحكيم، باعتباره أحد القوانين التي يُعد وفقا لنظرية المؤشرات واجب التطبيق ككاشف للإرادة الضمنية للمتعاقدين[٢].

من هذا المنطلق يتعين علينا دراسة التطورات الحديثة في ميدان قواعد قانون التجارة الدولية وأثرها في تحديث مفهوم نظرية تنازع القوانين بصورة عامة، وقواعد الإسناد بصورة خاصة.

(١) آثرنا استعمال هذا المصطلح باعتباره أشمل في موضوعه من التحكيم التجاري الدولي.

(٢) Batiffol Henri, Aspects Philosophiques du droit International privé, Dalloz, collection Philosophie du droit 4, p. 88, 89.

وبهذا التوجه إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٧٤.

الفصـل الثانـــي
التوجه المعاصر في مفهوم تنازع القوانين

لعل التطورات المعاصرة في ميادين التجارة الحرة ووحدة القواعد التي تنطبق على العمليات التجارية سواء فيما يتعلق بالبنوك والنقل البحري والبيوع الدولية أو غيرها، كذلك توحيد الاصطلاحات في ميدان التجارة الدولية (الانكوتيرمز) قد أدى إلى إعادة النظر في المفهوم التقليدي لفكرة تنازع القوانين، ذلك الفقه الذي كان ينظر إلى قاعدة الإسناد من حيث أثارها باعتبارها قاعدة غير مباشرة لا تنطبق على النزاع مباشرة، وإنما هي تحدد فقط القانون الواجب التطبيق على نزاع متضمنا عنصرا أجنبيا. كذلك فإن قاعدة الإسناد تتسم من حيث آثارها – وهذا ما يهمنا في معرض تحليلنا – بأنها قواعد ثنائية الجانب bilatéral، أي أنها تشير، في المفهوم التقليدي، باختصاص القانون الوطني وقد تؤدي إلى اختصاص القانون الأجنبي.

(١٤) وقد أدى اعتماد قواعد الإسناد باعتبارها الوسيلة الفنية المعتادة التي يلجأ إليها المشرع لحل مشكلة تنازع القوانين المترتبة عن علاقة خاصة دولية، أن عد الفقه الأنجلو ساكسوني هذه القواعد هي السمة المميزة للقانون الدولي الخاص إضافة إلى أن تركيز الفقه المذكور على تنازع القوانين قد أدى ببعض الفقهاء إلى أن يشير في كثير من الحالات إلى القانون الدولي الخاص باعتباره قانون تنازع القوانين[١].

(١٥) هذه الأهمية المعطاة إلى قواعد التنازع تدعونا إلى التساؤل حول مصير المفهوم التقليدي لقاعدة الإسناد على ضوء التطورات الحديثة[٢]، وهل الصفة الثنائية للقاعدة استمرت مقصورة على القوانين الداخلية أو أنها يمكن

(١) Dicey and Morris, The conflict of Laws 9th and, Stevens ed sons limited p 7.

(٢) وللمزيد حول أحادية قاعدة الإسناد أو ازدواجيتها، انظر في ذلك:
Mohamed El Arabi Hashem, Lecons De Droit International Privé livre 11 les conflits de Lois, centre de piblication Universitaire, Tunis 1997 P. 30 et Seq.

أن تمتد ليتم الاختيار بين قانون داخلي وقواعد قانونية موحدة تتسم بصفة عبر دولي Transnational.

(١٦) إن الإجابة عن السؤال ذات أهمية قصوى على ضوء التحولات العالمية ودخول الدول المختلفة منظمة التجارة العالمية W.T.O مما كان له أكبر الأثر في قوانينها الداخلية التي استمدت في كثير من الحالات من مشروعات قوانين موحدة مثل قوانين التحكيم التي استمدت من المشروع (نموذج القانون)[١] المعد من قبل يونسيترال UNCITRAL والقوانين الأخرى التي جاءت كنتيجة لتطبيق اتفاقيات (منظمة التجارة العالمية) كاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية. ولعل من المناسب في هذا الصدد، وفي هذه المرحلة، التأكيد على أن ما كان يستند في اختيار القانون إلى غطاء تنازع القوانين من مبدأ قانون الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يخضع له الالتزام التعاقدي والذي كرس في صورة قواعد إسناد تم تقنينها في كثير من الدول، تجاوز حدود النظرة التقليدية لآلية قواعد الإسناد بقيام أطراف العلاقات التعاقدية المشتملة على عنصر أجنبي باختيار قواعد عرفية شائعة في ميادين التجارة الدولية، الأمر الذي يتطلب منا مراجعة للصيغة القانونية لتلك الأعراف التي أصبح الفقه يقبل بها باعتبارها جزءا من قانون عبر الدول Transnational Law[٢]، ويفضل بعض الفقهاء إطلاق تعبير قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria عليها ، وهذا التعبير الأخير هو الأكثر شيوعا[٣].

