



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية القانون – جامعة بابل

تنازع الاختصاص القانوني على العقد النموذجي (دراسة مقارنة)

أطروحة تقدم بها
إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون /
القانون الخاص

الطالب
حسين مطر نعمان عبد

بإشراف
الأستاذ الدكتور خير الدين الأمين
أستاذ القانون الدولي الخاص

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

(وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ)

سورة المائدة الآية (48)

الإهداء

إلى سيد المرسلين وأمير المؤمنين
..... وآل البيت أجمعين
إلى شهداءنا وجرحانا وقواتنا الأمنية
..... والحشد الشعبي
إلى السيد عميد الكلية
إلى أساتذتي في كلية القانون جميعا
إلى أستاذي المشرف
إلى زملائي وأصدقائي وأهلي
أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر و عرفان

يطيب لي وأنا أنهى بحثي هذا أن أتوجه بالشكر والثناء والامتنان والعرفان إلى الأستاذ الكبير والمشرف الأستاذ الدكتور خير الدين الأمين لطول حلمه وسعة صدره داعياً الله العليّ القدير أن يمد في عمره في خير وعافيه..

ويطيب لي أن أتوجه بالشكر والامتنان إلى السيد عميد كلية القانون الأستاذ الدكتور ميري كاظم عبيد الخيكاني وكل أساتيدي الأعزاء في كلية القانون وكل من علمني ومد لي يد العون خلال مسيرة حياتي..

شكري وامتناني إلى أخي وصديقي العزيز الأستاذ المساعد الدكتور حبيب العماري لمؤازرته لي ودعمه المتواصل.. وأتوجه بالشكر والتقدير إلى زملائي وأخوتي في مرحلة الدراسة التحضيرية..

وأتوجه بالشكر أيضاً إلى موظفي كلية القانون وكل الأخوة والأصدقاء الذين كان لهم الأثر الكبير في شد أزمي..
أدعو الله العليّ القدير أن يحفظهم جميعاً

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني اطّلت على أطروحة طالب الدكتوراه (حسين مطر نعمان عبد) الموسومة بـ (تنازع الاختصاص القانوني على العقد النموذجي – دراسة مقارنة) وقد قومتها من الناحيتين اللغوية والأسلوبية وبذلك تكون صالحة لأغراض المناقشة .

الإمضاء :

المقوم اللغوي : د. محمد نوري الموسوي
الكلية : كلية التربية للعلوم الإنسانية –
جامعة بابل

محتو د الأطروحة

الصفحات	المحتو
1	ملخص الأطروحة
3	المقدمة
119 – 7	الباب الأول: تنازع الاختصاص التشريعي على العقد النموذجي
22 – 9	المبحث التمهيدي : ماهية العقود النموذجية وطبيعتها القانونية
11	المطلب الأول : التعريف بالعقود النموذجية
11	الفرع الأول: تعريف العقود النموذجية

13	الفرع الثاني : أنواع العقود النموذجية
15	المطلب الثاني: خصائص ومزايا العقود النموذجية وطبيعتها القانونية
15	الفرع الأول: خصائص ومزايا العقود النموذجية
18	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للعقود النموذجية
19	الفرع الأول: الاتجاه المعارض لإقرار الصفة القانونية
21	الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لإقرار الصفة القانونية
76 – 23	الفصل الأول : خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة
24	المبحث الأول: مفهوم فكرة قانون الإرادة
25	المطلب الأول : معالم فكرة قانون الإرادة
26	الفرع الأول: ظهور فكرة قانون الإرادة
32	الفرع الثاني : مضمون فكرة قانون الإرادة
40	المطلب الثاني: تطور فكرة قانون الإرادة هـ
40	الفرع الأول : خضوع العقد لقانون الإرادة
44	الفرع الثاني: تطويع قانون الإرادة
53	المبحث الثاني: تعيين قانون الإرادة
54	المطلب الأول : نطاق تعيين قانون الإرادة
54	الفرع الأول: النطاق الزمني لاختيار قانون العقد
60	الفرع الثاني: النطاق الموضوعي لاختيار قانون العقد
66	المطلب الثاني: طرق تعيين قانون الإرادة
67	الفرع الأول: تعيين قانون العقد عن طريق الإرادة الحقيقية
73	الفرع الثاني: تعيين قانون العقد عن طريق الإرادة المفترضة
119 – 77	الفصل الثاني: العقد النموذجي لقانون المتعاقدين
79	المبحث الأول: مبدأ الكفاية الذاتية للعقد النموذجي
79	المطلب الأول: وجود الكفاية الذاتية للعقد النموذجي الدولي

80	الفرع الأول: طبيعة العقد النموذجي ومبدأ الكفاية الذاتية
84	الفرع الثاني: الكفاية الذاتية في الفقه والقضاء
91	المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ الكفاية الذاتية
92	الفرع الأول : الجهود الدولية في تنظيم العقود النموذجية
97	الفرع الثاني : واقع العقود الدولية في ظل مبدأ الكفاية الذاتية
105	المبحث الثاني: تفسير العقود النموذجية و
105	المطلب الأول: مفهوم تفسير العقود النموذجية
106	الفرع الأول : تعريف التفسير
108	الفرع الثاني : تفسير العقد النموذجي
113	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تفسير العقد النموذجي
113	الفرع الأول: الاختصاص القضائي في تفسير العقود النموذجية
116	الفرع الثاني : أثر التفسير الموضوعي للعقد في تحقيق العدالة العقدية
120	الباب الثاني: تنازع الاختصاص القضائي على العقود النموذجية
121 – 167	الفصل الأول: الاختصاص القضائي الدولي والوسائل الودية لحل المنازعات في عقود التجارة النموذجية
121	المبحث الأول: تنازع الاختصاص القضائي الدولي
122	المطلب الأول: ماهية الاختصاص القضائي الدولي وطبيعته القانونية
122	الفرع الأول: ماهية الاختصاص القضائي الدولي
125	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي
127	المطلب الثاني: اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات التجارة الدولية
128	الفرع الأول : مضمون اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية
130	الفرع الثاني: القانون المختص عند طرح النزاع أمام القضاء الوطني

134	المبحث الثاني: وسائل حل نزاعات العقود التجارية الدولية
-----	--

134	المطلب الأول: التوفيق التجاري
134	الفرع الأول: ماهية التوفيق التجاري
141	الفرع الثاني: أشكال السند القانوني للتوفيق وإجراءات التوفيق
158	المطلب الثاني : الوساطة كطريق لحل المنازعات في عقود التجارة الدولية
158	الفرع الأول : ماهية الوساطة وطبيعتها القانونية
163	الفرع الثاني: التمييز بينها وبين التحكيم والتنظيم الدولي لها
167 – 217	الفصل الثاني : التحكيم قضاء اختياري لحل منازعات العقود التجارية النموذجية الدولية
168	المبحث الأول: مفهوم التحكيم ومصادره
169	المطلب الأول: مفهوم التحكيم
170	الفرع الأول : تعريف التحكيم وطبيعته القانونية
176	الفرع الثاني: أسباب اللجوء إليه وأنواعه
186	المطلب الثاني: مصادر التحكيم
186	الفرع الأول: المصادر العامة للتحكيم
193	الفرع الثاني: المصادر الخاصة للتحكيم
193	المبحث الثاني: إجراءات التحكيم
193	المطلب الأول: محددات إجراءات التحكيم
193	الفرع الأول: أطراف التحكيم
200	الفرع الثاني: إثبات اتفاق التحكيم وتفسيره ح
204	المطلب الثاني : تنفيذ حكم التحكيم
205	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على التحكيم
209	الفرع الثاني إصدار حكم التحكيم وتنفيذه
218 – 221	الخاتمة
222 - 235	المصادر

A - B	abstract
-------	----------

ملخص الاطروحة

يعد موضوع تنازع الاختصاص القانوني على العقد النموذجي من المواضيع المهمة في الوقت الحاضر خاصة بعد التزايد الكبير في مجال ابرام عقود التجارة النموذجية الدولية نتيجة لزيادة وسائل الاتصال والمواصلات بين الدول , فعلى الرغم من إن العقد التجاري النموذجي الدولي تتم صياغته من قبل مهيئين وفنيين مختصين في هذا المجال بطريقه فنيه تتضمن جميع جوانب العقد ومن بينها تحديد القانون الذي يطبق على العقد في حالة حدوث نزاع بين أصحاب العلاقة العقدية التي يشوبها عنصر أجنبي وكذلك تحديد المحكمة المختصة بالنظر بالنزاع , أو اللجوء الى الوسائل البديلة لحل منازعات عقود التجارة النموذجية الدولية كالتوفيق أو المصالحة أو اللجوء الى التحكيم إلا انه قد يحدث أحيانا أن تغفل الاطراف المتعاقدة إدراج مثل هذه المسائل ضمن بنود العقد , لذا فإن الهدف العام من دراسة هذا الموضوع هو لبيان دور هذه العقود في عملية تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي . هل إن هذه العقود تقلل من عملية التنازع أم العكس؟ وما هو أثرها في تنازع الاختصاص القضائي الدولي ؟ لذلك ارتأينا أن نبحث في هذا المجال , وتناولنا هذا العنوان في بابين , خصصنا الباب الاول لتنازع الاختصاص التشريعي على العقد النموذجي , تناولنا ه في مبحث تمهيدي وفصلين , تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية العقود النموذجية من خلال بيان أنواعها وخصائصها ومزاياها وطبيعتها القانونية وفي الفصل الاول تناولنا خضوع العقد لقانون الإرادة وتوصلنا الى إن ارادة الاطراف المتعاقدة هي التي تحدد القانون المختص بحكم النزاع , وفي الفصل الثاني تناولنا موضوع العقد النموذجي قانون المتعاقدين وبحثنا ضمن هذا العنوان مبدأ الكفاية الذاتية للعقد التجاري النموذجي الدولي . حيث توصلنا الى ان العقد التجاري النموذجي الدولي إذا تمت صياغته بدقة كبيره فيصبح بمثابة قانون للمتعاقدين ويحكم نفسه بنفسه دون الحاجة الى قانون آخر , أما في الباب الثاني وتحت عنوان تنازع الاختصاص القضائي على العقد النموذجي بحثنا في الفصل الاول تنازع الاختصاص القضائي الدولي والوسائل الودية لحل النزاع , حيث بينا ماهية الاختصاص القضائي الدولي وطبيعته القانونية كذلك الطرق البديلة لحل نزاعات عقود التجارة النموذجية الدولية كالتوفيق والمصالحة أما التحكيم فلأهمية الكبيرة التي يحظى بها في مجال حل نزاعات عقود التجارة النموذجية الدولية فقد أفردنا له بابا مستقلا حيث يلجأ اليه كثير من المتعاقدين من أجل الابتعاد عن سطوة القوانين الوطنية ولسهولة الاجراءات وقصر مدتها.

وقد بينا من خلال البحث موقف الكثير من القوانين للدول العربية والاجنبية التي تناولت العقد التجاري النموذجي الدولي وكذلك موقف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وموقف القضاء من ذلك.

من خلال هذه الدراسة توصلنا الى عدة استنتاجات مهمه من بين أهم هذه الاستنتاجات انه كلما كانت العقود التجارية النموذجية الدولية ذات صياغه فنيه عالية كلما أدى الى خفض مستوى التنازع بين التشريعي القضائي ويصبح هذا العقد بمثابة قانون للمتعاقدين يرجعون الى بنوده في حالة حصول أي نزاع خلال مراحل تنفيذ العقد , لذا ينصح بأن تكون صياغتها واعدادها من قبل هيئات متخصصة وقد أنهينا هذه الدراسة بمجموعة من المقترحات , أدعوا الله العلي القدير أن يوفقنا ويلهمنا السداد فهو نعم المولى ونعم النصير .

Abstract

Model international commercial contracts are the most important contracts nowadays due to the rapid development in the field of international commerce in general. The spread of model international contracts has several reasons. First, they are already prepared in writing and the other contractor already knows about the content of the contract before signing it.

These contracts are well-drafted by experts in international commercial contracts, contains all contractual terms, and tackles all core issue in a contract. They also determine methods of litigation and dispute resolution, which might take place during implementation of the contract.

Based on this type of contracts, a proper mechanism is identified for solving disputed, and most of the time contractors tend to solve their disputes in a friendly way by choosing one of the friendly ways of solving international commercial disputes such as reconciliation, mediation and negotiation. These ways do not normally require much time and efforts or lots of money, unlike other ways such as arbitration, where disputants resort to choosing an arbitrator, i.e. a third party; or a specialized international arbitration commission. These latter ways are difficult and require time, efforts and lots of money, as well as not in the interest of contracting parties, especially when the topic of the dispute is a consultant contract.

Model international commercial contracts have a great economic importance and any delays in solving disputes cause undesired physical damages for both parties. So, it is in the interest of involved parties to solve a dispute as quickly

as possible in peaceful ways. Furthermore, these contracts determine the laws governing the disputes, avoiding control of national laws. This means that international commercial contracts govern themselves by themselves through self-sufficiency, which is an important characteristic in these contracts, and there is no need to go to court to solve a dispute.

For these reasons, international commercial contracts are considered the backbone of the international commerce nowadays. It is widely used in investment and reconstruction. Most oil contracts of today are model contracts concluded by oil companies to ensure their interests and avoid state judiciary. Finally, these contracts draw the attention of legislators worldwide, especially in France and Europe.

ملخص الأطروحة

يعد موضوع تنازع الاختصاص القانوني على العقد النموذجي من المواضيع المهمة في الوقت الحاضر خاصة بعد التزايد الكبير في مجال إبرام عقود التجارة النموذجية الدولية نتيجة لزيادة وسائل الاتصال والمواصلات بين الدول , فعلى الرغم من إن العقد التجاري النموذجي الدولي تتم صياغته من قبل مهنيين وفنيين مختصين في هذا المجال بطريقه فنيه تتضمن جميع جوانب العقد ومن بينها تحديد القانون الذي يطبق على العقد في حالة حدوث نزاع بين أصحاب العلاقة العقدية التي يشوبها عنصر أجنبي وكذلك تحديد المحكمة المختصة بالنظر بالنزاع , أو اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل منازعات عقود التجارة النموذجية الدولية كالتوفيق أو المصالحة أو اللجوء إلى التحكيم إلا انه قد يحدثنا أحيانا أن تغفل الأطراف المتعاقدة إدراج مثل هذه المسائل ضمن بنود العقد , لذا فإن الهدف العام من دراسة هذا الموضوع هو لبيان دور هذه العقود في عملية تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي . هل إن هذه العقود تقلل من عملية التنازع أم العكس؟ وما هو أثرها في تنازع الاختصاص القضائي الدولي ؟ لذلك ارتأينا أن نبحث في هذا المجال , وتناولنا هذا العنوان في بابين , خصصنا الباب الأول لتنازع الاختصاص التشريعي على العقد النموذجي , تناولناه في مبحث تمهيدي وفصلين , تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية العقود النموذجية من خلال بيان أنواعها وخصائصها ومزاياها وطبيعتها القانونية وفي الفصل الأول تناولنا خضوع العقد لقانون الإرادة وتوصلنا إلى إن إرادة الأطراف المتعاقدة هي التي تحدد القانون المختص بحكم النزاع , وفي الفصل الثاني تناولنا موضوع العقد النموذجي قانون المتعاقدين وبحثنا ضمن هذا العنوان مبدأ الكفاية الذاتية للعقد التجاري النموذجي الدولي . حيث توصلنا إلى ان العقد التجاري النموذجي الدولي إذا تمت صياغته بدقة كبيره فيصبح بمثابة قانون للمتعاقدين ويحكم نفسه بنفسه دون الحاجة إلى قانون آخر , أما في الباب الثاني وتحت عنوان تنازع الاختصاص القضائي على العقد النموذجي بحثنا في الفصل الأول تنازع الاختصاص القضائي الدولي والوسائل الودية لحل النزاع , حيث بينا ماهية الاختصاص القضائي الدولي وطبيعته القانونية كذلك الطرق البديلة لحل نزاعات عقود التجارة النموذجية الدولية كالتوفيق والمصالحة أما التحكيم فلأهمية الكبيرة التي يحظى بها في مجال حل نزاعات عقود التجارة النموذجية الدولية فقد أفردنا له بابا مستقل حيث يلجأ إليه كثير من المتعاقدين من أجل الابتعاد عن سطوة القوانين الوطنية ولسهولة الإجراءات وقصر مدتها .

وقد بينا من خلال البحث موقف الكثير من القوانين للدول العربية والأجنبية التي تناولت العقد التجاري النموذجي الدولي وكذلك موقف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وموقف القضاء من ذلك .

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى عدة استنتاجات مهمة من بين أهم هذه الاستنتاجات انه كلما كانت العقود التجارية النموذجية الدولية ذات صياغة فنية عالية كلما أدى إلى خفض مستوى التنازع بين التشريعي القضائي ويصبح هذا العقد بمثابة قانون للمتعاقدين يرجعون إلى بنوده في حالة حصول أي نزاع خلال مراحل تنفيذ العقد , لذا ينصح بأن تكون صياغتها وإعدادها من قبل هيئات متخصصة وقد أنهينا هذه الدراسة بمجموعة من المقترحات , أدعوا الله العلي القدير أن يوفقنا ويلهمنا السداد فهو نعم المولى ونعم النصير .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين, الحمد لله الذي جعل الحمد مفتاحاً لذكره وسبباً للمزيد من فضله ودليلاً على آلائه وعظمته والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى علي أمير المؤمنين وآل بيته الطيبين الطاهرين

أولاً:- التعريف بالبحث

يعد العقد من أهم صور التصرف القانوني ، وهو التعبير القانوني لإجراء المعاملات على الصعيد الداخلي أو الدولي لذلك يمكن القول إن العقد إما أن يكون داخلياً أو أن يكون دولياً . ولم تهتم الهيئات والمنظمات الدولية بموضوع العقود الدولية إلا بمناسبة المعاملات التجارية الدولية . فقد بذلت هذه الهيئات جهوداً جبارة من أجل توحيد أحكام التجارة الدولية ، لذلك برزت ملامح فرع جديد من فروع القانون هو " قانون التجارة الدولية " الذي يتضمن الاتفاقيات الدولية

المهتمة بمجال التجارة الدولية والعقود التجارية النموذجية والشروط العامة الموضوعة في هذا المجال .

وعرف قانون التجارة الدولية بموجب التقرير الذي أعدته الأمانة العامة لهيئة الأمم المتحدة المعروف على الجمعية العامة سنة 1965, بمناسبة البحث عن إمكانية إنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية بأنه (مجموعة القواعد القانونية التي تسري على العقود التجارية الدولية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر) . ومن هذا التعريف نلاحظ بأن قانون التجارة الدولية يحتوي على قواعد موضوعية تحكم العلاقات التجارية الدولية ولا يعد مجرد توحيد لقواعد الإسناد الوطنية , بحيث تعين قواعده القانون الوطني الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي كقانون دولة محل إبرام العقد أو قانون الجنسية أو قانون الموطن أو قانون دولة تنفيذ العقد , وكذلك يتضح أن هذا الفرع لا يهتم إلا بعلاقات القانون الخاص بغض النظر عن صفة أطراف العلاقة إذ تطبق أحكامه سواء كانت العلاقة التجارية بين أشخاص عامة أو خاصة أو كان أحد طرفي العلاقة شخصاً عاماً والآخر من أشخاص القانون الخاص .

وقد حاولت بعض الدول وضع تقنين لتوحيد قواعد التجارة الدولية ومن بين هذه الدول تشيكوسلوفاكيا (قبل انقسامها عام 1993) إذ أصدرت هذا التقنين سنة 1963 والذي يطبق عندما يكون القانون التشيكوسلوفاكي هو القانون الواجب التطبيق عل وفق قواعد القانون الدولي الخاص بشأن تنازع القوانين , إلا أن هذه المحاولات الوطنية لتوحيد قانون التجارة الدولية مازالت محاولات محدودة حتى الآن , لذلك برزت أهمية التوحيد الدولي لقواعد قانون التجارة الدولية عبر أساليب مختلفة من أهمها وضع الشروط العامة للتعاقد مع ترك التفاصيل للاتفاقيات الخاصة في كل حالة على حدة ولمحاولة مواجهة الظروف المختلفة للتعاقدات الدولية , فإن هذه الشروط تحرر في شكل نماذج مختلفة بحيث يكون للمتعاقدين اختيار النموذج الملائم منها ولذلك تسمى بالعقود النموذجية وقد أصبح لهذه الشروط في الوقت الحاضر أهمية كبيرة في المعاملات الدولية واتسع نطاقها حتى شمل مناطق جغرافية عديدة من العالم . فهناك مثلا العقود النموذجية التي وضعتها في شكل نماذج متعددة اللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة بخصوص توريد الأدوات والآلات اللازمة لتجهيز المصانع وقد انتشرت هذه الشروط اليوم في مختلف دول العالم , كذلك هناك العقود النموذجية التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الحبوب وأصبحت عقودا نموذج تستخدم لبيع الحبوب في أغلب دول العالم . وعلى الرغم من أن أتباع هذه الشروط أو استعمال العقود النموذجية أمراً اختيارياً غير مفروض على أطراف العقد التجاري الدولي النموذجي , إلا أنها لعبت دوراً كبيراً من الناحية العملية في توحيد القواعد التي تحكم المعاملات التجارية الدولية , لاتفاقها وحاجات التجارة الدولية , إذ أن أهم ما يميز هذه العقود أنها تصاغ

بطرق فنية متقنة بحيث تتضمن الجوانب الفنية والقانونية كافة المتعلقة بالعقد والتي من أهمها القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة حصول أي نزاع بين الطرفين , فكما هو معلوم أن غالبية الدول اتجهت إلى حسم الخلافات المتعلقة بالعقد من خلال قانون الإرادة , وهذا ما أشار له قانوننا المدني العراقي النافذ في المادة (1/25) . لكن الأمر الغالب في ميدان العقود النموذجية اللجوء إلى القانون الذي يحكم العقد الذي هو جزء من العقد , أو تسوية النزاع عبر الوسائل السلمية في حل النزاعات كالتوفيق أو الوساطة أو التفويض أو التحكيم , ولأهمية الكبيرة لهذه العقود خاصة بعد اتساع تطبيق هذه العقود على المستوى العالمي وبالأخص في عقود الاستثمار , ارتأينا أن يكون موضوع دراستنا (تنازع الاختصاص القانوني على العقد النموذجي – دراسة مقارنة) مع قوانين الدول التي أخذت به .

ثانياً:- أهمية الموضوع

تكمن أهمية تنازع الاختصاص القانوني على العقد النموذجي في كون هذا النوع من العقود يحظى باهتمام دولي واسع في ظل تزايد حركة التجارة العالمية نتيجة الانفتاح على الاقتصاد الحر والاتجاه نحو الاستثمار الذي تزايد بشكل كبير خاصة في الدول النامية , وكون هذه العقود تختصر الوقت على المتعاقدين وتجنبهم الخوض في مفاوضات قد تدوم طويلاً , فهذه العقود تكون بصيغ جاهزة تتضمن كافة الجوانب الفنية والقانونية للعقد من حيث طريقة حل النزاعات والقانون الذي يحكم النزاع والمحكمة المختصة بنظر النزاع وما على الطرفين سوى إملاء الفراغات الموجودة .

كما يرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع لقلة الدراسات التي عنيت بهذا النوع من العقود كذلك عدم اهتمام بعض الدول به وعدم تضمين القواعد القانونية الحاكمة له في طيات قوانينها وربما يعود السبب في ذلك يعود إلى عدم رغبة المتعاقدين بهيمنة قانونهم الوطني على هذا النوع من العقود , فالمتعاقدان يختاران القانون الذي يحكم عقدهم الدولي بأنفسهم مع الابتعاد عن سطوة القوانين الوطنية عليه , ومن أجل بيان النظام القانوني لهذه العقود في حالة التنازع من حيث القانون المختص بحكم النزاع والمحكمة المختصة , وموقف التشريعات الدولية منه ارتأينا الخوض فيه .

ثالثاً : منهجية البحث

التزمنا في دراستنا لموضوع النظام القانوني للعقد النموذجي أسلوب الدراسة المقارنة بين القوانين التي تناولت هذا النوع من العقود الدولية . ولا بد من الإشارة هنا أن معظم القوانين التي تطرقت لهذا النوع من العقود الدولية لم تتناوله بشكل مفصل لذا فإن ذلك انعكس على

أسلوب المقارنة , فقد لجأنا إلى قوانين دول كثيرة بحسب ما تناولته من فقرات تخص العقود التجارية الدولية النموذجية , كذلك تم الأخذ بأراء الفقهاء وبعض أحكام القضاء .

رابعاً- خطة البحث

من أجل الإحاطة بهذا الموضوع ارتأينا أن نتناوله في بايين , يتناول الباب الأول تنازع الاختصاص التشريعي على العقد النموذجي والذي تناولناه في فصلين , ابتدأناه بمبحث تمهيدي تحدثنا فيه عن ماهية العقد النموذجي وطبيعته القانونية , ثم خصصنا الفصل لقانون الإرادة الذي يحكم العقود الدولية طبقاً لقواعد الإسناد, وفي الفصل الثاني تناولنا العقد النموذجي قانوناً للمتعاقدين , أما الباب الثاني فقد تناولنا فيه تنازع الاختصاص القضائي على العقد النموذجي , فبيننا في الفصل الأول مفهوم الاختصاص القضائي والطرق الودية لحل منازعات التجارة الدولية , وفي الفصل الثاني تناولنا التحكيم كطريق خاص للتقاضي في ميدان العقود النموذجية .

الباب الأول

تنازع الاختصاص التشريعي على العقد النموذجي

تقديم وتقسيم :

كما هو معروف عند أغلب المهتمين إن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني يتجسد في إلزام شخص أو أكثر في مواجهة شخص أو أكثر بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو بإعطاء شيء ما, وإذا كان العقد يلعب دوراً مهماً في القانون الداخلي يتمثل في تبادل وتداول الثروات والخدمات , فإن دوره في القانون الدولي وخاصة في مجال العقود الدولية يكون كبيراً جداً .

إذ إن العقود الدولية هي الأداة التي تسيّر التجارة الدولية وتنظم المبادلات التجارية عبر الحدود , فإلى جانب العقود التقليدية كعقد البيع الدولي وعقد النقل وعقود العمل وغيرها وتوجد عقود لها وزن اقتصادي وقانوني كبير , كعقد نقل التكنولوجيا وعقد القروض الدولية وعقود الاستثمار وعقود التعاون الصناعي وعقود استخراج النفط والغاز , وهذه العقود لا بد من وقوع التنازع فيها⁽¹⁾. وهنا تبرز أهمية العقود التجارية النموذجية التي تخفض التنازع كما سنرى .

وإذا ما علمنا أن سبيل أي دولة في فرض أدواتها التشريعية المطبقة على عقود التجارة الدولية هو أعمال قواعد الإسناد الموجودة في قانونها الوطني والتي بدورها تعتمد على عدد من الضوابط التي يكون بعضها صريحاً والبعض الآخر ضمناً وكذلك يكون قسم منها شخصياً

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , الأصول في التنازع الدولي للقوانين , دار النهضة العربية , ط1, 2008 , ص1055 – د. هشام خالد , القانون الدولي الخاص , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ط1 , 2014 , ص871 .

والآخر موضوعياً , وهذه القواعد هي التي تحدد ما القانون الذي يكون أكثر صلة وقرباً من الرابطة التعاقدية التي يشوبها العنصر الأجنبي . وتؤدي قاعدة الإسناد عند إعمالها إلى عدم إفلات العلاقة التعاقدية من سلطان القواعد الموضوعية , ومن ثم إلى تحريرها من تطبيق بعض نصوص القوانين الوطنية .

إن إعمال القواعد الوطنية على العلاقة التعاقدية المتضمنة عنصراً أجنبياً يؤدي في أحيان كثيرة إلى إلحاق ضرر في أحد الأطراف أو كلاهما⁽¹⁾ , خاصة إذا كان المتعاقدان في مركز اقتصادي قوي وهذا ما لا يرغب به الطرفان المتعاقدان .

لذا فإن خصوصية ظروف التعاقد الدولي أوجدت مبررات اقتصادية وقانونية ترجح تطبيق قانون دولة ما من بين قوانين الدول المتنازعة .

لذا ذهبت معظم الدول في قواعد إسنادها⁽²⁾ , ومنها القانون العراقي في المادة (25) من القانون المدني إلى إعطاء الأفراد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم , فكما هو معمول بها في نطاق العلاقات الداخلية من إعطاء دور كبير لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق إيقاع العقود فقد انتقل هذا المبدأ إلى ميدان العلاقات والاتفاقات المشوبة بعنصر أجنبي , فمثلاً يكون للمتعاقدين الحرية في إنشاء عقدهم فلهم أيضاً في مجال العقود الدولية حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فإذا كانت التصرفات القانونية تتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة فلا بد من أن تخضع هذه العقود من حيث شروطها وتكوينها وآثارها لنظام قانوني معين , وأن تحديد أو تعيين هذا القانون الذي يحكم عقدهم هو من اختصاص أو عمل المتعاقدين أنفسهم فلهم الحق في اختيار القانون أو النظام واجب التطبيق على العقد , وهذا هو مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية⁽³⁾ .

وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة التي تتمتع بها العقود الدولية أياً كان نوعها إلا أننا ارتأينا أن تكون دراستنا عن نوع واحد من هذه العقود الذي أوجدته ضرورات عملية وظروف التعامل والمعاملات التجارية ألا وهو العقد النموذجي أو العقود النموذجية التي ذاع انتشارها في الوقت الحاضر بشكل كبير على الرغم من أنها ظهرت لأول في عام 1919 في الولايات المتحدة

(1) د. علاء حسين شبع , تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الالكترونية وفقاً للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى , بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة , المجلد 1 , العدد 29 , 2016 , ص 217 .

(2) انظر المادة (19) من القانون المدني المصري والمادة (20) من القانون المدني الأردني رقم (43) سنة 1976 والمادة (59) من القانون الالكتروني رقم (5) لسنة 1961 والمادة (18) من القانون المدني الجزائري رقم (25) لسنة 1975 والمادة (12) من القانون الألماني رقم () لسنة 1975 .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , الأصول في التنازع الدولي للقوانين , مصدر سابق , ص 1057 .

الأمريكية , ثم بعد ذلك ظهرت في عام 1920 عند انعقاد أول مؤتمر لغرفة التجارة الدولية بباريس⁽¹⁾ .

لذا سوف تكون دراستنا في بابين سنحاول أن نبين في الباب الأول الاختصاص التشريعي في العقود النموذجية وفي الباب الثاني سنحاول أن نبين الاختصاص القضائي للعقود النموذجية . وسنبداها بمبحث تمهيدي .

المبحث التمهيدي

ماهية العقود النموذجية وطبيعتها القانونية

للعقود التجارية النموذجية الدولية أهمية كبيرة في مجال التجارة الدولية إذا أنها تعد من أهم مصادر قانون التجارة الدولية حيث جرى العمل في الأوساط المهنية والتجارية على إتباع عادات معينة في المعاملات التجارية الدولية ضمن كل تجارة أو مهنة كتجارة الحبوب أو تجارة الحديد وكذلك هنالك العادات والأعراف التي قننتها العقود النموذجية والشروط العامة التي وضعتها بعض المؤسسات⁽²⁾ .

حيث تقوم العقود النموذجية بدور مهم في إعداد وصياغة عقود التجارة الدولية , ففي مثل تلك العقود فإن من الشائع أن يتفاوض الأطراف المتعاقدة على مجرد العناصر الأساسية للعلاقة موضوع التعاقد مثل (التمن , موعد التسليم , المواصفات ...) أما الشروط العامة الأخرى فتتفرق مطبوعة من قبل أحد الطرفين في ظهر الاتفاق⁽¹⁾ .

ونظراً للأهمية الكبيرة للعقود النموذجية في إطار التجارة الدولية لما لها من دور كبير في توفير الوقت والجهد في إبرام العقود لذا سوف نتطرق إلى بيان ماهية العقود النموذجية الدولية في المطلب الأول ثم بيان خصائصها ومزاياها وطبيعتها القانونية في مطلب ثانٍ .

(1) رملي محمد , النظام القانون للعقود الدولية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق جامعة , الطاهر مولاي , الجزائر , 2016 , ص 35 .

(2) د. محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق , منشأة المعارض الإسكندرية , ط 1 , 2004 , ص 320 .

(1) د. أحمد محمد الصاوي , الوسائل البديلة للتحكيم في العقود النموذجية , ط 1 , 2013 , حقوق النشر محفوظة لدائرة القضاء , أبو ظبي , ط 1 , 2013 , ص 17 .

المطلب الأول

التعريف بالعقود النموذجية

ظهرت العقود التجارية الدولية النموذجية كآلية قانونية حديثة في محيط التجارة الدولية . وتعد في الوقت الحاضر مقدمة الركائز الأساسية التي يقوم عليها الاقتصاد الدولي , حيث بدأت علامات التجارة الدولية تتعد منذ وقت بعيد عن سيطرة القوانين الداخلية , لتحكم عن طريق قواعد ذات طابع مهني وقواعد عرفية لا تنتمي بأصلها إلى قواعد مستمدة من دولة ما . ولغرض بيان التعريف بالعقود التجارية الدولية النموذجية بشكل أكبر ارتأيت أن نتناولها في فرعين . نتناول في الفرع الأول تعريف العقود النموذجية , وفي الفرع الثاني سنتناول أنواعها وكما يلي :

الفرع الأول : تعريف العقود النموذجية

عرفت العقود التجارية الدولية النموذجية بتعاريف متعددة حيث عرفت بأنها عبارة عن نماذج عقدية مطبوعة ومعدة سلفاً مصاغة بشكل عملي في شكل شروط عقدية بحيث يسهل على الأطراف التعرف عليها⁽¹⁾ .

أو هي عبارة عن مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية والمكتوبة في صيغ محددة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة بحيث يمكن استعمالها كنماذج للعقود والتي يتم إبرامها في المستقبل⁽²⁾ , أو أنها (تلك العقود المعدة مسبقاً كنماذج يتم تبنيها من قبل الأطراف المتعاقدة في التجارة الدولية)⁽³⁾ . ونحن نميل إلى التعريف الثاني

(1) ضياء الدين ناصر إسماعيل , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة العربي بن مهيدي , الجزائر , 2018 , ص 51 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , الأصول في التنازع الدولي للقوانين , مصدر سابق , ص 1082 .

(3) د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , 2014 , ص 240 .

وتشتمل العقود النموذجية على الأحكام التفصيلية للعقد⁽¹⁾ .

وكذلك فإن لهذا النوع من العقود أهمية كبيرة في بناء قواعد القانون التلقائي المنشأة أو ما يعرف (بالقانون الإمعي) والذي يتشكل من مجموعة من الأعراف والمبادئ التي نشأت بطريقة تلقائية وعفوية في الأوساط التجارية والتي تعد مصدراً هاماً للقواعد الموضوعية أو المادية التي يتم تطبيقها مباشرة بناءً على اتفاق أطراف العقد , وهذا الاختيار يؤدي إلى تعيين قانون العقد الذي تطبق عليه قواعده المادية مباشرة .

وتكمن أهمية العقود النموذجية في كونها تعني الأطراف المتعاقدة عن الدخول في المفاوضات , هذه المفاوضات قد تطول وتكون شاقة بغية الاتفاق حول بعض جزئيات في العلاقة العقدية المراد إتمامها .

كذلك فإنها تؤدي إلى عدم الإسراف في الجهود المبذولة وقلّة التكاليف إذ يكفي اتفاق الأطراف على نموذج معين وملئ الفراغات الموجودة في هذا النموذج .

ويعدّ العقد النموذجي مصدراً من مصادر القواعد القانونية للتجارة الدولية كونه يساهم في إثبات العادات التجارية في التجارة الدولية⁽²⁾ .

وأن للعقود النموذجية أهمية كبيرة في الفصل في مسألة تنازع القوانين عبر كونها وسيلة تقنين أساسية يمكن الرجوع إليها عند حدوث أي نزاع وبذلك تساهم في خلق قواعد قانونية جديدة وبالنظر إلى أهمية العقود النموذجية في عملية تسيير التجارة الدولية الحديثة فإن الذي يقوم بإعداد هذه النماذج العقدية هي الجمعيات والهيئات المهنية المستقلة بتجارة نوع معين من السلع والخدمات⁽¹⁾ . وتتمثل بما يسمى بالقانون التلقائي .

الفرع الثاني : أنواع العقود النموذجية

هنالك نماذج كثيرة ومختلفة من العقود النموذجية الدولية ومن أهمها مثلاً عقود امتياز البترول وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الإشغال وعقد التراخيص وفقاً لأهميتها الاقتصادية⁽²⁾ .

كذلك هنالك العقود التي تبرم بين المستخدمين والموردين سواءً كانوا مستهلكين أو مهنيين , وتتضمن العديد من المسائل الفنية والقانونية والتي يجب على الطرفين المتعاقدين احترامها⁽³⁾ ,

(1) د. محمود سمير الشرقاوي , العقود التجارية الدولية , دار النهضة العربية , ط1 , 1992 , ص13 .
(2) محمد الهادي المهدي , إشكالية التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , مصر , ط1 , 2020 , ص66 . عمر سعد الله , قانون التجارة الدولية ؟؟؟ المعاصرة , ط3 , دار حومة للطباعة والنشر , الجزائر , 2016 , ص31 .
(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , بلا سنة طبع , ص55 .
(2) د. وفاء فلحوط , العقود الدولية , بحث منشور على الموقع الإلكتروني : www.arab-eucy.com , ص6 .
(3) خليفي سمير , حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة مولوه , الجزائر , ص64 , 2010 .

