مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية

بقلم الطيب زروتي (*)

مقدمة:

تناول فقهاء القانون الدولي الخاص موضوع تنازع المناهج في القانون الدولي منذ النصف الثاني من هذا القرن بالبحث والتنقيب والدراسة التحليلية، واعتبروه موضوعا يستحق الدراسة لأكثر من سبب، فهو يطرح إشكالية وتساؤلات منهجية ولا يكتفي بالحلول الموضوعية بل وذهب البعض إلى القول بضرورة إعادة النظر في حلول المنهج السابق «المنهج التقليدي» والآليات التي يعتمد عليها. المشكل المطروح ينحصر في سؤالين أولهما لماذا طرح هذا الموضوع منذ العقد الثاني من هذا القرن وليس قبل ذلك؟ والثاني ما إذا كان بالإمكان الاستغناء حقيقة بصفة كلية عن المنهج التقليدي في ظل المناهج المقترحة البديلة؟. بمعنى هل الأمر يرجع حقا إلى قصور في المنهج التقليدي وعدم كفايته وشموليته لحل مشاكل العلاقات الخاصة الدولية في

(*) أستاذ محاضر معهد الحقوق - جامعة الجزائر.

القانون المعاصر بالنظر لتعقدها وتشابكها، ثم ما هي مجالات التجديد المقترحة. هذه كلها وغيرها كثيرا تساؤلات مطروحة ينبغي أخذها بعين الاعتبار عند التطرق لهذا الموضوع المهم بالبحث والتحليل حسب ما يقتضيه المنطق القانوني السليم والأمانة العلمية، ان الاستغناء عن منهج قائم بذاته رسخته التجربة القانونية الانسانية عبر زمن طويل ليس بالأمر الهين لما ينجر عنه من زعزعة لنظام قانوني متكامل وتقويضه من الأساس.

أعتقد أن بحث هذا الموضوع الهام، الذي شغل بال الفقهاء في القانون الدولي الخاص وفقهاء قانون التجارة الدولية يقتضي الالمام بكل جوانبه كي نتمكن من الاجابة عن التساؤلات السابقة مع الحرص على التزام الدقة والموضوعية في العرض والتحليل، بغرض الوصول إلى نتائج علمية مقبولة لها مصداقيتها، إذن ينبغي عدم التسرع وإطلاق أحكام عفوية أحيانا وإستثنائية من القواعد العامة مرات أخرى ثم تعميمها على مجالات أخرى لا مبرر واقعيا لاقحامها، بل وأحيانا أخرى تكون تلك المقترحات غير مؤسسة نظريا.

ومن الجدير بالذكر والملاحظة أن النظريات البديلة المقترحة في تنازع مناهج التنازع في القانون الدولي الخاص على العموم وفي العقود الدولية خاصة لا تزال في إطارها النظري محلا للمد والجزر بين الفقهاء المؤيدين والمعارضين، وإن كانت المقترحات البديلة قطعت أشواطا كبيرة في شؤون التجارة الدولية بعد أن تظافرت جهود القائمين عليها وتوفر توثيق قانوني هام وجد إستجابة من المتعاملين الدوليين والهيئات المهنية المختصة.

لذلك أخذت على نفسي جهد التطرق لهذا الموضوع على الرغم من الصعوبات التي تكتنفه وما يقتضيه من تنقيب في النظريات الفقهية المعاصرة

وتحليل لاحكام القضاءين الداخلي والدولي في القانون المقارن، يحدوني في ذلك الأمل في الوصول إلى وضع الأمور في نصابها الطبيعي وبيان ما إذا كان التغيير المنهجي المطلوب حقيقة واقعية وأمرا محتوما، أم أن هناك أسبابا أخرى ومبررات مصطنعة تقف وراءه وتدعمه قوى ضاغطة خفية تؤيده، كذلك للكشف ما إذا كان الأمر يتعلق بتنازع مناهج متعارضة في وسائلها لدرجة الاستغناء عن بعضها أم أن المناهج المعمول بها والمقترحة تتكامل في القيام بدور واحد هو حل معظلات ومشاكل تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

نتناول هذا الموضوع في النقاط التالية:

أولا: المنهج التقليدي القائم على الاسناد.

ثانيا: منهج القواعد الموضوعية.

ثالثا: منهج القانون التلقائي.

رابعا: قوانين البوليس والأمن.

خامسا: المدرسة الواقعية الامريكية.

وقبلها نتطرق في نبذة تاريخية إلى تطور هذه المناهج والاشكالية القانونية التي تطرحها.

طرح إشكالية التنازع

كل دارس للقانون الدولي الخاص يستخلص بسهولة أن تطور مناهج حل مشكل العلاقات الخاصة الدولية عرف عبر التاريخ تعاقب نزعتان متعارضتان في هذا الشأن. قبل إكتشاف قواعد الاسناد أو طوائف الأحوال كما كانت

تسمى في القرون الوسطى، كقواعد فنية لحل آلية التنازع، وقد استقر الفكر القانوني صراحة أو ضمنا على معاملة العلاقات الخاصة الدولية معاملة من نوع خاص، ومن السهل استخلاص ذلك عبر التاريخ. قانون حمورابي مثلا أقر حلولا خاصة للعلاقات التجارية التي تتم مع الأجانب أو في الخارج، كما حدد الوضعية القانونية للأجانب عند التوطن في المملكة، في مصر القديمة ساد التطبيق الشخصي للشرائح، بمعنى اليوناني تطبق عليه الشريعة المقتبسة من القانون اليوناني والمصري يخضع للشرائح المصرية النابعة من الأعراف المحلية وتسري على اليهود منهم قوانينهم الخاصة المستمدة من الديانة اليهودية. في المجتمع الروماني يوجد قانونان، القانون المدني وقانون الشعوب ولكل واحد نطاق تطبيقه الخاص ولو أنهما تشريعان رومانيان ولكن قانون الشعوب كان خاصا بمعاملات الأجانب فيما بينهم وأغلب أحكامه مقتبسة من الأعراف التجارية المتداولة عند الرومان وعند غيرهم. بينما يطبق القانون المدني على معاملات الرومانيين فيما بينهم فقط، وفي الشريعة الاسلامية يلاحظ خلافا لرأي البعض إنها أفردت أحكاما خاصة بالذميين والمستأمنين في دار الاسلام على إختلاف بين المذاهب والفقهاء فيما يتعلق بمعاملاتهم فيما بينهم! وفي علاقاتهم بالمسلمين سواء من حيث توزيع الاختصاص التشريعي! وتحديد الاختصاص القضائي. في القرون الوسطى عبر اجتهاد المدارس القانونية المعروفة في القانون الدولي الخاص ظهرت نظرية الأحوال وانصب جهد الفقهاء على تأصيل الحلول القانونية وتخريجها.

خلال هذا التطور كانت النزعتان الشخصانية والاقليمية تتنازعان حكم العلاقات الخاصة الدولية فسادت النزعة الأولى في بعض النظم الوضعية،

وسادت النزعة الثانية في نظم أخرى على التعاقب. ولكن ما أن تم تقنين أحكام التنازع ضمن ضوابط الاسناد المعروفة في مختلف النظم الوطنية المعروفة حتى أخذ الخلاف شكلا آخر، لقد احتدم النقاش بين الفقهاء أنصار النزعة العالمية من جهة، ومؤيدي النزعة الوطنية، هذا ما يلسه الباحث في فقه سافيني ومانشيني وبييه ممثلين للتيار الأول حيث عمدوا لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية تنظيما عالميا على اعتبارانها علاقات مشتركة بين الدول كافة وتنظيمها يهم الجماعة الدولية بأسرها. في حين يمثل فقه دي فاري سومير ونبوابيه وفقهاء المدرسة الهولندية ودايسي وستوري - مع تحفظ طفيف بالنسبة لهذا الأخير - تيار الوطنية، وهم يرون أن قواعد التنازع هي قواعد وطنية تفيض من السيادة يتخير المشرع بواسطتها الحلول المناسبة حسب ما تمليه عليه المصلحة الوطنية، وأخيرا ظهر تيار توفيقي بين النزعتين اقترح تركيز العلاقات الدولية تركيزا موضوعيا كوسيلة لاستنتاج الحلول المناسبة دون التقيد المسبق بمبدأ العالمية ومبدأ الوطنية.

ومهما ظهر نظريا احتدام الخلاف الفقهي في هذا الصدد وتباينت الأراء وتنوعت الحلول المقترحة إلا أن الكل متفق على إعتماد نظام الاسناد كوسيلة فنية ملائمة لحل مشاكل تنازع القوانين، مما ينبني عليه أن المنطلق والهدف واحد وإن إختلفت الوسائل المستعملة، فلم يخلد ببال هؤلاء الفقهاء أن منهج الاسناد قد يستهدف مستقبلا ويأتي يوم تنازعه مناهج أخرى وتزاحمه في التطبيق بغية إقصائه نهائيا من الحلبة أو مشاركته، وقد استقر القضاء في مختلف النظم الوطنية وكذلك القضاء الدولي على الأخذ بهذا الحل.

ولكن في المقابل، في خضم هذا الصراع الفكري والتطور القانوني المستمر، كانت العلاقات التجارية - بغض النظر عن تكييفها ما إذا كانت وطنية أو أنها تتصف بالأجنبية - منزوية في الظل كأن الأمر لا يعنيها من قريب أو بعيد، كانت تتمتع بتنظيم خاص واستقلال تام، ولهذا التميز أسبابه ومبرراته الخاصة ولا يتسع المجال ببحثهما هنا، إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه هو أن تلك العلاقات كان يغلب عليها سابقا الطابع الدولي من حيث تنظيمها الموضوعي بين الأمم نتيجة إحتكاك التجار فيما بينهم وشيوع بعض الأعراف التجارية في الأوساط التجارية الدولية، وقد جمعت تلك الأعراف في نهاية القرون الوسطى من قبل منظمات خاصة واختصت بتطبيقها محاكم خاصة تعمل إلى جوار المحاكم العامة التي كان يطلق عليها محاكم الملك، ولكن بالرغم من استقلال المعاملات التجارية تماما عن العلاقات المدنية من حيث تنظيمها التشريعي والاختصاص القضائي بمنازعاتها، إلا أن كلا النوعين يتصفان بالوطنية بحيث بقيا محكومتين بقواعد وطنية من صنع المشرع أو مما جرى عليه الاجتهاد القضائي الوطني. بيد أنه منذ بداية هذا القرن حدث تطور نوعي ومنهجي فقد عاد للظهور قانون التجارة الدولية من جديد في شكل آخر أكثر ملائمة للأوضاع التجارية الدولية الحديثة وتآزرت عدة عوامل لنجاحه سنأتي على ذكرها لاحقا، ورأى فقهاء التجارة الدولية والمنظمات المختصة في هذا الشأن أن التقنينات التجارية الوضعية تشكل عائقا أمام تطور التجارة الدولية، لم تعد مناسبة لها لما تتطلبه من سرعة وائتمان وتوحيد موضوعي لقواعدها، وهي على حد هؤلاء الفقهاء خلقت طليقة ولا يجب تجميدها.