(١٧) ويتعين علينا قبل استخلاص النتائج حول إمكانية تطوير نطاق قاعدة الإسناد لتشمل كيانا قانونيا يخرج عن المفهوم التقليدي لقوانين الدول الداخلية، أن نبحث في كينونة قواعد التجارة الدولية Lex Mercatoria. فموضوع هذا القانون يشمل مجموع القواعد المادية المقررة لحكم العلاقات الاقتصادية

(١) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٢) Wolfgang Friedman, The changing Structure Of International Law, Colombia, P 37.

(٣) Batiffol H, La Loi approprcée au contrat, Op. Cit P1.

الدولية. وتستمد هذه القواعد مصدرها في الجزء الأكبر منها، من اتفاقيات بين الدول تشتمل على قانون موحد، وقد تستند أيضا إلى قوانين داخلية كالقانون رقم ٦٣/١٠١ تشيكوسلوفاكيا، والنصوص القانونية المتعلقة بمسائل التجارة الدولية، كتلك المنصوص عليها في القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ قانون المعاملات التجارية، أو من خلال مبادئ قضائية وطنية مستقرة[١] تتسم بالشيوع، وبخاصة في التجارة الدولية، أو كما يحلو لبعض الفقهاء تسميتها بقانون العلاقات الاقتصادية الدولية[٢].

(١٨) إن هذا الكيان القانوني يتسم بالوضوح، كما أنه يتكون في جزء منه من قواعد قانونية أساسها اتفاقي دولي تم توطينها عن طريق إقرار هذه الاتفاقيات الدولية من قبل كثير من الدول، فأصبحت جزءا من نظامها القانوني الداخلي، كذلك فهو يتكون في جزء آخر من قواعد شائعة، بحيث أصبح هناك شعور بإلزاميتها باعتبارها قواعد عرفية شائعة Commune[٣]، وارتأت بعض الدول أن تدمج هذه القواعد في تشريعاتها، فتم تقنينها كليا أو جزئيا بحيث أصبحت تعد جزءا لا يتجزأ من التشريعات الوطنية تدخل في ميدان قواعد تنازع القوانين، واستمرت بالنسبة لبعضها الآخر في وضعها كجزء من (قانون عبر الدول) ومصدر عرفي شائع[٤] بالنسبة لبعضها

---

(١) مثال ذلك المبادئ القضائية الفرنسية المتعلقة بشرط الدفع بالذهب في ميدان القروض الدولية (cass. Cir 21 Juin 1950 Messageris Maritimes clunet 1950, 1196) lerebours-Pigeonniere: clunet 1951, (Rev, Crit.Dr. Int. Pr, 1950, 611note BATIFFOL).

كذلك تعليقا على الحكم نفسه.

(٢) Kahn ph, Droit International économique, droit du développement, Lex Mercatoria cancept unique ou pluralisme des ordres juridiques in Le Droit des relations économiques internationales, Etudes offertes Á Berthold Goldman, litec p 97 et seq, Alain Pellet, le Droit International du développement PUF p 17 et seq.

(٣) عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ١٩٨٦، ص٥٣.

(٤) مثال على ذلك القواعد التي تنظمها غرفة التجارة الدولية المعروفة باسم .I.C.C، مثل قواعد الاعتمادات المستندية Incoterms وغيرها.

الآخر. ويمكن أن نضيف إلى ذلك أن هذا الكيان القانوني قد تم توضيحه وتطبيقه من خلال كثير من أحكام التحكيم[١]، ولقد تصور جانب من الفقه أن السعي للكشف عن قواعد قانون التجارة الدولية خصوصا العرفي منها، عن طريق متابعة أحكام التحكيم قد تجابهه صعوبات ناتجة عن ضعف نشر الأحكام، كونها تتسم عادة بالسرية[٢]، إلا أننا نرى وجود انفتاح في ميدان نشر أحكام التحكيم، من حيث مضمونها، في مجلات متخصصة[٣] مع الاحتفاظ بأسماء الأطراف مغفلة.

(١٩) ومع ذلك فلكي نصل إلى نتيجة من حيث المبدأ حول مدى جواز تطبيق قواعد ذات طبيعة قانونية برغم عدم إطلاق وصف القانون بمعنى التشريع أو النظام القانوني الداخلي عليها، لا بد لنا من استعراض التوجهات الفقهية المختلفة في تفسيرها لقانون العقد .La Loi d'Autonomie الحقيقة أن تبني توجه معين لا بد أن يعتمد على تغليب أحد جانبي الفقه ، سواء ذلك الذي يأخذ بالنظرية الموضوعية في تفسير قانون الإرادة أو ذلك الذي يأخذ بالنظرية الشخصية.