ومن بين هذه النماذج أيضاً الاتفاق النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بشأن التبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية , كذلك الاتفاق النموذجي الذي أعدته الاتحادات الأوروبية عام 1994 بشأن تبادل المعطيات المعلوماتية , فضلاً عن اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية الأوروبية عام 1995 لغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات . وهناك من يقسم هذه العقود إلى عقود نموذجية ذاتية وعقود نموذجية تبعية , فالعقود النموذجية الذاتية يقصد بها استعمال الصيغة المطبوعة كعقد فعلي في حين يقصد بالعقود الذاتية التبعية هي العقود التي يتبع تطبيق أحكامها وجود عقد حقيقي بين الطرفين المتعاقدين يحيلون فيه إلى تطبيق أحكام ذلك العقد النموذجي وبالتالي فهي تقترب في شكلها وفي تنظيم أحكامها بالنصوص القانونية , وهذا النوع يطلق عليه الشروط العامة , ومثال على ذلك العقود النموذجية الذاتية التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية لبيع الحبوب ومثال العقود النموذجية التبعية (incoterms) هي مختصر الشروط العامة التي وضعت من قبل اللجنة الاقتصادية لبيع المصانع والحمضيات والحديد الصلب⁽¹⁾ .

وأخيراً يمكن أن نصنف هذه العقود إلى عقود دولية وأخرى إقليمية , فالعقود الدولية هي العقود الموضوعية بحيث تطبق في كافة دول العالم دون تمييز بين إقليم وآخر أو بين دولة وأخرى , أما العقود الإقليمية فهي العقود الموضوعية لكي تطبق في نطاق إقليمي أو جغرافي محدد ومن أمثلتها العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية , والتي تطورت فيما بعد لتصبح الغالبية العظمى منها عقوداً دولية⁽²⁾ .

(1) أمل المرشدي , معلومات قانونية عامة عن العقود النمطية , مقال منشور على شبكة الانترنت , 2017 .

(2) أمل المرشدي , مصدر سابق , مقال منشور على شبكة الانترنت , 2017 .

المطلب الثاني

خصائص ومزايا العقود النموذجية وطبيعتها القانونية

الفرع الأول : خصائص ومزايا العقود النموذجية

وللأهمية الكبيرة التي تتمتع بها العقود النموذجية والتي من بين أهمها أنها تعد مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية فلا بد لنا من أن نبين الخصائص والمزايا التي تتمتع بها لذا سنتناول في هذا الفرع الخصائص والمزايا التي تتمتع بها العقود النموذجية والتي دفعت الكثير من الدول إلى اللجوء إلى تنظيمها في معاملاتهم التجارية وذلك كلاً في فقرة مستقلة وعلى النحو التالي :

أولاً : خصائص العقود النموذجية : تتمتع العقود النموذجية بعدة خصائص نذكر منها ما يلي :

1- من عقود حسن النية : إن مبدأ حسن النية موجوداً في كل العقود إلا أن له دوراً كبيراً في العقود النموذجية من لحظة إبرام العقد إلى حين تنفيذه⁽¹⁾ .

2- من عقود الاعتبار الشخصي : لذلك نرى أحياناً أن المدين يقبل الدخول في علاقة تعاقدية غير متوازنة⁽²⁾ .

3- من العقود الموجهة : إذ تتدخل الدولة بواسطته في العلاقات التعاقدية الداخلة ضمن القانون الخاص , ويعتبر أداة تلجأ إليها المنظمات المهنية والنقابات والاتحادات من أجل تنظيم وتوحيد العقود التي يبرمها أعضاء منهم أو التي تبرم مع الأشخاص بعضهم ببعض⁽³⁾ .

4- العقد النموذجي ذو هيكل تنظيمي سابق : يتميز العقد النموذجي والذي يكون على شكل صيغ مطبوعة معدة مسبقاً بشروط معدة سلفاً مماثلة وبصورة موحدة لكل متعاقد , ومثال ذلك عقود القبول وعقود نقل التكنولوجيا .

وصدور الإيجاب بهذه الطريقة ما هو إلا نتيجة طبيعية لمقتضيات الفن التعاقدية الجديدة , ولما توفره مثل هذه الصورة من وقت وجهد عند صياغة العقود وكذلك الاقتصاد بالتكاليف⁽¹⁾ .

إن صدور الإيجاب بهذه الطريقة قد يعترضه بعض الجمود الذي قد يحصل في صياغة بنود العقد , إذ يصدر الإيجاب بالصيغة نفسها وعدم إمكانية تعديل بعض بنودها , كذلك فإن السرعة التي

(1) د. سامان فوزي عمر ، العدالة التعاقدية في العقود النموذجية ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني :

www.coucerences.tiu.iql ، ص 275 .

(2) محمد محمد سادات ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الانكليزي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، مصر ، المجلد (12) ، العدد/ 2 ، بلا سنة طبع ، ص 268 .

(3) حاسي جهاد ، الإطار التشريعي للعقود النموذجية الدولية : كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابن خلدون قيارت – الجزائر ، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد 6، العدد 2 ، 2020 ، ص 247 .

(1) حاسي جهاد ، المصدر السابق 2020 ، ص 247 .

تتم بها إبرام تلك العقود وأحياناً عدم الوضوح في بنودها قد تؤدي إلى الإيقاع بالطرف الضعيف والتوقيع على هذه الصيغة الجاهزة دون معرفة مداها وآثارها .

وقد ينتمي أطراف العلاقة التعاقدية إلى دول تتباين أنظمتها القانونية مما يترتب على ذلك اختلاف تفسير المقصود ببعض المصطلحات القانونية من دولة إلى دولة أخرى , كذلك قد لا تعرف النظم القانونية الدولية اصطلاحات تعرضها النظم القانونية للدولة الأخرى مما يؤدي إلى إثارة التنازع⁽²⁾ .

ثانياً : مزايا العقود النموذجية :

من مجريات العمل تبين أن العقود النموذجية هي أفضل وسيلة لتوحيد العقود ذلك لأن الاتفاقيات الدولية لا يمكنها أن تحقق التوحيد المنشود دائماً , ولا تتلاءم مع سرعة الحياة التجارية , إذ إن مشروع أية اتفاقية يحتاج إلى زمن طويل لإعدادها ثم لعرض هذا المشروع على مؤتمر يضم عدة دول وتستغرق المناقشات فترة قد تطول كثيراً كي يصل المؤتمرين إلى صيغة مقبولة من قبل أغلبية الأطراف ويتم التوقيع على الاتفاقية ولا تعد نافذة في أي دولة إلا بعد المصادقة عليها , وإجراءات التصديق هذه تستغرق وقتاً ليس بالقصير وقد لا تعتبر هذه الاتفاقية نافذة إلا بتصديق عدة دول تتوافر فيها صفات معينة تشير إليها الاتفاقية , وتختلف بحسب الموضوع الذي تعالجه⁽¹⁾ .

ويراعى عند وضع العقود النموذجية حقائق الحياة العملية ويحاول المتعاقدون البحث عن حلول للمشاكل العملية التي تصادفهم وكذلك مراعاة مطابقة الحلول لاحتياجات التجارة الدولية وبالتالي الدخول في التفاصيل العملية التي يجب على المشرع الوطني الدولي أن يوجهها أو أن يضع يده عليها , كما أن طبيعة القاعدة القانونية وبما تتصف به من عمومية لا يمكن لها أن تواجه كافة الحالات المتوقعة حدوثها مستقبلاً , لذا كانت العقود الدولية النموذجية أكثر استجابة للواقع العملي لما تتمتع به من المرونة اللازمة لمواجهة معظم المشاكل التي من الممكن حدوثها في المستقبل , ويقبل رجال الأعمال عادة الوصول إلى صيغة مناسبة للتعاقد قد تدعى فيها مصالح مختلف الأطراف من دون البحث عن ما إذا كانت تتفق مع قاعدة تشريعية دولية أو وطنية بحيث يصبح العقد الدولي النموذجي في نهاية المطاف قانون المتعاقدين⁽²⁾ .

(2) د. شهاب الدين محمد أحمد , أثر العقود التجارية الدولية ووسائل الدفع على التجارة الخارجية بالمملكة العربية السعودية , المجلس الإلكتروني العدد 14 , 2019 , ص 9 .

(1) هيبية نجود , عن القوة الإلزامية لمصادر قانون التجارة الدولية , جامعة جيجل , الجزائر , بحث منشور / مجلة العلوم القانونية والسياسية , المجلد 15 , العدد 2 , 2019 , ص 265 .

(2) مقال قانوني بعنوان (بحث حول القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية منشور على منتدى (proips) www.droit.com . 2013 - d7 .

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للعقود النموذجية

مع تطور التجارة الدولية أصبحت العقود البسيطة لا تلبي متطلبات وخصوصيات هذه التجارة , وهنا دأب المتعاملون في التجارة الدولية ورجال القانون يساندهم في ذلك خبراء الاقتصاد إلى إيجاد آليات قانونية جديدة قادرة على التعبير عن التطورات المستقبلية في ميدان التجارة الدولية , بعدما أثبتت التجارب العملية قصور ومحدودية قواعد الإسناد الوطنية على الإحاطة بجميع حاجيات عقود التجارة الدولية والتي تطورت تطوراً سريعاً يصعب على القوانين الوطنية ملاحقتها لذا ظهرت العقود التجارية الدولية النموذجية كألية قانونية حديثة في مجال التجارة الدولية⁽¹⁾ .

وإذا كانت العقود التجارية الدولية النموذجية قد نجحت نجاحاً كبيراً في التأطير العملي لكثير من المعاملات التجارية الدولية وفي مختلف المجالات , إلا أن هنالك إشكالية حول طبيعتها القانونية ومن هنا يظهر أن الطبيعة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية قد أثارت جدلاً فقهيّاً يتمثل في مدى اتصاف العقود التجارية الدولية النموذجية بصفة القاعدة القانونية في القانون الدولي الخاص .

فانقسم الفقهاء حول طبيعتها القانونية في اتجاهين , الاتجاه الأول معارض لإقرار الصفة القانونية على العقود التجارية الدولية النموذجية والاتجاه الآخر مؤيد لإقرار الصفة القانونية على العقود الدولية النموذجية⁽²⁾ .

لذا سوف نتناول كلا من الاتجاهين في فرع مستقل حيث سنتناول الفرع الأول الاتجاه المعارض لإقرار الصفة القانونية على العقود التجارية الدولية النموذجية في حين نتناول في الفرع الثاني الاتجاه المؤيد لإقرار الصفة القانونية على العقود التجارية الدولية النموذجية وعلى النحو التالي .

الفرع الأول : الاتجاه المعارض لإقرار الصفة القانونية على العقود التجارية الدولية النموذجية

(1) مبارك توفيق ميلود , مساهمة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في إعداد قواعد قانون التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه و كلية الحقوق للعلوم السياسية – جامعة وهران , الجزائر , 2020 , ص 68 .
(2) وليد صالح أحمد عبد الرب , إشكالية الطبيعة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية , بحث منشور على الموقع plateorma.almanhal.com .

يذهب هذا الاتجاه إلى إنكار صفة القاعدة القانونية على العقود التجارية الدولية النموذجية معتمداً في ذلك على أن التسميات التي أطلقت على هذه العقود مثل قواعد شبه أمرّة أو قواعد مكملة يعد ذلك تلاعباً بالألفاظ ولا يكشف عن حقيقة قانونية قائمة ، ذلك لأن القاعدة القانونية إما أن تكون قاعدة أمرّة أو مكملة ولا توجد قاعدة وسط بينهما⁽¹⁾ .

ومن ناحية أخرى فإن القضاء أنكر على أحكام العقود النموذجية صفة القواعد القانونية إذ قدر طبيعتها التعاقدية وعلى فرض أنها عادات فلا مجال للتفرقة فيما إذا كانت عادات داخلية أو دولية ، ففي كلا الحالتين تفتقد إلى صفة القاعدة القانونية وأن أساس إلزامها هو خضوع الأطراف لها وارتضائهم تطبيقها على عقودهم⁽²⁾ .

فأصحاب هذا الاتجاه لا يعتبرونها قواعد قانونية مادامت خارجة من إطار الدولة ، ومن جهة أخرى فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن رقابة المحاكم لشروط وأحكام العقود النموذجية رقابة مشروعية حيث أن القاضي يراقب مشروعية القواعد الموجودة في العقد وعدم مخالفتها للقواعد القانونية العليا المتمثلة بقواعد قانون الدولة⁽³⁾ .

ومن ثم هجر القانون الرسمي أو النظامي لأن القاضي إذا وجد شرطاً مخالفاً لقاعدة أمرّة في قانون دولته يحكم برفض تطبيقه كشرط تعاقدي ، أو يقوم بإبطاله إذا اقتضى الأمر ذلك ، فرقابة المحاكم لشروط العقد في إطار حماية الطرف المدعي هي رقابة عدالة وحماية للطرف الضعيف في العقد ، لأن العقود النموذجية ما هي إلا شروطاً قانونية يكتنفها القصور بالرغم من أن تكرارها يؤدي إلى أن تصبح عادة اتفاقية دون أن ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية على اعتبار أنها قواعد مقترحة وليست مفروضة⁽¹⁾ .

ويستدل أصحاب هذا الرأي بعدة أمور⁽²⁾ :

أولاً : إن هذه العقود لا تطبق إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على تطبيقها ، ولا يكفي الإحالة الضمنية إليها بل يجب أن تكون الإحالة مكتوبة .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، 2018 ، ص70

(2) أبو العلاء علي النمر ، مقدمة في القانون الدولي الخاص ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص97 .

(3) د. هشام خالد ، القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، ط1 ، 2014 ، ص874 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص72 .

(2) د. يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها ، دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي ، مكتب اليسري للمحاماة والاستشارات ، الخرطوم ، السودان ، بلا سنة طبع ، ص69 .

ثانياً : إن هذه العقود وما يكتنفها من قصور وثرعات تبدوا أحياناً لا تتمتع بقدسية القواعد القانونية التي تطبق بقوة إلزامها , وفي أحيان أخرى يستطيع الأفراد أن يستبعدون ما يشاؤون من أحكامها أو استبدالها بغيرها مادامت الإرادة هي المصدر الأول لسريان هذه الأحكام⁽³⁾ .

ثالثاً : إن السلطة المخولة للمحاكم ترفض تطبيق الشرط التعاقدى أو تقويمه أو إبطاله سواء أكان ذلك تحقيقاً للمساواة أو العدالة وهذا يتعارض مع فكرة عدّ هذه القواعد هي قواعد قانونية .

رابعاً : إنها قواعد قانونية غير ملزمة وضعت من قبل جهات مهنية أو رجال أعمال ليس لهم أي صفة حكومية أو رسمية وبالتالي فإنهم غير مخولين بالتشريع .

خامساً : إن قصور هذه القواعد لا يجعلها في غنى عن القانون بل إنه يفرض عليها في مجالات أخرى مما لا يسمح بالإدعاء بكفايتها الذاتية , ومن ذلك ما يتعلق بالتشريعات الخاصة بالمنافسة وأدوات التصدير والاستيراد والرقابة على العقد وتحديد عملة الوفاء وسعر الصرف على اعتبار هذه المسائل تتصل بأسس اقتصادية لأن البلدان لا تجعل هنالك محلاً لأعمال لم تتفق عليها إرادة الأطراف .

الفرع الثاني : الاتجاه المؤيد لإقرار الصفة القانونية على العقود التجارية الدولية النموذجية
يرى هذا الاتجاه وجوب الإقرار بالصفة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية وذلك لسببين :

أولاً : إن العقود التجارية الدولية النموذجية ما هي إلا قواعد قانونية ناتجة عن عادات اتفاقية إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أن توفر العمل على إتباع العادات التجارية على أساس أنها تشكلت في مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود سواء تم تقنينها ضمن العقود النموذجية أم لا ، قد أدى مع مرور الوقت إلى أن تصبح هذه العادات أعراف ملزمة فأصبحت على هذا النحو ذات مضمون عام محدد الأمر الذي أضفى عليها الصفة القانونية⁽¹⁾ .

وإذا كانت هذه الأعراف تختلف باختلاف الأوساط التجارية أو المهنية التي تشكلت في إطارها أو باختلاف نوع العقود داخل إطار الخدمة الواحدة مما قد يحد من عموميتها , إلا أن هذا الأمر لا يمنع مع ذلك من اتصاف هذه الأعراف بالصفة القانونية التي تجعلها ملزمة في إطار التجارة أو المهنة التي تكونت في نطاقها⁽²⁾ .

(3) سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلاف توازن العقود الدولية في التجارة الدولية , ط1 , بلا مكان ودار نشر , 1990 , ص384 .

(1) طالب حسن موسى , الموجز في قانون التجارة الدولية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , 1997 , ص96 .

(2) د. محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق , مكتبة المعارف , الإسكندرية , 2004 , ص321 .

ثانياً : العقود التجارية الدولية النموذجية هي قواعد قانونية ملزمة مقترنة بجزء مادي يفرض من قبل الأوساط التجارية على من يخالفها .

يرى الفقه التقليدي أن القاعدة القانونية التي لا تقتزن بوسائل الردع العام الذي تباشره الدولة لا تعد قاعدة قانونية إلا أن هذا الربط بين القانون والجزاء المادي غير ضروري خاصة أن وجود الجزاء في القاعدة القانونية ولزومه لها هو أمر مازال محل نظر وخلاف في الفقه⁽¹⁾ ، فلا يهم أن يكون هنالك جزاء مادي تفرضه سلطة عامة عند مخالفة القواعد العرفية حتى يتم الاعتراف لها بالصفة القانونية وإنما يكفي لإضفاء هذه الصفة على تلك الأعراف والعادات أن يوجد وسط معين متماسك ومتضامن في معاملاته وعلاقة أعضائه وشعورهم بأهمية القاعدة العرفية لتنظيم معاملاتهم كذلك فإن هذه القواعد العرفية تسترد صيغتها القاعدية من وجود جزاءات تفرض على من يخالفها وهذه الجزاءات لها صفة خاصة تتلاءم مع طبيعة أشخاص المجتمع الذي توجد فيه تقوم بإيقاعها المؤسسات التي تتولى شؤون هذا المجتمع العابر للحدود كالاتحادات والنقابات ذات الطابع الدولي وأيضاً مؤسسات التحكيم الدولي , كغرفة التجارة الدولية في باريس , وهذه الجزاءات متنوعة منها جزاءات مالية مثل أداء أطراف النزاع لضمان مالي مسبق يتحمله الطرف الذي يرفض تنفيذ حكم المحكمين وهنالك جزاءات أخرى مثل حرمان المقصر من بعض الحقوق كتعليق العضوية في الاتحادات الدولية للمهنة أو التجارة التي يمارسها⁽²⁾ .

وهنا يمكن القول بأن الأوساط المهنية التجارية ومؤسساتها ساهمت في تقنين العادات السائدة في هذه الأوساط في الشروط العامة للعقود النموذجية والتي أدى تكرار العمل بها إلى تحويلها إلى أعراف ملزمة مقترنة بجزاءات تفرض على من يخالفها من قبل هذه الأوساط , الأمر الذي أضفى على هذه الأعراف الصفة القانونية , لذا لا يمكن إنكار الصفة القانونية للعقود التجارية الدولية النموذجية بوصفها عادات تجارية استقر التعامل بها وتحولت إلى أعراف ملزمة .

الفصل الأول

خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

يعد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ التي استقرت عليها مختلف النظم القانونية ضمن الحدود التي ينشأ فيها العقد وفقاً للقانون , لأن العقود والاتفاقات هي من أنسب الوسائل لتحقيق العدل في المعاملات التجارية للأفراد . إذ إنه من الطبيعي أن يقبل الشخص التعاقد كلما كان في ذلك مصلحة له , فرضا الشخص بالتعاقد يعد دليلاً وإن كان غير باقي على العدل , وقد

(1) يسري عوض عبد الله ، مصدر سابق ، ص 68 .
(2) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص 323 .

ترك القانون للأفراد وفي حدود المصلحة العامة حرية تنظيم عقودهم وتضمينها الشروط التي تكفل تحقيق مصالحهم وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة ضمن علاقات القانون الداخلي⁽¹⁾.

وفي إطار العقود الدولية فإن القانون وجد أنه من الملائم تحديد العمل بمبدأ سلطان الإرادة ليشمل العلاقات والاتفاقات ذات العنصر الأجنبي . فكلما سمح القانون للمتعاقدين حرية إنشاء وبناء عقودهم فإن لهم نفس هذا الحق في نطاق العقود الدولية وكذلك حرية اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الإرادية , فإذا كانت هذه التصرفات أو العقود تتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة فإن هذا لا يعني أنها توجد في فراغ قانوني بل لا بد لها من أن تخضع من حيث شروطها وتكوينها وآثارها لنظام قانوني معين . وأن تحديد هذا النظام أو القانون هو من اختصاص المتعاقدين أنفسهم , فلم يحق اختيار القانون أو النظام الواجب التطبيق على عقودهم وهذا هو مبدأ قانون الإرادة في إطار العقود الدولية⁽²⁾.

ومن أجل بيان كيفية تطور هذا المبدأ ومعرفة مضمونه لا بد لنا من أن نتناوله في مبحثين , سنتناول في المبحث الأول فكرة قانون الإرادة عبر بيان معالم فكرة قانون الإرادة وتطور هذه الفكرة وسنتناول في المبحث الثاني كيفية تعيين قانون الإرادة وعلى النحو التالي :

المبحث الأول

مفهوم فكرة قانون الإرادة

استقر فقه تنازع القوانين على أن جوهر فكرة قانون الإرادة هو الاعتراف لأطراف العلاقة بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم مستنديين في ذلك إلى فكرة أن العقد الدولي لا يمكن أن يرتب آثاره بموجب القانون .

وبعد أن يختار أطراف العلاقة العقدية القانون الواجب التطبيق على عقودهم يتوقف عند هذا الحد دور الإرادة ويخضع العقد بعد ذلك خضوعاً كاملاً لذلك القانون⁽¹⁾ , وأساس هذا الخضوع هو إرادة المتعاقدين , أي إنها مصدر الالتزام بهذا القانون⁽²⁾ .

إلا أن هذا المفهوم لفكرة قانون الإرادة بدأ غير ملائم لمعطيات التجارة الدولية المعاصرة حيث أن قانون الإرادة وفقاً لهذا المفهوم هو قانون وطني لدولة معينة , أي إنه قانون موضوع

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 1057 .
د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , 2014 , ص 17 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص , ط1 , دار النهضة , القاهرة , 2008 , ص 949 .
(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 1059 .
(2) د. هشام خالد , قانون الإرادة بين الإطلاق والتنفيذ في نطاق العقود التجارية الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , ط 1 , 2016 , ص 214 .

لتنظيم العقود الداخلية , لذا فإنه لا يتلاءم وخصوصية عقود التجارة الدولية , إذ إن قواعد هذا القانون تجري بين دولتين أو أكثر كما جاء في التقرير الذي أعدته الأمانة العامة لهيئة الأمم المتحدة الذي عرض على الجمعية العامة لسنة 1965 بمناسبة البحث في إنشاء لجنة لتوحيد قانون التجارة الدولية⁽¹⁾ , لذا قد يكون من المناسب تحويل إرادة الأطراف دوراً يجعل تلك العقود بعيدة عن تأثير القوانين الوطنية .

ومن أجل بيان فكرة قانون الإرادة بشكل أوسع لابد لنا من أن نتطرق لأساس فكرة قانون الإرادة وتطورها في مطلبين نتناول في المطلب الأول : معالم قانون الإرادة وفي المطلب الثاني سنتناول تطور هذه الفكرة وعلى النحو التالي :

المطلب الأول

معالم فكرة قانون الإرادة

سوف نتناول تحت هذا العنوان ظهور فكرة قانون الإرادة وأساس هذه الفكرة وطبيعتها ومضمونها وذلك في فرعين نتناول في الفرع الأول ظهور فكرة قانون الإرادة وأساسها ثم نتناول في الفرع الثاني طبيعتها ومضمونها وكما يلي :

الفرع الأول : ظهور فكرة قانون الإرادة

لم تكن فكرة قانون الإرادة منذ نشوؤها كما هي عليه الآن بل مرت بعدة مراحل

أولاً : مرحلة القوانين القديمة

ذهب فقه الأحوال الإيطالي القديم في القرنين الثاني عشر والثالث عشر على إخضاع التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه سواء أكان من حيث الموضوع أم من حيث الشكل , واستمر هذا الحال حتى نهاية القرن الخامس عشر إذ فسر الفقيه (Ruchus Curtius) خضوع العقد لقانون بلد الإبرام أساسه أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمناً إلى اختيار هذا القانون⁽²⁾ , أي ارتضاء المتعاقدين ضمناً لذلك القانون وفي القرن السادس عشر حاول المحامي والفقيه الفرنسي ديمولان أن يكشف ويؤكد قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة وكان ذلك بمثابة فتوى قدمها تتعلق بالنظام الحالي للزوجين المعروفة بقضية (دوجاني) . إذ تقدم إليه زوجان يطلبان منه الفتوى في

(1) عبد العزيز الزعابي : بحث حول القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية على الموقع الإلكتروني

2013 www.a7wallaw

(2) د. هشام علي صادق , دروس في القانون الخاص الدولي , الدار الجامعة بيروت , بلا سنة طبع , ص 255 .

مدى إمكان تجنب القواعد العرفية السائدة في المكان الذي تقع فيه أموال كل منهما وتطبيق النظام المالي السائد في باريس والتي اتخذهاها موطناً لهما بعد الزواج⁽¹⁾ .

وقد أفتى ديمولان بأنه على الرغم من أن أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد واحد إلا أن النظام لهما يخضع لقانون موطن الزوجية على اعتبار أن إرادة الزوجين الضمنية اتجهت إلى اختيار ذلك القانون⁽²⁾ .

وقد قبل الفكرة عدد من الفقهاء اللاحقين أمثال بولينوا (Boullenois)⁽³⁾ , وبذلك يكون الفقيه ديمولان قد سعى إلى إخراج العقد من نطاق السيادة الإقليمية للقانون تأسيساً على دور الإرادة في العقد فهي التي توجه العقد ، على اعتبار أن الإرادة هي مصدر العقد وليس القانون أن الإرادة هي التي تحدد القانون الذي يجري اتفاق الأطراف عليه وفقاً لأحكامه ، أي إن العقد يخضع للقانون الذي تتجه إرادة الأطراف إلى اختياره ونتيجة لذلك فإن العقد يحدث أثره حتى خارج محل إبرامه على اعتبار أنه وليد الإرادة وليس وليد القانون , إذ أن الإرادة لا تقف حبيسة الحدود الإقليمية خلافاً لسلطات القانون الذي يقف عند هذه الحدود⁽⁴⁾ .

ومن النتائج التي ترتبت على فقه ديمولان التفرقة بين موضوع العقد وشكله حيث ضاق من الناحية النظرية نطاق خضوع العقد لقانون محل الإبرام حتى اقتصر فقط على شكل العقد دون موضوعه , ويرى بعض الفقهاء أن استخدام ديمولان للإرادة قد تجرد من النتائج العملية المتمثلة بقدرة الإرادة على اختيار قانون آخر لأن فتواه السابقة قد أدت في النهاية إلى تطبيق قانون بلد إبرام عقد الزواج فهو قانون موطن الزوجين الأول , وقد برر هذا التطبيق برجوعه إلى الإرادة الضمنية ومن ثم فإنه لم يخرج عن ما توصل إليه ما يعنيه من إسناد العقود لقانون بلد الإبرام باعتباره إسناداً أمراً لا تملك الإرادة الصريحة تفسيره⁽¹⁾ .

ويرى جانب من الفقه أن ما توصل إليه ديمولان يتمحور في استبعاد قانون بلد الإبرام ، إذا تبين من الظروف أن هذا الإسناد ما هو إلا إسناد عارض يقوم على محض الصدفة⁽²⁾ .

وفي القرن التاسع عشر ذهب الفقيه الألماني سافيني إلى إخضاع العقد لمكان تنفيذه , حيث كان يقوم بتحليل الرابطة القانونية وتركيزها في المكان الذي أنتجت منه هذه الرابطة جميع

(1) حفيظة السيد : الموجز في القانون الدولي الخاص , الكتاب الأول , منشورات الحلبي الحقوقية , 2007 , ص363 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , 1060 .

(3) بولينوا . هو محام أمام محكمة باريس , وعاش من (1680-1762) والذي قرر أن الأحوال أما أن تكون شخصية أو عينية وبذلك يكون قد اقترب من أفكار الفقيه (جنتره) .

(4) د. محمود ياقوت , مصدر سابق , ص28 .

(1) د. محمود محمد ياقوت , مصدر السابق , ص29 .

(2) خالد شويوب , القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي , أطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , 2009 , الإسكندرية , مصر , ص39 .

آثارها أو معظمها ثم يخضع الرابطة للقانون الذي يكون سائداً في هذا المكان والفرق بين فقه سافيني وديمولان أن الفقيه ديمولان ذهب إلى إخضاع العقد لقانون بلد الإبرام كما كان عليه الحال في المدرسة الإيطالية، أما الفقيه سافيني فقد أخضع العقد لقانون دولة التنفيذ وهذا الإسناد يكاد أن يكون إجبارياً بغض النظر عن تبريره ورده إلى الإرادة الضمنية للأطراف ، والملاحظ على هذا التبرير أنه يتجرد من نتائجه العملية⁽³⁾ .

ثانياً : مرحلة القوانين المعاصرة

في نهاية القرن التاسع عشر أكد الفقيه البلجيكي (لوران) أن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ما هي إلا حقاً من حقوق الإنسان⁽⁴⁾ إذ رتب الفقيه لوران على مبدأ سلطان الإرادة نتائج المنطقية ، حيث ذهب إلى القول بأنه إذا كان تطبيق قانون دولة الإبرام أو دولة التنفيذ قد فسر على أساس الرضا الضمني للمتعاقدين فإنهم أيضاً لهم الحق في أن يختاروا صراحة قانوناً آخر غيره⁽¹⁾ .

ولهذا لم يعد مبدأ سلطان الإرادة لدى الفقيه لوران مجرد تبرير لحل مسبق في تنازع القوانين للعقود بل أن هذا المبدأ أصبح الحل ، بما يكفل للإرادة في ذاتها من مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، معتمداً في تفسيره هذا على مبدأ حرية التعاقد في القانون الطبيعي⁽²⁾ . ويذهب لوران إلى الاعتداد بإرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون العقد . أما في حالة غياب هذه الإرادة فيتم الكشف عن إرادتهم الضمنية عبر ظروف التعاقد ، فإذا تعذر الكشف عن الإرادة الضمنية فيصير إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، وفي حالة اختلاف جنسية المتعاقدين فيصير إلى تطبيق قانون محل الإبرام حيث يعتبر هذان القانونان بمثابة تعبير عن إرادة المتعاقدين المفترضة كما يتصورها القاضي أو المشرع⁽³⁾ .

أما الفقيه الإيطالي مانشيني فقد أنشأ في القرن التاسع عشر فقهاً جديداً في تنازع القوانين عرف باسمه فقه مانشيني أو فقه المدرسة الإيطالية الحديثة وقرر إخضاع العقود لقانون الإرادة استثناءً من فقهه في شخصية القوانين وذلك بغض النظر عن القانون الشخصي للمتعاقدين ، وقد بنى استثناءه هذا على وجوب احترام مبدأ سلطان الإرادة على أساس أن القواعد المنظمة للتعدد

(3) د. هشام خالد ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 ، ص332 .

(4) أحمد حميد الانباري ، سكوت الإدارة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، الأردن ، 2017 ، ص63 .

(1) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص32 .

(2) حفیظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 ، ص363 .

(3) د. محمود محمد ياقوت ، المصدر السابق ، ص32 .

في القانون الوطني للمتعاقدين هي قواعد مكملة لا يجوز للمتعاقدين مخالفتها باختيارهم لقانون آخر يحكم العقد⁽¹⁾ .

وإذا تحرينا الدقة في هذا الاستثناء الذي قصر مانشيني مجال أعماله في إطار القواعد المكملة في القانون الشخصي لوجدنا أن العقد سيضل محكوماً بالقواعد الأمرة في القانون الشخصي , وفي هذه الحالة سوف يقتصر تطبيق قانون الإرادة على المسائل التي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها في قانونهم الشخصي , وكان قانون الإرادة قد تحول إلى مجرد شروط عقدية⁽²⁾ .

وقد تنبه جانب من فقهاء القانون الخاص لخطورة هذا الوضع ومن بينهم الفقيه السوفيتي (بروشيه) , حيث أن هذا الوضع قد يؤدي إلى إفلات العقد الدولي من حكم القانون بصفة عامة , فكما قلنا سابقاً حسب فقه مانشيني فإن القانون المختار سوف ينزل منزلة الشروط العقدية وهذا يؤدي إلى جعل العقد الدولي بدون قانون يحكمه .

إذ رفض الأستاذ بروشيه الاستناد إلى مطلق سلطان الإرادة لتسوية حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق وإنما يستند حقهم إلى قوة القانون الذي منح الإرادة القدرة على هذا الاختيار , وعلى الرغم من أن الفقيه بروشيه الذي يعد أول من استخدم سلطان الإرادة إلا أنه أنكر عليها سلطانها عندما رده إلى قوة القانون⁽³⁾ , ولم ينتشر اصطلاح مبدأ سلطان الإرادة إلا بعد وفاة الفقيه السويسري بروجيه سنة 1884 إذ أعقبه الفقيه ولز (wells) . والذي أسهم بصفة خاصة في انتشار استخدام هذا المصطلح في فرنسا , ومنذ ذلك الوقت أصبحت قاعدة خضوع العقد من حيث الموضوع لقانون الإرادة قاعدة معترفاً بها من قبل الفقه والقضاء في مختلف دول العالم .

فالقضاء الفرنسي استمر في تطبيق قانون دولة محل إبرام العقد الدولي على أساس أنه يمثل قانون الإرادة الضمنية للأطراف حتى بعد صدور حكم (Jullion) عام 1864 من قبل محكمة النقض الفرنسية حيث أخذ القضاء يعدل عنه إلى القانون المختار من قبل الأطراف , ففي عام 1910 أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً والذي يعد بمثابة دستور قانون الإرادة . وجاء في هذا الحكم أن القانون واجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أو بشروطها هو القانون الذي يتبناه الأطراف , وما زال القضاء الفرنسي يعمل بهذه الصيغة حتى يومنا هذا⁽⁴⁾ .

(1) د. أحمد عبد الحميد عشوش , القانون الدولي , الخاص , ط1 , مؤسسة شباب الجامعة , 2012 , ص254 .

(2) د . هشام علي صادق , مصدر سابق , ص322 .

(3) د. محمود محمد ياقوت , المرجع السابق , ص34 .

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص1061 .

وما اتفاقية روما لعام 1980 الموقعة من قبل فرنسا حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إلا تأكيد لقانون الإرادة , إذ نصت المادة الثالثة فقرة أولاً على أن (يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف) .

وهناك العديد من التشريعات في مختلف دول العام تؤكد قاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة منها القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979⁽²⁾ .

كذلك القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979⁽³⁾, والقانون الدولي الخاص التركي⁽⁴⁾ لعام 1982 , وهناك العديد من القوانين التي أقرت هذا المبدأ , منها القانون الدولي الخاص الإيطالي والأسباني والألماني والسويسري والأمريكي . ولم يقف الأمر عند حد القوانين الوطنية بل أن هنالك كثير من الاتفاقيات الدولية كرسست هذا المبدأ من اتفاقية لاهاي لعام 1950 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية⁽¹⁾ . كذلك اتفاقية لاهاي لعام 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة⁽²⁾ .

أما بالنسبة للقوانين العربية فنجد أن المشرع الجزائري⁽³⁾ , قد أخضع العقود الدولية لقانون الإرادة وهو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين⁽⁴⁾ , والقانون الدولي الخاص الفرنسي لعام 1998 في المادة (62) والقانون المدني الأردني في المادة (59) والقانون السوري في المادة (1/20) والقانون الليبي في المادة (19) والقانون الكويتي الخاص بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي لعام 1961 في المادة (59) وقانون المعاملات المدنية العماني رقم (59) لسنة 2013 في المادة (1/20) وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون رقم () لسنة 1997 في المادة (1/19)⁽⁵⁾ .

أما موقف المشرع العراقي من قاعدة إخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة فقد أكدته المادة (1/25) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن (يسري على الالتزامات العقدية

(2) حيث نصت المادة (1/35) من هذا القانون على أن (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمناً) .

(3) حيث نصت المادة (15) من هذا القانون على أن (يسري على العقود القانون الذي يختاره الأطراف) .

(4) حيث نصت المادة (24) من هذا القانون على أن (تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة ...)