في ضوء هذا الاشكال طرحت من جديد على الصعيد الفقهي والقضائي مسألة إعادة النظر في مناهج تنازع القوانين بصفة خاصة في العلاقات التجارية ثم عمت إلى طوائف الاسناد الأخرى وقد شغلت هذه المسألة بال الفقهاء المعاصرين وأصبحت تشكل أحد الاهتمامات الرئيسية في القانون الدولي الخاص منذ منتصف القرن الحالي، فعمد الفقهاء إلى البحث عن البدائل لمنهج الاسناد بعد أن شككوا في قدرته على حل مشاكل التنازع، ووجهوا له انتقادات لاذعة بالنظر لما يشوبه أحيانا من نقص وقصور وأحيانا أخرى جمود في الحلول، وقد اقترحت بدائل له بغية إقصائه نهائيا من التطبيق في المعاملات التجارية الدولية، فقد عمد بعض الفقهاء إلى إقتراح القواعد الموضوعية الدولية الملائمة للعلاقات الخاصة الدولية كبديل لمنهج الاسناد، ورأى البعض الآخر تطبيق بعض القواعد القانونية تطبيقا مباشرا فوريا على أنها من قوانين البوليس والأمن التي تطبق على الكافة تطبيقا مباشرا وهناك المنهج الأمريكي المعروف بالمدرسة الواقعية الذي قوامه مبدأ الملاءمة ملاءمة القانون وملاءمة المحكمة.

وهناك أسباب جعلت الفقه المعاصر يهتم بمناهج التنازع في المعاملات التجارية الدولية قبل غيرها من نظم الاسناد أو طوائف الأحوال حسب التصنيف التقليدي، من أهمها:

أولا: ان المعاملات التجارية الدولية يسودها تنظيم دولي مشترك بطبيعتها لعبت فيه الأعراف التجارية الدولية دورا أساسيا ومهما، ان القوانين التجارية الوضعية الوطنية مهما تطورت لن تستطيع أن تجاري التطور الذي فرضه واقع

التعامل الدول وتستوعبه وكما يقول أحد الفقهاء ان المعاملات التجارية الدولية متمردة عن القوانين الوطنية.

ثانيا: ان تلك المعاملات تتميز بتنظيم محكم تسهر هيئات مهنية خاصة ومنظمات علمية متخصصة على توحيده عالميا كما سوف نرى لاحقا.

ثالثا: ان اختصاص هيئات التحكيم الدولي بفض المنازعات المحتملة في مجال التجارة الدولية جعل هذا الجهاز القضائي المتخصص يقوم بدور إبداعي في استنباط الحلول المناسبة خارج الاطر القانونية الوضعية، ان القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون المختص حسب الاجراءات الشكلية المفروضة عليه، فهو يأتمر بأمر مشرعه ويتقيد بنواهيه، في حين نجد المحكم الدولي لا يخضع لقانون شكلي معين، يسعى لفض النزاع بكل الوسائل المتاحة مهتديا في ذلك باتفاق الطرفين المتنازعين وما اتجهت إليه إرادتها، بل ويجوز له تحت ذريعة حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما ان يتحرر أصلا من تطبيق القوانين الوضعية، ان جهاز التحكيم الدولي له دور بارز في تطوير القانون والقواعد المطبقة على المعاملات التجارية الدولية والسعي لاكتشاف واستنباط القواعد الموضوعية كمنهج مستقل لمنهج الاسناد.

رابعا: تعد المعاملات التجارية الدولية من المواضيع الرئيسية في القانون الدولي الخاص الأقل حساسية بالاعتبارات الوطنية والنظم الاجتماعية، مثلا نظام الأحوال الشخصية ونظام الأموال العقارية قلما تتفق بشأنهما التشريعات الوضعية ويتنازل فيهما المشرع الوطني عن الاعتبارات الاجتماعية والسياسية التي تجعله يتبع سياسة تشريعية معينة بغض النظر عن النظم السائدة في

الدول الأخرى، وينبني على ذلك أن مجالات التوحيد الموضوعي لتلك النظم محدودة وقاصرة على بعض المسائل الاجرائية والشكلية، ولذلك يبقى نظام الاسناد في الأحوال الشخصية والأموال العقارية وأيضا في الالتزامات غير التعاقدية - بدرجة أقل حدة - هو النظام المفضل لحكمها وحده دون مزاحمة من المناهج الأخرى.

يتضح إذن، أن هذه الدراسة تستهدف الاحاطة بالتيارات الفكرية والفقهية وما توصل إليه القانون الاتفاقي والقانون التلقائي والاجتهاد القضائي في هذا الموضوع، وهي تنصب بوجه خاص على تنازع مناهج التنازع في العقود الدولية بالنظر لأهميتها في التجارة الدولية وكونها تشكل العصب الرئيسي لمبادلاتها، نهدف من خلالها إلى عقد المقارنة بين المنهج التقليدي القائم على نظام الاسناد والمناهج الحديثة البديلة، نبين من خلالها أوجه التعارض بينها وما إذا كان من الممكن أو الضروري الاستغناء كلية عن منهج الاسناد والاستعاضة عنه بأحد المناهج المقترحة بعد التطرق لأوجه النقد المحتملة لكل منهج، ولعل النبذة المقتضبة السابقة لتطور منهج الاسناد وظهور المناهج الأخرى تكشف الأضواء على كثير من النواقص وتحيط بالخلفيات القانونية والسياسية التي تقف وتدعم هذا التيار أو ذاك، ومن ثم نخلص في النهاية إلى التأكيد ما إذا كان هناك تعارض حقيقي بين تلك المناهج أم أن هناك تكامل فيما بينها بعد تحديد مرتبة كل منهج ومكانه الحقيقي، ان تنوع مناهج البحث في القانون الدولي الخاص من العلامات البارزة التي يمتاز بها هذا الفرع من القانون عن غيره وجعلته ثريا في توثيقه ونظرياته.

الفصل الأول

المنهج التقليدي القائم على نظام الاسناد

ان حل مشكل تنازع القوانين في ظل المنهج التقليدي يقوم على نظام الاسناد لمختلف الطوائف القانونية المعروفة في قانون القاضي، هذا المنهج معتمد حاليا في جل الأنظمة القانونية الوضعية وساد تاريخيا ، عماده تطبيق القانون المختص الذي تحدده آلية التنازع الوطنية المتمثلة في قواعد الاسناد لمختلف طوائف النظم حيث يتحدد على ضوئها القانون الواجب التطبيق، وقد ساد هذا المنهج دون منازع منذ القرون الوسطى وقننت قواعده في جل الأنظمة القانونية واستقر العمل بها فقها وقضاء، ويتميز هذا المنهج بخصائص معينة مشتركة في مختلف الأنظمة القانونية، ولكن تعوز حلوله الدقة أحيانا ويفتقر للأمن القانوني أحيانا أخرى، لذلك كان محلا للنقد والشك في قدرته على حل مشاكل التجارة الدولية، نورد فيما يلي أهم خصائصه ثم الانتقدات الموجهة له.

المبحث الأول

خصائص منهج الاسناد

نوجز أهم خصائص منهج الاسناد ومميزاته فيما يلي:

1 ـ يتسم حل تنازع القوانين في ظل هذا المنهج بطابع الوطنية، فهو حل

وطني ولو كانت العلاقات الداخلة في نطاقه تتصف بالأجنبية، حيث يلجأ القاضي من خلاله إلى إستشارة نظام التنازع المقرر في قانونه ويعتمد به وحده فيطبق ما يقضي به قانونه على إعتبار أن له إختصاصا أمرا مطلقا لتعلقه بالسيادة الوطنية، ولا ترد على هذا المبدأ الأساسي إلا استثناءات محدودة كرجوع القاضي إلى القانون الأجنبي على سبيل الاستثناء في بعض التكييفات الأولية والتفسيرات اللاحقة.

2 ـ ان قانون القاضي في ظل منهج الاسناد هو المرجع والحكم في ذات الوقت لتحديد الأوصاف الملائمة للمراكز القانونية، وتقوم نظرية التكييف، الذي يجب أن يتم دائما حسب قانون القاضي (1) بدور حاسم، بواسطتها تصنف المسألة محل النزاع ضمن طائفة من طوائف الاسناد الوطنية التي خصها المشرع بضابط اسناد محدد تمهيدا لتعيين القانون الواجب التطبيق عليها، ان خصيصة المرجعية والأولوية لقانون القاضي تفترض فيه الكمال والشمول لكل النظم وتجعل من تطبيق القانون الأجنبي ان تبث له الاختصاص مجرد مجاملة وتفضل، ولو أنها مجاملة من طرف المشرع عند وضع قواعد الاسناد اقتضتها ضرورات الحياة الدولية المشتركة، وليس من طرف القاضي عند تطبيق القانون.

3 ـ قوام حل تنازع القوانين في منهج الاسناد هو اختيار قاعدة الاسناد الأنسب والأكثر ملاءمة ومناسبة في ظل السياسة التشريعية المتبعة وطنيا، هناك ضوابط اسناد متعددة كقانون الجنسية وقانون محل إبرام التصرف

---

(1) المادة 9 من القانون المدني الجزائري.