(٢٠) يتفق الفقه الموضوعي والشخصي على أن دور عناصر العقد، موضوعيا أو شخصيا، لا يمكن تبريره إلا في إطار العقود الدولية موضوعيا[٤]. وبمنطوق

---

(١) انظر في ذلك كلاً من أحكام Sapphire International، قضية أرامكو والشركة السعودية، والحكومة الليبية وشركتي Texaco Galasiatic وغيرها، وملخصات عنها باللغة العربية في مقال أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة/ الكويت ١٩٨٠، ص ٩ وما يليها.

(٢) Goldman (B), La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage International, Journal du droit International, Paris, 1979, P 479.

(٣) من ذلك مجلات تهتم بنشر مقالات في التحكيم، كالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي وأخرى تنشر مقالات وأحكام

Revue de l'Arbitrage, Paris, Revire critique de Droit International Privé / Paris, Droit et pratique du commerce International, Paris. The International and comparative Law quarterly, London ETC.

(٤) Pierre Mayer, Droit International Privé, 4' éd Pairs 1991 p 437.

العقد الدولي يمكننا وصف تلك العقود التي تعالج مسائل التجارة الدولية، وينصب في هذا المفهوم ما أخذ به قانون المرافعات المدنية الفرنسي في مادته رقم ١٤٩٢ السابق الإشارة إليها. ومع أن منطوق هذه المادة غامض إلا أنه نادر ما أثارت صعوبات في التكييف. والواقع أن مضمونها قد يعد متسعا ليشمل عقودا تتركز عناصرها في دولة واحدة ومع ذلك تشمل عناصر علاقة اقتصادية دولية. وفي نطاق العلاقات الخاصة الدولية لا بد من التأكيد على دور العناصر الشخصية في العقد، أي عنصر إرادة الأطراف بالاختيار المباشر للقانون الذي يحكم العقد. وهنا لا بد لنا من الإشارة مع جانب من الفقه[١] إلى أن النتائج المترتبة على تبني النظرية الموضوعية لتسكين عناصر العلاقة التعاقدية، حيث يكون للعناصر الشخصية (Subjectifs) دور غير مباشر، أي عدم اختيار الإرادة للقانون بصورة مباشرة، أو تبني النظرية الشخصية بدور مباشر للإرادة مع قيود قانونية، لا يؤدي إلى اختلاف كبير، وخير دليل على ذلك أن النتائج المترتبة على تطبيق قانون الإرادة (La Loi D'Autonomie) أو قانون العقد (The Proper Law) كما يسميه الفقه الأنجلو ساكسوني، لم يختلف كثيرا قبل اتفاقية روما التي تبنت النظرية الشخصية بما في ذلك تجزئة القانون المطبق على العقد[٢] عنه بعد الاتفاقية، ويمكن تحديد ظروف اختيار قانون العقد باتجاهين:

- أولا: العقود الدولية تخضع للقانون المختار من الأطراف.
- ثانيا: أن يطبق القانون لأن الأطراف قد شاءوا تطبيقه أو اعتقدوا بإمكانية تطبيقه عن طريق تركيز عناصر العلاقة.

(٢١) أولا: العقود الدولية التي تخضع للقانون المختار من الأطراف: في هذه الحالة سواء أكان الاختيار مباشرا أم غير مباشر يستند اختيار الأطراف ومصدره إلى قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي، وتظل الصفة الدولية للعقد

(١) Pierre Mayer, Op. Cit p 438.

(٢) MACLACHLAN Campbell, splitting the proper law in private International Law (By BIL). 1990 P.324-325.

تستدعي نوعا من المرونة. ومع ذلك فإن هذا المصدر يتم التوسع في نطاق تطبيقه في ظل النظرية الشخصية المطلقة والتي تدعو في أقصى تطرفها إلى ما يسمى بفكرة اندماج القواعد القانونية (L'idée de l'incorporation) في صلب العقد، وهنا أيضا لا بد لنا من الإشارة إلى أنه تم بناء أفكار أخرى على فكرة الاندماج والتي منها فكرة تجزئة القواعد القانونية المطبقة على العقد[١]، ولقد أجازت اتفاقية روما إمكانية أن يختار الأطراف قانونا ليطبق على جزء من العقد، الأمر الذي يفهم منه إمكانية اختيار عدة قوانين على عدة أجزاء من العقد. ومع ذلك يرى جانب من الفقه أننا نظل مقيدين، في الحالات السابقة، بالقواعد الآمرة في القانون أو القوانين التي تم اختيارها[٢]. والحقيقة أن هذا الجانب المقيد من الفقه ما زال متأثرا بالمفاهيم الداخلية لفكرة النظام العام. لا تلك المرتبطة بمفهوم القانون الدولي الخاص.