(1) حيث نصت المادة (1/2) على أنه يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي يحدده الأطراف المتعاقدة .

(2) حيث نصت المادة (1/5) على (يسري على روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الأطراف ...)

(3) د. امحمدي بو زينة أمانة , تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , 2020 , ص 489 .

(4) حيث نصت المادة (18) من القانون المدني الجزائري (يسري على الالتزامات التعاقدية القانونية الذي اختارته إرادة المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد) .

(5) د. عبد المنعم حافظ السيد , قانون الالتزامات الخاصة الدولية , مكتبة الوفاء القانونية , الإسكندرية , ط 1 , 2018 , ص 25 .

قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً وإذا اختلفا يسري قانون محل إبرام العقد كل ذلك ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين الظروف أن قانون آخر يراد تطبيقه). وهذا يعني أن على القاضي العراقي أن يطبق قاعدة الإسناد الخاصة بقانون الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية وفي حالة غيابها يصر إلى ضابطي الإسناد الآخرين⁽⁶⁾.

أما عن موقف المشرع المصري فقد كان واضحاً وربما كان له الأثر الكبير في أن تتجه القوانين العربية بهذا الاتجاه ، إذ جاء في المادة التاسعة الفقرة الأولى من القانون المدني المصري (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه⁽¹⁾).

وقد عبر بعض الفقهاء في تبرير حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم أنه ما دامت للأطراف الحرية في تنظيم الالتزامات التعاقدية مباشرة بوضع شروط معينة داخل عقودهم فهم يستطيعون كذلك القيام بطريقة مباشرة باختيار القانون الواجب التطبيق على هذا العقد ، والذي سوف يستمر عن طريق تنظيم تلك الالتزامات لذا يمكن القول أن للإرادة دور كبير في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بشكل عام إلا أن هذا الدور يتضائل في العقود النموذجية ، ذلك لأن المتعاقدين إذا استخدموا عقداً نموذجياً عند إبرامهم للعقد لا يقومان بصياغة كل بنوده وإنما يعطيان الحق لأحدهما أو غيرهما لصياغة هذه البنود .

الفرع الثاني : مضمون فكرة الإرادة

هنالك قاعدة أساسية في القانون الدولي الخاص للعقود وهي أن الأطراف هم الذين يحددون بأنفسهم القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم أو كما يقرر الفقه التقليدي بأن المتعاقدين هم الذين يعملون قانونهم ، ويذهب جانب من الفقه الحديث إلى القول بأن القاعدة التي تقرر للمتعاقدين حق اختيار القانون المطبق على العقد الدولي ليست قاعدة إسناد بل قاعدة موضوعية يطبقها القاضي مباشرة على منازعات العقود التي تعرض أمامه والمتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عندما يعبر المتعاقدان عن إرادتهم⁽¹⁾.

فإذا كانت الإرادة هي المناط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ، فالسؤال الذي يتبادر إلى ذهن في هذا المجال هو : ما هو الدور الحقيقي الذي تلعبه إرادة الأطراف ؟ هل هو تحديد قانون دولة معينة كي يكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد

(6) عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2017 ، ص 341 .

(1) د. عبد المنعم حافظ السيد ، مصدر السابق ، ص 27 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص 39 .

الدولي ؟ بحيث لا يكون أمام القاضي خياراً إلا تطبيق القانون الذي حددته إرادة المتعاقدين ؟ أم له الحق في التدخل أو التوجيه أو حتى تجاهل ما تم من اختيار وقيامه بنفسه بتحديد القانون الواجب التطبيق .

أجاب الفقه والقضاء على هذه الأسئلة عبر النظريتين الآتيتين :

أولاً : نظرية التركيز أو التوطين

ظهرت هذه النظرية في أفكار الفقيه الفرنسي باتيفول وتسمى أيضاً بنظرية التوحيد أو وحدانية التوحيد⁽²⁾ بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , والأساس الذي قامت عليه هذه النظرية هو أن الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو تركيز أو توظيف العقد في دولة معينة فالمتعاقدان لا يقومان باختيار قانوناً معيناً بحيث يكون القاضي ملزماً بتطبيقه وإنما يركزان عقدهما في مكان معين ومن هذا التركيز يقوم القاضي باستخلاص القانون واجب التطبيق⁽³⁾ , فمهمة الأطراف تقتصر على تقديم الوقائع التي بموجبها يتوطن العقد في مكان معين كإبرام العقد مثلاً أو تنفيذه أو حتى الإرادة الصريحة في اختيار قانون معين فالاختيار الصريح هذا ما هو إلا أحد عناصر التوطين أو التركيز الموضوعي للعقد , وإرادة المتعاقدان لا يمكن تفسيرها إلا باعتبارها مجرد إرادة توطين العقد أو تركيزه , فإذا اختار المتعاقدان صراحة قانوناً معيناً لحكم العقد لا يتلاءم مع التركيز الموضوعي أو التوطين الحقيقي لبيان العقد فإن من حق القاضي أن يهمل هذا القانون المختار ويتولى بنفسه مهمة البحث عن هذا التوطين واستخلاص القانون واجب التطبيق⁽¹⁾ , إذن فالشرط الضروري لفعالية إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد هو وجود توافق بين القانون المختار والتوطين الموضوعي للعقد حيث أن المناط الوحيد لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد هو التركيز أو التوطين الموضوعي للعقد , وما لإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية سوى دور احتياطي أو ثانوي في تحديد القانون واجب التطبيق فالقاضي هو الذي يحدد القانون واجب التطبيق .

وتحظى نظرية التركيز أو التوطين هذه بدعم بعض الفقهاء أمثال Schmidt و Hevenin و Bredib و Bourdet إذ أن لها فوائد كثيرة منها :

1- تمنع من تحايل المتعاقدين على الأحكام الأمرة :

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 1069 .

(3) خالد عبد الفتاح محمد خليل , حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت - لبنان , ط 1 , 2004 , ص 147 .

(1) بلاق محمد , قواعد التنازع والواعد المادية في عقود ومنازعات التجارة الالكترونية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد , الجزائر , 2010 , ص 31 .

إذ أن هذه النظرية تمنع من تحايل المتعاقدين على الأحكام الأمرة في قانون الدولة التي يرتبط بها العقد أكثر من غيرها , وتحول كذلك دون تعسف المتعاقدين في اختيار قانون معين ليس له صلة باقتصاديات العقد أو بنيانه⁽²⁾ .

2- وجوب توافر صلة بين القانون المختار والعقد لأن القاضي يملك دوراً واسعاً في تحديد القانون المختار فإذا انعدمت هذه الصلة حق للقاضي إحلال القانون المرتبط بالعقد الذي يراه مناسباً , حيث أن الهدف النهائي لعملية التركيز الموضوعي , هو إسناد هذه الرابطة لقانون المكان الذي يمثل مركز الثقل فيها , أي القانون الأكثر صلة بها⁽¹⁾ .

3- تمنع هيمنة الأطراف المتعاقدة على قانون العقد :

حيث أنها تمنع هيمنة الأطراف المتعاقدة على قانون العقد من خلال دمجها في بنود العقد وتحويله إلى مجرد شرط تعاقدي وقيامهم بإجراء تعديل على قانون العقد كذلك التي تجري على الشروط العقدية , وبالتالي هروبهم من القواعد الأمرة التي يحتويها القانون وتقييدهم لأثر التعديلات التشريعية التي قد تطرأ مستقبلاً على تلك القواعد من قبل واضعيها⁽²⁾ .

4- تقلل من أهمية الجدل الفقهي حول أعمال نظرية الإحالة في العقود الدولية حيث أن الفقه المؤيد لاحترام الإرادة الصريحة للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق متخوف من ضياع ذلك الاحترام عند قبول الإحالة , وإعمال قواعد التنازل في ذلك القانون .

أما إذا أخذنا بنظرية التركيز الموضوعي للعقد فإن قانون الدولة التي يتركز فيها العقد يكون هو القانون ذو المصلحة الفعلية في حكم العقد⁽³⁾ .

5- ترفع التناقض بين التنظيم الموضوعي للعقد وكيفية حل تنازع القوانين حيث أن دور إرادة المتعاقدين ينحصر في تركيز العقد لا في اختيار قانونه⁽⁴⁾ فإذا أُنيطت مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين واختار المتعاقدين قانوناً معيناً وعند إعماله اتضح أن العقد باطل وفقاً لأحكام القانون فلا يمكن القول أن المتعاقدين قد اختارا قانوناً يبطل عقدهما . من خلال ما تقدم يمكن القول أن التوطين يكون من خلال اختيار نموذج العقد وهو توطين معنوي لا مادي كما هو الحال في دور الإرادة خارج العقود النموذجية , وأن إرادة الأطراف ليست كافية وحدها لاختيار القانون واجب التطبيق بل لابد من توافر رابطة جدية بين القانون والعقد .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 913 .

(1) د. هشام علي صادق , مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية , الدار الفنية للنشر , الإسكندرية , مصر , 1987 , ص 513 .

(2) خالد عبد الفتاح محمد خليل , حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية , (ب . ط) القاهرة - مصر , 2002 , ص 126 .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , المصدر السابق , ص 914 .

(4) زروني الطيب , القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين , مطبعة الفسيحة , ط 2 , 2008 , ص 241 .

ثانياً : نظرية ازدواجية التحديد :

لاحظنا عند بيان نظرية التركيز أو التوظيف أن الإرادة الصريحة للمتعاقدين لا تعدوا إلا أن تكون أحد عوامل توطين العقد فهي تعطي للقاضي الدور الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , لذا يرى جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه Deby – Gerads أن القانون الوضعي تسوده نظرية ازدواجية القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , فإذا كان هنالك اختيار صريح للقانون من قبل المتعاقدين واجب التطبيق تحتم احترام هذا الاختيار وتطبيق القانون المختار , ولا يمكن القول هنا بأن إرادة المتعاقدين يقتصر دورها على تركيز أو توطين العقد في مكان معين من خلاله يستخلص القاضي القانون المختص حيث أنه من غير الجائز للقاضي تجاهل ذلك الاختيار الصريح .

إن احترام إرادة المتعاقدين هنا يوليه أمران⁽¹⁾ :

الأمر الأول : التقليد أو العرف التاريخي الذي حدا بالقانون المعاصر إلى الاعتراف بحق المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وهذا الحق يتمثل بحق اختيار قانون وليس تركيز العقد في مكان معين .

الأمر الثاني : تعد قاعدة قانون الإرادة قاعدة موضوعية أو مادية خاصة بالعقود الدولية ويجب على القاضي احترامها كونها ضرورية لتنظيم العلاقات التجارية الدولية وأن تجاهلها يضر بذلك التنظيم , كذلك لا يجب تقييد إرادة المتعاقدين من خلال اشتراط صلة بين العقد والقانون المختار وإرادة إذا وجدت الإرادة الصريحة للمتعاقدين فلا مبرر لقبول الإحالة .

ولا يمكن قبول فكرة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقد إلا إذا انعدم الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق , وهنا على القاضي أن يقوم بدوره في استخلاص القانون واجب التطبيق ولا محل للنظر هنا إلى إرادة المتعاقدين الضمنية أو المفترضة فكلاهما يؤديان إلى تحكم القاضي .

وأخيراً يمكن القول أن نظرية ازدواجية التحديد لا صلاحية لها في العقود النموذجية , طالما أن العقد النموذجي يحمل الحلول ذاتياً .

ثالثاً : تقدير النظريتين

يقول الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة حول تقدير النظريتين " نحن لا نقبل الاختلاف في شمولية التوطين أو التركيز الذي التزمته النظرية الأولى , كما لا نقبل الاختلاف في طبيعة الفصل بين الإرادة الصريحة للمتعاقدين وانعدام الإرادة مطلقاً⁽¹⁾ " .

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي , القانون الواجب التطبيق على التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية . دار الفكر العربي الجامعي , الإسكندرية , مصر , 2003 , ص 44 .
(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 1074 .

فالنظرية الأولى يؤخذ عليها تجاهلها لإرادة الأطراف خصوصاً الإرادة الصريحة وإعطاء القاضي الدور الكلي في تحديد قانون العقد هذا وإن للثقة التي أولاها القانون للإرادة دور كبير في ازدهار المبادلات الاقتصادية عبر الحدود , كما أن تجاهل الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد تحت مظلة التركيز الموضوعي يؤدي إلى تضيق لقاعدة التنازع التي تعترف للمتعاقدتين بحق تحديد ذلك القانون , كذلك إرباك الأطراف والإخلال بتوقعاتهم حول مصير عقدهم .

أما بالنسبة للنظرية الثانية نظرية ازدواجية التحديد فيؤخذ عليها تجاهلها للإرادة الضمنية للأطراف ومسوائها مع غياب أو انعدام الإرادة , في حين أنها إرادة حقيقية لها قرائن تدل عليها بيقين , فلو افترضنا أن هنالك عقد طباعة برم بين كاتب عراقي وإحدى دور النشر والطباعة المصرية وتم العقد في مصر , وتم الاتفاق على دفع التكاليف فيه بالجنيه المصري في بنك مصري وعلى توزيع الكتاب بعد نشره في مصر بصورة أساسية وأن منازعات العقد من اختصاص القضاء المصري , فهنا أليست هنالك إرادة حقيقية وإن كانت كامنة في تطبيق القانون المصري , لذا وجب التمييز بين ثلاث حالات⁽¹⁾ :

الأولى : وجود اختيار صريح لقانون العقد من قبل الأطراف ، وفي هذه الحالة يجب إعمال واختيار القانون المختار .

الثانية : تخلف الاختيار الصريح : قد يتخلف الاختيار الصريح لقانون العقد من قبل الأطراف لكن هنالك إرادة ضمنية يمكن استخلاصها من ظروف معطيات التعاقد بشكل يقيني تشير إلى اتجاه إرادة المتعاقدتين إلى تطبيق قانون معين , وهذه الإرادة يجب أن تحضى بالاحترام وعلى القاضي استجلائها .

الثالثة : وهي حالة فرضت الانعدام الحقيقي لقانون الإرادة , حيث يكون من الصعب على القاضي أن يتلمس الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف ، حيث لا يمكن القول بوجود إرادة مفترضة للمتعاقدتين , لذا يصار إلى فكرة التركيز أو التوطين للوصول إلى تحديد قانون المختص بحكم العقد ويمكن القول أن الحكم الذي يؤدي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من خلال تركيزه أو توطينه مباشرة دون البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدتين يكون عرضة للنقض كونه مشوباً بخطأ في تطبيق القانون .

هذا ومن الملاحظ أن القانون العراقي والقوانين المقارنة الأخرى⁽²⁾ فرقت ما بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية وغياب الإرادة , واقتصر أعمال فكرة التوطين أو التركيز على

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 914
(2) انظر المادة (1/19) من القانون المدني المصري , م (59) من القانون الكويتي والمادة (20) من القانون الأردني والمادة (19) من القانون الإماراتي المادة (30) من القانون اليمني .

الحالة الأخيرة وهي حالة غياب الإرادة فالمادة (1/25) من القانون المدني العراقي نصت على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدوا موطناً وإذا اختلفا يسري قانون محل إبرام العقد محل ذلك ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين الظروف أن هنالك قانون آخر يراد تطبيقه "

وهذا يعني أن القاضي العراقي يقوم أولاً بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بقانون الإرادة أي يبدأ بتطبيق قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية , فإذا انعدم وجود الإرادة فيصير إلى التوطين من خلال اعتماد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وإن وجد اختلاف في موطن المتعاقدين يصار إلى تطبيق قاعدة محل الإبرام⁽¹⁾ , وهذا أيضاً ما ذهب إليه القضاء العراقي⁽²⁾ . ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المشرع العراقي لم يأخذ بالإرادة المفترضة طبقاً للمادة (25) من القانون المدني العراقي وهذا الأمر يحمده عليه , لأن العمل القضائي يعتمد على الأدلة الثابتة والقرائن الواضحة وصولاً إلى الحكم العادل في حل النزاع وهذا الحكم لا يتحقق من خلال اعتماد الإرادة المفترضة القائمة على مجرد الافتراض والتصور حيث لا يمكن للقاضي أن يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين⁽³⁾ .

وهناك بعض من التشريعات ذهبت إلى عدم الأخذ بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار القانون والاكْتفاء فقط بالإرادة الصريحة , مثل القانون الدولي الخاص الصيني⁽⁴⁾ والذي اشترط في المادة الثالثة منه على أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة فإن تعذر الاختيار الصريح فلا يصح للقاضي أن يبحث عن ما يسمى بالإرادة الضمنية للمتعاقدين وهو ما تبتغيه مبادئ مؤتمر لاهاي لعام 2015 .

مما تقدم يمكن القول أن كلا النظريتين يؤديان إلى تقليص دور الإرادة مما يؤدي إلى التضييق في حالة التنازع وخاصة في العقود التجارية الدولية النموذجية .

المطلب الثاني

تطور فكرة قانون الإرادة

(1) أ.د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي , مصدر سابق , ص 241 .

(2) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1045/ج/1958 منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين 1959 , ص 413 .

(3) م.د. علاء حسين شبع , مصدر سابق , ص 224 .

(4) زياد خليف العنزي , مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015 , بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة , الإمارات العربية المتحدة , المجلد (13) العدد (12) , 2016 , ص 390 .

تطورت فكرة قانون الإرادة تطوراً كبيراً خلال القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين حيث دأبت معظم التشريعات إلى إخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة , وكذلك تطويع قانون الإرادة وسنبحث هاتين المفردتين كلاً في فرع مستقل نتناول في الفرع الأول خضوع العقد لقانون الإرادة ونتناول في الفرع الثاني تطويع قانون الإرادة وكما يلي :

الفرع الأول : خضوع العقد لقانون الإرادة

استقر مبدأ شريعة المتعاقدين في كافة النظم القانونية المعاصرة ، حيث يتمتع الأفراد بحرية في تنظيم عقودهم واختيار القانون الذي يحكم تلك العقود التي تنسم بالطابع الدولي طبقاً لمبدأ الإرادة في العقود الدولية , أي الاعتراف لأطراف العقد بحق اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم⁽¹⁾ , وقد يكون خضوع الأطراف المتعاقدة لقانون وطني وأحياناً أخرى يكون الخضوع لأحكام قانون غير وطني يطبق على عقودهم , لذا سوف نتناول في هذا الفرع مسألة خضوع العقد الدولي لقانون وطني في فقرة أولى وخضوع العقد الدولي لقانون غير وطني في فقرة ثانية⁽²⁾ .

أولاً : خضوع العقد الدولي لقانون وطني

كما هو معروف أن المجتمع الدولي يفتقد إلى سلطة عالمية تنهض بوضع القواعد القانونية اللازمة التي تنظم العلاقات بين أعضائه من الدول أو المنظمات الدولية أو بين الأفراد العاديين ، لذا فقد اعترف القانون الدولي لكل دولة بالاختصاص بوضع قواعد قانونية تنظم عمل سلطات الدولة وأجهزتها وأفراد مجتمعتها , كذلك الحال فإن للأفراد الحق في اختيار القانون الذي يطبق على عقودهم إذا كان هذا القانون يبدو أكثر ملائمة⁽¹⁾ .

لذا فإن فكرة قانون الإرادة تعني اختيار المتعاقدين في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة وغالباً ما يكون قانون الدولة التي يخضع لها الأطراف ، وهذا ما أشار إليه القانون الدولي الخاص الأسباني⁽²⁾ , وتقنين تنازع القوانين الأمريكي لعام 1973 الذي أخضع العقود لقانون الدولة الذي اختاره الأطراف ، وكذلك المادة (1/19) من القانون المدني المصري⁽³⁾ , والمادة (1/25) من القانون المدني العراقي , وهذا التحديد لمعنى قانون العقد أخذ به القضاء في أغلب

(1) ياكادية حسيبه , عقود التجارة الدولية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية , الجزائر , 2013 , ص 48 .

(2) أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 159 .

(3) أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 159 .

(2) المادة (5/10) من القانون المدني الأسباني والتي نصت على أن (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف صراحة ...) .

(3) المادة (1/19) من القانون المدني المصري نصت على أن (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدول ...)

دول العالم فقد أشارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها عام 1950 في قضية بين الحكومة الفرنسية ولجنة بورصة أمستردام إلى أن " كل عقد دولي يستند بالضرورة إلى قانون دولة معينة" (4) ونظراً للتطور الكبير والسريع في العقود التجارية الدولية فقد أصبحت معظم التشريعات الوطنية عاجزة عن مواكبة هكذا تطور . إذ بات تطور العقود التجارية الدولية يتمشى مع التطور العلمي والتكنولوجي ، ويشير القانون المدني الفرنسي إلى أن القواعد الوطنية تفتقر صفة الدولية لذا فإن بعض العقود الدولية تعاني من عدم ملائمة القواعد الوطنية وهذا ما نراه في عقد البيع الدولي للبضائع حيث أن قواعد الإسناد تشير إلى إعمال القواعد الوطنية لحكم عقود التجارة الدولية ، فهذا القانون يحرم الشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات التي تبرم بين مهنيين في تخصصات مختلفة ، وهذا التحريم لا يتناسب مع الطبيعة الخاصة لعقود البيع الدولية ، كونه لا يأخذ بالحسبان ما تتميز به تلك العقود من ذاتية وما تقوم به تلك الشروط من دور كبير في تحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة (1) .

ويؤيد ذلك أيضاً قضاء التحكيم ، حيث يرى عدم ملائمة القواعد الوطنية لتسوية ما تثيره عقود التجارة الدولية من منازعات ، إلا أن بعض الفقهاء يرى أن ما ذهب إليه قضاء التحكيم من عدم ملائمة القواعد الوطنية لتسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية غير صحيح وإنما مرجعه عدم موضوعية بعض المحكمين واستدلوا على حكم المحكمين في قضية (أرامكو) حيث قامت هيئة التحكيم بأعمال القانون الدولي العام متجاهلين اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للقانون السعودي بحجة أن أعمال القانون السعودي ما هو إلا تطبيق للشريعة الإسلامية والتي لا تكفي أحكامها لتنظيم وتسوية منازعة عقود البترول (3) .

ثانياً : خضوع العقد الدولي لقانون غير وطني

الأصل في المنهج التقليدي أن القوانين الوطنية السائدة في الدول التي تتصل بالرابطة محل النزاع هي التي تتنازع لحكم العلاقة فالنزع وفقاً لهذا المنهج لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منهما يوصف الدولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام ، أي أن قواعد الإسناد وفقاً للمنهج التقليدي لا تشير إلا للقوانين الداخلية الصادرة عن دولة معينة (2) .

(4) أ . د . عباس زيون العبودي ، د . ليث عبد الرزاق الأنباري ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العدد الثالث ، ج 1 ، 2017 ، ص 20 .

(1) صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا ، رسالة ماجستير ، جامعة عين شمس ، جمهورية مصر العربية ، 1993 ، ص 299 .

(2) محمد إبراهيم موسى ، انعكاسات العولمة في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 24 .

(3) د . هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص 152 .

لذا يترتب على هذه النتيجة أن منهج التنازع القائم وفقاً لفقهاء الأستاذ باتيفول يقوم على فكرة التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والذي سيؤدي في النهاية إلى تطبيق قانون وطني لدولة ما على الروابط الخاصة ذات الطابع الدولي .

وكما قلنا سابقاً أن القانون الداخلي المختص بحكم هذه الرابطة هو الأقرب من غيره من القوانين الداخلية الأخرى التي تتزاحم فيما بينهما . فإن هذا الأمر لا يعني أن القانون الداخلي يستجيب تماماً لطبيعة الرابطة ذات الطابع الدولي , حيث أن القانون الواجب التطبيق على الرابطة ذات الطابع الدولي والذي تشير به قاعدة الإسناد الخاصة في قانون القاضي هو قانون داخلي وضعت أحكامه لمواجهة علاقات ذات طابع داخلي⁽¹⁾ .

هذه الحقيقة دفعت إلى البحث عن قواعد قانونية جديدة غير وطنية لتشكل ما يسمى بقواعد القانون الدولي الخاص الحالي ومصدر هذه القواعد هو التشريع أو القضاء الداخلي أو المعاهدات الدولية أو الأعراف والعادات المهنية والتجارية التي نشأت بطريقة تلقائية من خلال ما جرى عليه العمل بين رجال الأعمال والتجار في إطار التجارة الدولية⁽²⁾ .

إن هذه الأعراف ذات أهمية كبيرة كونها تتضمن تنظيمات للروابط العقدية ذات الطابع الدولي , حيث تشمل على قواعد دولية أو غير وطنية , جرى عليها العمل في مجال المعاملات الدولية , وهي أكثر اتفاقاً وملاءمة . وقد كان للعقود النموذجية التي هي محور دراستنا دور كبير في تشكيل هذه القواعد واستقرار العمل بها . وحرص المتعاقدين إلى اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تحدث بينهم , وهذه القواعد القانونية تشكل في مجموعها نظاماً قانونياً خاصاً بالتجارة الدولية⁽¹⁾ , هدفه السلام بين رجال التجارة الدولية وتأمين المبادرات الاقتصادية وهذا هو منهج القواعد الموضوعية في حل تنازع القوانين⁽²⁾ .

وقد حرص أغلب الشراح المعاصرين على إعادة تسمية الأعراف التجارية الدولية التي نشأت مؤخراً بنفس تسميتها السابقة , أي القانون التجاري المشترك بين الأمم⁽³⁾ , وأن السبب الرئيس الذي أدى إلى العودة إلى الأعراف التجارية الدولية هو عجز التقنيات الوطنية المعاصرة عن مواجهة التطور الكبير في مجال التعامل الدولي .

الفرع الثاني : تطويع قانون الإرادة في العقود الدولية

(1) د. هشام علي صادق , مرجع سابق , ص 153 .
(2) خليل إبراهيم خليل , تكامل مناهج تنازع القوانين , ط 1 , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , 2015 ص 111 .
(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 1076 .
(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 956 .
(3) هو القانون المدني الموحد الذي كان يحكم المعاملات التجارية قبل ظهور حركة تقنين التشريعات الوطنية في القرن الثامن عشر والتاسع عشر .

منذ زمن بعيد يحاول الفقه أن يقيم توازناً بين إرادة الأفراد وإرادة القانون أو يسعى إلى تأكيد هيمنة القانون على إرادة الأفراد لما لإرادة القانون من دور كبير في تحقيق الأمان والروابط القانونية⁽⁴⁾. إلا أن الفكر القانوني المعاصر أطلق العنان لإرادة الأطراف ليس فقط في اختيارهم للقانون الذي يطبق على عقدهم بل في ممارسة بعض السلطات كتجميد قانون العقد من حيث الزمان أو توقيفه وكذلك تحويل العقد أو إدماجه حيث أن العقود النموذجية تعد من العقود الجامدة وأن للإدارة دور كبير في كسر الجمود من خلال اتفاق الأطراف. ومن أجل بيان السلطات التي يتمتع بها الأطراف طبقاً لإرادتهم لذا سوف نتناول في الفقرتين الآتيتين هذه السلطات بحيث نتناول في الفقرة الأولى التجميد الزمني لقانون العقد وفي الفقرة الثانية سوف نتناول اندماج قانون العقد.

أولاً : التجميد الزمني لقانون العقد :

الأصل أن القانون الذي يختاره المتعاقدان لحكم العقد الدولي لا ينظم العقد فحسب بل يهيمن عليه بقواعده القائمة وقت اختياره وما قد يطرأ عليه من تعديلات في المستقبل وحتى وقت تطبيقه أمام القضاء⁽¹⁾. إلا أنه وتماشياً مع سلطان الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد (دأب المهتمين بالعقود الدولية من المشرعين أو المتعادين يساندونهم في ذلك القضاء إلى عزل القانون عن العقد الذي يحكمه بحيث لا يسري على العقد الدولي إلا القانون الذي يحكمه أو القانون المختار بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد أي وقت اختياره واستبعاد كافة التعديلات التي من الممكن أن تطرأ عليه في المستقبل, ويمكن أن يدرج شرط توقيف قانون العقد أو تجميده في العقود التي تحدث بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة ويسمى بشرط الثبات التشريعي ويكون على نوعين وغالباً ما يطبق في عقود الاستثمار⁽²⁾ :

1- شرط الثبات الاتفاقي أو التعاقدية :

هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود أو شروط العقد الدولي ذاته وينص صراحة على أن القانون المتفق عليه وقت إبرام العقد هو الذي يسري على العقد وقت المنازعة واستبعاد أي تعديلات تطرأ على القانون في وقت لاحق⁽³⁾. ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في العقد المبرم بين تونس

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة, مصدر سابق, ص 19.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة, مصدر سابق, ص 176.

(2) أميرة المرضي عوض, النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار, بحث منشور في المجلة العربية للبحوث في القانون والاقتصاد, المجلد الأول, العدد الأول, 2020, ص 9.

(3) قصودي رقيقة, ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب, مجلة الأحياء, كلية العلوم الإسلامية, جامعة الحاج لخضر, العدد 14, ص 563.

وإحدى شركات البترول الأمريكية نص على أنه) يكون القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي(4) .

2- الشروط التشريعية :

هي نصوص تشريعية وردت في صلب قانون الدولة المضيفة والتي بموجبها تتعهد الدولة في مواجهة الطرف الآخر بأن لا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق(1) . وقد تم إدراج هذه الشروط في عقود النفط وعقود نقل التكنولوجيا لجعل المستثمرين في أمان من التعديلات التشريعية(2) .

ويرى جانب من الفقه أن شرط الثبات التشريعي حاله حال شرط التحكيم يجبر الدولة على التنازل عن سلطاتها العامة , حيث أن هنالك تصارعاً بين فكرة سيادة الدولة وبين قدسية العقد وعدم المساس به(3) .

وقد تبنى هذا النوع من التجميد الزمني لقانون العقد قانون البترول الإيراني الصادر عام 1957 الذي أكد على أن أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه وفي أي من مدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى ولا في مدته الثانية(4) .

ومادام شرط الثبات التشريعي يوجد في صلب قانون الدولة فإنه يعد مقيداً على استعمال سلطاتها القاعدية لأن المجال الذي يدخل فيه لا يكون تطبيق القانون فيه محلاً للجدل(5) .

وسواءً أكانت شروط الثبات هذه تشريعية أو اتفاقية فإن مبدأ وجودها يبدو مشروعاً ومعتزلاً به , لذا قرر مجمع القانون الدولي بمناسبة مناقشة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية المنعقد في مدينة أثينا باليونان سنة 1979 في المادة الثالثة من القرار الذي اتخذه بهذا الشأن إن " يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاماً في القانون الداخلي التي يرجعون إليها

(4) د. إسماعيل نامق , شرط الثبات التشريعي بأنه والقانون الذي يحكم عقد الاستثمار الأفضل للمستثمر ودورها في جذب الاستثمارات الأجنبية , بحث منشور في مجلة كلية القانون الكونية العالمية , العدد 8/ , .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , دار النهضة العربية , 2018 , ص308 .

(2) د. روزن عبد القادر دزه بي , شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار , بحث منشور في مجلة فه لاي فانسن / الجامعة اللبنانية – الفرنسية , أربيل , العراق , المجلد/ 6 , العدد/ 2 , 2021 , ص428 .

(3) د. بلاق محمد , التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار , بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية , مجلد 3 , العدد 2 , 2018 , على الموقع الإلكتروني www. ap.cerist.68 .

(4) قصودي رقيقة , مصدر سابق , ص565 .

(5) أحمد عبد الكريم سلامة , شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية , المجلة المصرية للقانون الدولي , العدد43 , المجلد 43 , 1987 .

من العقد , هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد " وهذا ما أظهره قضاء العقود الدولية⁽¹⁾ .

وعلى الرغم من أن شروط الثبات التشريعي سواء أكانت اتفاقية أم تشريعية حديثة العهد نسبياً حيث ظهرت في بداية الستينات من القرن التاسع عشر لكن القضاء قد أقرها منذ ثلاثينات القرن التاسع عشر تطبيقاً لمبدأ الحرية الدولية للعقود والاتفاقيات أو مبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾ .

فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 15 مايو عام 1935⁽³⁾ بقبولها للتجميد الزمني لقانون العقد في قضية تتلخص وقائعها أن عقداً أبرم بين مشتري فرنسي وبائع من إقليم الألزاس عندما كانت تابعة لألمانيا , وقد تم توقيع هذا العقد قبل الحرب العالمية الأولى وبعد انتهاء الحرب طالب البائع المشتري بفوائد المبالغ المستحقة خلال فترة الحرب وذلك طبقاً للقانون الواجب التطبيق وهو القانون الألماني . طعن المشتري بأن البائع لم يوجه له إعداراً وفقاً لما يتطلبه القانون الفرنسي الصادر في 25 مارس 1919 وبالتالي فإن الفوائد قد سقطت الحق للمطالبة بها وفقاً لهذا القانون الذي أصبح سارياً في إقليم الألزاس والذي حل محل القانون الألماني بعد انضمام إقليم الألزاس إلى فرنسا . لذا فإن محكمة النقض الفرنسية أيدت ما ذهب إليه قضاء الموضوع من أن الفوائد لا تسقط بموجب القانون رقم (25) لسنة 1941 . لأن العقد المبرم بين الطرفين لا يخضع إلا لقانون المكان والزمان الذي أبرم أو انعقد فيه . فمن خلال هذا الحكم يظهر أن المحكمة قد أقرت تثبيت قانون العقد في اللحظة التي أبرم فيها هذا الأخير , بحيث أن العقد يكون بمنأى عن القوانين اللاحقة لإقراره .

وهناك أحكام قضائية كثيرة لا مجال لذكرها في المجال⁽¹⁾ , أما قضاء محكمة التحكيم فلم يكن بعيداً عن ما يجري في ساحات القضاء الوطني حول إمكانية تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لحظة إبرامه , ففي قضية Saphire internatioul التي حدثت بين إيران وإحدى شركات النفط عام 1962⁽²⁾ .

أصدر قضاء التحكيم قراراً يقضي بأن الشركة الأجنبية التي تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية ويضمن لها استثمارات ومسؤوليات ومخاطر واسعة , ويبدو حينئذ من الطبيعي أن تحمي

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة, مصدر سابق , ص 97 .

(2) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 مايو عام 1935 .

(3) أميرة عوض المرضي , النظام القانوني لشروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي , بحث منشور في المجلة العربية للبحوث في القانون والاقتصاد , المجلد / 1 , العدد/ 1 2020 , ص 16

(1) انظر حكم محكمة النقض البلجيكية الصادر عام 1938 وحكم محكمة النقض الفرنسية عام 1950 , د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 313 .

(2) قصوري رفيقة , ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب - شرط الثبات التشريعي , بحث منشور في مجلة الأحياء , الجزائر , العدد/ 14 , ص 567 على الموقع الإلكتروني :

www.asip.cerist.dz

ضد التعديلات التشريعات التي يمكن أن تعدل من اقتصاديات العقد , وأن يكفل لها بعض الأمان القانوني وهذا ما لا يضمنه لها التطبيق الخالص والبسيط للقانون الإيراني الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله . وفي قضاء التحكيم الدولي الحديث نسبياً نجد بوضوح الإبقاء على هذا المبدأ في الحكم الصادر في قضية ليامكو في 12 أبريل 1977 حيث ورد في قرار الحكم أن شرط التجميد الزمني لقانون العقد يقف مع (المبدأ العام لمعصومية أو عدم جواز خرق العقود المعترف بها عموماً في القانون الداخلي وفي القانون الدولي في أن هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين)⁽³⁾ .

ونرى أن التجميد الزمني لقانون العقود يتماشى واحترام إرادة الأفراد , فمادام الأفراد أو أطراف العلاقة العقدية أنفسهم اختاروا القانون الذي يحكم عقودهم لحظة إبرام العقد وقبلوا بأحكامه فهم غير مسؤولين عن ما يطرأ على هذا القانون من تغيرات في المستقبل لأن هذه التغيرات في القانون قد تضر بمصلحة أحد الأطراف أو كلاهما وهذا ما لا يريدانه .

وقد جاء قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل متماشياً مع احترام إرادة الأطراف في المادة (13) والتي نصت على أن (أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه) .

وكذا هو الحال في قانون الاستثمار المصري الجديد رقم (72) لسنة 2017⁽¹⁾, وقانون الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة 2014⁽²⁾ , أما إذا كان التعديل التشريعي لقانون العقد ناتج عن تغيير في السيادة الإقليمية أو الاستقلال فإنه يتم العمل بالقواعد العامة في تنازع القوانين من حيث الزمان⁽³⁾ .

ثانياً : اندماج قانون العقد

رأينا في الفقرة السابقة ما للإرادة من دور كبير في تثبيت أو تجميد القانون الذي يطبق على العقد الدولي وعدم الاعتداد بالتغيرات التي تطرأ على القانون مستقبلاً . أي إن القانون الذي يحكم العقد الدولي هو القانون الذي يتفق عليه المتعاقدان وقت إبرام العقد ولا عبرة بما يطرأ عليه من تغيرات في المستقبل , لأن إرادة المتعاقدين هي التي اتجهت إلى ذلك ولم يقتصر سلطان الإرادة عند هذا الحد بل ذهب إلى أبعد من ذلك من دمج القانون المختار في العقود لتصبح

(3) أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 316 , د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 103 .