وقانون محل تنفيذه وقانون موقع المال وقانون الارادة.. إلخ ويأخذ كل مشرع بضابط الاسناد الذي يناسب ظروف بلده في كل طائفة من طوائف الاسناد، نجد مثلا الأحوال الشخصية محكومة بقانون الجنسية في بعض النظم وبقانون الموطن في أنظمة أخرى وبقانون القاضي في أنظمة ثالثة، ونفس الأمر بالنسبة لطوائف النظم الأخرى، الأموال والوقائع القانونية. عن طريق هذه الضوابط يتحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية التي تتصف بالأجنبية من حيث أطرافها أو موضوعها أو سببها بما يشير إليه الضابط المعتمد في قانون القاضي بغض النظر عن القوانين الأخرى، هذا الحل هو المعمول به في كل الأنظمة الوضعية التي تأخذ بمنهج الاسناد، مهما كانت طريقة صياغة قاعدة الاسناد، سواء كانت صياغتها مزدوجة وحينئذ فهي متعدية بطبيعتها، أو كانت منفردة، وعندئذ ولو أن قاعدة الاسناد قاصرة إلا أنه يقاس عليها بمفهوم المخالفة، فالنص القاضي بأن الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين (1) نص مزدوج يحدد القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج الموضوعية بغض النظر عما إذا كانت جنسية الزوجين متفقة أو مختلفة وما إذا كان القانون الواجب التطبيق قانونا وطنيا أو قانونا أجنبيا مما يستنتج عنه أن نظام الاسناد نظام حيادي لا يملك القاضي من خلاله سلطة تقدير الحل الموضوعي الواجب التطبيق، أو هكذا

---

(1) المادة 11 مدني جزائري.

يبدوا الأمر للوهلة الأولى على الأقل، أما نص المادة 10 مدني جزائري الذي يقضي بأن الحالة المدنية للجزائريين واهليتهم تخضع للقانون الجزائري ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، فهو نص قاصر لأنه حسب الظاهر يحدد اختصاص القانون الجزائري وحده ولكن مع ذلك يفهم منه بمفهوم المخالفة أن الأجنبي يطبق على حالته المدنية واهليته قانون جنسيته طبقا للقانون الجزائري. المهم في كل ذلك أن المرجع دائما هو قانون القاضي في التكييف والاسناد في ظل هذا المنهج التقليدي.

4 ـ ان اعمال قواعد منهج الاسناد يؤدي إلى عقد الاختصاص التشريعي دائما لقانون داخلي لدولة معينة ومن ثم يستبعد هذا النظام اللجوء إلى القواعد القانونية الدولية والأعراف والعادات التي لم تتوطن بعد، وقد أفصحت محكمة العدل الدولية الدائمة سنة 1929 في قضية القروض الصربية والبرازلية (1) عن اعتناق هذا المنحى القانوني بقولها ان كل عقد غير مبرم بين الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد مصدره في قانون وطني، وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل اليوم ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين، إذن يستخلص من هذا الاجتهاد مسألتين بصدد الموضوع محل البحث أولاهما أن محكمة العدل الدولية الدائمة استبعدت تطبيق قواعد قانونية أخرى غير القواعد المقررة في القانون

---

(1) حكمها الصادر في 1929/7/12 تحت رقم 20، منشور في المجلة الانتقادية سنة 1929 ص 24 تعليق نبوابيه، وفي كلينيه 1929 ص 977 تعليق اندري بريدوم.

الداخلي، وثانيهما أن المنهج الواجب الاتباع في رأي المحكمة هو منهج الاسناد وحده، وقد كان الاجتهاد القضائي الفرنسي مستقرا على هذا الرأي أيضا ولكنه عدل عنه مؤخرا. (1)

5 ـ يقتضي أعمال منهج الاسناد تلازم الاختصاصين التشريعي والقضائي بصفة مباشرة أو غير مباشرة، بحيث يرتبط الاختصاص التشريعي الدولي بالاختصاص القضائي الدولي، ولو أن قواعدهما مختلفة إلا أن تأثير الثاني على الأول شيء مفروغ منه ومؤكد لان الحدود بينهما غير واضحة أو غير مضبوطة بما فيه الكفاية فيما يتعلق بالتمييز بين ما يعد من الاجراءات وما هو من الموضوع، ويعمد القاضي المعروض عليه النزاع تلقائيا إلى أعمال قواعد التنازع في قانونه كما يميل طبيعيا بحكم تكوينه وعواطفه ومعرفته الجيدة لقانونه لتفضيله عن غيره، لا سيما في ظل الأنظمة القانونية التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة والقاضي غير ملزم بتطبيقه تلقائيا ما لم يتمسك به الخصوم ويثبتوه، وهذا يؤدي حتما إلى إمكانية توقع القانون الواجب التطبيق في الحالات الغالبة بالنظر للتلازم بين الاختصاصين، ولو أنه تلازم ناتج من الخصيصة الأولى السابقة الذكر، بيد أن هذا التأثير ينجم عنه أحيانا مشكل تعارض الأحكام الصادرة من جهات قضائية مختلفة دوليا وصعوبة تنفيذها (2).

---

(1) راجع في تطور موقف القضاء من طبيعة القانون المطبق على العقد الدولي، رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج 1 ص 170 وما بعدها.

(2) راجع في علاقة الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي، باتيفول تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص. دروس أكاديمية لاهاي سنة 1973 ج 2 ص 85.

6 ـ ان مناط تطبيق القانون الأجنبي المختص وامتداده للخارج، متوقف على حالة موافقته أو معارضته للنظام العام في دولة القاضي، فيطبق إذا كان غير مخالف للنظام العام ويستبعد في الحالة العكسية ويحل محله قانون القاضي كمحل قرعي أو كقانون احتياطي، ويصدق هذا الحكم على إنشاء الحقوق وعلى التمسك بالنفاذ الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج التي يراد التمسك بآثرها في دولة أخرى، ويترتب على هذه الميزة لمنهج الاسناد أن مفهوم النظام العام، وهو بطبيعته مفهوم مرن يستعصي على التحديد الدقيق، يلعب دورا أساسيا في نظام الاسناد وتقويض حلوله من الأساس بمجرد أن القانون الأجنبي يوجد في حالة تعارض مع قانون القاضي في مفاهيمه العامة وأسس حلوله الموضوعية، ومن ثم يشكل النظام العام أحد العقابات الرئيسية لتطبيق القانون الأجنبي.

المبحث الثاني

الانتقادات الموجهة لمنهج الاسناد

تلك هي بايجاز خصائص المنهج التقليدي القائم على نظام الاسناد، وهو نظام ساد لفترة طويلة منذ القرون الوسطى دون منازع، غير أنه أصبح في الفترة الأخيرة مستهدفا ومحلا لانتقادات لاذعة وعديدة من طرف الفقه المعاصر حيث نعته بعبارات «أزمة المنهج التقليدي»، ووصفه بأنه منهج

يحتضر، وشكك في قدرته على حل مشاكل العلاقات الخاصة الدولية المتشابكة في وقت يعج بالنشاط التجاري الدولي الكثيف، ومن الفقهاء الذين تصدوا له بالنقد وشككوا في قدرته الفقهاء كيجل (1) KEGAL ونوهان NOHAN وفرانسيسكاكيس (2) FRANCESCAKIS ودافيد كيفرز CUVERS وبرنار كيري (3) CURRIE . وقد استهدفت انتقاداتهم حرمان قاعدة التنازع من دورها وصدارتها في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية على إعتبار أن منهجها قد تجاوزته الأحداث تحت ذريعة عدم ملاءمته، أو على الأكثر جعل هذا المنهج في ذات مرتبة المناهج الأخرى الحديثة، وقد تمثلت أهم الانتقادات الموجهة لمنهج الاسناد (4) فيما يلي:

1 ـ وصف معارضوا منهج الاسناد هذا المنهج على أنه يتسم بالشدة والتعقيد حلوله غير واضحة يقوم على نظريات فقهية مبهمة كنظرية المسألة الأولية (التكييف) ونظرية صراع النظم ونظرية تجزئة العقد، وإذا كان من الصعب على المتخصصين فهم حلول هذا المنهج واستيعابها فما بالك بعامة

---

(1) راجع مقاله KEGAL, The crise of conflict of law. RCADI, T 1 p 12
وراجع أيضا أودي برنار أزمة تنازع القوانين دروس أكاديمية لاهاي سنة 1984.

(2) Francescakis: quelque précision sur les lois d'application immédiate et leur rapport avec les règles de conflits de lois, Revue critique 1966 p 1 et sui.

(3) أنظر في فقه كيفرز وكيري وفي الفقه الأمريكي الحديث عموما في منهج تنازع القوانين مؤلف الاستاذ أحمد عبد الحميد عشوش تنازع مناهج تنازع القوانين طبعة 1988 ص 113 وما بعدها.

(4) أنظر في الانتقادات المرجع السابق ص 13 وما بعدها، ورسالتنا م.س.ج 1 ص 212 .

الناس الذين ليس لديهم دراية والمام كافيين بالقانون، هذا التعقيد وتلك الصعوبة أدت بأحد الفقهاء إلى وصف القانون الدولي الخاص عموما وصفا لاذعا يندى له الجبين ويمثل نكران الجميل لمنهج الاسناد ومكانته في تاريخ القانون الدولي الخاص فقال عنه «أنه مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار يدرسون مسائل غامضة ويستخدمون تعابير ومصطلحات تستعصي على الفهم»، كما انتقده الفقيه الأمريكي دافيد كيفرز بقوله أن قاعدة التنازع تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق وهي مغمضة العينين تقود إلى عدالة عمياء وأن الحلول المرضية المتوصل إليها عن طريق قاعدة التنازع هي حلول من قبيل الصدفة، وقال عنه الفقيه كيري، أنه منهج قد حكم عليه بالفشل بطبيعته، كما وصف فقه ستوري Story وبيل Beal المتأثر بمنهج الاسناد وأراء الفقه الاتيني عموما بأنه فقه عقيم، وهكذا اعتبر الفقه الواقعي الأمريكي الحديث قاعدة التنازع حسب منهج الاسناد على أنها قاعدة آلية أو ميكانيكية مناطها الاعتماد على التركيز المحلي والجغرافي للعلاقات القانونية دون النظر إلى محتواها ومضمونها. (1)

2 ـ ان منهج الاسناد يؤدي إلى عدم توقع الأحكام ويفتقر للأمن القانوني في أهم مجال للعلاقات الخاصة الدولية وهي المعاملات التجارية التي تخضع في معظم النظم القانونية إلى ضابط قانون الارادة (المادة 18 ف 1 مدني جزائري) (2) حيث يشوب تطبيق هذا الضابط في حالة غياب الارادة

---

(1) راجع فقه كيفرز معروضا في كتابه Critique of the shoic of hour problem 47 HARV.C.R 1933

ومقال سنة 1956 تحت عنوان Selected Reading on conflict of laws

(2) راجع رسالتنا السابقة الذكر في تحليل قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود الدولية.