والحقيقة أن ظاهرة تجزئة العقد وتعدد القوانين المطبقة ليست بغريبة على النظام القانوني الداخلي. ففي حالة العقد المتضمن بيع مواد مع وعد بالمساعدة الفنية، لا خلاف في أن مثل هذا العقد يخضع لقانونين مختلفين في الوقت نفسه كل منهما على الجزء الخاص به. وهذا ما شجع جانباً من الفقه[٣] إلى الذهاب أبعد من مجرد إجازة تجزئة العقد إلى القول بأن القيد الوحيد الذي يرد عليه هو كون هذه القوانين لا تمس تجانس النظام العقدي وبأن سلطة القانون في دولة القاضي تظل مصونة من خلال فكرة النظام العام وفي نطاقها بمفهوم القانون الدولي الخاص واحترام قوانين الشرطة (ذات الأثر المباشر) وعيوب الإرادة . ونتيجة لهذه الاجتهادات والقبول بتجزئة أحكام العقد وإخضاعها إلى قوانين مختلفة، وما نتج عن ذلك لقبول فكرة الاندماج Incorporation لأحكام هذه القوانين، وخصوصا في العقود ما بين متساوين (Inter Pares) بغية

(١) P. lagarde, Le dépecage dans le Droit International Privé des contrats, Riv. Di dir. Int e. proc, 1975. 649.

(٢) Mayer.(P.), Droit International Privé, OP. Cit. P. 438.

(٣) Lagarde (P.): Le dépecage dans le Droit International Privé, OP. Cit. 649.

استقرار الأحكام التي تنطبق على العقد، أن أثير التساؤل حول إمكانية اختيار قانون لا صلة له بالعقد(أ) أو أن يكون هناك عقد لا يوجد قانون يحكمه (ب).

(٢٢) أ – اختيار قانون لا صلة له بالعقد. إن وجود صلة بين عناصر العقد والقانون الذي تم اختياره، هو الذي يؤدي إلى تفادي الوقوع في الغش Fraud، ويحلو لبعض الفقهاء[١] أن يدعو إلى ضرورة أن تكون الصلة صلة مادية بين القانون الذي تم اختياره والعقد. ويمكننا أن نلاحظ مع الفقيه Rable أنه حين يكون العقد دوليا حقيقة، فلن يكون لأي قانون ذي صلة بعناصر العقد أولوية خاصة على غيره من القوانين في الانطباق. وبعبارة أخرى لو تمكنا أن نستبعد أياً من القوانين ذات الصلة لصالح قانون آخر ذي صلة بالعناصر الموضوعية للعقد لأمكن أن نستند إلى ذات الحجة باستبعاد جميع القوانين ذات الصلة، شريطة ألا يكون الاستبعاد لغايات الغش. من هنا توجه الفقه الموضوعي الداعي إلى تركيز عناصر العلاقة في ظل قانون معين إلى قبول تطبيق قانون ذي صلة جدية (Lien Sérieux) بدلا من الصلة المادية، وهو ما يفتح الباب أمام اعتماد أنظمة قانونية ليست قريبة موضوعيا (ماديا) من العلاقة، وهذا ما يدعونا إلى الانتقال إلى التساؤل حول إمكانية وجود عقد لا يستند إلى قانون معين سواء أكان ماديا أم شخصيا.

(٢٣) ب – العقود غير المستندة إلى قانون: يختلف الفقه في نظرته إلى هذا التوجه بين الحالات التي يُعرض فيها نزاع يتعلق بعقد من العقود الدولية أمام القضاء الرسمي للدول وتلك الحالات التي يعرض فيها النزاع أمام التحكيم. ففي الحالة الأولى يرى الجزء الأكبر من الفقه التقليدي أن القانون لا يسمح بوجود عقود لا تستند إلى قانون أمام القضاء، بما في ذلك الحالات التي يشير فيها الأطراف بإرادتهم إلى تطبيق قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria أو كما يسمى أحيانا بقانون عبر الدول Transnational Law،

(١) HAZBOUN (G): Autonomy in choice of law- principle and prospective-, Journal of Law, Kuwait Vol. 9 No2 P. 20.

فالمحاكم الرسمية تلتزم دائما في قراراتها بالقوانين الداخلية حتى لو اختار الأطراف غير ذلك[١]. ويضاف إلى ذلك أن المحاكم ملزمة أيضا بالاستناد في أحكامها إلى الاتفاقيات الدولية[٢]، وهذا يوضح أنه في ظل العلاقات الخاصة الدولية فإن الحال لا يمكن إلا أن يكون مفتوحا لقبول القواعد الموضوعية إلى جانب قواعد الإسناد، وإذا عدنا إلى نص الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ فإننا نجد أن المادة ١٠٣ منه تشير بطريقة ما إلى احترام العرف الدولي فيما يقضي به من إشارة إلى قوانين بلدان أخرى "على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها ".