(1) انظر المادة (2) من هذا القانون والتي نصت على (لا تخل أحكام هذا القانون بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به) .

(2) حيث نصت المادة (9) من هذا القانون على أن (تبقى النشاطات الاقتصادية التي تتمتع بمزايا أو إعفاءات بمقتضى أي تشريعات سابقة) .

(3) أحمد عبد الأمير خضير الأنباري , سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , رسالة ماجستير كلية الحقوق , جامعة الشرق الأوسط , والأردن , 2017 , ص 38 .

أحكامه مجرد شروط تعاقدية يستطيع الأطراف المتعاقدة مخالفتها على الرغم من اتسامها بالطابع الأمر⁽¹⁾.

بمعنى آخر يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط أو حكم تعاقدي له من القوة والقيمة ما لبثت العقد بحيث يحق للأطراف أن يجرؤا عليه ما يجرؤونه على باقي الشروط التعاقدية وبذلك يفقد صفته كقانون , فيخرج بذلك هذا القانون من حلته ليرتدي حلة جديدة , حيث يسمح مبدأ سلطان الإرادة لأطراف العقد الدولي أن يستبعدوا قانون معين أو أن يغيروا في طبيعة القانون الذي يختارونه بإدراجه في المشاركة العقدية ليصبح في حكم الشروط العقدية⁽²⁾.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن القانون المختار في العقود النموذجية متنوع المصادر , حيث تلعب النظرية الشخصية دورها في دمجها بالعقد ولا تأثير للنظرية الموضوعية في ذلك , لأن العقد النموذجي يكفي بذاته ولا يحتاج لقانون خارج إمارة المحكمة .

وفكرة اندماج القانون ليست فكرة حديثة العهد فقد وجدت في كتابات الفقه في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين فقد أوضح الفقيه (مايس) أنه " إذا كان القانون الأجنبي يحكم الرابطة الناشئة عن العقد , فليس باعتباره قانوناً , فالأطراف إرادياً جعلوه خاصاً بهم , بإدماجه بالاشتراطات التي تمت بينهم , فقد غير صفته وأضحى اتفاقاً⁽³⁾ .

كذلك كتب أحد الفقهاء القدامى قائلاً " إن مبدأ سلطان الإرادة في ميدان العقود الدولية يعني ترك الحرية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق , وهذا يؤدي إلى دمج القانون بالعقد الذي اختير له , وهنا لا يطبق القانون بوصفه قانوناً لأنه في هذه الحالة سوف يفقد صفة الإلزام والأمر , ويستند المتعاقدان في إدماج القانون في العقد إلى قاعدة الإسناد في العقود الدولية التي تقرر يسري على العقود الدولية القانون الذي يختاره الأطراف⁽¹⁾ .

وهناك آثار كثيرة لهذا الاندماج ومن بين أهم هذه الآثار هو ثبات القانون من حيث الزمان فلا يسري على العقد إلا أحكامه السارية وقت إبرامه , فإن أية تعديلات تشريعية ممكن أن تطرأ على أحكام القانون المختار بعد إبرام العقد لا تندمج فيه ولا تعتبر جزءاً من شروطه التعاقدية حتى لو اتصفت هذه التعديلات بالصفة الأمرة .

ويمكن القول هنا أن العقود النموذجية هي دعاء يستدعي ألوان من الشروط التشريعية سواء أكانت وطنية أم دولية وتشكل مجموعها قانون الأطراف .

(1) د. محمود ياقوت , مصدر السابق , ص 80 .

(2) د. كريم مزعل شبي , مباحث في القانون الدولي الخاص , منشورات زين الحقوقية , 2018 , ص 289 .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 140 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , المصدر السابق , ص 47 .

هذا وقد باركت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في (5) ديسمبر عام 1910 وفي 25 أكتوبر عام 1989 فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة , والذي يخول المتعاقدين حق اختيار قانون معين يندمج في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط العقدية حيث أكدت على أن (القانون الواجب التطبيق على العقود .. هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين) (2) .
ولابد أن تكون إرادة المتعاقدين صريحة في اختيار اندماج القانون في العقد أو يمكن استخلاصهما من ظروف الحال (3) .

ونجد تبني فكرة اندماج القانون في العقد أيضاً في القضاء الإنكليزي والقضاء البلجيكي في عام 1938 " بخصوص أحد العقود التي أبرمتها مدينة (Anns) مع بعض الممولين من الولايات المتحدة الأمريكية , وكان القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الأمريكي وقانون ولاية نيويورك " وقد اشترط في العقد أن يكون الوفاء بالدين على أساس الذهب أو قيمته , وكان القانون الأمريكي وقت إبرام العقد يجيز هذا الاشتراط , ولكن طرأ تعديل تشريعي يبطل الوفاء بالذهب أو قيمته , وقد تمسكت مدينة Anners أمام محكمة استئناف بروكسل , بهذا التعديل الطارئ وبأنها غير ملزمة بالوفاء , , بقيمة الدين إلا على أساس العملة الورقية وقيمتها الاسمية " valauy nominale ' وقد قضت محكمة النقض البلجيكية بتاريخ (24) فبراير عام 1938 بأنه (قد ثبت بإطلاق ... أن الأطراف قد قدروا في عقدهم تطبيق قوانين .. ولاية نيويورك .. وإن قاضي الموضوع لم يجد تطبيقاً للقوانين الأجنبية .. باعتبارها كذلك ولكن باعتبارها أحكاماً قانونية أجنبية مستعدة ومدرجة بواسطة الأطراف في عقدهم وأصبحت لذلك أحكاماً اتفاقية) (1) .

وعلى الرغم من ذلك فإن فكرة اندماج القانون في العقد قد وجهت لها أسهم النقد , فكيف يسمح للمتعاقدین عند إبرام عقدهم الدولي أن يجرّد القانون المختار من صفته الأمرّة تحت شعار الاندماج في حين نراهم يتمسكوا بهذه الصفة ويطالبون بإعمال حكم القانون إذا تعلق الأمر بالدفاع عن مصالحهم في مسألة أخرى أو في عقد آخر (2) .

ومع كل ما تقدم فإننا لا نرى مانعاً من أن يلجأ الأطراف في العقود الدولية , رغبة منهم في تحقيق الكمال القانوني لبند العقد إلى إدراج حكم أو مجموعة من الأحكام المعروفة في قانون دولة معينة في عقودهم إذا كان هذا القانون أكثر ملائمة من الناحية الفنية لطبيعة تلك العقود لكن

(2) د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ص18 .

(3) عبد الله سعيد البروراري , تسوية صناعات عقود استغلال الثروات النفطية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , 2015 , ص427 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص140 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص1080 .

هذا لا يمنع الأطراف أو القاضي المعروض أمامه النزاع من تعيين قانون آخر يحكم العقد عند المنازعة ويسري بقوة إلزامه على الأطراف , ذلك لأن القواعد القانونية المدمجة والتي ينحصر دورها في تحديد مضمون العقد قد تكون أحياناً محل خلاف بين المتعاقدين لذا يتوجب الاحتكام إلى قانون معين⁽¹⁾ .

المبحث الثاني

تعيين قانون الإرادة

ذهبت معظم النظم القانونية لمختلف دول العالم إلى الاعتراف بأن العقود الدولية تخضع لإرادة المتعاقدين وبالرغم من أن هذا الاعتراف يبدو بسيطاً من الناحية النظرية إلا أنه يثير كثير من الصعوبات عند تحديد قانون الإرادة .

فإذا كان للمتعاقدين الحرية في اختيار قانون العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة , فما هو الوقت الذي يمكنهم فيه من ممارسة هذا الاختيار , أي قبل إبرام العقد أم في وقت الإبرام أم عند المنازعة , وهل يمكن للمتعاقدين أن يختاروا أكثر من قانون لحكم العلاقة التعاقدية أم لهم الحق في اختيار قانون واحد فقط⁽²⁾ ؟

وهل أن هذا الاختيار يقتصر على نوع واحد من العقود أم يشمل كافة أنواع العقود ؟ هذا ما سنجيب عنه في المطلب الأول , أما في المطلب الثاني فسنتناول كيفية اختيار قانون الإرادة , وهل يجب أن يكون الاختيار صريحاً أم من الممكن أن يكون ضمناً يستخلص من بنية العقد والظروف التي نشأ فيها وإذا تعذر الكشف عن نية المتعاقدين حول القانون الواجب التطبيق على العقد , فما هو دور القاضي حتى يؤدي العدالة المطلوبة ؟

المطلب الأول

نطاق تعيين قانون الإرادة

سنبحث تحت هذا العنوان الوقت الذي يحدد فيه المتعاقدون القانون الذي سوف يطبق على عقودهم وكذلك نوع العقد الذي يطبق عليه قانون الإرادة وكما يلي :

الفرع الأول : النطاق الزمني لاختيار قانون العقد

(1) د. كريم مزعل شبي , مصدر سابق , ص 297 .
(2) مسعود دير , القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة العربي , الجزائر , 2016 , ص 10 .

في كثير من الأحيان يتم الاتفاق على اختيار القانون الذي يحكم العقد من قبل المتعاقدين أنفسهم وأحياناً يتم الاختيار من قبل قاضي النزاع , ومهما يكن الأمر فإذا كان الاختيار من قبل المتعاقدين أنفسهم فما هو الوقت الذي يتم فيه اختيار القانون ؟ وهل يمكن للمتعاقدين تعديل اختيارهم واختيار قانوناً آخر ؟

للإجابة على هذه التساؤلات سوف نخصص لهما فقرتين نتناول الفقرة الأولى الوقت الذي يعتد به في اختيار قانون العقد وفي الفقرة الثانية سوف نتناول تعديل اختيار قانون العقد وكما يلي :

أولاً : وقت اختيار قانون العقد

في كثير من الأحيان يتم الاتفاق من قبل المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم الدولي في وقت إبرام العقد أو في المرحلة التي سبقت الإبرام أي خلال مرحلة المفاوضات العقدية ويكون ذلك بموجب شرط صحيح يدرج ضمن بنود العقد الأصلي أو بموجب اتفاق مستقل عنه⁽¹⁾ . إلا أنه يمكن أن يتم اختيار القانون الذي يحكم العقد في وقت لاحق على إبرام العقد الأصلي سواء أتم هذا الاتفاق أو الاختيار استناداً إلى اتفاق صريح لاحق على إبرام العقد أو تم بطريقة ضمنية يمكن للقاضي استنتاجها من ظروف العقد أو من دلائل تكشف عنها⁽²⁾ .

فقد أعطت قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية الحق للمتعاقدين رخصة باختيار القانون الذي يحكم عقدهم , فإن تقاعسوا عن استخدام هذه الرخصة أو الحق في اختيار القانون الذي يحكم العقد تحمل القاضي عبء تحديد ذلك القانون بما يمليه عليه التزامه القضائي بأداء العدالة , ولا توجد هنالك أي صعوبة في حالة تحديد القاضي لقانون العقد , ذلك لأن دور القاضي سواء أكان قاضي الدولة أو قاضي التحكيم أو المحكم , يبدأ بدفع النزاع إليه ومن ثم البت فيه⁽¹⁾ .

فعندما تناط مهمة تحديد قانون العقد بالمتعاقدين , فإنهم غالباً ما يعبرون عن ذلك بإرادتهم الصريحة , ويكون ذلك وقت تحرير العقد , أو في اتفاق مستقل بشكل تحريري أو شفويماً أحياناً وحتى أمام المحكمة وقبل الفصل في النزاع .

وإذا نظرنا إلى موقف القضاء من اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد , نجد أن القضاء السويسري اتجه إلى الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد في وقت إبرام العقد أو في وقت لاحق لإبرام العقد حتى لو أثير هذا الاختيار لأول مرة أمام المحكمة التي طرح

(1) زياد خلف الفندي , مبدأ حدية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ لاهاي (2015) , مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية , المجلد 13 , العدد 2 , 2016 , ص 383 .

(2) د. محمود محمد ياقوت , مصدر السابق , ص 106 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , الأصول في التنازع الدولي للقوانين , مصدر سابق , ص 1086 , د. أحمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص , مصدر سابق , ص 96 .

عليها النزاع بشرط أن تكون هذه المحكمة محكمة موضوع وكذلك يجوز للمتعاقدين من تغيير أو تعديل قانون العقد في أي فترة لاحقة على إبرام هذا العقد⁽²⁾ .

وترجع أسباب السماح للمتعاقدين بالاختيار اللاحق للقانون الذي يحكم العقد وفي أية مرحلة من مراحل النزاع مادام النزاع معروض أمام محكمة الموضوع وليس في مرحلة لاحقة لذلك , إلى كون اتفاق المتعاقدين على الاختيار اللاحق لقانون العقد هي مسألة واقعية لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

هذا فضلاً عن تخويل المتعاقدين لحق الاختيار اللاحق لقانون العقد أو تعديله أمام محكمة النقض يدل على أن قضاة محكمة الموضوع قد تجاهلوا تطبيق قانون الإرادة واللجوء إلى تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في حالة سكوت الإرادة عن اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي , أو قاموا بتركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأوثق صلة بها⁽¹⁾ .

أما القضاء الفرنسي , فقد ذهبت بعض أحكامه إلى تخويل المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يحكم العقد في وقت لاحق على إبرام العقد وعند طرح النزاع أمام قاضي الموضوع فقد أكدت هذه الأحكام على أن تمسك أحد المتعاقدين أمام القضاء الفرنسي دون اعتراض من المتعاقد الآخر يكشف عن اتفاق أطراف العلاقة العقدية على اختيار هذا القانون لحكم عقدهم وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قضية Bisbal الشهيرة والذي قررت فيه أن قاعدة التنازع الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام عند إشارتها باختصاص قانون أجنبي⁽²⁾ .

في حين أن جانباً آخر من القضاء الفرنسي لم يعطي للمتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق لقانون العقد وكان في اتجاهه هذا متماشياً ومنسجماً مع ما ذهب إليه القضاء الإيطالي , فقد أكدت محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في (28) مايو عام 1966 تزامناً مع الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد مع وقت إبرام العقد , وأن القول بغير ذلك يعني الاعتراف للمتعاقدين سلطة غير مألوفة بإزاء اختيار قانون العقد .

وقد أيد القضاء السويسري حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في وقت لاحق على إبرامه كذلك كل من دول شرق أوروبا واليونان وأيدته المحكمة الفيدرالية العليا في ألماني في حكمها الصادر في (25) مايو عام 1970 والقضاء البولوني والقضاء الروماني والقضاء الألماني والقضاء التشيكوسلوفاكي , كذلك نص عليه القانون

(2) محمود محمد ياقوت , مصدر سابق , ص 100 .

(1) محمود محمد ياقوت , مصدر السابق , ص 107 .

(2) د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مصدر سابق , ص 374 .

السويسري الصادر عام من المادة (3/116) والقانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام 1986⁽¹⁾.

وقد أكدت اتفاقية روما لعام 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق للقانون الذي يحكم عقدهم الدولي , إذ ذهبت في المادة (2/31) إلى تحويل المتعاقدين حق الاختيار اللاحق للقانون⁽²⁾ .

ويتفق الباحث مع ما ذهبت إليه أحكام المحاكم وعدد من القوانين إلى إعطاء الحق للمتعاقدین باختیار القانون الذي يحكم عقدهم سواء عند إبرام العقد أو بعده أو عند عرض النزاع أمام قاضي الموضوع وذلك طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية ولتعزيز الثقة في المعاملات .

ثانياً : تعديل اختيار قانون العقد

إذا كان لأطراف العلاقة العقدية الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي حين إبرامه أو في وقت لاحق لذلك ، أي لهم الحق في الاختيار في أي مرحلة من مراحل العقد , وفي مرحلة نشوء النزاع بين المتعاقدين , فليس هنالك مانع من الناحية الفنية من إعطاء الحق لأطراف العقد الدولي باختيار قانون جديد يتناسب مع التغيرات التي من الممكن أن تطرأ على العقد أو اقتصادياته بحيث يتماشى مع الطبيعة الخاصة لموضوع التعامل ، إذ قد يجد المتعاقدان بأن القانون الذي اختاراه مسبقاً لحكم عقدهم الدولي قد أصبحت أحكامه متخلفة بالمقارنة مع أحكام القانون الجديد الذي يريدان تعديل الاختيار نحوه وأحياناً قد يتبين للمتعاقدان أن القانون المختار لا يرتبط مع عقدهم بوثوق . فإذا ما نفذ عقدهم في دولة ما ستفرض هذه الأخيرة قانونها بحيث يكون من الملائم تقرير الاختصاص منذ البداية لذلك القانون هذا وقد عارض بعض الفقهاء مثل (Dicey Morris) فكرة تعديل اختيار قانون العقد بقولهم " أن العبرة بإرادة المتعاقدين وقت إبرام العقد ، لا بعده , ولا يسمح بتعديل الاختيار إلا إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة في ذلك عند التعاقد والأفضل أن يبرم المتعاقدان عقداً جديداً يخضع لقانون مختلف"⁽¹⁾ .

والفقهاء الذين أيدوا فكرة تعديل قانون العقد واختيار قانوناً آخر قيده بشرطين :

(1) محمود محمد ياقوت , مصدر السابق , ص 107 .
(2) د. هشام أحمد محمود , القانون الدولي الخاص , الإماراتي , دار الكتب القانونية , مصر , الإمارات , 2017 , ص 379 .
(1) أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة , مصدر سابق , ص 1087 .

1- إذ كان للقانون الذي اختاره المتعاقدان أولاً أثراً رجعياً في الفترة التي تم فيها إبرام العقد واختيار القانون الذي يحكمه وبين العدول عنه , فإنه يستثنى من هذا الأثر الرجعي , ما يتعلق بصحة شكل العقد الذي أبرم صحيحاً وفق القانون الأول .

2- استثناء الحقوق المكتسبة للغير بحسن النية⁽²⁾ في ظل القانون الأول سواء أكانت هذه الحقوق للبايع أو الضامن أو الكفيل .. أو غيرهم , حيث من الممكن أن يؤدي تعديل القانون الواجب التطبيق إلى تغيير التزامات هؤلاء زيادة أو تخفيفاً⁽³⁾ .

وقد حرص المشرع السويسري على إعطاء المتعاقدين حق تعديل القانون الواجب التطبيق في المادة (3/16) من القانون الدولي الخاص الصادر عام 1987 والتي نصت على أن اختيار قانون العقد وتعديل هذا الاختيار في أي وقت , فإن تم ذلك في مرحلة لاحقة على إبرام العقد , فإن تطبيق القانون المختار (أو تعديله) يسري بأثر رجعي يتردد إلى وقت الإبرام مع التحفظ الخاص بحقوق الغير " .

كذلك فعل المشرع الألماني في المادة (2/27) من القانون المدني الألماني نصت صراحة على أنه " يجوز للأطراف , في أي وقت , الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك القانون الذي يحكمه سابقاً " أما على مستوى الاتفاقيات الدولية فقد أيدت اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية⁽¹⁾ . وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع⁽²⁾ .

كذلك أقرت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من مبادئ مؤتمر لاهاي لعام 2015 (مبادئ اختيار القانون المطبق على العقود التجارية الدولية " حق تعديل المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم الدولي باختيارهم قانوناً آخر حيث نصت على " حرية الاختيار 1- يخضع العقد لأحكام القانون الذي يختاره الأطراف .. 3- يجوز إجراء هذا الاختيار أو تعديله في أي وقت , على ألا يمس أي اختيار أو تعديل لاحق لإبرام العقد بصحة العقد الرسمية , ولا بحقوق الغير " ⁽³⁾ ,

(2) أمين دواس , اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية , المجلد 25/ , العدد (10) , 2011 , ص 9 .

(3) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد , قانون الالتزامات التعاقدية الدولية الخاصة . مكتبة الوفاء القانون , الإسكندرية , مصر , ط 1 , 2018 , ص 83 .

(1) المادة (2/3) من الاتفاقية .

(2) المادة (2/7) من الاتفاقية .

(3) مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود الدولية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في مؤتمر لاهاي بفيينا المنعقد للفترة من (29 حزيران – 16 تموز) عام 2015 .

فحرية تعديل القانون المختار باختيار قانوناً آخر وفق هذه المبادئ ليست مطلقة بل مقيدة بعدم تأثيرها على صحة وسلامة العقد وعدم الإضرار بحقوق الغير (4).

ويؤيد الباحث إعطاء المتعاقدين حق اختيار قانوناً آخر ليحكم عقدهم الدولي ينسجم مع معايير حقوق الإنسان واحترام إرادته لأنه في بعض الأحيان يتم التعاقد على عجلة تدفع بها ظروف الحال مما قد يؤدي إلى اختيار قانون قد يضر بمصلحة أحد الأطراف أو كلاهما لذلك تتوجب مصلحة العقد تغيير هذا القانون .

الفرع الثاني النطاق الموضوعي للعقد الدولي :

إذا كان القانون قد قرر ميزة للعقود بأن أعطى المتعاقدين الحق باختيار القانون الذي يطبق عليها , فما هي هذه العقود التي أعطاها القانون هذه الميزة ؟ هل تشمل جميع العقود سواء كانت وطنية أم دولية أم ماذا ؟

فإذا كان الجواب أن العقود التي أعطاها القانون هذه الميزة هي العقود الدولية فقط دون العقود الوطنية فما هي المعايير المستخدمة في تمييز هذه العقود عن سواها ؟ وللإجابة عن هذا السؤال نقول هنالك معياران أساسيان لمعرفة إذا كان العقد دولياً أم لا ولغرض بيانهما سوف نتناول كل منهما في فقرة مستقلة :

أولاً : المعيار القانوني

وهو الذي يؤدي إلى اعتبار العقد دولياً عند اختلاف جنسية أطرافه أو موطنهما(1) , أو هو العقد الذي تربوا عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد , من حيث العناصر الضرورية لانعقاده أو تنفيذه أو مركز طرفيه من ناحية جنسيتهم أو موطنهم أو مكان الشيء محل الإبرام(2).

فطبقاً إلى هذا المعيار فإن ارتباط أي عنصر من عناصر العقد بأكثر من نظام قانوني هو الذي يضيفي الصفة الدولية للعقد , ويكفي لاعتبار العقد دولياً أن يحتوي على عنصر أجنبي واحد , كأن يكون أحد طرفي العقد متمتعاً بالجنسية الأجنبية أو أن العقد قد أبرم في الخارج أو أن تنفيذه يقع في دولة أجنبية , ومتى تضمنت العلاقة القانونية أو المركز القانوني عنصراً أجنبياً فإن ذلك يعني

(4) زياد خليف العنزي , مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015) , بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة , أبو ظبي / الإمارات العربية المتحدة , المجلد /13 , العدد /2 , 2016 , ص 384 .

(1) أحمد حميد الأنباري , دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الشرق الأوسط , الأردن , 2017 , ص 18 .

(2) محمد بلاق , قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة أبو بكر بلقايد , الجزائر , 2011 , ص 12 .

اتصال هذه العلاقة بقوانين دول مختلفة , أي إن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي أمرها متروك لقواعد الإسناد وقواعد تنازع القوانين فهي التي تقوم بتنظيمها , وهذه الفكرة التي بني عليها المعيار التقليدي لتحديد ما إذا كان العقد دولياً أم لا , فمتى ما استثارت مسألة تنازع القوانين أو قواعد الإسناد اعتبر العقد دولياً⁽¹⁾ .

وهناك اختلاف بين الفقه التقليدي والفقه الحديث حول مفهوم العنصر الأجنبي الذي يضيف على العلاقة طابعها الدولي , بحيث يكفي الفقه التقليدي لاعتبار العلاقة القانونية ذات طابع دولي أن يكون أحد عناصرها أجنبياً , في حين أن الفقه الحديث اتسم بالمرونة فهو يضيف على العلاقة القانونية طابعها الدولي إذا تبين من الظروف أن العلاقة المطروقة من شأنها تحريك بعض القواعد القانونية المعدة خصيصاً لحكم العلاقات الدولية بحيث تتعدى القانون الداخلي لترتبط بأنظمة قانونية أخرى⁽²⁾ , ووفقاً لهذا الرأي نستطيع أن نبين دولية العقد من عدمها من خلال الاعتماد على الظروف الإيجابية التي تفصح عنها طبيعة العقد .

ومن التطبيقات القضائية التي تبنت المعيار القانوني ما أقرته محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر عام 1972 في القضية المعروفة بـ (Hechet) والتي تتلخص وقائعها بأنه في عام 1976 أبرم عقد في هولندا بين شركة هولندية تدعى بـ (Buismans) ومركزها في هولندا وشخص فرنسي الجنسية يدعى بـ (Hechet) بموجب هذا العقد اعتبر السيد (Hechet) الوكيل الوحيد لمدة ثلاث سنوات لبيع منتجات غذائية في فرنسا باسم ولحساب الشركة المتعاقدة وقد أدرج ضمن العقد شرط خاص بالتحكيم مفاده أن المنازعات التي تحدث بشأن هذا العقد من حيث تفسيره وتنفيذه من اختصاص غرفة تجارة باريس⁽³⁾ .

وفي عام 1969 تحديداً في السادس من فبراير رفع السيد (Hechet) على أثر خلاف بين الطرفين دعوى ضد الشركة مطالباً بفسخ العقد وتعويضه عن ما لحق به من أضرار لتكبدته خسائر كبيرة أمام محكمة باريس التجارية وقد دفعت الشركة بعدم قبول الدعوى أمام المحكمة وقد قبلت المحكمة بهذا الدفع⁽¹⁾ .

وقد طعن السيد (Hechet) بهذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس بحجة أن هنالك اتفاق تحكيم بين الطرفين , إلا أن هذا الاتفاق محكوم بالبطلان كونه لا يكتسب صفة التاجر وفقاً للقانون الفرنسي , إلا أن محكمة استئناف باريس لم تلتفت لهذا الدفع وقررت في حكمها الصادر

(1) د. يسرى عوض عبد الله , العقود التجارية الدولية مفاوضاتها – إبرامها – تنفيذها – دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي , أطروحة دكتوراه , جامعة النيلين , السودان , 2009 , ص 87 .

(2) محمد بلاق , المصدر السابق , ص 13 .

(3) أحمد أبو الوفا , التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات التجارية والمدنية , منشأة المعارف , الإسكندرية , 1983 , ص 64 .

(1) أحمد أبو الوفا , مصدر سابق , ص 65 .

في 89 يونيو 1970 أن العقد المبرم بين الطرفين والمتعلق به شرط التحكيم هو عقداً دولياً كونه العقد قد أبرم في هولندا وأن الشركة التي هي أحد طرفي العقد تتمتع بالجنسية الهولندية .

وأن موضوع العقود متعلق بوكالة يجب تنفيذها في فرنسا وموضوعها بيع منتجات غذائية باسم ولحساب الشركة الهولندية , لذا رأت المحكمة أن الأمر متعلق بعقد دولي يتصل بأكثر من نظام قانوني صادر من عدة دول⁽¹⁾ , وهنالك الكثير الأحكام التي صدرت من قبل القضاء الفرنسي حول معايير دولية العقد لا مجال لذكرها في الوقت الحاضر .

أما عن موقف الاتفاقيات الدولية من المعيار القانوني الدولية العقد فقد أكدت اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 إذ نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على " أن تطبق أحكامها على بيع البضائع الذي يتم بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة على أن تكون هذه الدول أطرافاً في المعاهدة , أو حتى ما أشارت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون الدولة متعاقدة "⁽¹⁾ .

أما اتفاقية لاهاي لعام 1986 فقد أخذت باختلاف مراكز الأعمال للأطراف المتعاقدة وجنسياتهم في الاعتراف بدولية العقد , فالعبرة في اتفاقية لاهاي هي أن تكون هنالك علاقة عبر الحدود سواء في تكوين العقد أو في تنفيذه⁽²⁾ .

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن الآن هو ما هو الوقت الذي يعدّ فيه العقد عقداً دولياً , فهنالك عقود تنشأ كعقود وطنية ثم تتغير صفة أحد العناصر القانونية ليصبح عنصراً أجنبياً ؟

محكمة استئناف (Versailles) الفرنسية أجابت على هذا التساؤل في حكمها الصادر في 8 نوفمبر عام 1990 وبعد دخول اتفاقية روما حيز التنفيذ في فرنسا بأن " العبرة بوقت سماع الدعوى لتقرير الصفة الدولية للعقد محل النزاع من عدمه "⁽³⁾ .

وقد أكدت مبادئ مؤتمر لاهاي لعام 2015 المعيار القانوني للعقد الدولي⁽⁴⁾ وأخيراً نرى وجهة ما جاء به الفقه الحديث والذي اتسم بالمرونة في تحديد دولية العقد والذي أضفى على العلاقة القانونية الصفة الدولية لا على أساس أن أحد عناصرها أجنبياً كما ذهب إلى ذلك الفقه التقليدي وإنما إذا تبين من الظروف أن العلاقة القانونية من شأنها تحريك بعض من القواعد القانونية التي أعدت لحكم العلاقات الدولية .

(1) أحمد حميد الأنباري , مصدر السابق , ص 20 .

(1) أحمد أبو الوفا , المصدر السابق , ص 65 .

(2) د. يسري عوض عبد الله , مصدر سابق , ص 88 .

(3) الفقرة الثانية من المادة الأولى من مبادئ لاهاي لعام 2015 والتي اشترطت لاعتبار العقد دولياً أن لا ترتبط جميع عناصر العلاقة العقدية في تلك الدولة دون سواها .

(4) د. هشام خالد , قانون الإرادة بين الإطلاق والتقييد في نطاق العقود التجارية الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , ط 1 , 2016 , ص 396 .

ثانياً : المعيار الاقتصادي

يتسم العقد وفقاً لهذا المعيار بالصفة الدولية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية , أي إذا كان موضوعه تبادل السلع والخدمات عبر الحدود⁽¹⁾ , فالعبرة هنا بموضوع العلاقة الدولية , أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي والتي تتمثل بمصالح التجارة الدولية دون النظر إلى عناصر العقد كمحل إقامة الأطراف أو جنسيتهم⁽²⁾ .

ويعد هذا المعيار وليد اجتهادات القضاء الفرنسي الذي أقر بصحة بعض القواعد في علاقات التجارة الدولية على الرغم من بطلانها في العلاقات التجارية الداخلية , مثل شرط التحكيم وشرط الذهب حيث لا يمكن تطبيق هذه القواعد إلا إذا تعلقت المعاملة بالتجارة الدولية , ولذلك فإن العقد الدولي في نظر محكمة النقض الفرنسية هو العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية , أي العقد الذي تتجاوز أحد الروابط فيه المعاملات التجارية الداخلية بحيث يترتب عليها تحريك الأموال بين الدول المختلفة⁽³⁾ .

والأعمال التجارية ليست واحدة في كل الدول ومن يحدد ما إذا كان العمل تجارياً أم لا هي القوانين الداخلية لكل دولة , ويجب تفسير المقصود بالأعمال التجارية تفسيراً واسعاً بحيث يشمل كافة المسائل الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري سواء أكانت تعاقدية أم لا⁽⁴⁾ , وليس بالضرورة أن يكون تبادل جميع السلع والخدمات عبر الحدود فمن الممكن أن يتم تبادلها عبر شبكة الانترنت⁽⁵⁾ .

هذا وقد كان أول ظهور لفكرة المعيار الاقتصادي على يد المحامي الفرنسي (Mater) في قضية (Pelissier Besset) والتي عرضت أمام محكمة النقض الفرنسية في السابع عشر من مايو عام 1927 فقضت المحكمة حينئذ بأن العقد الدولي هو العقد الذي " يرتبط بحركة المد والجزر للأموال والبضائع عبر الحدود⁽¹⁾ .

(1) رملي محمد , النظام القانوني للعقود الدولية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة د. الطاهر مولاي , الجزائر , 2016 , ص 29 .

(2) محمد بلاق , مصدر سابق , ص 16 .

(3) يسري عوض عبد الله , المصدر السابق , ص 90 .

(4) زياد خليف , مصدر سابق , ص 376 .

(5) مهند عزمي أبو نعلي , منصور عبد السلام الصرايرة , القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي , بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون , المجلد (41) , 2014 , ص 1347 .

(1) أحمد حميد الأنباري , مصدر سابق , ص 23 .

وقد اعتد القضاء الفرنسي بالمعيار الاقتصادي في نطاق المسائل النقدية وبصفة خاصة في مجال القروض الدولية , وهذا ما أيده بعض الشراح وبعض أحكام القضاء الحديث⁽²⁾ , وفقاً لهذا المعيار يعد عقد القرض عقداً دولياً إذا قام شخص بإقراض شخصاً آخر مبلغاً من المال في الخارج على أمل أن يتصرف به في بلده ويشترط عليه المقرض أن يتم الوفاء في المكان المتفق عليه⁽³⁾ .

ومما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يفرض غالباً إلى اكتسابه الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني وأن العكس غير صحيح فأحياناً تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني دون أن يتحقق المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة ، لذا يبدو لنا أن المعيار القانوني لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادي ، على أن لا نغفل أهمية المعيار الاقتصادي إذ أن اتسام العقد بالصفة الدولية طبقاً للمعيار الاقتصادي جعل القضاء الفرنسي يقر بصحة شروط التحكيم المدرج في العقود الدولية بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية . وأيضاً صحة ما يدرج بالعقد من شروط نقدية هدفها توكي مخاطر تغيير سعر العملة لما في ذلك من تحقيق صالح التجارة الدولية والمعاملات رغم بطلان هذه الشروط إذا وردت في عقد داخلي⁽¹⁾ , وهذا يعني أن المشرع الفرنسي اعتنق المعيار الاقتصادي كأساس لدولية العقود⁽²⁾ .

واتجه القضاء المصري أيضاً نحو اعتناق المعيار الاقتصادي كأساس لدولية التحكيم فيما لو توافرت إلى جانبه بعض الشروط التي حددها النص على سبيل الحصر⁽³⁾ . ويتجه القضاء الفرنسي الحديث إلى الجمع بين كلا المعيارين عند التصدي لمدى دولية العقد , وهذا الاتجاه أيده الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري التي أبرمت في جنيف عام 1961 والتي جمعت بين كلا المعيارين⁽⁴⁾ .

المطلب الثاني

طرق تعيين قانون الإرادة

(2) هشام علي صادق , مصدر سابق , ص 86 .
(3) محمود محمد ياقوت , المصدر السابق , ص 52 .
(4) محمود محمد ياقوت , مصدر سابق , ص 54 .
(2) المادة (1492) من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد التي نصت على أن التحكيم " يعد دولياً فيما لو تعلق بمصالح التجارة الدولية " .
(3) المادة (3) من قانون التحكيم المصري الجديد رقم (27) لسنة 1994 .
(4) حيث نصت المادة الأولى من الاتفاقية على (1- تطبق هذه الاتفاقية : (أ) على اتفاقيات التحكيم المفقودة بهدف فض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص عاربيين أو معنويين ...) .

يتمتع أطراف العلاقة العقدية في العقد الدولي بقدرتهم على منح الاختصاص التشريعي للقانون الذي يتفقون عليه ليحكم عقدهم الدولي عبر اختيارهم الصريح لذلك القانون عند إبرامهم للعقد أو بعده أو عند إثارة النزاع .

وقد يكون هذا التعبير ضمناً يستشفه القاضي من ظروف التعاقد وبنود العقد , وقد لا يشير المتعاقدان إلى القانون الذي يحكم العقد الدولي لا صراحة ولا ضمناً . فهنا تثار مسؤولية القاضي الوطني بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين لحسم النزاع , لذا سوف نتناول في الفرعين التاليين تعيين القانون عن طريق الإرادة الحقيقية والإرادة المفترضة .

الفرع الأول : تعيين قانون العقد عن طريق الإرادة الحقيقية :

يتخذ تعيين القانون الذي يحكم العقد الدولي عن طريق الإرادة الحقيقية صورتان هي التعبير الصريح والتعبير الضمني وستتناول كلاً منهما في فقرة مستقلة .

أولاً : التعبير الصريح :

لأطراف العلاقة العقدية وفقاً لمبدأ الإرادة الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع , وهذا التحديد لقانون العقد الدولي يكون صريحاً إذا عبر عنه المتعاقدان بطريقة واضحة لا لبس فيها⁽¹⁾ , وهذا الاختيار الصريح يعد بمثابة ضمانات هامة للأطراف المتعاقدة لأنهم يعرفون مقدماً القواعد القانونية التي يلتزم القاضي بوضعها على موضوع النزاع الذي يطرح أمامه مستقبلاً⁽²⁾ , ولهذا فإن أطراف العلاقة العقدية يتمتعون بمزية تركيز علاقاتهم العقدية في قانون يتناغم مع توقعاتهم المشروعة ومع الحقوق والالتزامات التي قد تنشأ من خلال هذه العلاقة .