الصريحة تخمين القاضي واحلال أرائه الشخصية للعدالة تحت ستار الارادة الضمنية والارادة المفترضة وتركيز العقد والمخالفة للنظام العام والأخذ بنظرية الاحالة محل القانون الذي أراده المتعاقدان.

3 ـ ان أعمال قواعد الاسناد يؤدي إلى تطبيق نصوص قانونية لا تتفق أحيانا مع طبيعة المركز القانوني فهو نظام مفرط في الدولية أحيانا ولو تعلق الأمر بمعاملات يومية بسيطة المفروض أن تكون محكومة بقانون القاضي لأنها تصرفات بسيطة لا تستدعي تحريك نظام دولي لحكمها، والسبب في ذلك ان قاعدة التنازع حيادية تكتفي بتحديد القانون الواجب التطبيق سواء كان وطنيا أو أجنبيا دون التطرق لمضمون الفكرة المسندة ومحتواها، ان قاعدة التنازع تقوم بدور أشبه بدور محول المكالمات الهاتفية من خط لأخر (1) أو على حد تعبير الفقيه الأمريكي كيفرز (2) هي مجرد عقل الالكتروني يستخدم في أحد مكاتب البريد المتطورة حيث يقوم بتوزيع الخطابات المرسلة حسب رقمها (الكود) دون أن يحاول معرفة الشخص المرسل إليه الخطاب على وجه الدقة.

وأحيانا أخرى يفتقر المنهج التقليدي إلى الدولية باعتبار القانون الذي سيحكم النزاع غير ملائم لأنه قانون وضع أصلا لحكم العلاقات الداخلية لا يتناسب مع خصوصيات العلاقات ذات الطابع الدولي.

---

(1) راجع مقال أحمد صادق القشيري الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 21 سنة 1965 وما بعدها.

(2) مشارا إليه في كتاب أحمد عشوش م.س ص 129 .

راجع ثروت اتبس الاسيوطي الصراع الطبقي وقانون التجارة داخل النهضة العربية 1965 وراجع في تطور قانون التجار منذ القرون الوسطى إلى غاية تقنين أحكامه في مختلف الأنظمة الوطنية، رسالتنا م. س. ج1 ص 56 وما بعدها.

ويعترف بوجاهة الانتقادات السابقة أنصار منهج الاسناد المعتدلين، حيث يقرر العميد باتيقول أن منهج تنازع القوانين قد أصبح زائفا لأنه يؤدي إلى تطبيق قواعد موضوعة أساسا لأوضاع داخلية على أوضاع دولية، وأن القواعد الوطنية ليس بمقدورها حكم علاقات التجارة الدولية (1)، ويقرر الفقيه فرانسيسكاكيس - (2) وهو مبتدع منهج القواعد ذات التطبيق المباشر - أن القواعد الداخلية تتميز بانعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية، ومثال ذلك أن يخضع البيع الدولي بما له من أهمية إقتصادية دولية وما يثيره من عمليات استثمارية متشابكة وصياغة قانونية معقدة كعقود نقل التكنولوجيا والمساعدة الفنية وانجاز المركبات الصناعية واستغلال الثروات الباطنية إلى ذات النصوص القانونية البسيطة المطبقة على عقد البيع الداخلي مما دعا بعض الفقهاء (3) إلى التساؤل إذا كان من الجائز تكييف العقود المركبة في أحد أنماط العقود التقليدية المسماة في القانون الداخلي؟ ثم يجيب بالنفي منوها بأنه لا يمكن بأمان أن نعتبرها نوعا خاصا من البيع أو عقد تسليم أو عقد عمل أو مجرد عقد ترخيص أو عقد بيع معرفة أو عقد مشاركة أو شركة مدنية. وقل مثل ذلك بالنسبة لعقود النقل الدولي بمختلف أنواعها

---

(1) بايتفول: La loi approprié ou contrat, melange B. goldman, Paris 1983, p 6

(2) فرانسيسكاكيس droit naturel et droit international privé, melange. maury T.1 Dalloz 1960 p 134.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة العقد الدولي الطليق م.س.ص 13 والمراجع المشار إليها بالهامش. وراجع في حقيقة هذه العقود وخصائصها وطبيعتها القانونية في مختلف الأنظمة رسالتنا م.س.ج 2 ص 432 وما بعدها.

وكذلك القروض الدولية وعقود استثمار الثروات الباطنية وغيرها من العقود الدولية الحديثة.

4 ـ ومن جهتنا نعتقد أنه مما يضعف موقف أنصار الاسناد اختلافهم فيما بينهم في تطبيق نظام الاسناد الذي ينبغي اتباعه هل هو نظام الاسناد الثنائي أو المعتدي أي نظام الاسناد المزدوج الذي يعتمد على الربط الموضوعي بصفة مجردة للعلاقات القانونية، أم هو نظام الاسناد القاصر المسمى بنظام الاسناد المنفرد ؟. ان النظام الأول أصبح مستهدفا ومحل للنقد من طرف فقهاء القانون الدولي الخاص ذوي النزعة الوطنية لما ينطوي عليه من تعد صارخ - في اعتقادهم - على سيادة الدول الأجنبية باقحام قوانينها وارغامها على التطبيق رغم أنفها أحيانا في حالة التنازع السلبي بين القوانين واقصائها من التطبيق وتفضيل قانون القاضي عنها تلقائيا في حالة التنازع الايجابي وكان قانون القاضي من ضمن القوانين المتنازعة، أو تفضيل أحد القوانين الأجنبية المتنازعة عما عداها مع أنها جميعا مختصة طبقا لقواعد التنازع فيها. هذا القصور ناتج عن الاحتكام لقانون القاضي في حالة التنازع الايجابي. وبناء عليه فضل الفقهاء ذوو النزعة الوطنية نظام الاسناد الأحادي أو المنفرد باعتباره يؤدي إلى اختصاص القانون الوطني وكفى ومن غير اعتماد مفهوم المخالفة كوسيلة لاستخلاص اختصاص القانون الأجنبي في حالة رفض قانون القاضي الاختصاص، وهذا انطلاقا من مبدأ مساواة الدول في السيادة المكرس في القانون الدولي العام الذي من مظاهره أن تحترم قوانين الدول، بيد أن هذا الحل لا تحمد عقباه بدوره، إذا ادعى أكثر من قانون الاختصاص لنفسه حسب

قواعد التنازع فيها أو رفضت كل القوانين الاختصاص، في هذه الحالة وحتى لا تبقى العلاقة القانونية معلقة يطبق قانون القاضي كحل فرعي في حالة التنازع السلبي أو يضطر لاعمال مفهوم المخالفة للقاعدة المنفردة.. هذا الخلاف بين الفقهاء أنصار الاسناد أضعف موقفهم وجعل خصومهم الرافضين لنظام الاسناد، ينظرون إلى هذا الأخير كنظام هش في حقيقته غير متماسك في حلوله وآلياته ولا يحتمل الصدمات، نعم إذا كان مظهر نظام الاسناد يوحي بأنه نظام متكامل إلا أنه ينطوي على تناقض داخلي لاختلاف وجهة نظر مؤيديه بين الوطنية والعالمية. (1)

تلك هي باختصار أهم الانتقادات الرئيسية الموجهة للمنهج التقليدي، وكما يلاحظ فإنها انتقادات نسبية تصلح في بعض جوانبها ولكن لا تتمتع بقيمة مطلقة ولو كانت تخص مسائل منهجية وتنازع في نفس الوقت في مضمون الأفكار المسندة، ومع ذلك يبدو لنا أنها انتقادات تتجاهل أحيانا الدور الاجتماعي لقاعدة التنازع ومعطيات مشاكلها وظروفها التاريخية، ان حلول التنازع في حقيقتها هي حلول توفيقية بين الوطنية المتطرفة بمظهرها المتجسد في مبدأي الاقليمية والامتداد المطلقين والمتعارضين أشد التعارض وما تتطلبه خصوصية العلاقات الخاصة الدولية من تنظيم عالمي وموضوعي لتلك العلاقات المشتركة. يلاحظ أن الانتقادات السابقة تنصب كلها حول مضمون الفكرة المسندة في مسائل التجارة الدولية، ولكنها تتجاهل ان قواعد الاسناد

---

(1) راجع في هذا الشأن رسالتنا السابقة الذكر ، ج .1

تحكم أيضا مجالات أخرى كنظام الأحوال الشخصية الذي يمثل مجالا فسيحا لتنازع القوانين وهو عبارة عن نظم وطنية تقوم على أسس اجتماعية وخلقية ودينية قلما تتفق بين مجتمع وآخر مما يجعل اللجوء لنظام الاسناد بشأنها مسألة ضرورية لا مفر منها ما دام المشرع الوطني يتخير من أجلها وسيلة الاسناد الملائمة في ضوء السياسة التشريعية المتوخاة لتحقيق الأهداف العامة المرسومة لنظام مجتمعه. ويصدق هذا الأمر أيضا على طوائف النظم الأخرى كالأموال والأفعال الضارة والقواعد الموضوعية الداخلية في نطاق القانون الدولي الخاص كالجنسية والموطن وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب.

ان معارضي الدور الأساسي الذي يضفيه المنهج التقليدي على قاعدة الاسناد الوطنية يسعون في حقيقة الأمر إلى تدويل قواعد التجارة الدولية in-ternationalisation وتحريرها من الرقابة التشريعية والتنظيمية والقضائية للقانون الداخلي تحت ذرائع معروفة كقولهم ان منازعات التجارة الدولية هي منازعات دولية بطبيعتها مما يستوجب ان تكون حكومة بقواعد دولية تتميز بالمرونة وسهولة التطبيق والرواج في مجتمع رجال الأعمال والمتعاملين الدولين ويجب أن يحكم فيها قضاء دولي (1)، وهذا الرأي تقف وراءه وتدعمه المنظمات المهنية والشركات المتعددة الجنسيات سعيا منها لتحرير هذه المعاملات من نطاق القانون الداخلي كي يطبق عليها ما يسمى بقانون التجار LEXMERCATORIA هذا الاتجاه يعيد ونحن على عتبة نهاية هذا القرن

---

(1) راجع في تدويل قواعد التجارة الدولية شكلا وموضوعا، رسالتنا م. س ج 2 ص 354 وما بعدها.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق.