(٢٤) من ذلك يتضح أن المشرع الدستوري قد أشار إلى تطبيق ما يقضي به العرف الدولي من قانون بلاد أخرى وهذا ما نظمه القانون بمقتضى قواعد الإسناد اعتبارا من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ وما كان يتعين أن يطبق من قواعد عرفية دولية في ميادين العلاقة الخاصة الدولية في ظل مجلة الأحكام العدلية، والواقع أننا نرى أن القواعد العرفية الدولية أصبحت تترجم في قواعد موضوعية موحدة في العلاقات الخاصة الدولية، سواء برز ذلك فيما يدعى بالقواعد الاتفاقية الثنائية التي يتم اللجوء إليها في كثير من الأحيان، الأخرى أو الجماعية والتي يحلو لجانب من الفقه[٣] أن يسميها بالاتحادات أو في صورة قواعد نموذجية يتم تبنيها من قبل شريحة من المهنيين كالتجار، حيث نجم عن أعرافهم ما يسمى بقانون التجار Lex Mercatoria. ويرى أستاذنا الدكتور عز الدين عبد الله أن هذا التوجه الثنائي الجانب الذي يأخذ بازدواجية النظام القانوني قد تم تبنيه من قبل الفقيه

(١) Francois Dessemontet, Le Droit International Privé Suisse, Lausanne 1988, P 87.

(٢) وقد تم إقرار ذلك في كثير من التشريعات العربية مثل المادة ٢٤ من أحكام القانون المدني الأردني، رقم ٤٣، لسنة ٧٦.

(٣) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ١٩٨٦، ج ١، ص ٥٦.

الألماني Weimann[1] وفي رأي هذا الفقيه أن القواعد الموضوعية أو القواعد المباشرة التي تحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي تُكوّن الجانب الأساسي المهم من القانون الدولي الخاص، وإن بقيت بجانبها قواعد الإسناد التي تقوم بدور ثانوي وتنتظر مصير الزوال. وهذه القواعد المباشرة قسمان. أولهما القواعد الاتفاقية، أي التي ترد في اتفاق دولي، وثانيهما القواعد غير الاتفاقية التي ترد في القانون الداخلي، وتكون خاصة بالعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي .

(٢٥) ومهما يكن من أمر هذا التحليل فإننا لا نشك في أن الظروف الاقتصادية والقانونية الدولية والتطورات التي برزت في العقدين الماضيين تؤكد أن ما توجه إليه الفقيه الألماني بدأ يتحقق في صورة قواعد قانونية/ تشريعية وعرفية، دولية وداخلية مختلفة، مما يثير التساؤل حول مدى صلاحية نظرة الفقه التقليدي إلى آلية التنازع متمثلة في قواعد الإسناد في حكم الأوضاع المستحدثة.

(٢٦) ونحن من جانبنا وعلى الرغم من تأييدنا العام لما ورد في نظرة الفقيه الألماني كأساس لتطوير النظرة التقليدية لقواعد التنازع فإننا نرى ضرورة توسيع مفهوم قاعدة الإسناد بربطها بطبيعة موضوع العلاقة. فكل علاقة يتوافر فيها شرطان أساسيان، وهما كون العلاقة تشتمل على عنصر أجنبي وان العلاقة من العلاقات التي تدخل بحكم طبيعتها في ميدان القانون الخاص، هي علاقة من العلاقات الدولية الخاصة، وفي حكم صادر عن مجلس اللوردات البريطاني في قضية Amin Rasheed Shipping Corp. V. Kuwait Insurance Co.[2] فقد تقرر أن العقد موضع النزاع قد خضع للتدويل Internationalized عن طريق نزع عناصره الداخلية من الخضوع لقوانين وطنية باتفاق الأطراف، وقد خالف اللورد دبلوك Dip lock هذا

(١) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٢) Campbell Mclachlan, Splitting the proper law in Private International law, B.Y.B.I.L 1990 p 313.

التوجه، وعدَّ أنه من غير الممكن تصور عقود لا تستند إلى قانون Legal Vacuum "My lords, contracts are incapable of existing in a legal vacuum. They are mere pieces of paper devoid of all legal effect unless they were made by reference to some system of private law which defines the obligations assumed by the parties to the contract by their use of particular forms of words and prescribes the remedies enforceable in a court of justice for failure to perform any of those obligations".

ومع قوة الحجية التي جاء بها اللورد دبلوك باستناده إلى الفقه التقليدي إلا أن القرار الأصيل قد وجد تجاوبا إيجابيا لدى المحاكم الأدنى.