ولا يقتصر هذا الحق في التعبير عن القانون الذي يحكم العقد الدولي بصورة صريحة على العقود التي يتم إبرامها في مكان واحد بل يتم أيضاً في عقود التجارة الإلكترونية عبر استخدام وسائل الكترونية كالبريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية⁽³⁾ . ويستطيع الأطراف المتعاقدة التعبير عن إرادتهم في اختيار قانونهم الوطني , ويكون هذا الاختيار في مجال عقود الاستثمار أو كما تسمى بعقود الدولة والتي تبرم بين دولة وشخص مستثمر , حيث تحرص الدولة رعاية منها لمصالحها

(1) د. عباس زيون العبودي , د. ليث عبد الرزاق علي الأنباري , عقد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية , كلية القانون , جامعة بغداد , العدد (3) , الجزء (1) , 2017 , ص 11 .

(2) د. أشرف وفا محمد , الوسيط في القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية , القاهرة , ط1 , 2009 , ص 497 .

(3) مناصف أمين , سعدي سامية , تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة محمد الشريف ومساعدية , الجزائر , 2019 , ص 19 .

الوطنية ولا اعتبارات تتعلق بسيادتها على اشتراط اختيار قانونها الوطني لحكم العقد , ويمكن أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة المستثمر الأجنبي⁽¹⁾ .

والتعبير عن الإرادة بصورة صريحة يكون حسب المؤلف من الناس أي بالكلام أو بالكتابة أو بالإشارة أو نحو ذلك , والطريقة الأكثر وضوحاً هي الكتابة⁽²⁾ .

هذا وقد حرصت معظم القوانين على أن يكون الاختيار صريحاً أو ضمناً , فالقانون المدني العراقي ذهب بهذا الاتجاه في المادة (25) منه والتي نصت " هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه " .

كذلك الحال في المادة (1/19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل والتي نصت على أن (... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) .

وهو نفس الحكم في المادة (20) من القانون المدني السوري والفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني الأردني والمادة (2/116) من القانون الثاني الخاص السويسري .

وفي تعليق على حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 31 مايو عام 1932 قضية فرنسا ضد أرملة كرايتودوري علق أحد المهتمين بهذه القضية قائلاً " لماذا لا ندرج شرطاً من سطرين ... يقول به الأطراف صراحة ما هو القانون الذي يقصدون الخضوع له ... إن المتعاقدين وفي غالب الوقت , وعن طريق الإهمال , صناع مغامراتهم السيئة " ⁽³⁾ .

وقد أوصى مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا عام 1979 بوجوب تعيين الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم صراحة⁽¹⁾ .

وفي الاتجاه نفسه قررت المادة 1496 من القانون الفرنسي من أن " المحكم يفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي قام الأطراف باختيارها " ⁽²⁾ .

ومبدأ حرية الأطراف في اختيار العقد الدولي أقرته عدة اتفاقيات دولية كاتفاقيات روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية⁽³⁾ , والمادة (7) من اتفاقية

(1) د. أشرف وفا محمد , مصدر سابق , ص 499 .

(2) د. زياد محمد فالح , د. أحمد زكي , د. عماد قحطان , دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية وفقاً للقانون الأردني , بحث منشور في مجلة جامعة القدس , 2013 , عدد (60) , ج 1 , 2013 , ص 367 .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , الأصول في التنازع الدولي للقوانين , مصدر سابق , ص 1096 .

(4) م (1/4) من قرار المجمع نصت على أن (من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقودهم) .

(2) د. أشرف وفا محمد , مصدر سابق , ص 500 .

(3) حيث أقرت المادة (1/3) من الاتفاقية على القانون الذي يختاره الأطراف على العقود ويجب أن يكون هذا الاختيار صوتي أو مستمداً بطريقة مؤكدة من بنود العقد وظروف التعاقد .

لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لعام 1986⁽⁴⁾ , واتفاقية جنيف للتحكيم التجاري لعام 1961⁽⁵⁾ , وكذلك المادة الرابعة من مبادئ مؤتمر لاهاي لعام 2015 والتي نصت على أنه " يجب صراحة على القانون المختار وأي تعديل على هذا الاختيار أو أن يكون الاختيار وأي تعديل فيه ظاهرين بوضوح عبر أحكام العقد أو ملايسات الحالة ..."

ثانياً : التعبير الضمني

قد يسكت المتعاقدان عن الإعلان عن إرادتهما بتطبيق قانون معين يحكم العقد , وكانت هنالك قرائن يستدل بها من داخل العقد أو خارجه فيعتمدها القاضي كضوابط إسناد للكشف عن إرادة المتعاقدين , والقرائن التي هي من داخل العقد تتمثل بمضمون العقد أو عملة الدفع أو محل العقد أو الاختصاص القضائي , أما المؤشرات الخارجة عن العقد أو المكملة له كالجنسية المشتركة للمتعاقدين أو مركز أعمالهما أو موطنهما المشترك⁽¹⁾ , ومن اللغة التي كتب بها العقد ومنها يمكن استنتاج أن إرادة الأطراف اتجهت نحو قانون الدولة التي كتب بلغتها العقد⁽²⁾ .

فيمكن استخلاص هذه الإرادة إذا استعمل المتعاقدان عقداً نموذجياً ينتمي إلى نظام قانوني واحد , واستخدامهم الشروط العامة للعقد الموجودة في قانون معين أو في حالة إبرامهم لعقد يرتبط بعقد آخر سبق إبرامه وحدد فيه القانون الواجب التطبيق .

فيستنتج من ذلك انصراف إرادة المتعاقدين إلى إخضاع العقود الجديدة إلى نفس القانون الذي خضع إليه العقد السابق , كذلك إذا اتفق المتعاقدين على عرض المنازعات التي تثور بشأن آثار العقد على محكمين في دولة ما , فهذا يدل على انصراف إرادة الأطراف على إخضاع العقد لقانون تلك الدولة⁽³⁾ .

ويرجع البعض نية المتعاقدين في عدم ذكر القانون المختص بحكم النزاع إلى تسهيل تخفي عقبة إبرام العقد وحيث يتفقون على كل المسائل الفنية والمالية والتفصيلية وترك مسألة تحديد القانون الذي يحكم العقد إلى وقت نشوب النزاع .

(4) حيث نصت المادة (7) من الاتفاقية على أنه " يحكم البيع القانون المختار من الأطراف .. اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم يجب أن يكون صريحاً أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معاً " .

(5) المادة السابعة من الاتفاقية نصت على أن " الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع " .

(1) خضراوي الهادي , جعيرون بشير , اختيار قانون الإرادة وتحديد مدى ملائمة لعقود الدولة الاستثمارية , بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية .

(2) د. عباس العبودي , تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية , مكتبة السنهوري , بيروت , 2015 .

(3) د. كحيل كمال , دور الإرادة في تنازع القوانين بشأن العقود , بحث منشور في مجلة مخبر القانون والمجتمع , 2014 , ص 4 .

وتؤكد كافة تقنيات القانون الدولي الخاص على وجوب تقصي النية الضمنية للمتعاقدين ومن بين هذه التقنيات القانون المدني العراقي في المادة (1/25) والمادة (1/19) من القانون المدني المصري والمادة (1/20) من القانون المدني السوري والمادة (1/18) من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

وفي فرنسا بالرغم من عدم وجود نص تشريعي على الاعتداد بالإرادة الضمنية عند غياب الإرادة الصريحة, فقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على الأخذ بالإرادة الضمنية لأطراف العقد فكان أول قرار قضائي فرنسي يؤكد على حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم الدولي في عام 1884, أي في بداية القضاء الفرنسي, إذ تم معالجة حالة إغفال تعيين القانون المختار الذي يحكم العلاقة العقدية من قبل أطراف العقد⁽¹⁾.

وفي بريطانيا فقد استقر هذا المبدأ نتيجة لسلسلة من السوابق القضائية منذ عام 1865 في قضية (Vita Food), إذ صرح اللورد (wright) (بأن نية الأطراف المتعاقدة باختيار القانون يتم تأكيدها عن طريق التعبير الصريح عن ذلك, فإذا لم تكن النية واضحة ومصرحاً بها, فإنه يتم استخلاصها من المحكمة بتركيز العلاقة عبر تسكين العقد اعتماداً على عناصر مادية كنصوص التعاقد والظروف المحيطة ذات الصلة)⁽²⁾.

وفي ألمانيا فقد حرص المشرع الألماني على الاعتداد بالإرادة الضمنية في المادة (1/27) من القانون المدني وقد اتخذ القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 نفس المعنى في المادة (2/116)⁽³⁾, وهذا النص نفسه نقل من اتفاقية روما لعام 1980 وكذا الحال بالنسبة للقانون النمساوي لعام 1979 في المادة (1/35) والتي نصت على أن (إذا بان من الظروف أن الأطراف قد اعتبروا نطاقاً قانونياً معيناً واجب التطبيق, فيعد هذا تحديداً ضمناً)⁽⁴⁾ والقانون الدولي الخاص الروماني لعام 1992 في المادة (1/74).

وفي السياق نفسه ذهبت اتفاقية التحكيم العربية المبرمة في عمان لعام 1987 لتقرر في المادة (1/21) أن (تقوم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع طبقاً لنصوص القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره صراحة أو ضمناً)⁽¹⁾.

(4) خضراوي الهادي, جيعون شبر, مصدر سابق, ص 5.

(1) زياد محمد الدفاع, أحمد الحداحي, عماد قحطان, مصدر سابق, ص 368.

(2) حيث نصت هذه المادة على (أن اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف الفضية).

(3) حيث نصت المادة (2/116) بأن (يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف).

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة, قانون العقد الدولي, مصدر سابق, ص 194.

(1) د. أشرف وفا محمد, مصدر سابق, ص 902.

وقد أخذت اتفاقية روما لعام 1980 بنفس الاتجاه إلى الاعتراد بالإرادة سواء أكانت صريحة أم ضمنية ينصب هذا الأمر على لائحة روما لعام 2008 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك في المادة (3) من الاتفاقية . أما مبادئ مؤتمر لاهاي لعام 2015 فعلى الرغم من أنها ذهبت إلى الاعتراد بالإرادة الضمنية إلا أنها اشترطت وجود مؤشرات قوية تدل عليها وذلك في المادة الرابعة من الاتفاقية .

كذلك اتفاقية مكسيكو لعام 1994 جاءت مشابهة لما جاءت به الاتفاقيات السابقة فقد جاء في المادة السابعة من الاتفاقية على أن (عند غياب التراضي على القانون واجب التطبيق , يجب أن يستنتج هذا الاختيار بشكل واضح من سلوك الأطراف ومن الشروط التعاقدية المعتمدة في مجموعها)⁽²⁾

وعلى الرغم من أن معظم المعاهدات والاتفاقيات الدولية قد ذهبت إلى الاعتراد بالإرادة الضمنية إلا أن هنالك اتجاه آخر قرر عدم الاعتراد إلا بالإرادة الصحيحة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي إذ يرون أن عدم الاعتراد بالإرادة الضمنية يحقق الأمان القانوني للعملية التعاقدية , وأن تحويل القاضي مهمة البحث عن الإرادة الضمنية يؤدي إلى تحكم القاضي والإخلال بتوقعات الأطراف , ومن التشريعات التي أخذت به نذكر منها , القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في المادة (1/24) والقانون الدولي الخاص الأسباني لعام 1974 في المادة (5/10)⁽¹⁾ , والقانون الدولي الخاص الصيني في المادة الثالثة منه والذي اشترط فيها أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة وإن تعذر ذلك فلا يصح للقاضي أن يبحث ما يسمى بالإرادة الضمنية للمتعاقدين⁽²⁾ .

الفرع الثاني : تعيين قانون العقد عن طريق الإرادة المفترضة :

لا توجد مشكلة أمام القاضي المعروض أمامه النزاع في الحالة التي يعبر بها المتعاقدان عن إرادتهما في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم الدولي سواء أكان هذا التعبير صراحة أو ضمناً ، ولكن المشكلة تثور عندما يتقاعس المتعاقدان عن اختيار ذلك القانون ، ففي هذه الحالة يقع على القضاء سواء أكان قاضي الموضوع أم قاضي التحكيم مهمة تحديد القانون المختص أما عن طريق التركيز الموضوعي للعقد وفقاً للقانون الأوثق صلة والذي سنتناوله في الفقرة الأولى أو وفقاً لنظرية الأداء المميز الذي سوف نتناوله في الفقرة الثانية وكما يلي :

أولاً : تركيز العقد وفقاً للقانون الأوثق صلة

(2) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد , مصدر سابق , هامش ص 85 .

(1) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد , المصدر السابق .

(2) زياد خلف العنزي , مصدر سابق , ص 390 .

يتجه الفقه القانوني المعاصر نحو إمكانية الكشف عن النية المؤكدة لأطراف العلاقة العقدية في اختيار قانون معين لحكم عقدهم بعد غياب التعبير عن القانون الذي يحكم العقد صراحة أو ضمناً .

وهنا تنهض مهمة القضاء في البحث عن القانون الذي يحكم العقد المتنازع فيه عن طريق إسناد العقد الدولي للقانون الأوثق صلة به من خلال تركيزه داخل الدولة التي تقع فيها كل أو بعض آثاره لأن قانون هذه الدولة هو الأكثر صلة بالعقد , وقانون الدولة الأكثر صلة بالعقد هي من ابتداء القانون الإنكليزي⁽³⁾ , وقد أخذت بهذه الفكرة اتفاقية روما لعام 1980 بعد دخولها حيز التنفيذ عام 1991 في الفقرة الأولى من المادة الرابعة⁽⁴⁾ وقد أكدت على ذلك اتفاقية مكسيكو لعام 1994 في المادة التاسعة⁽²⁾ , وهذا ما أكدته المادة (1/117) من القانون السويسري لعام 1987 , والفقرة الأولى من المادة الثامنة والعشرون من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 وكذلك المادة (126) من القانون الصيني لعام 1999 والخاص بالعقود الدولية⁽³⁾ .

أما في حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم فقد أيد هذا القضاء الأخذ بالقانون الأكثر صلة بالعقد وهذا ما أخذ به تقنيين المرافعات المدنية الفرنسية الجديد في المادة (1496) والتي أعطت للمحكّمين في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق بأن يطبق على النزاع القواعد القانونية التي يقدرون هم ملائمتها وكذا الحال لقانون التحكيم المصري الجديد رقم (6) لسنة 1994 في المادة (29) التي أكدت على تطبيق هيئة التحكيم للقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع . ولم يعتد المشرعون العرب⁽⁴⁾ بالإرادة المفترضة ولم يعترف لقضاة الموضوع بحقهم في البحث عن هذه الإرادة . ففي حالة تخلف الإرادة الصريحة يصار إلى تطبيق الإرادة الضمنية وفي حالة تخلفها يصار إلى تطبيق قانون موطنها المشترك إذا اتحدا موطناً ، وفي حالة اختلاف الموطن يتم تطبيق قانون الدولة التي تم فيها العقد . علماً أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الصريحة دون الضمنية وهذا ما لا يتماشى مع واقع الحال⁽⁵⁾ , وهنالك نوعين من الإسناد : الأول هو الإسناد الجامد إذ تكون ضوابط الإسناد مرتبة تنازلياً فإذا لم يتوفر القانون الأوثق صلة

(3) د. عباس زيون العبودي , ليث عبد الرزاق الانباري , مصدر سابق , ص 14 .
(4) حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة على (في الحدود التي لم يتم فيها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد .. يسري على العقد قانون البلد الذي فيه أكثر الروابط وثوقاً) .
(2) السيد عبد المنعم حافظ السيد , مصدر سابق , ص 96 .
(3) حيث نصت المادة (126) على أنه (في حالة عدم وجود القانون واجب التطبيق , يسري على العقد قانون البلد الذي به أكثر الروابط وثوقاً) .
(4) العراق ومصر وليبيا والسودان والأردن , والكويت وسوريا والجزائر .
(5) فؤاد أديب , القانون العربي الخاص , تنازع القوانين , منشورات كلية الحقوق , جامعة دمشق , 2018 , ص 319 .

بالعقد في أولها يأخذ القاضي بضابط الإسناد الثاني وهذه الضوابط هي قانون الموطن المشترك (الجنسية والموطن) وقانون محل الإبرام .

أما الإسناد المرن المتبع في فرنسا وسويسرا حيث يترك للقاضي مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق طبقاً لعناصر الإسناد المتوفرة أمامه مثل مكان الإبرام أو مكان التنفيذ⁽¹⁾ . ونرى أنه ترك مهمة البحث عن القانون الواجب التطبيق للقضاء غير التركيز على ظروف التعاقد وملايساته والذي تتم عند حدوث النزاع سوف يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه المتعاقدان وبالتالي الإخلال بالأمان القانوني .

ثانياً : تركيز العقد وفقاً لنظرية الأداء المميز

فكرة الأداء المميز تعني العمل عند تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد إلى تحليل العقود الدولية طبقاً للوزن القانوني والأهمية الواقعية والفعلية للأداء أو للالتزام الرئيسي في العقد ومكان الوفاء به . وهذا الأداء أو الالتزام ليس سواء في كل العقود الدولية مما ينتج عنه اختلاف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة . ولا يسمح الإسناد ووفقاً للأداء المميز إخضاع العقد لضابط إسناد محدد مسبقاً كونه يأخذ بالحسبان الخصائص الذاتية لكل عقد من العقود الدولية⁽²⁾ .

فوفقاً لمعاهدة روما فإن معيار الأداء المميز للعقد يتميز بتركيز الإسناد في مجال العقود إلى عناصر وعوامل داخلية متعلقة بالعملية التعاقدية ذاتها وليس إلى عناصر خارجية كالجنسية أو مكان إبرام العقد⁽³⁾ .

ووفقاً لمعيار الأداء المميز يتم تحديد الأداء المميز لكل عقد على حدة , فمثلاً في عقد الإيجار فإن المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر والذي بدوره يلتزم بدفع الأجرة وبالتالي فإن التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة هو التزام رئيسي ، لذا يكون العقد في هذه الحالة خاضعاً لحكم قانون الدولة التي يقيم بها المؤجر .

وقد ظهرت فكرة الأداء المميز في بادئ الأمر في الفقه والقضاء السويسري⁽¹⁾ ثم في القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986⁽²⁾ , والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982⁽³⁾ والقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979⁽⁴⁾ .

(1) د. أشرف وفا محمد , مصدر سابق , ص 519 .

(2) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد , مصدر سابق , ص 125 .

(3) أشرف وفا محمد , مصدر سابق , ص 525 .

(1) المادة (1/17) .

(2) المادة (1/28) .

(3) المادة (24) .

(4) المادة (29) .

وتلتقي فكرة الأداء المميز مع فكرة التوطين أو التركيز في بعض النقاط , إلا أن وزن أو تقدير الأداء المميز يتم في وقت إبرام العقد عادةً , أما وقت التنفيذ الفعلي فيأتي في مرحلة لاحقة بعكس نظرية التركيز أو التوطين التي يعول أصحابها على محل التنفيذ⁽⁵⁾ .

وهنا لابد من الإشارة إلى أن المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة الأداء المميز وإنما أخذ بفكرة الإسناد الجامد طبقاً للمادة (1/25) من القانون المدني , ويمكن للقضاء العراقي الأخذ بهذه الفكرة أي فكرة الأداء المميز بعد إعمال المادة (30) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً) فيستطيع بذلك الخروج من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية , خاصة وأن هنالك عقود ذات طبيعة خاصة .

من خلال ما تقدم نرى بعدم ملاءمة المعايير السابقة في الكشف عن القانون الذي يحكم العقد في حالة غياب الإرادة , فاللجوء إلى الإرادة المفترضة قد يؤدي إلى اختيار قانون لا يرتضيه الطرفان , فالأخذ بالإرادة الضمنية أو الأخذ بضوابط الإسناد يعد الوسيلة الأفضل وهذا الأمر ينسحب على جميع العقود سواء أكانت النموذجية أم غير النموذجية .

الفصل الثاني

العقد النموذجي قانون المتعاقدين

رأينا في الفصل الأول الدور الكبير الذي تلعبه الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في عقود التجارة الدولية النموذجية مما تيسر الأمر على القاضي المعروض أمامه النزاع في تحديد القانون المختص بحكم النزاع سواء أكان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً وسواء أتم تحديد هذا القانون عند التعاقد أم بعده أم أثناء عرض النزاع على القاضي المختص سواء أكان قاضي الموضوع أم قاضي التحكيم .

ونظراً لانتشار عقود التجارة الدولية بشكل واسع بسبب ما يشهده العالم من نهضة كبيرة في هذا المجال اتجهت معظم دول العالم إلى العمل على توحيد القواعد القانونية التي تحكم المعاملات الحالية في ميدان التجارة الدولية كي تتجنب مشكلة تنازع القوانين (وللنقص في التشريع) المتعلق بالعقود التجارية والتي تتطلب صياغة فنية وأمور تقنية وتطور موضوعاتها بسرعة كبيرة ومن أجل مواكبة هذا التطور كانت العقود النموذجية خير حل لهذه المشكلات فالعقود النموذجية وسيلة قانونية مرنة تتفق مع حاجات التجارة الدولية ومراعاة انتشار هذا النوع من العقود مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص أو ما يعرف بـ اليونديروا (unidroit)⁽¹⁾ التي ساهمت إلى حد

(5) د. أحمد عبد الكريم سلامة , الأصول في التنازع الدولي للقوانين , مصدر سابق , ص 1105 .
(1) أنشئ عام 1926 تحت رعاية عصبة الأمم المتحدة ويهدف إلى الوصول إلى قانون موحد ومقبول من جميع أعضاء المجتمع الدولي

كبير في توحيد قانون التجارة الدولية , وتعتبر مبادئه الصادرة عام 1994⁽²⁾ من أهم المنجزات القانونية وبعد ذلك صدرت مبادئ اليونديروا لعقود التجارة الدولية بصيغتها الأخيرة عام 2016 والتي عمل على صياغتها مجموعة من الخبراء والأساتذة والذين يمثلون الأنظمة القانونية الأساس في العالم⁽¹⁾ . كذلك الحال مع مبادئ مؤتمر لاهاي لعام 2015 والتي ذكرت في مادتها الثالثة " بأن يختار الطرفان قواعد قانونية لحكم العقد " وتطبيق هذه المادة سمح للمحاكم الوطنية الاعتراف بالقواعد القانونية التي يختارها الطرفان كقانون يحكم العقد الدولي⁽²⁾ .

وللأهمية الكبيرة لهذه العقود فقد اتجهت بعض الدول إلى وضع نصوص تشريعية تنظم مثل هذه العقود ومن أمثلة ذلك القانون النمساوي الخاص بالبنود النموذجية الصادر عام 1979 والتعديل التشريعي الألماني الصادر عام 1977 .

وعلى الرغم من ما تحققه العقود النموذجية من تسهيل إبرام العقود الدولية كون العقد النموذجي هو (عقد يعتمد صيغة مطبوعة يقدمه أحد المتعاقدين للآخر ويقتصر دوره على ملئ الفراغات المتروكة فيه البيانات الخاصة والتوقيع عليه وينعقد العقد بهذا التوقيع)⁽³⁾ .

إلا أنها وكما يرى البعض تؤدي إلى تقليص مبدأ سلطان الإرادة⁽⁴⁾ لتأتي بفكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي وهي فكرة مفادها أن العقد النموذجي يكفي نفسه بنفسه وما دور القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقد إلا دور احتياطي .

لذا سنركز بحثنا في هذا الفصل على مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي وتفسير العقد النموذجي كلاً في مبحث مستقل وكما يلي :

المبحث الأول

مبدأ الكفاية الذاتية للعقد النموذجي

(2) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الأونسيترام ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص واليونديروا ، منشورات الأمم المتحدة ، 2021 ، ص 72 .

(1) النظام الانكولوسوني ، النظام اللاتيني ، النظام الجرمانى .

(2) أمين دواس ، اختيار الطرفين قواعد قانونية للتطبيق على العقد التجاري الدولي أمام المحاكم الوطنية ، بحث منشور في مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث ، المجلد (7) ، العدد (1) ، 2019 ، ص 88 .

(3) يوسف أحمد نوافلة ، النظام القانوني لعقود الاتصالات ، بحث منشور في مجلة جامعة العين للأعمال والقانون ، على الموقع yousef15773@live.com ، ص 44 .

(4) د. نافان عبد لعزیز رضا ، أثر العقود النموذجية على مبدأ سلطان الإرادة ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية على الموقع <https://doi.org/o.176s6/jlps.10151> ، العدد 1 ، 2019 ، ص 272 .

تشير العقود النموذجية مسألة الكفاية الذاتية للعقد الدولي ذلك لأن أطراف العلاقة العقدية في العقد النموذجي يعتبرون أن العقد هو بمثابة التشريع , وأن عملية إعداده وصياغته وتحضيره أشبه بعملية سن القوانين , وباعتبار أن إرادة أطراف العلاقة العقدية هي التي تنشئ العقد وتوجده ولا تحتاج أية سلطة لوجوده , فهي التي تتكفل بتنظيمه بدقة كبيرة دون الحاجة للرجوع إلى أي قانون⁽¹⁾ .

ويعد مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي أزمة ثالثة بالنسبة لقانون الإرادة تضاف إلى فكرة الاندماج وفكرة الثبات التشريعي وهي فكرة مفتعلة من قبل المتعاقدين وتعني أن العقد يكفي نفسه بنفسه وأن دور القانون ما هو إلا دور احتياطي ولبيان هذا المبدأ بصورة أكثر تفصيلاً ارتأينا أن نتناوله في مطلبين , نتناول في المطلب الأول وجود الكفاية الذاتية وفي المطلب الثاني نتناول كيفية تحقيق هذا المبدأ وكما يلي :

المطلب الأول

وجود الكفاية الذاتية للعقد النموذجي الدولي

استقر الفكر القانوني على أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني⁽²⁾ وهذا الأثر هو جوهر الاتفاق بين الأطراف وهو لا يكون كذلك إلا بموجب ما وضعوه من قواعد اتفاقية هذه القواعد هي قواعد قانونية خاصة تشبه القواعد التي تصدرها السلطة التشريعية , لذا يرى الاتجاه المؤيد لمبدأ الكفاية الذاتية للعقد النموذجي الدولي أن هذا العقد يمثل القانون الدولي للأطراف المتعاقدة , وعلى هذا الأساس نادى جانب من الفقهاء بضرورة الأخذ بهذا المبدأ في عقود التجارة الدولية وسائرهم في ذلك القضاء , لذا سنحاول أن نبين في الفرعين التاليين طبيعة العقد النموذجي ومبدأ الكفاية الذاتية في الفرع الأول والكفاية الذاتية للعقد النموذجي فقهاً وقضاءً في الفرع الثاني وكما يلي :

الفرع الأول : طبيعة العقد النموذجي ومبدأ الكفاية الذاتية

شهد المجتمع الدولي في الآونة الأخيرة تزايداً كبيراً في انتشار العقود الدولية نتيجة لازدياد المعاملات المدنية والتجارية عبر الحدود وتداول الثروات من سلع وخدمات من خلال الوعود والتعهدات حيث يتألف جزء كبير من أموال بعض الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أم معنويين من الفوائد التي يعده بها الآخرون , والذين يستطيعون التذرع بها ضد أفراد معينين وليس ضد

(1) حلاوة الصادق , القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة محمد خضير , سكرة , الجزائر , 2016 , ص 108 .

(2) عرفته المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول العاقد الآخر على نحو يثبت أثره في العقود الدولية) .

كل الناس , وللشخص أن يطالب الطرف الآخر بتحقيق توقعاته الناشئة عن الاتفاقات والعود(1) , والسؤال الذي من الممكن طرحه في هذا الحال هو كيف له ذلك دون الرجوع إلى أي قانون ؟

أي فقط يمكن له المطالبة بحقه استناداً إلى بنود العقد وشروطه , للإجابة على هذا السؤال سوف نبين ذلك في الفقرتين الآتيتين , حيث سنبيين طبيعة الكفاية الذاتية في الفقرة الأولى وأساسها في الفقرة الثانية وكما يلي :

أولاً : طبيعة الكفاية الذاتية :

خلفاً لما هو معمول به في كثير من النظم القانونية فإنه لا يستلزم لوجود العقد النموذجي أو خلقه تدخل أية سلطة نظامية , فهو كتصرف إرادي يتمتع بتنظيم ذاتي مصدره إرادة الأطراف وهدفهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية أخرى , فهو نظام قانوني خاص له القدرة على خلق قواعد قانونية وإن كانت فردية باعتراف المشرع نفسه منذ أن اعتمد مبدأ سلطان الإرادة(1) .

لذا فالعقد إذا كان كذلك فهو لا يفتقد إلى القوة الملزمة التي قد يدعي البعض أنها لا يمكن أن تستمد إلا من أحكام وقواعد القانون لأن المشرع ذاته منح للعقد قوة القانون طبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين(2) , فإذا كان العقد يفتقد للقوة الملزمة فهنا نتساءل من أين للقانون قوته الملزمة ؟

هنا نقول بأنه إذا كان العقد الدولي محبوبكاً ومفصلاً في صياغته القانونية فإن سوف يخلق التزامات يمكن أن تلزم بذاتها إطلاق العلاقة العقدية وتجنب القاضي أو المحكم مهمة الاستعانة بقواعد القانون التي قد لا تلاءمه(3) . كذلك يمكننا أن ندرك بأن (خلق القاعدة الفنية التي تجيز للأطراف , اختيار قانون العقد تتوارى فكرة الإرادة الخلاقة للحق التي تتساوى مع القانون)(4) .

ويذهب البعض إلى القول أن تشبيه العقد الدولي بالنسبة للمتعاقدين كالقانون الصادر من البرلمان أو السلطة التشريعية فعملية إعداد العقد الدولي هي أشبه بالعملية التشريعية ولذلك فإن ما عبرت عنه إرادة المتعاقدين بمثابة القانون بالنسبة لهم وأن الشروط التعاقدية تشكل في مجموعها قانوناً خاصاً يحكم كافة الجوانب المتعلقة بالعقد دون الحاجة إلى قانون المشرع أو أي نظام قانوني آخر(5) .

(1) عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية ، النظرية المعاصرة ، دار هونه - الجزائر ، ط 1 ، 2007 ، ص 155 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص 44 .

(2) سعد الدين أمحمد ، العقد الدولي بين التوطين والتدويل ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم القانونية الإدارية ، جامعة حسبية بن بو علي - الشلق / الجزائر ، 2008 ، ص 76 .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص 126 .

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص 1081 .

(5) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص 47 .

فالعقد هنا يكفي بحد ذاته للتعريف بحقوق والتزامات الأطراف دون الحاجة إلى اللجوء , إلى أي نظام قانوني آخر لاسيما أنصار النظرية الشخصية الذين يرون بأن الحقوق توجد قبل القانون ومستقلة عنه وتأتي من الحرية المبدئية للفرد , إذ أن القانون لا يخلق تلك الحقوق وإنما يقوم باعتمادها فقط⁽¹⁾ , وهنا يكمن القول بأن الفكرة التقليدية لسلطان الإرادة تؤدي إلى عدم إغلاق الباب أمام فكرة أن العقد ممكن أن يكون بلا قانون يحكمه الذي ازداد تطبيقه في أوساط التجارة الدولية⁽²⁾ , لاسيما في عقود تجارة الحبوب والقطن والصوف وصناعة البترول والترخيص باستغلال التكنولوجيا وغيرها فإذا ما تم اختيار أحد النماذج العقدية , فإن العقد يخضع للقانون الذي أشار إليه هذا النموذج العقدي ويعتبر ذا صلة بالعقد , وقد أخذت معظم التشريعات العربية بهذه القاعدة⁽³⁾ .

ويمكن القول بأن مبدأ الكفاية الذاتية للعقد النموذجي يحقق اليقين القانوني ذلك لأن تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد التجاري الدولي وإعلاناً مسبقاً وإتباعها بأمانة وفق معايير قضائية وقانونية يؤدي إلى التحقيق من حدة تنازع الاختصاص التشريعي على اعتبار المتعاقدان هم الذين حددوا الشروط العقدية والقانون المختص بحكم النزاع مسبقاً .

من ما تقدم نرى أن العقد النموذجي له القدرة على خلق قواعد قانونية فردية , هذه القواعد لها قوة القانون بما يتمتع به العقد النموذجي من تنظيم ذاتي فيستكفي بنفسه لحكم نفسه وبذلك يبرر مبدأ الكفاية الذاتية للعقد النموذجي , وهذا ما نراه صحيحاً .

ثانياً : أساس مبدأ الكفاية الذاتية

يعزو أساس مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي إلى فقه النظرية الشخصية الذي يقوم على فكرة أساسية وهي أن العقد الدولي إذا ارتبط بأكثر من نظام قانوني فسيؤدي ذلك إلى تحرره من نطاق تنازع القوانين ومن ثم عدم خضوعه لأي قانون لعدم وجود قانون معين يملك الاختصاص بحكم العلاقة العقدية مما يمنح أطراف العلاقة العقدية حرية مطلقة في تنظيم هذه العلاقة على اعتبار أن اختيار المتعاقدان للقانون المختص بحكم العلاقة لا يستند إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين

(1) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد , مصدر سابق , ص 60 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي , مصدر سابق , ص 48

(3) عمر سعد الله , مصدر سابق , ص 102 .

بل إلى مطلق سلطان الإرادة⁽¹⁾ والذي يحكم كل شروط وآثار العقد مثلما إرادته إرادة الأطراف والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى مشاكل كثيرة تعرقل تطور التجارة الدولية⁽²⁾ .

فضلاً عن أن التطور الكبير الذي حدث في التجارة الدولية وظهور أنماط مختلفة ومتنوعة من العقود الدولية جعل قواعد الإسناد والتي وضعت من قبل المشرع الوطني غير قادرة على مواجهة هذه التطورات السريعة في ميدان التجارة الدولية⁽³⁾ .

فإذا كان العقد الدولي مفصلاً في صياغته القانونية أنشأ التزامات وحقوق تلزم بذاتها أطراف العقد وتغني القاضي أو المحكم من الاستعانة بأي قانون وطني : وهذا يؤدي إلى نتيجة مفادها أن العقد يكفي ذاته بذاته وتنتفي الحاجة إلى الاستناد إلى قاعدة التنازع ودون تطبيق قانون معين على منازعات تلك العقود , فالأساس الذي استند إليه مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ الكفاية الذاتية

الفرع الثاني : الكفاية في الفقه والقضاء

ولابد من الذكر هنا أن دور الإرادة في ظل وجود الكفاية الذاتية في العقود التجارية الدولية النموذجية يكاد يكون معدوماً , لكن هذا لا يعني سلب إرادة قاضي النزاع في تصحيح مسار العقود النموذجية بما يتوافق مع نظامه العام .

يستند معيار الكفاية الذاتية على أن العقد الدولي هو تصرفاً قانونياً قائماً بذاته كونه يتميز بنظام قانوني مستقل عن أي قانون آخر سواء أكان وطنياً أم أجنبياً , فالعقد يكتفي بذاته لبيان وإقرار حقوق والتزامات الأطراف دون الحاجة إلى تدخل أي نظام قانوني آخر , وتمتع العقد الدولي بقوة القانون أنت من المشرع نفسه عندما اعتمد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولم يتوانى الفقه والقضاء إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي التي تثيرها العقود النموذجية .

لذا سوف نتناول في الفقرتين التاليتين الموقف الفقهي من مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي وكذلك موقف القضاء من هذا المبدأ كلاً في فقرة مستقلة .

أولاً : موقف الفقه من مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي

تباينت آراء الفقهاء من مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي بين مؤيد ومعارض ولكل منهم حججه التي استند إليها لذا سنحاول بيان آراء كل من الفريقين وكما يلي :

(1) د. كريم مزعل شبي , مصدر سابق , 306 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 13 .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , المصدر السابق , ص 6 .

1- الاتجاه المؤيد لمبدأ الكفاية الذاتية :

دعا بعض الفقه المتخصص في ميدان العقود التجارية إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي أو العقود التي تنظم نفسها بنفسها , إذ يرى الأستاذ (خوشار) بأنه (في التجارة الدولية يعد من أحسن السبل لثلاث من القوانين – الأول : اشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية , وتسوية الصعوبات الأكثر توقعاً , فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصياً , بوضع شروط خاصة بعد مفاوضات مباشرة)⁽¹⁾ .

ويناشد الفقه المساند لمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي المتعاقدين أن يكونوا أكثر حرصاً وحيطة باشتراط أقصى حد من الأحكام الفنية وتضمين العقد جميع الحلول للمسائل أو المشاكل التي من الممكن حدوثها في المستقبل , وأن لا يتركوا زمام الأمور لاجتهاد القاضي أو المحكم , إذ أن مثل هذا الكمال في التنظيم يعد عامل استقرار للأطراف المتعاقدة ويجنبهم الوقوع وتحمل آثار قرار غير مدروس أو غير متأنٍ قد يصدر من القاضي أو المحكم⁽²⁾ .

إذ أن العقد إذا كان قد صيغ بدقة متناهية فإنه يجعل من الميسور على القاضي أو المحكم أن يبني حكمه بمجرد تحليل بسيط لشروط العقد , دون الرجوع إلى أي قانون آخر وتبدو الدعوة إلى تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية أكثر أهمية في بعض العقود الدولية ذات الطابع الخاص مثل عقود التمويل المستندية بالأورو دولار والتي تبرم من قبل المشروعات متعددة الجنسيات والشركات الاستثمارية , نجد أن المتعاقدين حرصوا على تحرير عقودهم بتفصيل واف إلى درجة كبيرة من أجل معالجة القصور في القوانين الوطنية التي لا تعرف مثل هذا النوع من العمليات التجارية الحديثة⁽³⁾ .