تمثيل فصول مسرحية الصراع الطبقي وقانون التجار التي كانت قد دارت رحاها في القرون الوسطى ولكنها الآن تمثل بوجه معاكس تماما (2)، لهذا السبب ظهرت مناهج بديلة للمنهج التقليدي مقترحة من طرف فقهاء قانون التجارة الدولية بصفة خاصة لتقوم مقام منهج الاسناد، وأهمها في الوقت الحاضر منهج القواعد الموضوعية وكذلك منهج القوانين ذات التطبيق المباشر أو قوانين البوليس والأمن وأخيرا منهج الملاءمة الأمريكي أو المنهج الواقعي.

الفصل الثاني

منهج القواعد الموضوعية

أقترح هذا المنهج كبديل لقاعدة التنازع التي ينجر على أعمالها عقد الاختصاص التشريعي في العلاقات الدولية الخاصة لقانون داخلي معين، وهو ما لا يتلاءم في رأي معارضي منهج الاسناد مع الخصوصيات المميزة لتلك العلاقات. والقواعد الموضوعية أو المادية منها ما هي ذات أصل داخلي وإن كانت معدة أساسا لحكم العلاقات الدولية الخاصة، ومنها ما هي ذات أصل دولي، وفي كلتا الحالتين ان الوصول إلى إقرار هذا المنهج البديل واستغنائه عن منهج الاسناد، ومهما كانت قواعده رائجة في الأوساط التجارية والمهنية والهيئات العلمية المختصة في شؤون التجارة الدولية، فهو يقتضي جهودا دولية معتبرة لجمع تلك القواعد وتوحيدها وتنقيحها وتضحية وطنية لاحلالها محل القانون الداخلي.

وسوف نتطرق فيما يلي إلى نوعي القواعد الموضوعية.

المبحث الأول

القواعد الموضوعية ذات الأصل الداخلي

كثيرا ما نصادف أحكاما تشريعية وتطبيقية أو مبادئ قررها القضاء تخص المعاملات الدولية من ذلك الأحكام التشريعية الخاصة بالرقابة على الصرف والتنظيم الوطني الخاص بالاستيراد وتصدير البضائع، ان تلك القواعد من أصل داخلي ولكنها معدة أساسا لحكم العلاقات الدولية وأول صعوبة تثيرها تلك الأحكام هي عدم تحديد مجال تطبيقها بدقة، وبالتالي ان التمييز بينها فيما يخص ما هو خاص بالعلاقات الدولية وما هو خاص بالعلاقات الداخلية يبقى مشكلا وينبغي الحسم فيه بصفة أولية وعلة ذلك هو اختلاف التشريعات الوطنية حسب التكييف الخاص بكل مسألة على حدة.

ان اختلاف جنسية الطرفين وورود شرط تحكيم في العقد ليست قرائن قاطعة على دولية العلاقات القانونية فقد تكون مسائل عارضة أو أولية أو مصطنعة، كذلك من الصعب التمييز بين عقد البيع الداخلي وعقد البيع الدولي، ودليل ذلك ان اتفاقية لاهاي لسنة 1964 الخاصة بالقانون الموحد للبيع الدولي أثارت جدلا فقهيا كبيرا حول المقصود بالبيع الدولي (1) حسب

---

(1) رجع فيليب كاهن La convention de la haye du 1er juille portant loi uniforme sur la vente internationale. R.T de dr.con. 1964 p 692:

نظام الاسناد يكفي وجود نقاط ارتكاز تخص اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ولكن ذلك لا يبرر تلقائيا وجود قواعد مادية نوعية خاصة به (1).

وتتنوع القواعد الموضوعية ذات الأصل الداخلي إلى قواعد موضوعية تشريعية وطنية وقواعد موضوعية أقرها القضاء الداخلي. ونتطرق إليهما فيما يلي.

المطلب الأول
القواعد الموضوعية التشريعية الوطنية

هناك قواعد وطنية تشريعية معدة أصلا لحكم العلاقات الخاصة الدولية راعى المشرع عند وضعها وصياغتها خصوصيات العلاقات التجارية الدولية ومن هذا القبيل الأحكام الواردة في بعض التشريعات التجارية الوطنية كمدونة العادات التجارية اليوغوسلافية سابقا التي أقرتها المحكمة الاقتصادية العليا سنة 1954 في هذا البلد، والتقنين الخاص بالتعاون التنموي والصناعي وتحويل التكنولوجيا الصادر في 14 جوليت 1978 في هذا البلد أيضا، وكذلك تقنين التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي سابقا الصادر

---

(1) راجع باتيفول المقال السابق ص 108 .

في سنة 1963، وأيضا تقنين العقود الاقتصادية الدولية لجمهورية ألمانيا الدميقراطية سابقا الصادر في 5 فيفري 1976، وكذلك التقنين التجاري الأمريكي الموحد official texte with en comment وأيضا مدونة المصطلحات التجارية الأمريكية Revised American foring trad difinitions . ان كل القوانين المشار إليها سابقا هي قوانين داخلية ولكنها وضعت بشكل يلائم الطبيعة الخاصة التي تتسم بها العلاقات الخاصة الدولية في المجال التجاري بوجه خاص، فقد روعي في سنها المتطلبات الحديثة في التجارة الدولية، ولكن مع ذلك فإنها قواعد لا تستغني عن منهج الاسناد بحيث لا تطبق تلقائيا وإنما يتعين أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي سنتها، حسب قواعد الاسناد في ذلك القانون أو أن المتعاقدين يحيلان على تطبيقها، وبناء عليه فمناط تطبيقها في كل الأحوال متوقف على ما يقتضيه نظام الاسناد من حيث الأخذ بقانون الارادة أو تركيز العقد.

المطلب الثاني

القواعد الموضوعية التي قررها القضاء الداخلي

رسخ القضاء في بعض الدول مبدأ عاما يتلخص في الكفاية الذاتية للعقد الدولي وتحرره بصفة جزئية أو كلية عن القانون الداخلي، وقرر قواعد موضوعية تطبق مباشرة في مجالات التجارة الدولية، من تلك القواعد ما قرره

الاجتهاد القضائي الفرنسي من استبعاد تطبيق المادتين 83، 1004 (1) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الخاصتين بحظر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة والأشخاص العامة إذا ما تعلق الأمر بعقد أبرم لتلبية متطلبات التجارة الدولية وضمن الشروط المناسبة للأعراف التجارية الدولية، إذ أقرت محكمة النقض الفرنسية في قضية جلاكيس (2) وفي قضايا أخرى تالية قاعدة موضوعية تطبق مباشرة على المبادلات التجارية الدولية بدلا من اللجوء إلى منهج التنازع، وتتمثل في الاعتراف بمشروعية شرط التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة مع الأشخاص الأجنبية، وهذا خلاف لنص المادتين 83، 1004 السابقتين، كما أرست نفس المحكمة قاعدة موضوعية أخرى هي مبدأ إستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم la clause compro-missoire عن العقد الأصلي موضوع التحكيم من حيث صحته أو بطلانه ومن حيث القانون الواجب التطبيق عليه، ومن ثم أصبح شرط التحكيم لا يرتبط بالعقد الأصلي وجودا وعدما (3)، ففي قضية جوسي (4) قالت محكمة النقض بصريح العبارة:

---

(1) تقابلها المادة 442 ف 3 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري.

(2) نقض مدني فرنسي في 1966/5/2 قضية جلاكيس المجلة الانتقادية 1967 ص 553 تعليق جولدمان، مجلة كلينيه 1966 ص 684 .

(3) راجع في هذا الموضوع رسالتنام.س.ج1 ص 28، ج 1 ص 35 وما بعدها. سامية راشد التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ج1 منشأة المعارف الاسكندرية 1984 . أحمد عبد الكريم سلامة م.س، ص 215، أسعد محند.م.س، ج1 ص 118 . ومن أحكام القضاء الفرنسي في هذا السياق ما قضت به محكمة النقض في 1963/5/2 في قضية جوسي، المجلة الانتقادية 1963 ص 115 تعليق موتولسكي، وفي قضية امبيكس في 1971/5/18، مجلة كلينيه 1972

«في مسائل التحكيم الدولي ان شرط التحكيم سواء أبرم بصفة مستقلة أو ورد ضمن التصرف القانوني يشكل دائما - ما عدا في حالة ظروف استثنائية والتي ليست واردة في النزاع - استقلالية قانونية كاملة une complète auto-nomie juridique». وأكدت نفس المحكمة هذا المبدأ القانوني في قضية أمبيكس(1)، مقررة أن بطلان العقود الأصلية لعدم مشروعية سببها بسبب الغش لا يؤثر على مشروعية شرطا التحكيم الذي يعد مستقلا من الناحية القانونية طبقا للقانون الدولي الخاص الفرنسي. وقالت نفس المحكمة في قضية هيشت: «في مسائل التحكيم الدولي يشكل شرط التحكيم استقلالا كاملا» بل وتطور موقف القضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى أكثر من ذلك في هذه القضية وقضايا أخرى مماثلة.

كما أقر القضاء الفرنسي قاعدة موضوعية أخرى في مجال العقود الدولية هي قاعدة صحة شرط الذهب، إذ أجازت محكمة النقض في حكمها المؤرخ في

ص 62 تعليق برينوا وبيتي. وكذلك في قضية هيشت بتاريخ 1972/7/4 المجلة الانتقادية 1974 ص 82 تعليق لاليف. راجع في هذه الأحكام وتحليلها رسالتنا م.س ج 1 ص 29 .

(4) الهامش السابق، وتتمثل وقائع هذه القضية في طلب تنفيذ قرار تحكيمي إيطالي أمام المحاكم الفرنسية، وكان قد صدر بناء على شرط تحكيم وارد في عقد تمثيل تجاري، البائع مستورد فرنسي، والمشتري مصدر إيطالي، حيث تمسك الطرف الفرنسي أمام محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز تنفيذ قرار التحكيم على أساس بطلان العقد الأصلي لمخالفته النظام العام الفرنسي نظرا لعدم مراعاة القواعد الآمرة الخاصة بالاستيراد، وأنه ما دام العقد الأصلي باطلا يبطل شرط التحكيم الوارد فيه أيضا بالتبعية ومن باب أولي يبطل التحكيم الصادر بعد ذلك، ولكن محكمة النقض أهملت هذا الدفع وقررت المبدأ الوارد أعلاه.