(٢٧) تدويل العلاقات الخاصة الأجنبية أو عدم تدويلها، بل استمرارها لعلاقة داخلية ذات طبيعة خاصة بآلية قواعد التنازع التي يحكمها، لا يمكن أن يفرق بين وضع العلاقة أمام القضاء الرسمي أو أمام التحكيم، فكل منها يطبق القانون ويخضع في الاعتراف بالقرار أو بالحكم وإصدار قرار تنفيذه للمحكمة المختصة التي تقوم بمراجعة الحكم وإصدار القرار تبعا لذلك. وفي معظم القوانين الداخلية حول الاعتراف بالأحكام الأجنبية وإعطائها الصيغة التنفيذية، تنحصر صلاحية المحكمة في الرقابة على القرار من النواحي الإجرائية والاختصاص دون الجانب القانوني الموضوعي[١]، مما يجعل من الحكم الأجنبي أو قرار التحكيم الأجنبي بعد إقراره جزءا من النظام القانوني الداخلي. وبهذه المناسبة لا بد لنا من أن نشير إلى أن اتفاقية نيويورك[٢] والتوسع الكبير الذي حصل في عدد الدول الموقعة والمصادقة عليها، قد جعل من أحكام المحاكم الوطنية المطبقة لمضمونها مصدرا عاما من سوابق الأحكام التي يمكن الاستئناس بها. ويلاحظ أيضا أن المادة الخامسة منها

(١) انظر على سبيل المثال المادة ٧ من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٥٢.

(٢) اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام ١٩٥٨.

ركزت على أن رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم ينحصر في المسائل الإجرائية والاختصاص ولا ينسحب على القانون الواجب التطبيق.

(٢٨) وبغض النظر عن الجدل الذي يمكن أن يقال فمما لا شك فيه أن دعاة الخروج عن نطاق قواعد الإسناد باعتبارها الوسيلة الوحيدة وفق الفقه التقليدي قد تبنوا خطا مطلقا مفاده استبعاد قواعد الإسناد واللجوء إلى القواعد الموضوعية مباشرة، ويرى هذا الجانب المهم من الفقه[١] أن تطور القانون الدولي الخاص قد كشف عن وجود قواعد موضوعية تقدم حلولا مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا. وفي رأيهم أن الفقه الحديث قد درج على تسمية هذه القواعد بقواعد القانون الدولي الخاص المادي.

(٢٩) وفي سبيل إيجاد تصور يأخذ بعين الاعتبار التطور الذي برز على صعيد ميادين المعاملات الخاصة الدولية بصورة عامة، ومنها التجارية الدولية بصورة خاصة ، لا بد لنا من الرجوع إلى مفهوم القانون الأجنبي كما يرد في الإسناد المبني على قاعدة التنازع.

والواقع أنه كما سبق أن أشرنا في غير موضع من هذا البحث، فإن الإشارة إلى القانون في نطاق قواعد الإسناد هي عادة إشارة إلى نظام قانوني، ويعني ذلك[٢] "نظاما قانونيا متميزا عن النظام القانوني السائد في دولة القاضي ويسود في دولة أجنبية». هذا التعريف يدعونا إلى التساؤل حول مفهوم كلمة قانون واستعمالها، إذ إننا لو أخذنا بها بالمفهوم المضيّق لاقتصرت على ما هو معروف بالنظام القانوني الفرنسي باسم Loi، وما هو معروف بالنظام الأنجلو أمريكي باسم Act، أي القانون بمفهوم التشريع. أما إذا أخذناها بمفهوم النظام القانوني فإننا سوف نقبل في مثل هذه الحالة ما تعتمده تلك الدولة من عرف، إضافة إلى التشريع، كما يمكننا أن نقبل القواعد ذات الطبيعة القانونية المنبثقة عن مبادئ القانون الدولي الخاص[٣]. ولو أمعنا النظر في هذه المبادئ

(١) هشام على صادق، تنازع القوانين الإسكندرية، ط ٢، ص ١٦.

(٢) Cheshire and nosth's Private International law op. Cit, p. 9.

(٣) انظر في ذلك وعلى سبيل المثال المادة ٢٥ من أحكام القانون المدني الأردني، رقم ٤٣، لسنة ١٩٧٦.