ويقرر الأستاذ (جاكيو بوفسكي) بشأن عقود التعاون الصناعي (أن انعدام أو غياب تنظيم قانوني خاص وملائم لعقود التعاون الصناعي بين الشرق والغرب , يزيد من أهمية الاشتراطات التعاقدية المجردة , بل يكشف عنها عندما يتفق العقد مع أحكامه فإنه لا يمكن أن ننكر بأن القانون يؤكد تلك القوة الملزمة) .

وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه يجب إخضاع العقد الدولي لقانون يحكمه حيث لا يمكن أن يوجد عقد في فراغ قانوني⁽¹⁾ , ويعد ذلك تأميناً للعلاقة القانونية وضمانة الاستمرار بها وإسباغ

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي , (القانون الواجب التطبيق على موضوع والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة , ط 1 , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , 2002 , ص 39 .

(2) كريم مزعل شبي , مصدر سابق , ص 229 .

(3) د . أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي , مصدر سابق , ص 129 .

(4) د . السيد عبد المنعم حافظ السيد , المصدر السابق , ص 65 .

الحماية المطلوبة لها , وهذا النظام القانوني الذي يحكم العقد لا يمكن أن يكون إلا نظاماً قاعدياً وطنياً وفقاً للنظرية التقليدية المحضة(2) .

2- الاتجاه المعارض لمبدأ الكفاية الذاتية :

على الرغم من التأييد الذي حضيته به فكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي إلا أن هنالك اتجاهاً فقهياً عارض هذه الفكرة واستند في معارضته لجملة من الآراء نذكر منها ما يلي :

أ- عدم سمو الإرادة الفردية على القانون :

عندما نقول أن العقد يكفي ذاته بذاته فإن هذا يعني في الفن القانوني سمو الإرادة الفردية على القانون وتقدمها في خلق القواعد القانونية التي تنظم أنشطة الفرد المختلفة كما أنه يعني كذلك الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد بشكل مستقل عن القانون . وهذا القول يبدو أنه غير مقبول والسبب في ذلك يعود إلى أن ((كل أثر قانوني يعزى إلى الخلق الحر للإرادة لا يكون له قيمة إلا بمقتضى القانون الذي يعطي ضمن سلطة للإرادة الفردية من أجل الأثر المراد ترتيبه(3) وإذا فرضنا أن القانون لا يمنح العقد قوته الملزمة , كصفة تتجسد في هيمنة القانون الوضعي حيث يكون له القدرة على وضع الحلول للنزاعات التي تنشأ بين أطراف العقد(4) .

ب- المفهوم الحقيقي لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين

واستدل أنصار مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي بالمادة (1134) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن (الاتفاقات التي تبرم وفقاً للقانون تكون كالقانون بالنسبة للذين ارتبطوا بها) وكذلك المادة (147) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948(1) . وعلى ما يبدو أنهم أغفلوا أن تلك المواد تتحدث عن الاتفاقات التي تبرم وفقاً للقانون(2) , أي أن هنالك قانوناً يسمح بتكوين مثل هذه العقود والاتفاقات .

إن أهمية الحاجة إلى القانون تظهر بصورة جلية عند سكوت العقد عن حل المسألة موضوع النزاع , إذ أن الطرف المتعاقد المدعي يكون بحاجة إلى إسناد إدعاءه إلى قاعدة قانونية , وكذلك فإن القاضي عندما ينظر في النزاع المطروح أمامه فإنه يستمد سلطته من القانون وبالتالي فليس له أن يدين أحد طرفي العقد دون الرجوع إلى القانون , وأن هنالك عقبة أخرى

(2) د. كاهان , قانون التجارة والالتزام , 1973 , ص 217 .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 142 .

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , المصدر السابق , ص 143 .

(1) تنص المادة (147) من القانون المدني المصري على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو الطرفين لأسباب التي يقرها القانون) , وكذلك المادة (106) من القانون المدني الجزائري .

(2) د. بن أحمد الحاج , عقود الدولة الاقتصادية بين نظرية الكفاية الذاتية ومبدأ سلطان القانون بحث منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية , الجزائر , العدد /4 , 2018 , ص 74 . .

في هذا الخصوص تتمثل بأن تعقد وحداثة هذا النوع من العقود مما لا يمكن تحديد مفصل وكامل للعقد من قبل الأطراف أنفسهم لحقوقهم والتزاماتهم ولنتائج تقصيرهم⁽³⁾ .
لذا ينصح الأطراف المتعاقدة أن لا يلجؤوا إلى الأفكار الغامضة أو غير الواضحة كالقواعد المشتركة بين الدول المتمدنة أو المبادئ العامة للقانون , بل عليهم أن لا يألوا جهداً في تحديد عقدهم بأقصى ما يمكن من التفصيلات كي يتحقق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي ويكون العقد عقداً نموذجياً .

ج- القصور في تحديد العقد :

يعجز القانون الذاتي للعقد في كثير من الأحيان عن تنظيم حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة مهما بالغ أطرافه في صياغته وذلك لعدم إمكانية ما قد يستجد أو يحدث من أمور في المستقبل خلال فترة تنفيذ العقد وهذا ما يؤدي إلى منح القاضي أو المحكم سلطات مطلقة في تفسير العقد قد يساء استعمالها⁽¹⁾ .

كما حدث في قضية أرامكو (Aramco) بين المملكة العربية السعودية وشركة (Standard oil of California) للتحكيم عام 1933 .

أخيراً فإن العقود النموذجية وإن كانت قاصرة في صياغتها أو في شمولها لجميع المسائل التي من الممكن أن تستجد في المستقبل فهي أيضاً لا يمكن لها الاستغناء عن القانون الذي ينظمها فهي تستند قوتها من قوة القانون⁽²⁾ .

ولابد من الإشارة هنا إلى أن وجود مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي يؤدي إلى تراجع دور النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية .

ثانياً : موقف القضاء من مبدأ الكفاية الذاتية

رأينا في الفقرة السابقة موقف الفقه من مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي والذي تباين موقفه بين مؤيد ومعارض كلاً من وجهة نظره والأدلة التي استند إليها , أما موقف القضاء من هذا المبدأ فنرى أن هنالك أحكام قضائية أخذت بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي كأساس لتقرير حق أحد الطرفين تجاه الآخر , من غير الرجوع إلى قواعد القانون الذي يمكن تطبيقه على العقد⁽³⁾ .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 50 .

(1) د. سوسن صافي صالح , القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية , ط 1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2019 , ص 207 .

(2) يوسف عبد الهادي خليل الاعياي , النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا , بلا سنة طبع , 1989 , ص 438 .

(3) بن أحمد الحاج , عقود الدولة الاقتصادية بين نظرية الكفاية الذاتية ومبدأ سلطان القانون , مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية , العدد / 4 , 2018 , ص 70 .

ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية أكدت هذه المحكمة أن بنود وأحكام العقد تكفي ذاتها بذاتها لحل النزاع دون حاجة إلى قانون معين , وذلك في قضية تتلخص وقائعها في (أن عقد إبرام بين إحدى الشركات الفرنسية (B . S . N .) وأحد الإيطاليين (ZANARELLI) ليقوم بتوزيع منتجاتها في إيطاليا) .

وعلى أثر إنهاء الشركة للعقد , قام الأخير بدفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية للمطالبة بالتعويض عن إنهاء العقد وفقد العملاء , وقد استند في طلبه إلى المادة (29/ك) وما بعدها من قانون العمل الفرنسي المنظمة لأحكام الوكلاء التجاريين (V. R . P .) .

وقد رفضت محكمة الموضوع طلبه فرجع طعناً بالنقض , وبدلاً من أن تعيب محكمة النقض على محكمة الموضوع - استئناف ليون - عدم تحديدها للقانون الواجب التطبيق على العقد , وهو أمر كان يسيراً في القضية المعروضة , إذ كان هناك أكثر من دليل على اختصاص القانون الإيطالي والذي كان سيؤدي تطبيقه إلى الحكم لصالح الشركة المطعون عليها , وذلك بعدم تطبيق أحكام قانون العمل الفرنسي (V. R . P .) لانعدام الرابطة الجدية بين النزاع والنظام القانون الفرنسي . قضت المحكمة العليا بأن " محكمة الاستئناف قد استطاعت وهي تفسر بإطلاق نية الأطراف عندما تعاقدوا على عمل سينفذ خارج فرنسا أن تقدر أن هؤلاء الأطراف قد اتجهت نيتهم - مرتين ومن غير غموض - إلى عدم الخضوع للقانون الفرنسي , ونتيجة لذلك , فإنه من الملائم أن يتم , ببساطة تطبيق الاتفاق كما صدر , وهو ما يحول دون طلب (ZANARELLI) الحصول على تعويض عن فقد العملاء .

هذا الحكم يستفاد منه أن المحكمة عندما اطلعت على بنود العقد وأحكامه قدرت أن العقد يكفي بذاته لحل النزاع حول طلب التعويض , دون الحاجة إلى أي قانون آخر⁽¹⁾ .

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ (باتيفول) في معرض تعليقه على الحكم السابق أنه (من ذلك يمكن القول بأن العقد ملزم بذاته ووفقاً لنصوصه دون أن تكون هنالك ضرورة لأي قانون ليمنحه القوة الملزمة أو على ذلك لم يبق خطوة)⁽¹⁾ .

وفي قضية أخرى تتعلق بشركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري قضت محكمة الاستئناف باريس بأن (شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري قد اتجهت على غير أساس بأن العقد يجب أن يستند بالضرورة إلى تشريع بلد محدد ... والواقع أن الاتفاقات التي ينتج منها شرط الوفاء بالذهب , تعتبر شريعة الأطراف ...) ⁽²⁾ .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 131 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 132 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 53 .

حيث أقيت شرط الوفاء بالذهب كونه أدرج في بنود العقد فإرادة الأطراف ويجب احترام هذه الإرادة وتحسينها ضد ما قد يشوبها من بطلان آتي من القانون الذي قد يختص بحكم العقد الدولي⁽³⁾ .

وفي حكم آخر صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس قضت محكمة التحكيم عام 1970 بعد أن استبعدت تطبيق القانون الألماني بأن (الأطراف قد رغبوا في أن يروا النزاع قد تم تسويته دون الرجوع إلى قانون وطني واستناداً إلى أساس الأحكام التعاقدية ووفقاً للواقع والأعراف الدولية)⁽⁴⁾

لذا نرى من خلال ما تقدم أن حاجة التجارة الدولية التي تطورت بشكل كبير تستلزم إبعاد العقد الدولي من حكم القوانين الوطنية بحيث تحكم نفسها بنفسها , وأن الخضوع للقوانين الوطنية يعني تقييد للحرية التعاقدية , ويرى البعض كما يقول الأستاذ الكبير الدكتور عبد الكريم سلامة أن (التجارة الدولية لا تعرف أحسن الشروط لنموها إلا عندما لا تتحمل قيود تباين أو اختلاف التشريعات لأن هذه التشريعات تظهر القلق في شأن آثار الاتفاق المبرم في الزمان والمكان وهذا القلق أو انعدام التأكيد الموجود , لا يمكن أن يخفي إلا إذا تم تحييده , وبمعنى آخر إذا تم وضع العقد في مأمن من آثار القانون)⁽¹⁾ .

المطلب الثاني

نطاق تطبيق مبدأ الكفاية الذاتية

تعد العقود النموذجية⁽²⁾ الوسيلة الفعالة في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية والتي تعظم دورها بشكل كبير في وقتنا الحاضر في مجال التجارة الدولية⁽³⁾ , وهذه العقود تكون مكتوبة في صيغ معدة مسبقاً تتضمن الشروط العامة للعقد ومطبوعة بأعداد كبيرة كي يتم استخدامها كنماذج للعقود تبرم في المستقبل , وهي من الناحية الشكلية بمثابة صك مكتوب كما في عقد الإيجار أو البيع أو المقاوله ... وغيرها .

(3) د. كريم مزعل شبي , مصدر سابق , ص 30 .

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 134 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 277

(2) عرفها الأستاذ الفرنسي (Leaute) بأنها (صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة تنصب على موضوع العقود النموذجية) , وعرفها جستيان بأنها (عبارة عن نماذج العقود تعتبر حجة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها .

(3) د. عصام فرج الله محسن إبراهيم , الطبيعة القانونية للعقود الدولية للبترول , جار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ط 1 , 2017 , ص 199 .

أما من الناحية الموضوعية فهي بمثابة نصوص تشريعية تتضمن كافة أحكام العقد والتي إذا تم الاتفاق عليها تم ملئ الفراغات بالبيانات المطلوبة ومن ثم التوقيع عليها , وهنالك أمثلة كثيرة على هذا النوع من العقود مثل العقود النموذجية لبيع الحبوب والعقد النموذجي لصناعة واستخراج البترول والعقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات مع تركيبها⁽⁴⁾ .

ويجب أن تصاغ هذه العقود بدقة كبيرة وأن تتضمن كافة جوانب العقد وأن تراعى فيها مصلحة الطرف الضعيف في العقد لأن أغلب هذه العقود تبرم بين الدولة وأشخاص أجنبية خاصة . لذا حرص المجتمع الدولي على تنظيم هذه العقود , ضماناً لحقوق الطرفين المتعاقدين , لذا سنحاول أن نبين في الفرعين القادمين الجهود الدولية التي بذلت من أجل توحيد العقود الدولية النموذجية التي تعد عماد التجارة الدولية الحديثة , وكذلك عن مبدأ العقود التجارية الدولية وواقع العقود التجارية النموذجية الدولية .

الفرع الأول : الجهود الدولية في تنظيم العقود النموذجية

لقد بذلت جهود دولية كبيرة من أجل تنظيم العقود التجارية النموذجية بغية توحيد هذه العقود وتيسير عملية إبرامها وحل النزاعات التي قد تنشأ من جرائها وتوزعت هذه الجهود بين المشرع الوطني والهيئات الدولية , لذا سوف نحاول أن نبين هذه الجهود كلاً في فقرة مستقلة .

أولاً : الجهود التي بذلت من قبل المشرع الوطني

لو نظرنا إلى قوانين أغلب الدول العربية⁽¹⁾ , للاحظنا أنها منحت الأفراد حرية اختيار القانون الذي يطبق على العقد الدولي بشكل ضمني خاصة من العقود النموذجية وكذا الحال مع قوانين التحكيم العربية التي تعطي الحرية للطرفين في اختيار قواعد قانونية لحكم العقد كالمادة (36) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 والمادة (45) من قانون التحكيم اليمني رقم (32) لسنة 1992 والمعدل بالقانون رقم (32) والمادة (3/38) من قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008 والمادة (28) من المرسوم رقم (9) لسنة 1994 من قانون التحكيم التجاري البحريني والمادة (5/43) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 .

ثانياً : الجهود المبذولة من قبل الهيئات الدولية

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 135 .

(1) المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل والمادة (1/19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 , والقانون المدني الأردني رقم (63) لسنة 1976 في المادة (1/20) والقانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949 في المادة (1/20) والمادة (1/59) من القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 والخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي .

بذلت جهود كبيرة من أجل توحيد العقود الدولية وجعلها في صيغة عقود نموذجية من أجل تيسير عمليات التجارة الدولية الحديثة فقد قامت اللجنة الاقتصادية في أوروبا⁽¹⁾ خلال مؤتمر جنيف المنعقد في مارس عام 1957 بإعداد أنواع كثيرة من العقود النموذجية , نذكر منها على سبيل المثال العقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات مع تركيبها والعقد النموذجي لبيع الحبوب وغيرها⁽²⁾ .

كذلك مجلس المساندة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) لدول أوروبا الشرقية ساهم في إعداد العقود النموذجية عبر إعداده للشروط العامة لتبادل السلع والخدمات بين هيئات الدول الأعضاء عام 1967 والتي هي بمثابة تصنيفاً دولياً حيث أكدت المادة (74) من تلك الشروط على إلزامية الشروط العامة⁽³⁾ . والعقود النموذجية لجمعية لندن لتجارة الحبوب والعقود النموذجية للبيع الدولي للحديد والقواعد الموحدة لتسهيل الأوراق التجارية لعام 1957 , والمبادئ التي أعدها معهد توحيد القانون الخاص بروما عام 1994 بشأن عقود التجارة الدولية⁽⁴⁾ .

وتعد مبادئ المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص أحد أهم الآليات الرامية لتوحيد قانون التجارة الدولية , هذا المعهد الذي يعرف بـ اليونيدروا (unidroit) تم أنشاؤه عام 1926 برعاية عصبة الأمم المتحدة , وهو يهدف إلى الوصول إلى قانون خاص موحد ومقبول لدى جميع أعضاء المجتمع الدولي , وتعتبر مبادئه الصادرة , عام 1994 من أهم المنجزات القانونية التي حققها هذا الجهاز المصنف في طليعة المنظمات الحكومية العاملة في مجال توحيد قانون التجارة الدولية , مما جعلها تتمتع بنطاق واسع شمل جميع أنواع العقود التجارية الدولية بشرط اتفاق الأطراف إخضاع عقدهم لها⁽¹⁾ .

وقد كان الهدف الرئيس لهذه المبادئ إيجاد نموذج موحد للعقود التجارية الدولية والتأكد من تطبيقها وتفسيرها وإبرامها في معظم بلدان العالم بغية إشاعة حسن النية ونزاهة التعامل في العلاقات التعاقدية⁽²⁾ .

(1) د. حبيب قدة ، الجهود الدولية الرامية لتوحيد قانون التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد (18) ، 2018 ، ص345 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص56 .

(3) سعد الدين أحمد ، مصدر سابق ، ص82 .

(4) د. كريم مزعل شبي ، مصدر سابق ، ص303 .

(1) حاسي جهاد ، د. علي فتاك ، التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية بالتطبيق على قواعد اليونيدروا ، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، السياسية والاقتصادية ، المجلد 57/ ، العدد 4 ، 2020 ، ص246 .

(2) أحمد مهدي السيد شاهين ، ماهية مبادئ روما المتعلقة بعقود التجارة الدولية (اليونيدروا) ، بحث منشور في المجلة القانونية ، المجلد 11 ، العدد 4 ، 2022 ، ص1031 .

بعد ذلك صدرت المبادئ اليونيدروا بصيغتها الأخيرة عام 2016 والتي تعتبر مثلاً جيداً للقواعد القانونية التي يختارها طرفا العقد , وقد عمل على هذه المبادئ مجموعة من الخبراء والأساتذة الذين يمثلون الأنظمة القانونية الأساسية العالمية مثل النظام الأنكلوسكسوني , والنظام اللاتيني والنظام الجرمانى⁽³⁾ , كذلك مراقبين من لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية (الاونيسترال – Uncitral) ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص والمؤسسات العامة⁽⁴⁾ , ومجموعة دراسة القانون المدني الأوربي ومحكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية وجمعية التحكيم السويسرية .

وفي تاريخ 2015/3/19 أصدر مؤتمر لاهاي (مؤتمر القانون الدولي الخاص مبادئ اختيار القانون المطبق على العقود التجارية الدولية وصادقت على هذه المبادئ الاونيسترال في دورتها الثامنة والأربعين في فيينا بتاريخ 2015/7/16 وكذلك غرفة التجارة الدولية بتاريخ 2015/11/4⁽⁵⁾ , وقد أكدت مبادئ مؤتمر لاهاي (مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية) لعام 2015 على حرية الأطراف في اختيار قواعد قانونية كقواعد اليونيدروا وذلك في المادة (3)⁽¹⁾ من هذه المبادئ .

بعد أن أقرت في المادة (2)⁽²⁾ مبدأ حرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي , حيث سمحت هذه المبادئ للطرفين صراحة باختيار قواعد قانونية لحكم العقد التجاري الدولي أمام المحاكم الوطنية وقد أجازت هذه المبادئ في الفقرة الرابعة من الديباجة للمحاكم وهيئات التحكيم تطبيق هذه المبادئ⁽³⁾ .

وقد علق مؤتمر القانون الدولي الخاص في لاهاي على مبادئ لاهاي بقوله (تعتبر مبادئ اليونيدروا مثلاً للقواعد القانونية المقبولة عموماً على المستوى الدولي) , وقد نصت ديباجة مبادئ (اليونيدروا) على أنه (يجب تطبيق هذه المبادئ عندما يتفق الطرفان على أنها القانون الواجب التطبيق على عقدهما)⁽⁴⁾ .

(3) د. أمين دواس , مصدر سابق , ص 79 .

(4) مثل جمعية المحامين الدولية , معهد القانون الدولي , نقابة محامي مدينة نيويورك .

(5) د. أمين دواس , مصدر سابق , ص 80 .

(1) نصت المادة الثالثة من مبادئ مؤتمر لاهاي لعام 2015 على أن (يجوز للأطراف أن تختار أن يكون القانون المنطبق قواعد قانونية مقبولة عموماً على المستوى الدولي أو فوق الوطني الإقليمي باعتبارها مجموعة من القواعد المحايدة والمتوازية , ما لم ينص قانون بلد المحكمة على خلاف ذلك) .

(2) ونصت المادة (2) من المبادئ على أن (1- يخضع العقد لأحكام القانون الذي يختاره الأطراف) .

(3) الفقرة الرابعة من الديباجة لمبادئ مؤتمر لاهاي نصت على أن (4- يجوز للمحاكم وهيئات التحكيم تطبيق هذه المبادئ) .

(4) د. أمين دواس , مصدر سابق , ص 82 .

هذا وقد طبقت مبادئ النيديروا من قبل المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم الدولية , منها حكم محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي في قرارها المرقم (100) , في 2009/10/30 , إذ طبقت مبادئ النيديروا على النزاع المعروف أمامها على اعتبار أنها وثيقة صادرة من منظمة شعبة حكومية ذات صلة معينة , كذلك الحال في بلجيكا فقد قررت محكمة التمييز في بلجيكا بقرارها المرقم (289) الصادر في 2009/6/19 بتطبيق مبادئ النيديروا على العقود التجارية الدولية .

ومن تطبيق القضاء لمبادئ النيديروا يتضح أنها تعد وثيقة غير تشريعية مهمتها توحيد قواعد عقود التجارة الدولية , لذا لم يتوانى معهد روما من اعتمادها لما لها من قيمة قانونية كبيرة⁽¹⁾ . وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقرة الثانية من ديباجة مؤتمر لاهاي نصت صراحة على أنه (يجوز استخدام هذه المبادئ نموذجاً لوضع صكوك وطنية أو إقليمية أو فوق وطنية أو دولية) , فإذا كان المشرع في دولة ما قد تبنى مبادئ مؤتمر لاهاي فسيكون بمقدور الطرفين اختيار القواعد القانونية المناسبة لحكم العقد الدولي .

وإذا ما علمنا أن مبادئ النيديروا مستوفية لجميع الشروط فإنه يجوز للطرفين المتعاقدين اختيارها كقانون يحكم عقدهم الدولي , وهذا ما دعا المشرع في البرغواي لتبني هذه المبادئ جميعها في تشريعه الصادر في عام 2015⁽²⁾ .

وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (81-120) من القانون الخاص بتنازع القوانين لولاية أوريغون الأمريكية لعام 2005 بأنه (... تخضع الحقوق والالتزامات التعاقدية للقانون والقوانين التي اختارها الطرفان ..)⁽³⁾ .

وهذا هو نفس الحكم في المادة (1/116) من القانون الدولي الخاص السويسري والتي نصت على أن (يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان)⁽⁴⁾ .

من ما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها أن هنالك إجماع دولي كبير في تنظيم العقود النموذجية وباختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي بعيداً عن المنازعات التي من المؤمل حدوثها بين الطرفين فإذا اختار الطرفان المتعاقدان الشروط العامة للعقد وتضمنها القانون الذي يحكم العقد بحيث يذكر في بنود العقد ويضمن له الطرفان⁽¹⁾ فإننا نكون أمام حالة من الاستقرار والاطمئنان على مستقبل العقد الدولي فإذا تضمن العقد القانون الواجب التطبيق فإننا سنكون قد أقررنا مبدأ

(1) د. أمين دواس , مصدر سابق , ص 84 .

(2) أ.د. أمين دواس , المصدر السابق , ص 88 .

(3) مايكلز , قابلية تطبيق المبادئ من قبل المحاكم , مطبعة جامعة أوكسفورد , 2009 .

(4) مايكلز , مصدر سابق ,

(1) مارشال , مبادئ لاهاي لاختيار القانون , نظرة فاحصة على اختيار القانون المرن , المجلة الأمريكية للقانون المقارن , 2018 , ص 3801 .

الكفاية الذاتية للعقد وسوف نتجنب الكثير من الإشكاليات التي من الممكن أن تحدث لو أهملنا إدراج القانون ضمن بنود العقد .

الفرع الثاني : واقع العقود الدولية في ضل مبدأ الكفاية الذاتية

على الرغم من قول الأستاذ (CAPATINA) أنه العقود النموذجية جعلت (تدخل القانون الدولي الخاص قد تقلص بدرجة كبيرة , فتلك العقود تنطوي في نصوص شروطها العامة على تنظيم في غاية الدقة حول الالتزامات التعاقدية فمن غير المفيد في نطاق كبير تدخل القانون الدولي الخاص في حل النزاعات المحتملة)⁽²⁾ .

إلا أن البعض يرى أن دور القانون أصبح احتياطياً⁽³⁾ لذا سوف نحاول أن نبين في الفقرتين السابقتين واقع العقود الدولية والدور الاحتياطي للعقد كلاً في فقرة مستقلة .

أولاً : واقع العقود الدولية

من استقراء التطبيقات العملية للعقود التجارية الدولية النموذجية , نرى بوضوح الاتجاه نحو تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية , بحيث تنتفي الحاجة إلى تطبيق قانون معين على المنازعات التي تحدث بشأن تلك العقود فمثلاً المادة (89) من دليل تحرير عقود النقل الدولي للتكنولوجيا في الخدمة الذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة والتي نصت على أن (من المرغوب فيه ألا يعطي العقد مجالاً للمنازعات وألا يجعل القاضي أو المحكم غير قادر على أن يؤسس التسوية على أحكام أو بنود العقد) .

وكذلك الحال بالنسبة للمشروعات المشتركة التي بدأت تنتشر في العلاقات بين الدول النامية أو أحد هيئاتها والأشخاص الأجنبية فالنظام القانوني لها يستمد من (نصوص وأحكام تلك الاتفاقات ذاتها فهي تشكل الأساس القانوني الواجب التطبيق على المشروعات المشتركة , فالاتفاق الذي يؤدي إلى ميلاد هذه المخلوقات الجديدة يدخل في طائفة الاتفاقات – الدساتير التي تشكل أمراً نظامياً له حياته الخاصة)⁽¹⁾ .

من ما تقدم يتضح لنا أن العقود النموذجية تؤدي إلى تحقيق مبدأ الكفاية للعقد الدولي وتجعل الرجوع إلى منهج تنازع القوانين أمراً نادراً , ويرى اتجاهاً فقهي أن مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي لا يتحقق إلا في العقود التقليدية , أما العقود الالكترونية فلا يمكن تصور حدوثه فيها على الرغم من أن هنالك الكثير من العقود النموذجية الالكترونية التي كان لها دور في حل المشاكل

(2) د. كريم مزعل شبي , مصدر سابق , ص 303 .

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 379 .

(1) مقال للدكتور أحمد صادق القشيري , في العقد الاقتصادي الدولي , بروكسل , 1975 , ص 285 , نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , ص 63 .

التي تنشأ من تطبيق العقد ومن أمثلتها , العقد النموذجي المبرم من قبل المجموعة الأوروبية في 28 ديسمبر عام 1994 حيث أشارت ديباجة هذا العقد على دوره في مواجهة المشاكل التي يثيرها التعامل من خلال تبادل المعلومات الالكترونية(2) .

وإذا سلمنا بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي واعتبرنا أن العقد هو قانون الأطراف فإن القانون الذي يطبق على الالتزامات التعاقدية وفق منهج تنازع القوانين لا محل له أصلاً أو أنه سوف يطبق متى ما دعت الحاجة إلى ذلك , أي أن دوره سيكون احتياطياً وهذا ما سنتناوله في الفقرة التالية .

ثانياً : الدور الاحتياطي لقانون العقد

إن فكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد ترجع جذورها إلى القرن التاسع عشر حيث يقول أحد الفقهاء في ذلك القرن (الاتفاقات لقانون الأطراف , ليس فقط لأنهم يستطيعون أن ينظموا مباشرة حقوقهم والالتزامات الخاصة , ولكن أيضاً يستطيعون تحديد القانون الذي سيحكم تلك الحقوق والالتزامات , حول النقاط التي لم يتخذ الأطراف الحيطة في تنظيمها بأنفسهم)(1) .

أما في الفكر القانوني الحديث فإنه يرى أن دور القانون المختار لحكم العقد الدولي يكون احتياطياً , لذا سنحاول أن نسلط الضوء على أساس هذه الفكرة وتجسيدها في العقود الدولية وموقف القضاء منها وكما يلي :

1- أساس فكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد :

ترجع فكرة الدور الاحتياطي للعقد , أما بسبب وجود العقود النموذجية التي تجعل العقد الدولي يحكم نفسه بنفسه من دون الحاجة إلى قانون آخر , أو بسبب عدم الملاءمة بالنظر إلى وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية(2) .

إن وجود جماعة منظمة لدرجة كبيرة ذات سلطة مؤهلة تمارس عملية التنظيم , وقيام شبكة من العلاقات والروابط سيؤدي إلى خلق مجموعة من القواعد القانونية النظامية التي تحكم نشاط وعلاقات هذه الجماعة وهذا ما نلاحظه في الأوساط المهنية والتجارية العابرة للحدود , حيث ظهرت العديد من القواعد القانونية التي جعلت اللجوء إلى القوانين الوطنية يعد أمراً نادراً وبصفة احتياطية أو كما يقول الأستاذ (فيليب كان) أن (كل العقود الحالية تحتوي على شرط القانون

(2) د. محمد أحمد علي المحاسنة , تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة , دراسة مقارنة , دار الحامد , 2013 , ص 197 .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , ص 74 .

(2) سعد الدين أحمد , مصدر سابق , ص 81 .

الواجب التطبيق ... ولكنه لا يشكل مع ذلك تصرفاً يدل على الولاء أو الخضوع للدول , ولكنه مجرد وسيلة فنية لتكملة النظام الحالي المنقوص والمنطوي على بعض انعدام دقة الصنعة أنه في الحقيقة شرط احتياطي⁽¹⁾ .

وهذا يعني أنه قد يلجأ أطراف العلاقة العقدية في مجال العقود الدولية إلى قواعد تنازع القوانين في حالة وجود قصور في القواعد الموضوعية , وأن هذا الرجوع إلى قاعدة التنازع هو إسناد احتياطي .

وهنا لا بد لنا من أن نلاحظ أننا في هذه الحالة لا نطبق قانون دولة معينة ولكننا نبحث عن تكملة للعقد في قانون معين ويكون ذلك في حالة الضرورة فقط , وهنا يقول الأستاذان (Loussouarn) و (Bourel) ليوسون وبورل أن (التعقل الطبيعي والحكمة تحثهم – القضاة أو المحكمون – على الرجوع , على الأقل بصيغة احتياطية إلى منهج تنازع)⁽²⁾ .

وهنا يمكن القول أن التنظيم المادي هو العنصر الجوهرى في قانون التجارة الدولية والذي يجعل من قاعدة الإسناد قاعدة احتياطية وكما استكثر من إبرام العقود النموذجية كلما قلص دور العقد وأصبح دوره احتياطياً , فوفقاً لفقهاء البلاد الاشتراكية أن العقود النموذجية التي أعدت من قبل (الكوميكون)⁽³⁾ تكون واجبة التطبيق دائماً على العقد الدولي , ولا محل لتطبيق أحكام أي قانون وطني أو أجنبي تعينه قواعد تنازع القوانين .

ويرى بعض الفقهاء بخصوص قضاء تحكيم التجارة الدولية للدول الاشتراكية أن (تدرج المصادر في هذا المجال تضل هكذا : 1- إرادة الأطراف 2- قاعدة الإسناد) واحتياطية قاعدة الإسناد وقانون العقد جعلت الفقهاء الراجح يظهر قلقه بقوله (أن الصفة الاحتياطية لقاعدة الإسناد تثير السؤال حول معرفة ما إذا كان التطور سيبقي على تطبيقها)⁽⁴⁾ .

من الثابت أن العقد الدولي يجب احترامه وتنفيذه وفقاً للقانون المختص على أن لا يتعارض مع قواعده الأمرة , إلا أن الفقهاء المناصر للدور الاحتياطي لقانون العقد يعد عامل استقرار للروابط العقدية عبر الحدود)⁽¹⁾ .

ويبدو أن واقع العقود الدولية يؤكد الدور الاحتياطي لقانون العقد عبر العقود التي تم إبرامها والتي تؤكد هذا الدور , كما في العقد المبرم بين سيراليون وإحدى شركات تصنيع الألمنيوم

(1) عصام فرج الله محسن إبراهيم , مصدر سابق , ص 203 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 76 .

(3) الكوميكون : هو مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة في الدول الاشتراكية .

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 78 .

(1) سعد الدين أحمد , مصدر سابق , ص 82 .

السويسرية عام 1961 حيث اتفق الأطراف على أن القانون الذي يحكم العقود هو أحد القوانين النافذة في سيراليون .

إلا أن العقد ينص على أن أي خلاف بين أي من أحكام نظام التعدين أو قواعده وبين أحكام هذا الاتفاق , يتم حله بإعمال أو بإعطاء أثر لهذا الاتفاق⁽²⁾ .

وهذا يعني أنه في حالة حصول خلاف بين الأطراف بشأن تنفيذ الالتزامات التعاقدية فإن أحكام الاتفاق المبرم بين الطرفين تقدم على أحكام سيراليون .

فضلاً عن ذلك فإن معظم النظم الأساسية للشركات متعددة القوميات كعقود إنشاء الشركات متعددة الجنسيات نصت على الدور الاحتياطي للقانون الواجب التطبيق على الشركة , ومثال على ذلك المادة (2) من اتفاق إنشاء شركة (إيروكيميكا) (Eurochemic) الذي نص على أن (تخضع الشركة للاتفاق الحالي ولنظامها الأساسي , واحتياطياً لقانون الدولة التي يتمركز فيها مديروها , وفي الحدود التي لا يخرج عليه فيها كل من الاتفاق الحالي والنظام الأساسي)⁽³⁾ .

هذا ولو أمعنا النظر بصورة أكبر في واقع العقود الدولية والدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي لرأينا أن الدراسات الميدانية هي الأخرى تؤكد هذه الفكرة .

ففي دراسة ميدانية أجريت من قبل مركز (شارل دي فيشر) للقانون الدولي في بلجيكا ثبت أن (لدى رجال العمل اتجاه نحو إعطاء القانون واجب التطبيق على العقد دوراً احتياطياً بقدر الإمكان , وهذا قد أدى بهم أحياناً , منع وجود العادات المهنية الأمر الأولى أن يحددوا عقوداً تفصيلية ومستقلة عن قانون أي دولة)⁽⁴⁾ , وقد أكد القضاء هذا الدور الاحتياطي لقانون العقد .

2- موقف القضاء من الدور الاحتياطي لقانون العقد :

وجدت أحكام قضائية لفكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد في بدايات هذا القرن في الوقت الذي لم يكن مبدأ الكفاية الذاتية للعقد النموذجي الدولي قد ظهر بصورته الحديثة التي هو عليها الآن ويعزو سبب ذلك إلى أن مبدأ سلطان الإرادة يقف وراء تراجع قانون العقد إذ أن أطراف العلاقة العقدية لم يرتكزوا إلى مبدأ سلطان الإرادة لممارسة حريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بل اتخذوا من هذا المبدأ نقطة انطلاق لممارسة حريتهم في مواجهة القانون من أجل تحرير عقودهم وفك أسرها من أحكامه⁽²⁾ .

ومن الأحكام التي صدرت من قبل القضاء والتي تؤكد الدور الاحتياطي لقانون العقد نورد بعضاً منها :

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , المصدر السابق , ص 80 .

(3) سعد الدين أحمد , مصدر سابق , ص 81 .

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة , العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 82 .

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مصدر سابق , ص 383 .