(1) تتجلى أهمية هذه القضية في كون محكمة النقض الفرنسية أيدت الحكم محل الطعن (باريس في 1970/6/19 المجلة الانتقادية 1971 ص 692 تعليق ليفل) مع استبعاد

1950/6/21 في قضية الارساليات البحرية(1) les messagerie mari-time صحة هذا الشرط la clause - or مع أنه في العقود الداخلية هو شرط باطل عملا بقاعدة الزامية الدفع بالعملة الورقية، مؤكدة بذلك حرية اختيار عملة الوفاء في العقود ذات الطبيعة الدولية، وكانت المسألة القانونية المطروحة في هذه القضية تتلخص فيما إذا كان عقد القرض المبرم في كندا المعلن عنه من طرف شركة فرنسية تجاه بعض الممولين الكنديين والذي اشترط فيه الوفاء على أساس قيمة الذهب، وكان القانون الكندي عند إبرام العقد (قبل سنة 1937) يجيز صلاحية هذا الشرط، ولكن طرأ تعديل تشريعي بموجب قانون the gold cluse acte of april 10, 1937 ألغي شرط الوفاء بالذهب، فتمسكت الشركة المذكورة بهذا القانون عند مطالبتها بالوفاء أمام القضاء بالذهب، وأبدت رغبتها بالوفاء بالقيمة الأسمية لعملة الوفاء ودافعت ببطلان شرط الوفاء بالذهب، فقضت محكمة استئناف باريس (2) سنة

التأسيس الذي اعتمدت عليه محكمة الاستئناف، فقد عللت محكمة الاستئناف حكمها على أساس أن إشارة الأطراف الصريحة لتطبيق القانون الفرنسي على العقد محل النزاع لا تعني إخضاع شرط التحكيم لذات القانون ففي مكنتهم اخضاعه لقانون آخر ولو كان القانون الواجب التطبيق على العقد لا يجيز شرط التحكيم، ولكن محكمة النقض وإن أيدت الحكم المطعون فيه إلا أنها قدرت أن شرط التحكيم يشكل قاعدة موضوعية مستقلة في العقود الدولية.

(1) المجلة الانتقادية 1950 ص 609 تعليق باتيفول، سيريه 1951 . 1 . 1 تعليق نبواييه مجلة كلينيه 1951 ص 4 تعليق ليروبور بيجونيير.

(2) باريس في 1940/4/24 سيريه 1942 . 2 . 29 تعليق نبواييه، غازيت القصر 1940 . 1 . 433 .

1940 بأن شركة الارساليات البحرية قد نعت على أساس أن العقد يجب أن يسند بالضرورة إلى تشريع داخلي لبلد معين ولكن في مجال التسوية الدولية تكون الاتفاقيات التي يترتب عليها شرط الوفاء بالذهب شريعة الأطراف، أي يتعين احترام مضمون الاتفاق كما حدده الأطراف، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم بعد الطعن أمامها فيه بنفس التأسيس القانوني موضحة أن ركون المتعاقدان إلى قيمة الذهب للدولار الكندي وفقا للقانون المطبق عند إبرام العقد يكونون قد قصدوا مقدما اخراج اتفاقهم من كل الاجراءات التشريعية التي من شأنها انقاص قيمة الدين بتعديل وزن وصفة الدولار ذهب.

وقد أوضح الفقيه ليروبور بيجونيير (1) في تعليقه على هذا الحكم ان قاعدة اختيار عملة الوفاء في التسويات الدولية التي قررها القضاء الفرنسي تشكل قاعدة موضوعية تطبق بصفة مجردة عن القانون الواجب التطبيق على العقد في العلاقات الدولية وان النظام العام الفرنسي يتعارض مع القوانين الأجنبية التي لا تقبل مبدأ حرية اختيار عملة الوفاء في التسويات الدولية.

بيد ان وضوح موقف القضاء الفرنسي في هذا الشأن واستقراره على القاعدة السابقة لم يدم طويلا فقد جنحت ذات المحكمة عنه في قضية حديثة نسبيا (2) تتلخص وقائعها في إبرام عقد قرض بين شركة يقع مقر إدارتها الرئيسي في الجزائر - بعد الاستقلال - من طرف فرع لها يوجد مقره في فرنسا مع بنك فرنسي، اتفق فيه على أن تكون عملة الوفاء هي الفرنك، وهي العملة

---

(1) مجلة كلينيه 1951 ص4 .

(2) نقض مدني فرنسي في 1972/2/15 المجلة الانتقادية 1973 ص 73 .

الفرنسية والجزائرية في ذلك الوقت، ولكن على إثر تغييز العملة الجزائرية سنة 1964 إلى الدينار، نص قانون جزائري على أن كل الالتزامات السابقة الواجبة الوفاء بالفرنك تستحق بالدينار على أساس دينار واحد يساوي فرنك واحد، وبعد انخفاض قيمة الفرنك الفرنسي سنة 1969 ثار نزاع حول تحديد الثمن الحقيقي الواجب الوفاء، فهل أن البنك الدائن يستطيع المطالبة بقيمة القرض حسب عدد الدنانير المساوي لعدد الفرنكات المتفق عليها أم أن الشركة المدينة تلتزم بدفع مقابل قيمة الدينار لعدد الفرنكات الواردة في العقد حسب قيمتها يوم الوفاء. في هذه القضية أخذت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق قانون العقد جسب عملة الوفاء أي القانون الجزائري وعوض أن تعمد إلى تطبيق الشرط كقاعدة موضوعية لجأت إلى إستخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد حسب نقاط التركيز فيه طبقا لمنهج الاسناد، وبذلك قررت أن البنك الدائن يجوز له أن يطالب بعدد الدنانير المساوي لعدد الفرنكات المتفق عليها. إذن وجه الخلاف بين ما قضت به محكمة النقض في هذه القضية والمبدأ المقرر في قضية الارساليات البحرية هو أنه في قضية الارساليات البحرية استبعدت المحكمة القانون المختار أصلا جاعلة من حرية الاختيار لعملة الوفاء قاعدة مادية في المعاملات الدولية، بينما في القضية السابقة عمدت المحكمة إلى تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد حسب منهاج التنازع، مع أن تعديلا لاحقا طرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد (1).

---

(1) راجع في الشروط النقدية في العقود الدولية من حيث التمييز بين عملة الوفاء monaie de paiment وعملة الدفع monaie de compte وموقف القضاءين الفرنسي والانجليزي، رسالتنا م.س.ج 2 ص 316 .

وقد اختلف الفقهاء في الأساس القانوني لتطبيق الشروط النقدية، فبرر الفقيه ليروبور بيجونيير (1) صحة شروط الذهب في قضية الارساليات البحرية على أنها قاعدة موضوعية نابعة من قانون التجارة الدولية مباشرة ولا تحتاج من حيث التطبيق لتزكية من نظام قانوني وطني معين، مما يستتبع استقلاليتها عن نظام الاسناد، ولكن هذا التعليل يخالف مبدأ آخر قررته محكمة النقض الفرنسية وهو أن كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat . في حين رأى الفقيه باتيفول (2) أن حرية اختيار عملة الوفاء تشكل قاعدة موضوعية نابعة من حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومن ثم تكون قاعدة وطنية وليست دولية، مما يستوجب لتطبيقها ان يجيزها القانون المختار. ولكن هذا الرأي وان اتفق مع التطور الأخير لاجتهاد القضاء الفرنسي في حكمه بتاريخ 1972/2/15 المشار إليه سابقا إلا أنه يتناقض مع المبدأ الذي خلصت إليه ذات المحكمة، محكمة النقض الفرنسية، في حكمها بتاريخ 1950/6/21 .

والخلاصة أن القضاء أرسى مبادئ اعتبرها قواعد موضوعية تطبق على العقود الدولية دون اللجوء إلى منهج الاسناد أو الاستئناس به، بل من الممكن

---

(1) راجع مقاله بمناسبة العقد الدولي، مجلة كلينيه 1951 ص 4 وما بعدها.

(2) راجع تعليقه على حكم 1972/15، المجلة الانتقادية 1973، ص 77 .

أن نضيف للمبادئ السابقة اهتمام الفقه الحديث بقواعد مادية أخرى لا تزال في طور النمو والنضج كي تصبح قواعد موضوعية صالحة للتطبيق في علاقات التجارة الدولية، ومن ذلك شرط حق المعارضة droit de vêto وشرط حصة الأسد la clause lionine وشرط هاردشيب la clause Hardshep حيث يحاول بعض الفقهاء إضفاء طابع المشروعية عليها في العلاقات الدولية مع أنها شروط باطلة في المعاملات الداخلية.(1)

وفي القانون الجزائري رغم أن المادة 442 ف 3 من قانون الاجراءات المدنية سابقا كانت تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات إلا أنه من حيث التطبيق، وما جرى به العمل يلاحظ تخفيفات لهذا المبدأ، إذ عملت الدولة الجزائرية إلى قبول مبدأ التحكيم الدولي في كثير من معاملاتها الخاصة الدولية، من ذلك الاتفاق المبرم بين فرنسا والجزائر في 1963/5/26 (2)، وكذلك الاتفاق المبرم بتاريخ 1965/7/29 (3) بين نفس الدولتين، وكذلك الاتفاق المبرم بين شركة سوناطراك وشركة جيتي بيتروليوم في 1968/10/19 (4) وكذلك البروتوكول الموقع عليه من طرف وزير الطاقة الجزائري في ذات التاريخ، هذه

---

(1) راجع رسالتنا م.س.ج 2 ص 437، مركدال، الخصائص القانونية للعقود الدولية للتعاون الصناعي مجلة القانون والتطبيق في التجارة الدولية 1984 ج 10، العدد 3 ص 331 .

(2) الجريدة الرسمية رقم 67 بتاريخ 1963/9/17 .

(3) الأمر 287/65 المؤرخ في 1965/11/12 .

(4) الأمر رقم 59/68 المؤرخ في 1968/10/31، الجريدة الرسمية رقم 88 لسنة 1968 .

الاتفاقيات تقضي كلها باللجوء إلى تحكيم دولي خاص، هذا فضلا عما درجت عليه عقود القانون الخاص التي تبرمها الشركات الوطنية الجزائرية من قبول مبدأ التحكيم الدولي كوسيلة لفض المنازعات بينها وبين الشركات الأجنبية المتعامل معها (1).