لوجدنا أن من أهمها قاعدة قانون الإرادة. وهو القانون الذي تشير إليه إرادة الأطراف، نحن لسنا في معرض الدخول في الجدل الفقهي التقليدي حول شروط القانون الذي تختاره الإرادة(١)، وإنما نرى أن قاعدة التنازع الخاصة بقانون الإرادة والتي كما رأينا تشير إلى إمكانية اختيار الأطراف للقانون الذي يرون أنه الأنسب لحكم علاقتهم، يمكن اعتبار مصدره قاعدة عرفية دولية تم توطينها عن طريق التشريعات الداخلية أحيانا والعرف الداخلي أحيانا أخرى. وإذا أخذنا بعين الاعتبار أن المقصود بالقانون لغايات القانون الدولي الخاص النظام القانوني الذي يتم الإشارة إليه، فلا بد لنا من التوسع في نطاق مفهوم ما يمكن أن يشير إليه الأطراف صراحة أو ضمنا ليشمل النظام القانوني الداخلي لدولة القاضي أو النظام القانوني الداخلي لدولة أجنبية أخرى أو النظام القانوني عبر الدول Law Transnational الذي يشمل ضمن أمور أخرى "قانون التجار lex Mercatoria" ذا المصدر العرفي. فهنا يعتبر توطين العرف المتعلق بقاعدة الإسناد (قانون الإرادة) مرحلة متقدمة لطرح خيار ثلاثي الأبعاد من الخيارات بين النظم القانونية المختلفة:

١ – القانون الوطني.

٢ – القانون الأجنبي.

٣ – القانون الخاص الدولي بقواعده الموضوعية Les Regles Materielles.

ولا ينتقص من قيمة هذا التوجه الادعاء بأن الموضوع يتعلق بتطبيق قواعد موضوعية، كون قواعد الإسناد ثنائية الجانب ذات طبيعة إجرائية، إذ إن كثيراً من الدول وخصوصا في منطقتنا العربية ترفض فكرة الإحالة. هذا التوجه سيؤدي إلى خروج منطوق قاعدة الإسناد من الفكر التقليدي الذي يشير إلى تطبيق قانون دولة معترف لها بهذه الصفة وفتح المجال لتطبيق نظرية الإحالة إلى قبول فكر أكثر انفتاحا يقبل بتطبيق القواعد الموضوعية اتفاقية كانت أو

(١) Pierre Mayer, Droit International Privé Op. Cit., p 437 et seq, Fragistras ch., Arbitrage étranger et Arbitrage international en droit privé, Rev. crit. Dr. Int. Privé 1960 p1 et seq.

عرفية، وطنية أو عبر دولية. ويستدل على هذه القواعد وفق طبيعة العلاقة التي تعالجها. ويبدو لنا أن الدور الأكبر يقع على عاتق القضاة والمحكمين في تحليل العلاقة وتحديد طبيعتها والنظام القانوني الذي ينطبق على تلك العلاقة. وهذا الدور ليس بغريب على القضاة، فالمادة ٢٥ من أحكام القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ تسمح للقاضي بحرية اختيار النظام القانوني في نطاق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص. كما أجازت المادة ٢٦ من أحكام القانون نفسه أن تقوم المحكمة بتعيين القانون الذي يجب تطبيقه في حالات مجهولي الجنسية ومتعدديها. هذه الصلاحيات الممنوحة للمحكمة سوف تؤدي بلا شك إلى تفعيل دور قاعدة قانون الإرادة بوصفها عرفا دوليا (شائعا)، وجزءاً من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص والتي يمكن أن تشير إلى تطبيق قانون وطني أو أجنبي أو خاص دولي.

خـلاصـة

سعينا من وراء هذه الدراسة إلى استكشاف مدى إمكانية تحويل قاعدة الإسناد من مفهومها المعتاد التقليدي الذي يركز على التنازع بين القوانين بالمفهوم المضيق التقليدي، حيث يعد أن لا تنازع إلا بين قوانين وطنية لدول. فتكون المفاضلة بين القانون الوطني لدولة القاضي والقوانين الأجنبية المختلفة فقط، وبين نظرة مستحدثة تسعى إلى استيعاب التطورات الحديثة، ووجود قواعد عرفية شائعة بين الدول أحيانا تترجم في صورة اتفاقيات دولية تحتوي على قواعد موضوعية تنطبق بصورة مباشرة وبنص صريح بمعزل عن قواعد الإسناد. وهنا ينبري الفقه التقليدي إلى إخراج هذه الصورة من مفهوم قواعد التنازع، ومن ثم إخراجها من أحكام القانون الدولي الخاص. ومن جهة أخرى يرى الفقه التقليدي في القواعد العرفية الدولية أو الشائعة كما يفضل بعض الفقهاء تسميتها نظاما قانونيا يخرج أيضا عن نطاق التنازع، ومن ثم عن مفهوم قواعد القانون الدولي الخاص.