أ- حكم محكمة النقض الفرنسية لسنة 1910

صدر حكم محكمة النقض الفرنسية في 2010/12/5 في القضية التي تتلخص وقائهما في أن (عقد مشاركة سفنية بين شركة الشحن الأمريكية (American Trading Company) وشركة التجهيز الكندية (كوبيك ستيمب Quebec Steamshi), إذ تضمنت المشاركة بنداً يقضي بإعفاء هذا الأخير من المسؤولية عن الأضرار البحرية, وعند التحقق من وجود بعض الخسائر في البضاعة المنقولة من ميناء الوصول (جوادلوب التابعة الفرنسية) رفعت دعوى للمطالبة بالتعويض, دفع المجهز بشرط الإعفاء من المسؤولية الوارد في مشاركة الإيجار, ورد الشاحن بأن العقد يخضع لقانون ولأنه نيويورك الذي يقدر بطلان كل إعفاء من المسؤولية وبعد أن أكدت محاكمة النقض الفرنسية مبدأ في مجال العقود الدولية مقتضاه أن العقد يخضع في شأن تكوينه أو في شروطه أو آثاره إلى القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً قررت (وحيث أن الحكم المطعون فيه قد أعلن أنه عندما أذنت شركة التجارة الأمريكية للشروط التي أعفت بمقتضاه شركة كوبيك ستيمب من نفسها من المسؤولية عن أخطاء الربان, فإنها لم تكن تجهل أن هذا الشرط كان واجب التنفيذ على الإقليم الفرنسي, حيث يعتبر الشرط مشروعاً... وحيث أنه قد تم الاتفاق بين الأطراف على أن اتفاقاتهم ستكون محكومة بقانون رقم (13) فبراير عام 1893 الصادر عن الكونكرس في الولايات المتحدة الأمريكية, فإنه ينتج من روح ونصوص الاتفاق ذاتها, ومن نيتهم المشتركة أنهم لم يقصدوا الخضوع للقانون الأمريكي, إلا بالنسبة لما لم يكونوا قد اتفقوا عليه صراحة في مشاركة الإيجار)⁽¹⁾.

فيلاحظ أن القضاء الفرنسي في الحكم أعلاه قد اعترف في عبارته الأخيرة بالدور الاحتياطي لقانون العقد.

ب- هنالك حكم آخر صدر من محكمة استئناف باريس في 19 يونيو عام 1970⁽²⁾ بعد ستون عاماً على الحكم الأول وذلك بمناسبة عقد وكالة تجارية كان قد أبرم بين شخص فرنسي مقيم في باريس وشركة هولندية (Busman's) بموجب العقد يقوم الشخص الفرنسي بتوزيع منتجات الشركة الهولندية في فرنسا, وبعد إنهاء العقد من قبل الشركة الهولندية رفع الطرف الفرنسي دعوى يطلب فيها التعويض أمام القضاء الفرنسي, فقضت محكمة استئناف باريس بـ(وحيث أنه في مثل هذا العقد يكون للأطراف رخصة الاستئناف على الاشتراطات حسب اختيارهم, وأن يرجعوا بالنسبة لما لم يقرروه صراحة إلى قانون يحدد فيه بجدية... أن يكون للقاضي أن يستنتج

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة, قانون العقد الدولي, مصدر سابق, ص 84.

(2) سعد الدين محمد, مصدر سابق, ص 85.

من وقائع وظروف القضية ومن بنود وطبيعة ومكان تنفيذ العقد , ماذا يمكن أن تكون إرادتهم حول هذه النقطة عندما لم يصرحوا بها⁽¹⁾ .

نستنتج من الحكم أعلاه أن القانون يأتي في المرتبة الثانية بعد الاتفاق حيث يطبق بصورة احتياطية في المسائل التي أغفلها الاتفاق .

هذا وعلى الرغم مما يقوم به مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي من تيسير إجراء المعاملات وحل النزاعات التي تحدث ما بين الأطراف بأنفسهم عبر بنود العقد دون الرجوع إلى القانون إلا بصفة احتياطية إلا أنها من الممكن أن تختص ببعض العقود وليس جميعها فهناك من يرى (استحالة خلق مجموعة من الاشتراطات التعاقدية التي يمكن أن تكون كافية بذاتها وتستبعد اللجوء إلى أحكام القانون)⁽²⁾ .

ونحن نرى أن العقود النموذجية هي خير وسيلة لتطوير التجارة الدولية بما توفره من حلول لكافة المشاكل أو النزاعات التي من الممكن أن تثار أثناء عملية تنفيذ العقد إذا كانت مصاغة بشكل دقيق من قبل لجان أو هيئات فنية متخصصة في هذا المجال وإذا حدث نزاع بعد ذلك فهنا يتم اللجوء إلى القانون بصورة احتياطية .

المبحث الثاني

تفسير العقود النموذجية

إن عملية تفسير العقود من قبل القضاء لا تتم في جميع الأحوال , ذلك لأن الوظيفة الأساسية للقاضي تتمثل في تطبيق القواعد القانونية على القضايا والوقائع المعروضة أمامه لكن في كثير من الحالات المعروضة على القضاء يجد القاضي نفسه أمام نصوص قانونية غير واضحة وخاصة إذا كانت هذه النصوص قد صيغت من قبل الأطراف كما هو الحال في العقد النموذجي إذا مهما بلغت الدقة في صياغة هذا النوع من العقود قد يغفل واضعوه المسائل أو المستجدات التي تحدث في المستقبل , وهذه المسائل لا تظهر إلا عند تطبيق العقد إذ يجد القاضي نفسه أمام نصوص غامضة أو متناقضة مع طبيعة العقد أو أن إرادة المتعاقدين غير واضحة وفي

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 85 , د. أحمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي الطليق , مصدر سابق , ص 386 .

(2) سعد الدين أحمد , مصدر سابق , ص 85 .

هذه الحالة يلجأ القاضي إلى قواعد التفسير التي قد يصل من خلالها إلى غايته المنشودة وهي تطبيق القانون المناسب لحكم العقد .

لذا ارتأينا في هذا المبحث أن نحاول أن نبين مفهوم التفسير في العقود النموذجية وكذلك سلطة القاضي في تفسير هذه العقود كلاً في مطلب مستقل .

المطلب الأول

مفهوم التفسير في العقود النموذجية

تتمتع العقود النموذجية بخصائص معينة تميزها عن غيرها من العقود المدنية الأخرى , فإذا كانت القواعد العامة للتفسير تطبق على مختلف العلاقات التعاقدية كالبيع والإيجار وغيرها من العقود فإن الأمر يبدو مختلفاً في العقود النموذجية ومن أجل بيان ذلك سوف نتناول أولاً تعريف التفسير وثانياً تفسير العقد النموذجي كلاً في فرع مستقل .

الفرع الأول : تعريف التفسير

يعدّ التفسير من أهم الأعمال التي يمارسها القضاء وهو عمل أساس لتطبيق القانون , سواء أكان الأمر يتعلق بتفسير القانون أم تفسير العقود فالصلة بين تفسير العقود وتطبيق القانون لا يمكن فصلهما , فالبحث في التفسير يتطلب منا بيان معناه اللغوي والاصطلاحي وكما يلي :

أولاً : التفسير لغة

التفسير هو كلمة مفردة وجمعها (تفاسير) وهي مصدر على وزن (تفعيل) وفعله الثلاثي (فَسَّرَ) بتشديد السين , فيقال فسر الشيء تفسيراً معناه البيان , فيقال فسرت الكتاب أو فسرتة تفسيراً , ويقال هو البيان والكشف والإيضاح⁽¹⁾ .

وقد وردت لفظة التفسير في القرآن الكريم كما في قوله تعالى (ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحسن تفسيراً)⁽²⁾ , وجاء في مختار الصحاح : (... ف . س . ر) البيان وبابه ضرب , والتفسير مثله , واستفسره كذا , أي سألتني أن يفسره لي⁽³⁾ .

وقد وردت لفظة التفسير في اللغة الفرنسية المأخوذ من الكلمة اللاتينية (Interpretation) بنفس المعنى المعروف في معاجم اللغة العربية وهو شرح الشيء وإظهاره وبيان معناه وحقيقته⁽⁴⁾ .

(1) ابن منظور , لسان العرب , المجلد الخامس , ج 3 , دار صادر بيروت , ص 8 .

(2) الآية (33) من سورة الفرقان .

(3) أبو بكر السواري , مختار الصحاح , دار الكتاب العربي , بيروت , ط 1 , 2002 , ص 503 .

(4) مغني بن عمار , القواعد العامة في التفسير وتطبيقاتها على منازعات العمل والضمان الاجتماعي , أطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة وهران , الجزائر , 2009 , ص 17 .

ثانياً : التفسير اصطلاحاً

تباينت الآراء حول تعريف التفسير في معناه الاصطلاحي حسب طبيعة الشيء المراد تفسيره , وأهمها :

عرف بأنه (بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم منه النص) , وعرف على أساس الباعث بأنه (وقوف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين)⁽¹⁾ . وعرف التفسير أيضاً بأنه (ما يهدف إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها)⁽²⁾ .

وقالوا في التفسير أيضاً أنه ما يوصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عن ما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة⁽³⁾ .

وتفسير العقد (هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين أو هو العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى النص من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين , مستنداً في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به)⁽⁴⁾ .

ويرى رجال القانون أنه في حالة عرض النزاع على القاضي المختص فلا بد له من أن يقوم بتحديد مدلول القاعدة القانونية التي تنطبق على الحالة المعروضة أمامه , فعملية تحديد مدلول القاعدة القانونية لبيان المعنى المراد منها هو التفسير , فالتفسير إذن هو (تحديد معنى القاعدة القانونية من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع , وإن شئت قلت أن التفسير هو الاستدلال على الحكم القانوني من نصوص التشريع)⁽¹⁾ .

وعرف أيضاً بأنه (استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين)⁽²⁾ .

(1) صالح محمد ديب , تفسير النصوص في الفقه الإسلامي , منشورات المكتب الإسلامي , المجلد الأول , 1993 , ص 107 .

(2) حاسي جهاد , الإطار التشريعي للعقود النموذجية الدولية , بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية , المجلد 7 , العدد 2 , 2020 , ص 255 .

(3) السنهوري , مصادر الحق في الفقه الإسلامي , دار الفكر للطباعة , 1054 , 58 .

(4) محمد يوسف , تفسير العقد في القانون المدني , دراسة علمية مقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الإيراني , بحث منشور في مجلة العلوم السياسية القانون , المركز الديمقراطي العربي – ألمانيا – برلين , المجلد 3 , العدد 9 , ص 237 .

(1) محمد أديب صالح , تفسير النصوص في الفقه الإسلامي , منشورات المكتب الإسلامي , سوريا , المجلد الأول , ط 4 , 1993 , ص 107 .

(2) أنس بن رشيد بن محمد المبدل , سلطة القاضي في تفسير العقد , رسالة ماجستير , المعهد العالي للقضاء , جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية , المملكة العربية السعودية , 2009 , ص 34 .

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه (تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين , مستنداً في ذلك إلى طلب العقد والعناصر الخارجة عنه المرتبطة به)⁽³⁾ .

ونحن نميل إلى التعريف الأخير كونه تعريفاً شاملاً لتفسير العقد .

الفرع الثاني : تفسير العقد النموذجي

ذهب الفقيه الفرنسي (جوسران) إلى أن المقصود بتفسير العقد هو (تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه , مستندين في ذلك إلى الهدف من عملية التفسير) , وذهب آخرون إلى أن تفسير العقد هو البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين , أي الهدف من شروطهم وتعهداتهم⁽⁴⁾ .

ومن التعريفات السابقة والتعريفات التي سبقتها نرى أن أغلب هذه التعاريف هي تعاريف فقهية , فما هو موقف التشريعات من تعريف تفسير العقد النموذجي ؟

وإذا كانت العقود النموذجية لا تعبر في بعض الأحيان عن حقيقة إرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما , فما هو دور القاضي في هكذا حالات ؟

وللإجابة على هذين السؤالين , سنحاول أن نبين موقف التشريعات من تفسير العقد النموذجي وكذلك بيان موقف القضاء في حالة عدم وضوح إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما , وذلك في الفقرتين التاليتين , حيث سنتناول في الفقرة الأولى تفسير العقد النموذجي وفقاً للتشريع وفي الفقرة الثانية , العبرة بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين وكما يلي :

أولاً : تفسير العقد النموذجي على وفق التشريع

لم يورد المشرع العراقي نصوصاً خاصة تحكم تفسير العقد النموذجي أيّاً كان نوعها وإنما وضع قواعد عامة لتفسير العقود يلجأ إليها القاضي كلما دعت الحاجة إلى ذلك , وذلك في المواد (155-167) , وهذه القواعد العامة يمكن للقاضي أن يستعين بها كلما دعت الحاجة إلى ذلك , وأهم هذه القواعد هو ما ورد في المادة (155) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل والتي نصت على (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) , فعلى القاضي أن يأخذ بالمعنى المتعارف عليه الذي يؤدي إليه اللفظ الوارد في العقد , أما إذا كان اللفظ واضحاً وصريحاً فلا يحق للقاضي في تأويله أو تفسيره إلا إذا وجد مبرراً إلى ذلك كأن يتعذر عليه الأخذ بالمعنى الحقيقي الذي يؤدي إليه اللفظ أو أن يكون المعنى الذي يؤدي إليه العقد قد ترك بدلالة العادة⁽⁴⁾ . فإرادة المتعاقدين لا يمكن الوصول إليها إلا عبر عبارات العقد ذاتها فإذا كانت عبارات

(3) د. عباس العبودي , د. كاظم حمادي يوسف , النظرية العامة للإرادة الضمنية , بحث منشور في العلوم القانونية , كلية القانون / جامعة بغداد , العدد الخامس , 2019 , ص 13 .

(4) مغني بن عمار , مصدر سابق , ص 21 .

(1) المادة (156) من القانون المدني العراقي النافذ نصت على أنه (تترك الحقيقة بدلالة العادة) .

العقد واضحة وجب الأخذ بها باعتبارها تعبيراً حقيقياً عن إرادة المتعاقدين ولا يحق للقاضي الانحراف عن هذا التعبير عن طريق التفسير أو التأويل⁽²⁾ , وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق بقرارها المرقم (11/13) لسنة 1968⁽³⁾ .

أما عن القاعدة الثانية المهمة في التفسير فهي قاعدة (يفسر الشك لمصلحة المدين) والتي وردت في المادة (166) من القانون المدني العراقي النافذ فقد ذهبت بعض التشريعات ومنها القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948⁽¹⁾ , إلى التفرقة بين تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان عن غيرها من العقود , ففي العقود بصورة عامة يفسر الشك في مصلحة المدين وهذه القاعدة تعد قاعدة عامة في تفسير العقود .

أما في عقود الإذعان , فيكون تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائناً أم مديناً , وهذه القاعدة تطبق على العقود النموذجية بمعنى آخر أن القاعدة تطبق في تفسير العقود النموذجية هي قاعدة (يفسر الشك لمصلحة الطرف المدين) , ذلك لأن العقود النموذجية ليست بعقود إذعان , وهناك قواعد عديدة للتفسير أوردها المشرع العراقي كي تسهل على القاضي عملية إزالة الغموض الوارد في بعض العقود⁽²⁾ .

أما عن موقف المشرع الفرنسي فإنه لم يضع نصوصاً خاصة تحكم تفسير العقود النموذجية أيّاً كان نوعها سواء أكانت عقود إذعان أم كانت عقود مساومة ولذلك تطبق بشأنها القواعد العامة التي تحكم تفسير العقود بشكل عام⁽³⁾ .

أما المشرع المصري فلم يضع هو الآخر نصوصاً تحكم تفسير العقود النموذجية لكنه وضع نصوصاً خاصة تحكم تفسير نصوص نوع معين من العقود والمتمثلة بعقود الإذعان , والتي لا تنطبق النصوص الخاصة إلا على تلك العقود⁽⁴⁾ .

(2) محمد يوسف , مصدر سابق , 245 .

(3) قضت محكمة تمييز العراق بقرارها المرقم (11/13) الهيئة العامة / 1968 (أن الأصل في تفسير عبارات العقد أن المعنى الواضح في اللفظ هو المعنى الحقيقي ولا يجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا تأيد من ظروف الدعوى ما يدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير وقصد معنى آخر فيجب حينئذ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين) .

(4) المادة (151) من القانون المدني المصري النافذ نصت على أن (1- يفسر الشك في مصلحة المدين 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن) .

(2) المادة (1/163) من القانون المدني العراقي النافذ نصت على أن (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً , والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص) .

(3) القاضي أسامة الدباس , تفسير العقود النموذجية , مقال منشور على الموقع الإلكتروني (www.mohamah.net) , 2016 , ص 1 .

(4) حاسي جهاد , التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية – بالتطبيق على قواعد اليونيدروا , مصدر سابق , ص 253 .

أما المشرع الجزائري فقد تناول تفسير العقد في المادتين (111-112) من القانون المدني الجزائري النافذ وقد استعمل مصطلح التأويل بدلاً من التفسير على غرار ما موجود في بعض التشريعات العربية⁽²⁾.

ثانياً : الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدین

من النظر إلى المواد (155-167) من القانون المدني العراقي النافذ يتضح أن المشرع العراقي حاول إلى حد كبير تسهيل مهمة القاضي في تفسير النصوص أو البنود الغامضة في العقد , لذا وضع ثلاثة عشر مادة قانونية يستعين بها القاضي في استجلاء النصوص الغامضة حيث أن كثير من العقود النموذجية قد لا تعبر عن إرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما لذا تقع على قاضي الموضوع مهمة البحث عن الإرادة الحقيقية لكل متعاقد دون الالتزام بالبنود المطبوعة في هذا النوع من العقود .

ونلاحظ هنا أن المشرع المصري استبدل عبارة (الإرادة الحقيقية للمتعاقدین) بعبارة النية المشتركة للمتعاقدین على عكس القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ , حيث تختلف النية المشتركة عن الإرادة الحقيقية لأن النية هي شيء كامن بالنفس أو هو شيء افتراضي قد لا يخرج إلى حيز الوجود .

أما الإرادة الحقيقية للمتعاقدین فيمكن للقاضي الكشف عنها من خلال عبارات العقد وظروفه فهي شيء ملموس .

وبناءً على ذلك يذهب الفقه الفرنسي إلى أن المادة (1156) من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ وما بعدها , ليست متعلقة بتفسير العقد وإنما بإرادة الأطراف الحقيقية , لذا فإن عمل القاضي هو تفسير الإرادة الحقيقية للطرفين المتعاقدين وليس البحث عن العدالة طلباً لسلطته في التفسير⁽²⁾ .

ويذهب الفقيه الفرنسي (سالي) إلى القول بأن (الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين , بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين , دون أن يضحى بإحدهما لمصلحة الأخرى) .

(2) انظر المادة (111) من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أن (إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين , أما إذا كان هنالك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ , مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري للمعاملات) .

(3) انظر المادة (2/149) من القانون المدني المصري النافذ والتي نصت على أن (2- أما إذا كان هنالك محل لتفسير العقد , فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ووفقاً للعرف الجاري في المعاملات) .

(1) التي نصت على أنه (يجب البحث في النية المشتركة لأطراف المتعاقدة بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات) .

(2) مغني بن عمار , مصدر سابق , ص 55 .

ويقول الأستاذ السنهوري في معرض تعليقه على رأي الفقيه سالي المذكور أعلا أن الأمر لا يعدو أن يكون هنالك مظهر خارجي للتعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين , أي أن هنالك إرادة ظاهرة مفروض عنها أن تكشف عن إرادة باطنة , فإذا كانت على غير ذلك وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهي النية المشتركة التي نبحت عنها من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير يحددها القانون⁽³⁾ .

من ما تقدم يتضح لنا أن النية المشتركة هي معيار يتسع لنوع من التفسير ذو مرونة كبيرة بحيث يلاءم جميع الحالات , فيتعين على القاضي وهو يتقصى النية المشتركة للمتعاقدين أن لا يقتصر على الوقوف على الحالة التي كان فيها أي من العاقدين , بل يجب عليه أن يأخذ المسألة برمتها بدون إغفال أي عنصر من شأنه الكشف عن النية المشتركة .

ففي العقود النموذجية إذا وجد القاضي عند النظر في النزاع المعروض أمامه أن اتجاه الإرادة يتعارض مع الشروط المطبوعة , وجب عليه تغليب إرادة الأطراف ولا رقابة لمحكمة التمييز أو النقض على ذلك وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقرارها المرقم (8204) لسنة 1975 بقولها (إذا استعمل المتعاقدان نموذجاً مطبوعاً ولكن أضيفت إليه شروطاً مكتوبة تتعارض معها , فإنه يجب تغليب الشروط المكتوبة باعتبارها تعبيراً صريحاً عن إرادة المتعاقدين)⁽⁴⁾ .

لذا نرى أن تفسير العقد النموذجي يتم من خلال الكشف عن النية الحقيقية للمتعاقدين عبر بنود العقد وطبيعته .

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تفسير العقد النموذجي

سنتناول في هذا المطلب نطاق وحدود سلطة القاضي في التفسير وأثر التفسير الموضوعي للعقد في تحقيق العدالة العقدية كلاً في فرع مستقل وكما يلي :

الفرع الأول : نطاق وحدود سلطة القاضي في التفسير

استقر القضاء الفرنسي على أن مسألة تفسير العقود النموذجية تقع في نطاق سلطة قاضي الموضوع , ولا تخضع هذه السلطة لرقابة محكمة النقض على اعتبار أن الموضوع يدخل ضمن مسائل الواقع وليس مسائل القانون , والسؤال الذي يمكننا طرحه الآن هو كيف يفسر القاضي

(3) د. السنهوري , مصادر الحق في الفقه الإسلامي , دراسة مقارنة بالفقه العربي , ط2 , منشورات الحلبي , لبنان , 1998 , ج/6 , ص10 .

(4) محمد عزمي البكري , موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد , دار محمود , المجلد الثاني , بلا سنة طبع , ص576 – هذا القرار أيضاً منشور من قبل محكمة النقض المصرية بتاريخ 2014/11/4 على الموقع الإلكتروني www.cc.gov.egLjudgment

العقد إذا كانت عبارات العقد غامضة؟ وما هي ضوابط سلطة القاضي؟ وللإجابة على هذين السؤالين سوف نتناول أولاً تفسير القاضي للعبارات الغامضة في العقد وفي الفقرة ثانياً سنتناول ضوابط سلطة القاضي في تفسير العقد وكما يلي :

أولاً : تفسير العبارات الغامضة في العقد

إذا كانت عبارات أو بنود العقد واضحة فعلى القاضي الأخذ بها ولا توجد حاجة تستدعي التفسير كما هو الحال في المادة (152) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها أنه (إذا كانت العبارة واضحة لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها) .

أما إذا احتوى العقد على عبارة غامضة أو أكثر , فإنه يجب على القاضي تفسير هذه العبارة , لكن متى تكون العبارة غامضة؟ أو ما هي الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة أو غير واضحة المعنى؟ والجواب على ذلك أن هنالك حالات عديدة نورد بعض منها⁽¹⁾ .

- 1- العبارة المبهمة : وهي العبارة التي يتعذر الكشف عن معناها ومدلولها .
- 2- التناقض في العبارات : وهو أن تحتل العبارة في العقد أكثر من معنى واحد , وتكون غير دقيقة فلا يمكن معرفة المراد منها على وجه التحديد أو أنها تتعارض مع بعض العبارات الموجودة في العقد أو تتعارض مع الأحكام الكلية للعقد .
- 3- النقص : هو أن يغفل أحد المتعاقدين أو كلاهما من إدراج تفاصيل مهمة في العقد لا يستقيم العقد بدونها .

4- الخطأ : عندما تكون عبارات العقد واضحة لكنها تؤدي إلى ما لا يبتغيه المتعاقدين , ويجزم بأن هذا المعنى لا يمثل إرادة المتعاقدين
هذه الحالات تتطلب تدخل القاضي في تفسير العقد طبقاً للقواعد المعتمدة في تفسير العقود للوصول إلى ما يبتغيه المتعاقدين .

وقد ذهبت محكمة تمييز العراق في قرارها المرقم 2557 في 1960/2/23 إلى الكشف عن إرادة المتعاقدين بعد أن كانت عبارات العقد محل النزاع غير واضحة وتحتل أكثر من معنى⁽¹⁾ ويلاحظ أن المشرع المصري حذا حذو المشرع الفرنسي في جعل مهمة تفسير العقود النموذجية من اختصاص قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها , مادام لم يخرج في تفسيره عن المعنى الذي تحتمله عبارات العقد , وعلى الرغم من أن محكمة النقض لا تراقب محكمة الموضوع عند قيامها بتفسير العقود النموذجية , ومن ثم فإنها لا تستطيع أن تعمل على توحيد

(1) أنس بن رشيد بن محمد , مصدر سابق , ص 52 .

(1) محمد يوسف , مصدر سابق , 245 .

التغيير , فإنه كلما كثر استخدام العقود النموذجية أدى ذلك إلى توحيد التفسير ذلك لأن قاضي الموضوع حينما يشرع بتفسير بنود العقد يسترشد بما جرى عليه العمل سابقاً طبقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين⁽²⁾ .

ثانياً : حدود سلطة القاضي في تفسير العقد

إن سلطة القاضي في تفسير العقد لا تقل شأنًا عن سلطاته في فسخه أو تعديله , فهو بسلطته هذه يسعى إلى إزالة ما في العقد من لبس أو غموض , وهو لا يقوم بهذه المهمة في جميع الحالات , حيث أن وظيفته الأساسية هي تطبيق القواعد القانونية على النزاع المعروض أمامه .

لذا وضع المشرع العراقي ثلاثة عشر مادة قانونية أغلبها استقاها من الشريعة الإسلامية⁽³⁾ . وذلك في المواد (155-167) فيستعين القاضي بها في تفسير العقد وإذا خالفها أو لم يلتزم بها كان معرضاً حكمه للاستئناف أو النقض إلا إذا كانت هذه القواعد لا تسعفه في التفسير⁽⁴⁾ , حينئذ يسترشد بعوامل أخرى للكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين , من طبيعة العقد أو موضوعه فإذا احتملت العبارة الواردة في العقد أكثر من معنى اختار المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد على اعتبار إن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى ترك العقد محكوماً بالقواعد التي تقتضيه طبيعته ما لم يتجها خلاف ذلك .

ف عبارات العقد يُفسر بعضها , فلا يحق للقاضي عزل العبارة الواحدة عن العبارات الأخرى , بل يجب تفسيرها جميعاً دفعة واحدة باعتبارها جزء من كل العقد⁽¹⁾ .

الفرع الثاني : أثر التفسير القضائي للعقد في تحقيق العدالة العقدية

يقوم التفسير على مبدأ جوهره البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين من أجل تحقيق التوازن العقدي وتحقيق العدالة العقدية من خلال مواجهة بعض الشروط التعسفية التي قد يضعها أحد المتعاقدين ضمن بنود العقد وكذلك لاستخدامه بعض المعايير التي من شأنها تحقيق التوازن العقدي , لذا سوف نتناول في الفقرتين الآتيتين عن دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية في الفقرة الأولى أما في الفقرة الثانية فسوف نتناول المعايير التي يلجأ إليها القاضي في تفسير العقد من أجل تحقيق العدالة العقدية وكما يلي :

أولاً : دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في العقود النموذجية

(2) حاسي جهاد , مصدر سابق , ص 258 .

(3) أنس رشيد بن محمد , مصدر سابق , ص 53 .

(4) محمد يوسف , مصدر سابق , ص 247 , مغني بن عمار , مصدر سابق , ص 82 .

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر , نظرية العقد في القوانين المدنية العربية , مطبعة دار الكتب العلمية , بلا سنة طبع , ص 549 .

يعد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين تطبيقاً عاماً لمبدأ سلطان الإرادة واحترام الحرية التعاقدية , لذا لا يحق للقاضي تفسير العقد إذا كانت عباراته واضحة وصريحة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة .

إذ لا يجوز الانحراف عن عبارات العقد الواضحة عن طريق التفسير من أجل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين⁽²⁾ , فلا يحق له التدخل في تفسير مضمون العقد إلا إذا كانت عباراته غير واضحة , أو أن يكون هنالك شرطاً غامضاً , إذ لا يحق للقاضي تعطيل تطبيق أي شرط من الشروط التي يتضمنها العقد بحجة تحقيق العدالة أو تحقيق التوازن في الالتزامات , إلا في بعض الحالات التي سمح له القانون بذلك كما في حالة إلغاء أو تعديل بعض الشروط , أو كما ورد في المادة (1/117) من التقنين المدني الفرنسي والتي نصت على أن (أي شرط في عقد نموذجي ينشئ عدم توازن بين حقوق والتزامات الأطراف يعد كأنه غير مكتوب)⁽¹⁾ .

وتشير المادة (1162) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾ , إلى أن سلطة القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين هي سلطة محدودة , حتى لو تأكد القاضي من عدم تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة بهدف احترام إرادة المتعاقدين , ويمتنع عن كل ما من شأنه تغيير ما تم الاتفاق عليه , ذلك لأن سلطة القاضي مقصورة بالبحث عن إرادة الأطراف في حالة الشك وفي الحالات التي لا تتضح فيها إرادة المتعاقدين بشكل جلي من نصوص العقد⁽³⁾ .

ثانياً : معايير تحقيق العدالة العقدية

ذكرنا سابقاً من أن التفسير يقوم على مبدأ جوهرية وهو البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين , وهناك معايير يأخذ بها القاضي من أجل تحقيق العدالة العقدية بين الطرفين المتعاقدين وهذه المعايير تتمثل بالغاية من التعاقد , وتحقيق التوازن , والمنفعة التي يحققها الأطراف , وكل منفعة عامة أو اجتماعية⁽⁴⁾ .

ويقول الفقيه (Gony) في نظريته في تفسير العقد أن هنالك ثلاثة أسس يجب الاعتماد عليها : أولهما مبدأ سلطان الإرادة وهو أساس عملية التفسير في حالة عدم وضوح النية المشتركة

(2) المادة (150) من القانون المدني المصري النافذ .

(1) جان سمتش , كارولان كالد , الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القاضي المدني الفرنسي , ترجمة د. نبيل مهدي زوين , منشور في مجلة الأبحاث القانونية المعممة , مركز جيل البحث العلمي , العدد 20 , ص 117 .

(2) تنص المادة (1162) من القانون المدني الفرنسي على أن (في حالة الشك يراعي في تفسير الاتفاق , المتعاقد الملقي على عاتقه الالتزام) . ونفس الحكم نجده في المادة (166) من القانون المدني العراقي والمادة (151) من القانون المدني المصري .

(3) د. نافع عبد العزيز رضا , مصدر سابق , ص 291 .

(4) زحام جمعة , العدالة العقدية في القانون الجزائري , أطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , 2014 , ص 381 .

ويذهب أيضاً إلى وجوب إضافة عناصر قانونية , موضوعية اقتصادية نفسية أخلاقية إلى هذه الإرادة مما يضيف على مبدأ سلطان الإرادة الصفة الاجتماعية , لاسيما العرف وحسن النية .
وثانيهما هو الموازنة بين مصالح الأطراف المتعاقدة على معطيات العقد , ثالثهما هو النظام العام الذي يقيد الإرادة بالقواعد الآمرة . إن تبني المعايير الموضوعية من قبل القاضي من شأنها تحقيق العدالة في العقد وتفسيره طبقاً للأمانة ومقتضيات العدالة والثقة المتبادلة والعرف الجاري في المعاملات⁽¹⁾ , وهناك منهجان في التفسير يمكن للقاضي أن يستعين بهما في تفسير العقد , الأول يتمثل بالتعريف بالمنهج الذاتي , إذ يحكم القاضي في التفسير وفقاً لإرادة الأطراف والثاني يتزعمه الفقيه (ساليليس) ويقوم على وجوب خضوع القاضي اعتبارات القانون والعرف وقواعد الإنصاف لأنه لا يمكن الالتزام بمنهج واحد في الكشف عن إرادة أطراف العقد⁽²⁾ .
وهنا يمكن القول أن عقود التجارة الدولية النموذجية هي عقود حديثة العهد نسبياً , لذا فإن التنظيم القانوني لها يكاد يكون محدوداً فمعظم الدول تطبق بشأنها القواعد العامة في العقود إذا لم يتم ذكر القانون المختص بحكمها في بنود العقد أو لم يتفق المتعاقدان على ذلك .
أما إذا تم الاتفاق من قبل الأطراف على إدراج القانون الذي يحكم هذا العقد ضمن بنود العقد فهنا سوف تحكم هذه العقود نفسها بنفسها طبقاً لمبدأ الكفاية الذاتية , حيث أن اتفاق الأطراف على شرط الاختصاص التشريعي هو أمر في غاية الأهمية في هذا النوع من العقود لما لها من أهمية اقتصادية كبيرة خاصة بعد انتشار هذه العقود لتشتمل عقود النفط والغاز وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها الكثير من العقود كذلك فإن معظم الدول وخاصة النامية وضعت تسهيلات كبيرة للمستثمرين ضمن قوانين الاستثمار بغية جلب الاستثمارات الأجنبية وتوفير البيئة القانونية التي تحميهم من تشريعات الدولة والقواعد الآمرة , فذهبت معظم التشريعات إلى حل النزاعات التي تحدث في هذه العقود إلى القانون المدرج ضمن بنود العقد ربما لكونه القانون الأمثل للمستثمر خاصة إذا ما علمنا أن شركات الاستثمار هي التي تختار القانون الذي يحكم عقدهم الدولي بما يتناغم مع مصالحهم .

(1) حاسي جهاد , الإطار التشريعي للعقود النموذجية , مصدر سابق , ص 259 .
(2) حاسي جهاد , التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية بالتطبيق على قواعد النيديروا , مصدر سابق , ص 254 .

الباب الثاني

تنازع الاختصاص القضائي على العقود النموذجية

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص أنه لا يوجد تلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي ذلك لأن القاضي الوطني قد يختص بالنظر في النزاع لتوافر أحد المعايير الموجودة أو المنصوص عليها في قانون دولته ومع ذلك فقد يطبق قانون دولة أجنبية على النزاع المعروض أمامه في الحالة التي تشير قواعد تنازع القوانين الوطنية بإسناد العلاقة المعروضة أمامه لقانون دولة أجنبية ، ومن ناحية أخرى قد يطبق القانون الوطني لدولة ما رغم أن محاكمها لا تختص بالنظر في النزاع بل أن الاختصاص لمحكمة دولة أخرى لأن قواعد إسنادها تشير بتطبيق قانون الدولة المشار إليها . لكن حالة عدم التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي ليست مطلقة ، بل من الممكن أن يحدث هذا التلازم في بعض الأحيان في الحالة التي تختص المحاكم الوطنية بالنظر بالنزاع ويكون القانون الواجب التطبيق هو قانون وطني . إن عدم التلازم هذا يرجع إلى وجود عنصر أجنبي وأن الأمر يتعلق بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة .

إن ازدياد وانتشار عقود التجارة الدولية في الوقت الحاضر أدى إلى اعتراف المحاكم بأحكام صادرة من محكمين أو هيئات دولية إذا كانت دولة هذه المحاكم قد وقعت على الاعتراف وتنفيذ أحكام صادرة من دولة أخرى . إذ أن معظم النزاعات التي تحدث في العقود النموذجية لا تحل من القضاء مباشرة إنما أما عن طريق وسائل ودية كالوساطة أو التوفيق أو عن طريق أحكام المحكمين .

لذا ارتأينا أن نتناول في هذا الباب وتحت عنوان [**تنازع الاختصاص القضائي على العقد النموذجي**] ماهية الاختصاص القضائي الدولي وأنواعه وكذلك طرق تسوية منازعات عقود التجارة الدولية النموذجية عبر الوسائل الودية والوسائل القضائية وسوف نحاول أن نبين ماهية الاختصاص القضائي والوسائل الودية في حل منازعات عقود التجارة النموذجية في فصل أول أما في الفصل الثاني فسنتناول التحكيم كطريق قضائي مختص في حل منازعات عقود التجارة النموذجية الدولية وكما يلي :

الفصل الأول

الاختصاص القضائي الدولي والوسائل الودية

لحل المنازعات في عقود التجارة النموذجية

يعد موضوع تنازع القوانين من أهم مواضع القانون الدولي الخاص أما المواضع الأخرى الملحقة به ومكملة له وبعد تحديد اختصاص المحكمة التي تنظر بالنزاع في العلاقة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي عليه بالاختصاص القضائي الدولي المرحلة الأولى في عملية تنازع القوانين ولها الاثر الفاعل في مراحل هذه العملية وإذ كنا بصدد الحديث عن الاختصاص القضائي الدولي لا بد لنا من أن نبين الوسائل الودية على مثل هذه المنازعات .

لذا سوف نتناول في المبحث الأول تنازع الاختصاص القضائي الدولي وفي المبحث الثاني سنتناول الوسائل الودية لحل النزاعات في العقود النموذجية للتجارة الدولية وكما يلي :

المبحث الأول

تنازع الاختصاص القضائي الدولي

تثار تحت هذا العنوان عدة تساؤلات منها ما هو المقصود بالعقد الدولي وما هي طبيعته القانونية وما هي أنواعه ؟

لذا تقتضي الإجابة عن هذه التساؤلات تناولها في مطلبين نتناول في المطلب الأول ماهية الاختصاص القضائي الدولي وطبيعته القانونية وفي المطلب الثاني سنبين اختصاص القضاء الوطني في تسوية عقود منازعات التجارة النموذجية الدولية وكما يلي :

المطلب الأول

ماهية الاختصاص القضائي الدولي وطبيعته القانونية

يشمل مفهوم الاختصاص القضائي الدولي مجموعة التعاريف ويقتضي أن نبين ما المقصود بهذا الاصطلاح وكذلك بيان طبيعته القانونية كلاً في فرع مستقل .