ورغم غموض الموقف الرسمي للجزائر تجاه التحكيم الدولي سابقا، إلا أن الوضع قد اتضح تدريجيا (2) بعد أن أخذت تتجه إلى إعتناق سياسة الاقتصاد الحر، فقد انضمت إلى إتفاقية نيويورك المؤرخة في 1958/6/10 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها (3)، وتم تعديل القانون التجاري بما يتلائم مع التفتح على الاقتصاد الحر في السوق الدولية (4) وكذلك تعديل المادة 442 من قانون المرافعات (5)، حيث سمح المشرع بموجب هذا التعديل للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يلجأوا إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم التجارية الدولية، بعد أن كان النص القديم يحظر عليهم اللجوء إلى التحكيم الدولي مطلقا.

---

(1) راجع في هذا الشأن رسالتنا، م.س.ج 2 ص 416 وما بعدها ولا سيما ص 418 . وراجع أيضا بلقاسم بوزانة، منازعات المحروقات بين الجزائر والشركات الأجنبية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985 ص 375 هامش 24، 25

(2) المرجع السابق ص 419 وما بعدها.

(3) مرسوم 233/88 المؤرخ في 1988/11/5، الجريدة الرسمية رقم 48 لسنة 1988 .

(4) المرسوم التشريعي رقم 8/93 المؤرخ في 1993/4/25، الجريدة الرسمية رقم 27 لسنة 1993 .

(5) المرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 1993/4/25، الجريدة الرسمية رقم 27 لسنة 1993 .

وقد أخذ المشرع بموجب المرسوم السابق بآخر الأحكام الموضوعية المستمدة مما جرى عليه التطبيق الدولي والتي توصل إليها الاجتهاد القضائي الدولي وأقرتها التشريعات الحديثة لبعض الدول ضمن أحكام تجارتها الدولية من ذلك:

- الغاء الحظر الخاص بأشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم الخاصة التجارية الدولية.

- اعتماد التعريف المتعارف عليه دوليا للتحكيم الدولي، فقد نصت المادة 458 مكرر 1 على أنه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

- كذلك نصت الفقرة 14 من نفس المادة على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

- واعطت الفقرة 15 من نفس المادة صلاحية الفصل كمفوض لهيئة التحكيم إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة.

المبحث الثاني

القواعد الموضوعية ذات الأصل الدولي

تتمثل القواعد الموضوعية ذات الأصل الدولي في الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم المسائل المتعلقة بمجالات القانون الخاص، حيث ترى الدول أحيانا أن من مصلحتها توحيد بعض النظم القانونية الخاصة بتنظيم مراكز دولية معينة، مثال ذلك الاتفاقيات الضريبية وأنظمة التصدير والاستيراد والمعاهدات المتعلقة بتوحيد أحكام الأوراق التجارية والمعاهدات الخاصة بالملكية الصناعية والأدبية والفنية والمعاهدات المنظمة للبيوع الدولية ومعاهدات النقل الدولي وكذلك المعاهدات المنشئة أو المدمجة لشركات إقليمية كشركات المساهمة الأوروبية société Anonyme Européene وشركات القانون الأوروبي société de droit Européene والشركات ذات الطابع الأوروبي société de type Européene ورغم أهمية هذه الميادين في التجارة الدولية إلا أنها تبقى محصورة النطاق بالنظر للمجالات الواسعة الخاضعة لهيمنة نظام الاسناد في القانون الدولي الخاص.

والجدير بالذكر أن القواعد الموضوعية المقررة في هذا السياق في المعاهدات الدولية، وان كانت ذات أصل دولي إلا أنه ينبغي التمييز في شأنها، فبعضها تبقى محتفظة بطابعها الدولي باعتبارنها قواعد موضوعية دولية موضوعة

خصيصا للعلاقات الخاصة الدولية وتطبق فقط على رعايا الدول المتعاقدة حسب وسائل التركيز المعتمدة فيها، وعلى ذلك تبدو هذه القواعد لأول وهلة كمنهج مستقل عن منهج الاسناد وبديل له بحيث تقوم مقامه، غير أن منهج الاسناد يستعيد دوره ولو جزئيا حيث يزاحمها في التطبيق بصفة عرضية بمناسبة تكييفها أو تفسيرها، لاسيما إذا لم تتضمن المعاهدة نصا خاصا في هذا الشأن فتطبق عليها القواعد العامة في التكييف. والبعض الآخر من القواعد الدولية تفقد طابعها كقواعد دولية موضوعية فتصبح قواعد وطنية إذا تبنت الدول المتعاقدة التشريع الموحد الواردة فيه كجزء من القانون الداخلي، فيطبق حينئذ هذا التشريع كجزء من القانون الداخلي على العلاقات الدولية والداخلية على السواء دون تميز بغض النظر عن طبيعة العلاقة ما إذا كانت تمس بمصالح التجارة الدولية أولا وأيضا بغض النظر عن جنسية طرفيها، هذا هو الأسلوب الذي سارت عليه اتفاقيتا جنيف لسنة 1930 وسنة 1931 حيث قررتا قواعد موحدة أدمجت أحكامها كجزء من التشريع الداخلي فيما يتعلق بأحكام السفتجة والسندات الأذنية والشيك، وهو نفس الحل الذي أخذت به أيضا إتفاقية لاهاي لسنة 1964 المتضمنة القانون الموحد للبيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث نصت المادة الثانية، منها على أن استبعاد قواعد التنازع يتم بقصد تطبيق المعاهدة ما لم تنص هذه القواعد على خلاف ذلك مما يفهم منه أن المعاهدة تطبق بشأن إبرام البيع أو تنفيذه إذا عرض النزاع على محكمة دولة متعاقدة. ولكن هل معنى ذلك أن هذا الأسلوب سوف يودي إلى الاقصاء النهائي لمنهج الاسناد بالنظر لعيوبه ويستتبع قيام تشريع موضوعي عالمي اقتضته ضرورات دولية واقعية،؟، ان توحيد التنظيم القانوني للمركز المراد تنظيمه بهذا الشكل لا يمكن أن يكتب له النجاح بمفرده، ما لم تصاحبه وحدة سياسية أو على الأقل وحدة قضائية على حد تعبير العميد

باتيفول (1) تسعى لتفسير الاتفاقية الدولية تفسيرا موحدا، في حين أن التنظيم الحالي يعطي للجهات القضائية الوطنية حرية تفسير الاتفاقية الواحدة حسب المفاهيم القانونية في قانون القاضي، وهو الأمر الذي يؤدي حتما إلى تفسيرها تفسيرا متعارضا، وما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية هوك (2) دليل واضح على ذلك. بالاضافة إلى الصعوبات السابقة، ان نظام القواعد الموضوعية الموحدة كثيرا ما يقتصر مفعوله على الدول أطراف المعاهدة لاسباب عدة كأن تتحفظ الدولة على تطبيق المعاهدة بممارسة حقها في التشريع وتنظيم علاقاتها بصفة مستقلة حسب ما تقتضيه مصالحها مع الدول الأخرى غير الأطراف في المعاهدة، وهذا ما عمدت إليه اتفاقية بروكسيل لسنة 1910 الخاصة بنظام التصادم والانقاذ البحريين (3) حيث نصت الاتفاقية

---

(1) مقاله السابق تعدد المناهج م.س، ص 114 .

(2) نقض مدني فرنسي في 1963/3/14 مجلة كلينيه ص 608 تعليق جولدمان، المجلة الانتقادية 1964 ص 264، والمناسبة التي صدر بشأنها هذا الحكم هي نص المادة 31 ف 4 من معاهدة جنيف الخاصة السفتجة والسند الاذني وهي تنص على أن ضامن السفتجة يحدد المستفيد من الضمان وفي حالة عدم التحديد الصريح يفترض أن الضمان تم لمصلحة الساحب، بمناسبة تطبيق هذا النص من طرف القضاءين الفرنسي والألماني حصل خلاف في موقفيهما في تفسير قوة القرينة الواردة في هذه المادة هل هي قرينة قاطعة أم بسيطة، فقد فسرتها المحكمة العليا الألمانية bendesgerichlshof بحكمها في 1956/11/15 على أنها قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها، بينما فسرها القضاء الفرنسي (الغرف المجتمعة لمحكمة النقض في 1960/3/8 المجلة الانتقادية 1961 ص 219) على أنها قرينة قاطعة لا يجوز اثبات عكسها ولحل هذا المشكل أو الخلاف في التفسير بالأحرى عمد القضاء في الدولتين إلى تطبيق قانون الدولة التي تم فيها الضمان، ومن ثم طبقت المحكمة العليا الألمانية بحكمها في /1962 10/29 القانون الفرنسي على أنه قانون المكان الذي حصل فيه الضمان، وطبق القضاء الفرنسي (قضية هوك السابقة) القانون الألماني استنادا إلى نفس الضابط. ويلاحظ القارئ من هذا الخلاف في التفسير أن المعاهدة ولو تضمنت قواعد موضوعية مباشرة إلا أنها لم تستطع الاستغناء على نظام الاسناد.

(3) المادة السابعة الفقرة الثالثة منها.

على تطبيقها فقط إذا كانت السفن المعنية تابعة لدول أطراف في المعاهدة، أما إذا كانت أحد السفينتين تابعة لدولة من الغير فتخضع العلاقة إلى النظام المقرر للتنازع في حوادث التصادم والانقاذ البحريين حسب قواعد الاسناد، وأكثر من ذلك ولو تم اعتماد القواعد الموضوعية الموحدة وأدمجت في التشريع الداخلي وصارت جزء منه وتطبق على العلاقات الداخلية والدولية فإن ذلك لا يؤدي حتما إلى اقصاء قواعد التنازع لأن تحديد مجالات القانون الموحد ينحصر في حالة اختصاص القانون الوطني وحده سواء باعتبار العلاقة داخلية محضة أو ثبت له الاختصاص لأن النزاع يخص رعايا دول أطراف في المعاهدة، أما إذا تركزت العلاقة القانونية في ظل نظام قانوني لدولة أخرى ليست طرفا في المعاهدة أو أن النزاع عرض على قضاء هذه الدولة فيتعين تطبيق قانونها أو قانون آخر، ومناط التمييز بين حالة اختصاص القانون الموحد وحالة اختصاص قانون دولة من الغير يتوقف على أعمال قواعد الاسناد في قانون القاضي.