إلا أنه مع التطورات الحديثة لم يعد في الإمكان اعتماد النظرة التقليدية لقواعد التنازع على إطلاقها، لذلك انبرى جانب واضح من الفقه الحديث ليعلن ضرورة قبول القواعد الموضوعية المنظمة للعلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي بمعزل عن قواعد الإسناد، أو قواعد التنازع كما يسميها بعض الفقهاء، ويرون أن ذلك لا يمس جوهر قواعد القانون الدولي الخاص وإنما توجد آلية إضافية لمعالجة إشكاليتها وتكون مرتبطة بطبيعة العلاقة.

ونحن مع تأييدنا لوجهة النظر الحديثة حاولنا أن نجد قاعدة توفيقية لعدم إهمال قواعد الإسناد مع القبول بأن مفهومها لم يعد يبنى على الفكرة التقليدية من تنازع بين قوانين داخلية، بل إنها تمتد لتشمل تنازعاً بين أنظمة قانونية بما تشمله من تشريعات وأعراف وعادات ومبادئ قانونية وسوابق قضائية. ويشمل ذلك النظم القانونية الداخلية والنظام القانوني الذي يسميه بعض من الفقه

الأنجلو أمريكي بنظام عبر الدول Transnational، والذي يشمل من ضمن ما يشمل قانون التجار Lex Mercatoria.

وخلصنا إلى أن قاعدة قانونية كقاعدة قانون الإرادة، هي في أصلها قاعدة عرفية دولية تم إدراجها ضمن النظم القانونية الوطنية تشريعيا أو عرفيا أو اجتهاديا قضائيا، ولكنها لم تفقد صفتها الدولية ، ومن ثم جاز القول بإمكانية أن تشير إلى نظام قانوني داخلي أو إلى نظام عبر الدول، بما في ذلك قانون التجار Lex Mercatoria، ومن ثم يتم التوسع في مفهوم قاعدة الإسناد لتفتح آفاقاً جديدة مع بدايات القرن الحادي والعشرين واتفاقيات التجارة الدولية.

قائمة المراجع الرئيسة

باللغـة العربيـة

١ – إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة، مصر ١٩٩٧.

٢ – أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الرابعة، العدد الثاني.

٣ – حسن الهدّاوي، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٧.

٤ – عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول ١٩٨٦.

٥ – محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الإسكندرية ١٩٨٢، صفحة ١٢.

٦ – هشام على صادق، تنازع القوانين ، الإسكندرية، ط ٢، و ط ١٩٩٧.

باللغـات الأجنبيـة

1 - Batiffol (H), La Loi appropriée au contrat, Le Droit Des Rélations Economiques, Etudes offertes. Berthold Goldman p1 et seq.

2 - Batiffol (H) Aspects Philosophiques du Droit International Privé, Dalloz, Collection Philosophie du Droit 4, P 88 89.

3 - Berthold Goldman, La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage Internationaux realité et Perpectives, clunet 1979.

4 - Bockstiegel Karl Heinz, les Règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux Internationaux ICC Publication, 60 Ans après, regard sur l'avenir.

5 - CAMPBELL Mclachlan, Splitting the proper Law in Private International Law, British year book of International Law (B.Y. B.I.L) 1990 P. 313.

6 - Cheshire and North's Private International Law, Butterworths, 10 th ed.

7 - Dessemontet (F), Le Droit International Privé suisse, Lausanne, 1988 P.87.

8 - Dicery and Morris, the conflict of Laws 9th ed., Stevens and Sons LTD.

9 - Fouchard (Ph) L' Arbitrage Commercial International thèse, Dijon Dalloz. 1964.

10 - Fragistras (ch) Arbitrage étranger et Arbitrage International en Droit Privé, Rev. Grit . Dr. Int. Pr. 1960, P1 et seq.

11 - Friedman Wolfgang, the changing structure of International Law, Colombia. P37.

12 - HAZBOUN (G) Autonomy in choice of Law, principale and prospective, Journal of Law, Kuwait, Vol. 2, No 2, P 20 et seq.

13 - Kakn (ph), Droit International Economique, Droit du Développement, Lex Mercatoria concept Urique ou pluralisme, Etudes affertes. Berthold GOLDMAN, Litec P.97 et seq.

14 - Lagarde (p), Le depecage dans Le Droit International Privé des Contrats, Riv, Dr, Int. Proc 1975 P. 649 seq.

15 - Loussouarn et Bourel Droit International privé, 4' ed. Dalloz 1993.

16 - Mayer Pierre, Droit International Privé, 4' ed. Paris 1991.

17 - Mouhamad El Arabi Hashem, Lecons de Droit International Privé, Livre 11, Tunis 1997, p 30 et seq.

18 - Pellet (A), Le Droit International du développement P.U.F. P. 17 et seq.

19 - Ph. Francescakis, Droit Naturel et Droit International privé, Mélanges offerts. Jacques Maury Paris 1960