فضلا عن ذلك قد يحصل ازدواج بين نظام القواعد الموضوعية ونظام الاسناد، من ذلك أن يمارس نظام الاسناد دوره بصفة جزئية بموازاة نظام القواعد الموضوعية بمناسبة بعض المسائل القانونية التي لم يتوصل أطراف المعاهدة إلى حسمها وحلها بقواعد موضوعية (1) أو أن طبيعتها الذاتية

---

(1) من ذلك المعاهدة المتضمنة القانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية (لاهاي 1955) والاتفاقية الخاصة بتنظيم بعض صور التنازع في السفتجة والسندات الاذنية المبرمة بجنيف في 1930/6/7 وهي اتفاقية اضافية لاتفاقية أخرى أبرمت في نفس التاريخ خاصة بالقانون الموحد

تقتضي أعمال قواعد التنازع الوطنية (1)، أو تعتمد المعاهدة ضابط اسناد احتياطي في حالة النواقص المحتملة أثناء تطبيق المعاهدة.

وبخصوص المعاهدة الرامية لتنظيم مراكز قانونية لاشخاص معنوية تجارية ذوي نشاط عالمي أو جهوي مكثف ويتعلق الأمر بصفة رئيسية بالشركات التجارية، وان كان الهدف من هذا الاجراء هو السعي لتحرير الشركة وعدم ربطها بنظام قانوني وطني معين إلا أن المسعى لم يتحقق بعد ولم يبلغ غايته بصفة كاملة نظرا للصعوبات التي تعترضه، والاستثناء الوحيد الذي لا تخضع

الخاص بالسفتجة والسندات الاذنية، وقد عالجت الاتفاقية الأولى المسائل التي لم تحظ بحل موضوعي لسهو في تنظيمها أو أن الحل الموضوعي استبعد بشأنها صراحة وترك للقانون الداخلي أو أنه تم تنظيمه بشكل موحد بقواعد مكملة وسمح للدول المتعاقدة أن تتحفظ على الأخذ به أو أن تخالفه.

(1) من ذلك نظام تقادم دعوى المسؤولية في النقل الجوي (المادة 29 فـ2 من اتفاقية فارسوفيا لسنة 1929 الخاصة بالقانون الموحد لهذا النوع من النقل) حيث اسندت الاختصاص لقانون القاضي في شأن طريقة تحديد حساب السنتين الخاصة بتقادم الدعوى في مواجهة الناقل الجوي، هذا وتجدر الاشارة إلى أن مسألة التقادم في القانون الدولي الخاص تعد من أهم المسائل المختلف في تكييف طبيعتها القانونية ما إذا كانت تعتبر من الاجراءات أو تتعلق بالموضوع وكيف يتم حسابها وما هي أسباب سقوط التقادم وطريقة قطعه وما إذا كان كل التزام يخضع لنظام تقادم مستقل أو لا راجع في هذا الشأن رسالتنا م.س، ص 283 من الجزء الثاني وما بعدها. وما قيل عن نظام التقادم من خلاف بين الأنظمة القانونية المختلفة يصدق أيضا عن نظام الحلول subrogation .

وعلى العموم كل المسائل التي لم تتناولها الاتفاقية الدولية بالتنظيم تبقى من اختصاص القانون الداخلي الذي يتحدد حسب نظام الاسناد، وهذا ما جعل بعض المحاكم الفرنسية تعمد إلى هذا الحل في حالة وجود نقص في التنظيم في المعاهدة الدولية (محكمة استئناف باريس في 1971/2/3 المجلة الانتقادية 1972 ص 274 تعليق سيمون دي بيتر.

فيه الشركة لنظام قانوني داخلي محدد من ذلك مثلا شركة الخطوط الجوية الاسكندنافية وشركة الخطوط الجوية الافريقية وشركة ايروفيما وشركة اروشيميك والمشروعات المشتركة في النظام الانجلوساكسوني juint ventures حيث يلاحظ أن هذه الشركات تخضع أساسا للقانون المنشئ لها وهو في شكل اتفاق / دستور Accords/constitution يهدف إلى الاستقلال عن أي نظام قانوني وطني (1)، ولكن تحقق في المقابل تطبيق آخر في هذا الميدان غير معهود في نظام الاسناد التقليدي ولا في نظام القواعد الموضوعية، حيث عمدت بعض المشاريع التجارية إلى التوسع في نظام الاسناد إلى أكثر من نظام قانوني داخلي في ذات الوقت (2) أو إلى المبادئ العامة المعترف بها

---

(1) راجع أحمد صادق القشيري stabilité et evalution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisation العقد الاقتصادي. بروكسل 285 .

(2) من ذلك ما تقضي به المادة 46 من العقد المبرم بين الحكومة الايرانية ومجموعة شركات بترولية غربية من ضرورة اسناد العقد إلى قوانين الأطراف المتعاقدة، والأطراف المعنية هي حكومة إيران والشركة الوطنية الايرانية للبترول من جهة ومن جهة ثانية شركة أمريكية خاضعة لقانون بنسلقانيا وأخرى خاضعة لقانون نيويورك وثالثة خاضعة لقانون نيوجيرسي وشركتين خاضعتين لقانون دي لاواري وشركة أنجليزية وأخرى هولندية وأخيرا شركة فرنسية، وبالتالي أصبح هذا العقد خاضعا في نفس الوقت إلى ثمانية قوانين مختلفة. وأيضا تضمن العقد المنشئ للشركة الفرنسية الألمانية المسماة اتحاد فوسفات سارولورين النص صراحة على إسناد الشركة إلى المبادئ المشتركة في القانونين الألماني والفرنسي. كما عمد العقد المبرم بين ادارة البريد والبرق في جمهورية تشيكوسلوفاكيا (سابقا) وهيئة الاذاعة الأمريكية إلى الأخذ بنظام الاسناد المزدوج بتأكيده على ضرورة تطبيق القانونين الأمريكي والتشيكي على نفس العقد: أشار إلى هذه الأمثلة القشيري في مقاله نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة العاشرة 1968 العدد الأول ص 132، 133 .

في الدول المتمدينة (1). مع ملاحظة أن محاولات الاندماج المعمول بها فيما بين الشركات الأوروبية في إطار الوحدة الاقتصادية الأوروبية استدعت أساليب جديدة لمعالجة المركز القانوني لهذه الشركات باعتبارها ذات نشاط ممتد لأكثر من دولة حتى لا تعتبر أجنبية في أي منها، ومن ثم أحدثت شركات ذات طابع أوروبي وشركات تابعة للقانون الأوروبي، بغض النظر عن تصنيفها التقليدي ما إذا كانت شركات أشخاص أو شركات أموال مما ينجر عنه عدم الربط بين الشركة وقانون دولة من تلك الدول، إلا أن الشركات ذات الطابع الأوروبي تبقى محتفظة بصفتها الوطنية وخاضعة لقانون إحدى دول المجموعة في حين أن الشركات التابعة للقانون الأوروبي غير معروفة جنسيتها بالضبط، ولا تخضع إلى قانون وطني معين ومع ذلك لا زال يعترض تحقيق الاندماج المنشود عدة عقبات، من جهة عندما يتعلق الأمر باندماج شركتين أو أكثر لهما نفس الأهمية والقوة الاقتصادية حيث ترغب كل واحدة من الشركات المندمجة أن تحمل الشركة الجديدة جنسيتها وتركز أجهزتها الادارية والمالية في مقرها. ومن جهة أخرى أن الانضمام أو الاندماج إلى الشركة الأوروبية قاصر على الشركات التي تتبع دولة من الدول الأعضاء في الوحدة الأوروبية، ومن ثم ينبغي تحديد الضابط الذي تأسست بموجبه تلك الشركة، لتحديد تبعيتها

---

(1) راجع في ضرورة التوسع في فكرة الاسناد، رسالتنا م.س، ج 1 ص 207، القشيري المقال السابق، وكذلك مقاله الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي مجلد 21 سنة 1965 س 81 وما بعدها.

السياسية والقانون المنظم لها، ويتم ذلك بداهة حسب الضوابط المقررة في منهج الاسناد، وفي كلا الحالتين يلاحظ أن منهج الاسناد يتسعيد دوره وسلطانه ولو مؤقتا أمام غياب أو حداثة تلك الهيئات الاقليمية المختصة، كمحكمة عدل المجموعة الأوروبية، لتذليل الصعاب المعترضة أثناء التطبيق، وخير دليل على ذلك أنه بالرغم من المحاولات الجادة من قبل اللجنة المختصة في الوحدة الأوروبية للتوصل إلى إطار قانوني عام خاص بنظام لشركات المساهمة الأوروبية، فإن مشروع معاهدة 1971 لم يكتب له النجاح التام نظرا للصعوبات المعترضة في التطبيق..(1)

والخلاصة أن التحليل السابق يبين أن نصيب القواعد الموضوعية في تنظيم العقود الدولية وأن كان وافرا بما توصل إليه القضاء وما أقره المشرع الوطني في كل دولة وما أرسته المعاهدات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من حلول، ولكن منهج الاسناد يبقى دائما محتفظا بدوره الرئيسي أحيانا كمنظم للتنازع بين تلك القواعد والأنظمة الاتفاقية أو يستعان به عند الضرورة إذا لم تسعف القواعد الموضوعية في إيجاد الحلول المناسبة بسبب النقص والقصور أحيانا وبسبب التحفظ الوارد على تطبيق القواعد الموضوعية مرات أخرى.

---

(1) راجع لوسوارن la proposition d'un statut des sociétés Anonymes Européennes et le droit.int. privé R.C 1971 p 383.

أحمد عشوش م.س، ص 70 .

هذه النتيجة تجعلنا مقتنعين على أن منهج القواعد الموضوعية لا يستطيع أن يستغني عن منهج الاسناد ويقصيه من التطبيق، لان الحاجة للمنهج الأخير تظل قائمة ما لم توجد وحدة سياسية أو على الأقل جهة قضائية عالمية تتكفل وحدها وبصفة إلزامية بالنظر في منازعات العلاقات الدولية الخاصة، وهو أمر مستبعد في الوقت الحاضر. وفي المقابل نلاحظ أيضا أن أعمال قواعد المنهجين في ذات الوقت ولو بدرجات متفاوتة أمر غير مستهجن، بل من الجائز الجمع بينهما، ولعل في التطرق إلى نصيب القانون التلقائي من التنظيم العملي للعقود الدولية ما يسمح بالتفكير في التزاوج بين هذه الأنظمة الثلاثة وتقسيم الأدوار بينها لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة تنظيما يتفق مع الضرورات الواقعية وما تتطلبه الصياغة الفنية من آليات.