الفرع الأول : ماهية الاختصاص القضائي الدولي

قد يبدو للبعض أن هنالك تطابقاً بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع القوانين لذا سوف نحاول تعريف الاختصاص القضائي الدولي لكي نستطيع أن نميز بينه وبين قواعد تنازع القوانين وكما يلي :

أولاً : تعريف الاختصاص القضائي الدولي

اختلف الفقهاء في تعريف تنازع الاختصاص القضائي . فقد ذهب البعض إلى أنه تنازع جهات القضاء تماثياً مع آراء الفقه الفرنسي التقليدي والحديث ، في حين أطلق عليه الفقه المصري مصطلح تنازع الاختصاص القضائي الدولي ومعظم الدول العربية . في حين أطلق عليه المشرع الإماراتي الإجراءات المدنية والتجارية الدولية⁽¹⁾ .

وقد عرف بأنه (مجموعة القواعد القانونية التي يتحدد بموجبها اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً في مواجهة غيرها من محاكم الدول الأخرى)⁽²⁾ .

يستفاد من هذا التعريف أن هذه القواعد هي من صنع المشرع الوطني وتتطلب وجود محكمة ذات ولاية . وقد أطلق المشرع العراقي في المواد من (14 – 33) من القانون المدني النافذ باصطلاح (التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي) . أما المشرع المصري فقد تناول مسألة تنازع الاختصاص القضائي الدولي في المواد من (28 – 35) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968 .

ويذهب أستاذنا الدكتور عباس العبودي إلى القول بأن اصطلاح (الاختصاص القضائي الدولي) هو الاصطلاح الشائع لدى معظم الفقه ، حيث أن الخلاف حول التسمية هو خلاف لفظي لا غير .

(1) وفاء فلحوط ، تنازع الاختصاص القضائي ، منشورات جامعة دمشق ، ط1 ، 2011 ، ص25 ، منشور على الموقع الإلكتروني : www.m.facebook.com ، 2020 .
(2) أ.د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص260 .

وتعد قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية فكل دولة هي التي تحدد مدى اختصاص محاكمها بنظر المنازعات ذات العلاقات الدولية ولا يحق لها أن تقوم بتحديد هذا الاختصاص لدولة أخرى⁽³⁾ .

ثانياً : التمييز بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع القوانين

على الرغم من أن هنالك تشابهاً كبيراً بينهما لكن هنالك اختلافات أيضاً تفرقهما عن بعض . لذا سوف نحاول أن نبين أوجه الشبه ثم أوجه الاختلاف وكما يلي :

1- أوجه الشبه

تتشابه قواعد الاختصاص القضائي الدولي مع قواعد تنازع القوانين من حيث الأوجه التالية :

أ- من حيث الغاية

إن أما قواعد الاختصاص القضائي فهي تسعى إلى حل , وقواعد تنازع القوانين تسعى إلى حل مشكلة التزاحم التي تظهر في حالة تنازع القوانين بين دول مختلفة ، تنازع الاختصاص بين محاكم الدول التي ترى كل منها أنها صاحبة الاختصاص بالفصل في المنازعة ذات العنصر الأجنبي . فقواعد التنازع لا يقتصر استخدامها في نطاق تنازع القوانين وإنما أيضاً في الاختصاص القضائي الدولي⁽¹⁾ .

ب- من حيث المصدر

إن كل من قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد وطنية⁽²⁾ . فقواعد تنازع القوانين حددها المشرع العراقي بالمواد (17 – 33) من القانون المدني العراقي ، وأما قواعد الاختصاص القضائي الدولي فقد تناولها في المواد (14 ، 15) من القانون المدني ، فكلاهما من صنع المشرع الوطني .

ج- من حيث عناصرهما

(3) د. عبد الرسول أبو اصبيح ، اثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين ، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 1/ ، العدد 1 ، 2009 ، ص164 .

(1) د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص266 .

(2) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و محمد جلال حسن و د. عبد الله فاضل ميران ، مصدر سابق ، ص235 .

تحتوي القاعدة القانونية في كل من قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع القوانين على ثلاثة عناصر هي (الفكرة المسندة ، ضابط الإسناد ، القانون الواجب التطبيق) . فالفكرة المسندة هي العنصر الأول في كل من قاعدة الاختصاص القضائي الدولي وقاعدة تنازع القوانين ومن أمثلتها الأهلية والزواج . أما ضابط الإسناد فهو الآخر المكون لقاعدة الإسناد سواءً تعلق الأمر بالقوانين أم بالاختصاص القضائي وتمثل ضوابط الإسناد بـ (الجنسية والموطن ومحل الإبرام ...) .

أما القانون الواجب التطبيق بالنسبة لقاعدة التنازع فهو يمثل الأساس في تطبيق هذه القواعد ، وأما بالنسبة لقاعدة الاختصاص القضائي فهي المحكمة⁽¹⁾ .

2- أوجه الاختلاف

تعد قواعد الإسناد الوسيلة الفنية الأولى التي بموجبها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وهناك عدة مواد قانونية في القانون المدني العراقي تؤكد ذلك منها على سبيل المثال المادة (21) من هذا القانون⁽²⁾ . كذلك المادة (16) من القانون المدني المصري⁽³⁾ ، وهذا يدل على أن قواعد تنازع القوانين هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق . أما قواعد الاختصاص القضائي الدولي فهي قواعد موضوعية تحدد بصورة مباشرة المحكمة المختصة بنظر المنازعات الدولية الخاصة . وقد تسمح بوجود أكثر من محكمة ذلك لأن هدفها هو إتاحة السبل أمام المتخاصمين لرفع الدعوى أمام أكثر من محكمة⁽⁴⁾ .

ب- من حيث الطابع المميز لكل منهما

يرى جانب من الفقه أن قواعد تنازع القوانين تنتم بطابع قانوني بحت لا تؤثر فيه جنسية أطراف العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي . فمهمة هذه القواعد تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية . أما قواعد الاختصاص القضائي الدولي فغالباً ما تتصف بطابع سياسي ، إذ تعد الجنسية الوطنية سواء أكانت للمدعي أو للمدعى عليه عاملاً مؤثراً في تحديد حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية⁽¹⁾ .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي

(1) د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 267 .

(2) المادة (26) (الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها) .

(3) المادة (16) من القانون المدني المصري نصت على (يسري على المسائل الموضوعية لحماية المحجوزين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته) .

(4) د. أشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص 588 .

(1) د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 269 .

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي فذهب البعض إلى أنها قواعد قانونية ملزمة في حين ذهب فريق آخر إلى أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد وطنية وكما يلي :

أولاً : قواعد قانونية ملزمة تتعلق بالنظام العام

من المعروف أن تحديد حالات اختصاص محاكم دولة معينة بالنزاع ذات العنصر الأجنبي والمعروض أمامها النزاع يتم وفق قواعد الاختصاص القضائي في هذه الدولة ، أي أن المشرع هو الذي يضع ضوابط اختصاص المحاكم الوطنية وبذلك فإنه هو الذي يرسم حدود سلطة هذه المحاكم بالنظر في المنازعات المعروضة أمامه(2) .

وإن الاختصاص القضائي يرتبط تماماً مع سيادة الدولة ، وهذا الاختصاص يتوقف تحديده على ارتباط عناصر العلاقة القانونية بتلك الدولة عبر السلطة القضائية وعن طريق أحكام تصدرها باسمها(4) . لذا فإن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد قانونية ملزمة لتعلقها بالنظام العام .

ثانياً : قواعد قانونية وطنية لا تتعلق بالنظام العام

تتفرد كل دولة بوضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها في المنازعات التي يشوبها عنصر أجنبي . من أجل تحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية فهي تحمي حقوق الأفراد وإن تم ذلك على المستوى الدولي ، وهذا هو ما سار عليه فقهاء البلاد الانجلو أمريكية والقارة الأوربية(2) .

وقد أكد المشرع التونسي على أن الاختصاص القضائي الدولي لا يتعلق بالنظام العام . إذ إنه أوجب على الخصوم بأن يدفعوا بعدم الاختصاص القضائي الدولي في أول جلسة(3) .
ويترتب على وطنية قواعد تنازع القوانين وعدم تعلقها بالنظام العام أن التكييفات الأساسية لتفعيل هذه القواعد تخضع للقانون الوطني . وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بقوله إذا كانت قواعد الاختصاص القضائي في الجزائر قد عقدت لولاية المحاكم الجزائرية عندما يكون المدعى عليه من الجزائر . فإن تحديد مفهوم الموطن يكون طبقاً للقانون الجزائري(4) .

(2) د. عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص 264 .

(1) البشير أوير ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة العربي بن مهيدي ، الجزائر ، 2017 ، ص 12 .

(2) وفاء فلحوط ، مصدر سابق .

(3) صالح جاد العنزلادي ، الاختصاص القضائي الدولي الخاص بالمنازعات الدولية الخاصة والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية ، دار الطباعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 7 . .

(4) البشير أوير ، مصدر سابق ، ص 13 .

ولم يبين المشرع العراقي مدى تعلق الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام ، إلا أن الأصل الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية لا يعد من النظام العام كون هذه القواعد هي قواعد وطنية تتعلق بمصالح الأفراد⁽⁵⁾ ونرى صحة هذا الرأي .

المطلب الثاني

اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية

تتجه أحياناً إرادة المتعاقدين في حالة إثارة النزاع بينهما نتيجة إخلال أحد الطرفين بالتزامه في العلاقة العقدية نحو اختيار أحد الطرق لحل المنازعة الحاصلة بينهم . وفي أحياناً كثيرة يرفض الأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني⁽¹⁾ . ويعود السبب في ذلك حسب رأينا إلى التخوف من تمسك الدولة بحصانتها أو التعصب للطرف الذي يحمل جنسيتها وخاصة عند إعمال فكرة السيادة أو الجنسية لأحد الأطراف المتعاقدة في العقد الدولي . وخاصة إذا كانت الدولة هي الجهة أو الطرف الثاني في العلاقة العقدية وخاصة في عقود الاستثمار التي تتم على أراضيها . فيصعب في هذه الحالة رفع دعوى قضائية ضدها . كونها تحتج بالحصانة ، لذا فإنه يكاد يكون هنالك إجماع على عدم إخضاع منازعات التجارة الدولية إلى القضاء الوطني إذا كان الأفراد يتمتعون في حرية في ذلك أثناء إبرام العقد . ففي العقود النموذجية التجارية الدولية يلجأ الأطراف إلى اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم في لحظة إبرام العقد تجنباً لهيمنة وسطوة قضاء الدولة . لذا سوف نحاول أن نبحث في هذا المطلب مضمون اختصاص القضاء الوطني في تسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية وما هو القانون المختص عند طرح النزاع أمام القضاء الوطني ثم نتناول تقدير اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات التجارة الدولية كلاً في فقرة مستقلة .

أولاً : مضمون اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية

بعد إثارة النزاع بين أطراف العلاقة العقدية في ميدان التجارة الدولية . واتفق الأطراف إلى إحالة هذا النزاع إلى القضاء الوطني ، فيتم إعمال النظام القضائي لهذا البلد على موضوع النزاع . واللجوء إلى القضاء من قبل المتعاقدين يقود إلى تحديد المحكمة المختصة للنظر بالنزاع والخضوع إلى الإجراءات القضائية التي تتبعها⁽¹⁾ . وفي هذه الحالة نكون أمام حالتين الحالة

(5) د. هشام خالد ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 1025 .

(1) جاكيت مان ميشيل ، القانون التجاري الدولي ، باريس ، 2007 ، ص 289 .

(1) موكه عبد الكريم ، منازعات عقود التجارة الدولية ، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال ، الجزائر ، المجلد /6 ، العدد /4 ، 2021 ، ص 449 .

الأول أمام اشتراط منح الاختصاص القضائي للقضاء الوطني لأحد المتعاقدين أو قضاء وطني أجنبي عن المتعاقدين ، وسوف نحاول أن نبين كلاً منهما وكما يلي :

1- اختصاص القضائي لأحد المتعاقدين

يعتبر اشتراط أحد المتعاقدين ومنحه الاختصاص للقضاء الوطني في تسوية المنازعات من الحلول الكثيرة في ميدان التجارة الدولية ذلك لأن أكثر الإشكاليات في تنفيذ العقد لها علاقة بمحل الالتزام لأحد العاقدين , لذلك فإن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد يكون القانون المختار من قبل أحد المتعاقدين إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في المادة (25) منه⁽²⁾ ، وكذلك المشرع المصري في المادة (1/19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .

لذا يجب على أطراف النزاع التعرف على الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المحكمة التي قد لا توجد فيها الضمانات الضرورية⁽³⁾ .

كذلك فإن صدور الحكم من المحكمة المختصة في دولة أحد المتعاقدين قد يجعل المحكوم له صعوبة في تنفيذ الحكم ، ما لم يكن هنالك اتفاقية دولية بين دولتي الأطراف المتعاقدة تقضي بوجود تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم إحدى الدولتين في الدولة الأخرى⁽⁴⁾ . وقبل لجوء الأطراف إلى القضاء وجب عليهم أن يعرفوا أولاً ما إذا كان الحكم ممكن التنفيذ من قبل قضاء هذه الدولة أم لا ، اعتماداً على جنسيتهم أو مركز أموالهم حتى تسهل عملية التنفيذ عليها . ولا بد أيضاً من وجود اتفاقية لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية والاعتراف بها من قبل الدولتين⁽¹⁾ . وقد نظم المشرع العراقي في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة 1928 المعدل بعض شروط التنفيذ المتعلقة بصلاحيات المحكمة الأجنبية من الناحية الدولية للنظر في الدعوى وذلك في المادة (7) من هذا القانون .

(2) المادة (1/25) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطنها . فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) .

(3) د. جواد محمد علي ، العقود الدولية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1997 ، ص 196 .
(4) هنالك العديد من الاتفاقيات التجارية بين العراق ودول أجنبية ومن بينها اتفاقية التعاون الاقتصادي بين العراق والسنغال لسنة 1981 ، واتفاقية التعاون الاقتصادي والتجاري بين العراق وتنزانيا عام 1974 ، واتفاقية التعاون الاقتصادي والتجاري بين العراق وموزنبيق عام 1974 ، واتفاقية التعاون التجاري مع دولة أوغنده عام 1975 ، واتفاقية التعاون التجاري مع مدغشقر عام 1997 (...)

(1) صالح بن عبد بن عطف العوفي ، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية ، ط1 ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، السعودية ، 1998 ، ص 449 .

وهناك اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1983 ، واتفاقية التعاون القضائي بين العراق ومصر عام 1964 ، وهناك اتفاقيات ثنائية يصعب تطبيقها لتأثرها بالعامل السياسي⁽²⁾ . وإلى جانب ذلك فإنه قد يستنتج من مضمون العقد بأن القضاء الوطني لأحد المتعاقدين هو القضاء المختص للفصل في النزاع إذا لم يشر العقد إلى اللجوء إلى التحكيم . ومن ثم فإن عدم تضمين العقد شرط التحكيم فإنه يجعل من القضاء الوطني هو المختص . وهنا تظهر إشكالية تحديد المحكمة المختصة نوعياً وإقليمياً أو ما يسمى بالاختصاص المحلي . ذلك يؤدي إلى حالة من الشك لدى المتعاقدين حول فعالية النظام القضائي في تلك الدولة . وهذا يعد أمراً طبيعياً في نطاق العقود الدولية إذ إن كل دولة لها اختصاصها ونظامها وبذلك تتعدد الحلول وتختلف من دولة إلى أخرى وهذا يجعل الطرف الأكثر مهارة أن يلتمس الاختصاص عند المحكمة الوطنية التي تقضي له بحكم يكون أكثر تماشياً مع مصالحه . وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة (32) من قانون المرافعات والتي نصت على أن (تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً)⁽¹⁾ .

2- اختصاص قضاء أجنبي عن كلا المتعاقدين

قد يعهد كلا المتعاقدين إلى إحالة النزاع أمام أحد الهيئات الأجنبية إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية واختاراً هذه الهيئة القضائية كجهة قضائية للفصل في النزاع فإن قضاء هذه الجهة هو صاحب الاختصاص . ونتيجة لذلك سوف يخضع النزاع إلى الإجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني لتلك الدولة⁽²⁾ . وقد نظم المشرع العراقي الخضوع الاختياري في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة 1928 وفي كل الأحوال فإن المتنازعين لا يختارون نظاماً قضائياً لدولة يصعب تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكمها في دول أخرى . فضلاً عن ذلك فإن المتعاقدان وخاصة في عقود التجارة الدولية النموذجية يسعون دائماً إلى تحديد القانون الواجب التطبيق ضمن بنود العقد .

ثانياً : القانون المختص عند طرح النزاع أمام القضاء الوطني

ما دامت الإشكاليات والخلافات تدخل في إطار الالتزامات المترتبة على طرفي العقد التجاري الدولي وبالتالي فإنه في حالة وجود نزاع حول العقد وجب إخضاع هذا النزاع إلى القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية . وعلى هذا الأساس هنالك اختلافات في القوانين بين

(2) المادة (11) من تقرير لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة في دورتها (61) نصت على أن (... لا يعود جائز أن تنهي معاهدة أو تنسحب منها أو تعلق نفاذها نتيجة لنزاع مسلح : 1- إذا وافقت صراحة على أن تظل المعاهدة نافذة المفعول ...).

(1) د. أشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص 672 .

(2) أ.د. عبد الرسول الأسدي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار السنهوري ، بيروت ، 2017 ، ص 406 .

الدول المختلفة . والحل لإزالة هذه الاختلافات هو إعمال قواعد الإسناد الخاصة بكل منها لإيجاد القانون الذي يطبق على العقد⁽³⁾ .

وقد يعمد الأطراف إلى تضمين العقد القانون المختص في حكم النزاع . وقد لا يتم ذكر القانون الواجب التطبيق لهذا العقد ضمن بنود العقد . فما هو القانون الذي سيطبق في هذه الحالة ؟ للإجابة على ذلك سوف نتعرض لبيان القانون الذي اختاره المتعاقدان لحكم عقدهم الدولي والمعني بقانون الإرادة وكذلك كيفية معرفة القانون المختص في حالة غياب إرادة الطرفين في تحديد القانون المختص وكما يلي :

1- تطبيق قانون الإرادة

في كثير من العقود الدولية يعمد المتعاقدان إلى إدراج القانون المختص بحكم العقد الدولي الذي يحكم نزاعاتهم ضمن بنود العقد . ومضمون هذا القانون إن إرادة الأطراف حرة في اختيار القانون الذي يحكم العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ولا تحد هذه الإرادة أية قيود إلا المتعلقة منها بالنظام العام . وقد أخذ القانون العراقي بهذا المبدأ شأنه في ذلك شأن معظم الدول العربية سواءً أكان هذا القانون أشار إليه المتعاقدان بصورة صريحة أم ضمنية . طبقاً للمادة (25) من القانون المدني العراقي . والاختيار الصريح للقانون يعني أن تتجه الإرادة إلى اختيار قانون بحد ذاته كالقانون العراقي أو الأردني⁽¹⁾ .

وهذا الاختيار لهذا القانون يستجيب لحركة رؤوس الأموال وسرعة المبادلات التجارية في ميدان العقود الدولية . حين يختارون القانون الملائم من بين القوانين ويعرفون القواعد القانونية التي ستطبق على عقدهم الدولي⁽²⁾ .

2- غياب تحديد القانون المختص بحكم العقد

في الحالة التي يغفل المتعاقدان على تحديد القانون المختص بحكم العقد بشكل صريح على القاضي استجلاء إرادة المتعاقدين عبر البحث عن النية المشتركة لهما عبر الوقائع المتعلقة بالعقد كبلد إبرام العقد واللغة المستخدمة بالعقد ومكان النشاط التجاري الذي أبرم العقد من أجله⁽¹⁾ . وقد جاء في المادة (1/21) من اتفاقية التحكيم العربية المبرمة في عمان سنة 1987 ما يلي (تقوم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع طبقاً لنصوص العقد ووفقاً لنصوص القانون الذي اتفق الأطراف

(3) تناول المشرع العراقي قواعد الإسناد في المواد من (18 – 33) من القانون المدني العراقي النافذ .

(1) د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 184 .

(2) غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي ، مصدر سابق ، ص 151 .

(1) د. هشام أحمد محمود ، مصدر سابق ، ص 377 .

على اختياره صراحة أو ضمناً⁽²⁾ . وقد أيدت اتفاقية روما الخاصة بالالتزامات التعاقدية في المادة (3/1) والتي أكدت الأخذ بالإرادة الضمنية .

من ما تقدم نستنتج أن أغلب عقود التجارة الدولية وخاصة في هذا الوقت الذي تتزايد فيه بشكل كبير نتيجة لحركة رؤوس الأموال نحو الاستثمار والمشاريع العملاقة كالاستثمار في ميدان النفط والغاز وفي قطاعات البناء اتجهت إلى تيسير إجراءات التعاقد والاختصار في وقت المفاوضات بشأن إبرام العقود في صيغة جاهزة تتضمن كافة المسائل الجوهرية ومن بينها تحديد القانون المختص بحكم النزاع وكذلك الجهة التحكيمية التي تنظر بموضوع النزاع وتحاول حل النزاعات ببسر وسهولة مبتعدة عن القضاء الوطني الذي قد تطول إجراءاته أو تقصر وقد يحتج بمبدأ الحصانة وسيادة الدولة ، لذا يتجه المتعاقدون إلى حل النزاعات التي تحصل بشأن العقود إلى طرق ودية كالوساطة والتوفيق وطرق قضائية كالتحكيم والتي سنحاول أن نبينها في المبحث القادم حيث نخصه لطرق تسوية منازعات العقود التجارية الدولية النموذجية عن طريق الوساطة والتوفيق في حين نخصص للتحكيم فصلاً كاملاً للأهمية الكبيرة التي يحظى بها في مجال التجارة الدولية .

(2) د. أشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص 509 .

المبحث الثاني

وسائل حل نزاعات العقود النموذجية للتجارية الدولية

هنالك طرق كثيرة لحل منازعات التجارة الدولية بالطرق السلمية وغير السلمية , لكننا حينما نتناول عقود التجارة النموذجية الدولية فإن أكثر الطرق شيوعاً في حل النزاعات هي اللجوء إلى التوفيق والوساطة كطرق سلمية , ويلجأ أطراف النزاع إلى مثل هذه الطرق الودية غير القضائية من خلال النص عليها ضمن بنود العقد ولأهمية التحكيم في حل منازعات التجارة الدولية فإننا سوف نفردها فصلاً كاملاً لبيان ماهيته وما يتعلق به من أحكام في ميدان التجارة الدولية , أما في هذا المبحث فسنتناول التوفيق والوساطة كطرق لحل منازعات التجارة الدولية وسنتناول التوفيق في المطلب الأول أما الوساطة فسنتناولها في المطلب الثاني وكما يلي :

المطلب الأول

التوفيق التجاري

لغرض بيان التوفيق التجاري سوف نتناوله في فرعين نتناول في الفرع الأول ماهيته ومميزاته وخصائصه , وفي الفرع الثاني سوف نتناول أشكاله والتزامات وحقوق الموفق وإجراءات التوفيق وانتهائه وكما يلي:-

الفرع الأول : ماهية التوفيق

تتسم الوسائل الحديثة في تسوية منازعات عقود التجارة النموذجية الدولية ومنها التوفيق بمميزات وخصائص عدة جعلتها في مقدمة الطرق البديلة يلجأ إليها أصحاب العلاقة العقدية في العقود التجارية النموذجية عند إبرام العقد أو عند حدوث نزاع ما , لذا سوف نحاول أن نبين التعريف بالتوفيق وخصائصه ومميزاته كلاً في فقرة مستقلة وكما يلي :

للتعرف على ماهية التوفيق سننطلق إلى تعريفه وخصائصه ومميزاته وكما يلي :

أولاً :- التعريف بالتوفيق

على الرغم من أن هنالك الكثير من الاتفاقيات الدولية التي تناولت التوفيق كوسيلة لحل منازعات عقود التجارة النموذجية الدولية إلا أنها لم تضع تعريف محدد لها إلا أن الفقه وضع له تعاريف متعددة كلاً من وجهة نظره وحسب ما إذا كان رضائياً أم قضائياً لذا سوف نحاول في هذه الفقرة التعريف بالتوفيق وأنواعه وكما يلي :

1. تعريف التوفيق وأنواعه

عرف الفقه بتعاريف متعددة من قبل الفقهاء والمشرعين الغاية أو المصلحة التي يحققها أو الجهة التي تقوم به لذا سوف نبين في تعريفه وأنواعه كما سنتناول في هذه الفقرة تعريف التوفيق ثم نبين أنواعه وكما يلي:-

أ. تعريف التوفيق

عرف الفقه التوفيق بأنه (نوع من أنواع الوسائل البديلة لحسم المنازعات التجارية يتم بواسطة شخص ثالث حيادي ونزيه , يحاول أن يقرب أطراف النزاع)⁽¹⁾ .

وعرف أيضاً بأنه (وسيلة لتسوية المنازعات الاستثمارية يلجأ بموجبها طرفا النزاع إلى هيئة محايدة تتولى تحديد الوقائع واقتراح أسس لتسوية النزاع يمكن أن يرضاها الطرفان)⁽²⁾ .

(1) علاء أبارين , الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية , دراسة مقارنة , منشورات الحلبي الحقوقية , 2008 , ص69 .

وقد ورد تعريفه في قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر لسنة 2002 بأنه ((أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو تعبیر آخر ذي مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل لتسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية , أو علاقة قانونية أو المتصل بتلك العلاقة , ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين)) , ويهدف التوفيق لتحقيق الصلح بين الطرفين المتخاصمين , ويطلق على الشخص الذي يقوم بهذه المهمة اسم الموفق (conciliater) وقراراته غير ملزمة للطرفين ولا⁽³⁾ يمكن أن تنفذ جبرا كون التوفيق عملية اتفافية⁽⁴⁾ .

ب. أنواع التوفيق : هنالك نوعين للتوفيق أولهما رضائي وثانيهما قضائي وسنحاول أن نبين المقصود بكل منهما وكما يلي :

النوع الأول :- التوفيق الرضائي : فهو طريق ودي رضائي يتم بدون تدخل من قبل القضاء . والتوفيق بهذا المعنى هو الأصل الذي تنص عليه الشروط التعاقدية⁽¹⁾ .

النوع الثاني :- التوفيق القضائي : يتم أمام القضاء في وقت رفع الدعوى بالنزاع إليه , ويحدث في حالتين :

الحالة الأولى : بطلب الخصوم , حيث يطلب الخصوم من المحكمة التدخل لتسوية النزاع بطريق التوفيق وتقوم المحكمة بتفويضهم باختيار موفق يحضى برضاهم للقيام بتلك المهمة أو أن هيئة المحكمة ذاتها هي التي تقوم بمساعي التوفيق , وفي هذه الحالة يكون التوفيق أقرب ما يكون إلى التوفيق الاتفافي رغم تسميته توفيقا قضائيا وهذه التسمية تعكس جانبا مهما , إذ إن ما يتم التوصل إليه تصادق عليه المحكمة أو تصدر حكماً به , أو تلحقه بمحضر جلساتها , ويصبح بتلك المثابة سندا تنفيذيا⁽²⁾ .

ووفقا لقانون المرافعات الفرنسي الجديد فإن التوفيق ممكن أن يتم في أي مرحلة من مراحل سير الدعوى سواء قبل النظر في الدعوى أو أثناء السير بها بناء على طلب الخصوم وأمام المحاكم من أية درجة ما عدا محكمة النقض⁽³⁾ .

الحالة الثانية : من قبل المحكمة نفسها , ففي بعض التشريعات المقارنة , تقوم المحكمة بالتوفيق في المنازعات على الخصوم قبل اتخاذ إجراءات التقاضي بشأنها , ومن بين التشريعات التي أخذت بالحالتين السابقتين للتوفيق

(2) د. صفاء تقي عبد نور , وسائل تسوية المنازعات في عقود التراخيص النفطية, بحث منشور في مجلة جامعة واسط للعلوم الإنسانية , المجلد 11, العدد 22, 2016, ص 9 .

(2) Law on Intenational Commercial Conciliation(2002), United Nations Publication ,Part 1 , Article 1 UVCITRAL Model

(3) لورين برينان, تحضير العميل للوساطة الدولية, مقال منشور على الموقع الإلكتروني (www.gafi.gov.ed), 2014,

(4) د. مصطفى المتولي قنديل , دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية , دار الجامعة الجديدة للنشر, 2005 بند 19 وما بعده , ص 58 وما بعدها.

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة , النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات (المفاوضات – الوساطة – التوفيق - الصلح) بديلا عن المعتكك القضائي , دار النهضة العربية 2013 ص 258.

(3)

القضائي، قانون المرا⁽³⁾فعات الفرنسي في تعديله لسنة 1995,1996 حيث نصت المادة (21) على أنه (يدخل في مهمة القاضي التوفيق بين الأطراف) كما جاء بنص المادة (127) أنه (يستطيع الأطراف التوفيق أو التصالح من تلقاء أنفسهم أو بمبادرة من القاضي طوال فترة الخصومة)⁽⁴⁾.

فقد تبنى المشرع المصري محاولة إيجاد عدد من الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف المتنازعة لإنهاء خلافاتهم بشكل ودي، سواء من خلال تفويض قضاه متخصصين ومدربين على عرض الصلح على الأطراف قبل نظر الدعوى أمام قاضي الموضوع (المحاكم الاقتصادية)، أو عبر إعطاء بعض الاختصاصات المتعلقة بتسوية منازعات المستثمرين للجهة الإدارية المتولية الإشراف على عمل الشركات وتسيير أمور المستثمرين باعتبارها أكثر تخصصاً ودراية بمتطلبات عملهما.(الهيئة العامة للاستثمار)⁽³⁾.

ثانياً :- خصائصه ومميزاته

يتمتع التوفيق بعدد من الخصائص والمميزات سنحاول أن نبينها وكما يلي

ا- خصائص التوفيق

هنالك عدد من الخصائص التي يتميز به التوفيق⁽⁵⁾ ومن بينها ما يلي :-

أ. التوفيق هو طريق ودي يتم اللجوء إليه طواعية لتسوية المنازعات , حيث يتفق المتعاقدان على أدراج شرط في العقد أو مجرد اتفاق ضمني (في العقود النموذجية تحدد وسائل حل النزاعات ضمن بنود العقد) يتضمن حل النزاعات التي تحدث بينهما بطريق ودي وعن طريق التوفيق. وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مذكرة التفاهم لحل المنازعات في منظمة التجارة العالمية لعام 1995 (المساعي الحميدة ، والتوفيق والوساطة إجراءات تتخذ طوعاً إذا وافق طرفا النزاع على ذلك)

ب. قوامه تدخل احد من الغير, إذ لا بد من أن يقوم بهذه المهمة شخص آخر يحضى بقبول الطرفين وفي بعض الأحيان تقوم الهيئة القضائية أو هيئة التحكيم بذلك .

ج. قرارات الموفق ليست لها حجية الأمر المقضي أي يمكن الاعتراض عليها من قبل أي من الطرفين

2. مميزات التوفيق التجاري :

التوفيق كطريق لحل نزاعات التجارة الدولية يتميز بعدد من المميزات لذلك حرصت الدول على اعتماده في حل النزاعات التجارية فقد اخذ به المشرع العراق في المادة (17) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (11) لسنة 2008 واخذ به المشرع المصري في المادة (8) من القانون رقم (8) لسنة 1997 .

أ : السرعة في الإجراءات

(3) المصدر السابق , ص 258 و 259 .

(4) د. مروه محمد محمد العيسوي ، التوفيق كآلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار ، بحث منشور في مجلة روح القوانين ، كلية الحقوق ، جامعة القصيم ، السعودية ، على الموقع الإلكتروني :

(4) د.شريف عبيد حسن , دور مؤسسات الدولة في تسوية وفض منازعات الاستثمار , مقال منشور على الموقع الإلكتروني(www.gafi.gov.ed) , 2014 ,

(5) د. مروه محمد محمد العيسوي ، التوفيق كآلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار ، بحث منشور في مجلة روح القوانين ، كلية الحقوق ، جامعة القصيم ، السعودية ، على الموقع الإلكتروني :

www.las.Sournal.ekb.eg . ص 311 .

تعد العدالة السريعة المرضية من أهم الأهداف التي يسعى أطراف النزاع للوصول إليها وتحقيقها فهي تظل الشغل الشاغل الذي يشغل بالهم ويسيطر على أفكارهم دوماً , وسرعة حسم المنازعات التجارية الدولية بالوسائل البديلة ومن بينها التوفيق أمر مشجع لعلاقات التجارة الدولية التي تتأثر بتقلبات سعر الصرف والبيضائع والأوضاع السياسية والاقتصادية , فالثقة بالموفق لحل النزاع التجاري خير من ضياع الوقت أمام القضاء للوصول إلى الحق بكامله⁽¹⁾ . حيث إن عملية التوفيق لا تستغرق وقتاً طويلاً فمعظمها لا تستغرق أكثر من شهر إلى ثلاث شهور فقد ذهبت المادة الخامسة من مذكرة التفاهم لتسوية النزاعات في غرفة التجارة الدولية لعام 1995 إلى تحديد مدة إكمال التوفيق في (60) يوماً⁽¹⁾ .

ب. الحصول على التراضي في أقل تكلفة

فعملية التوفيق لا تحتاج إلى توكيل محامين أو مصاريف استدعاء شهود والاستعانة بالخبراء لذا تكون أقل كلفة مقارنة بالتحكيم , وتؤدي إلى كسب الوقت الذي قد يشكل عاملاً مهماً تنقلب معه أسعار البضائع والخدمات وأسعار الصرف والعوامل الأخرى⁽²⁾ .

ج : المحافظة على العلاقات التعاقدية

إن اختيار الأطراف للتوفيق كوسيلة لحسم النزاعات التجارية , لا يأتي إلا من أجل حماية علاقتهم المستقبلية , فهذه الوسيلة لا تهدف فقط إلى إصلاح الأضرار المترتبة من حدوث النزاع , أو بعد أن يثور النزاع , خاصة بالنسبة للأطراف المتعاقدة على مشروع استثماري طويل الأجل , ففي مثل هذه العلاقات التجارية يكون من المهم جداً بالنسبة لهم الحفاظ على علاقة جيدة ومستمرة بالرغم من نشوء نزاع بينهم , وذلك من أجل الإبقاء على المعاملات التجارية المستقبلية , ويكون من الضروري أيضاً في مثل هذه الأحوال محاولة الأطراف لحسم النزاع بينهم بشكل ودي⁽³⁾ , فعندما تلجأ الأطراف للوسائل البديلة للنزاع فهي تهدف إلى استمرار العلاقات التعاقدية بينهم , لترابط المصالح الاقتصادية فتحاول كل جهة أن تتفادى اللجوء القضاء والتحكيم , كي لا يكون هناك حدة بعد صدور القرار . ولهذا الغرض قامت وزارة الاستثمار المصرية بإنشاء مركز لتسوية منازعات الاستثمار بموجب القرار رقم (170) لسنة 2009⁽⁴⁾ .

د.إصلاح الأضرار وسرية تسويتها

يهدف التوفيق إلى إصلاح الأضرار التي لحقت بأحد طرفي العلاقة من جراء عدم التنفيذ , بوقت قياسي على عكس ما موجود في الطرق القضائية أو التحكيمية فالتوفيق يهدف إلى إصلاح الضرر الناشئ عن العلاقة من خلال حل ودي يرضي الطرفين نابع من إرادة صادقة للأطراف لتجنب الوسائل

(1) د. أيسر عصام داود ، د. ريان هاشم محمود ، التوفيق والصلح كأساليب ودية لحل المنازعات التجارية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، العدد/ 2 ، الجزء/ 2 ، 2017 ، ص 241 .

(1) المسماة باتفاقية مراكش

(2) توفيق العابد . نظام تسوية منازعات منظمة التجارة العالمية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي , الجزائر . 2017, ص 50.

(3) د. أيسر عصام داود ، ريان هاشم محمود ، مصدر سابق ، ص 241 .

(4) جان فرانسو روبرج- كندا , أخلاقيات الوساطة , مقال منشور على الموقع الإلكتروني

(www.gafi.gov.ed) , 2014 .

القضائية⁽¹⁾. وسرية الوساطة تبقى العلاقات مترابطة قوية بين طرفي النزاع , وتقود إلى التعايش الايجابي بينهما في المستقبل , والمحافظة على الأسرار التجارية أو الصناعية أو التكنولوجية لدرجة أن بعض الشركات تفضل خسارة حقها على كشف أسرارها التجارية , أو التكنولوجية أو الصناعية , والتي تحرص على إبقائها سرا لا يعرفه الغير , لأنها سر نجاحها , وفي شيوعها أمام القضاء لتحقيق مبدأ العلانية وبال على نجاحها⁽²⁾.

ه. إقامة التوازن والتعادل بين الأطراف

يسعى التوفيق بالإضافة غالي إصلاح الأضرار المتولدة عن العلاقة التعاقدية إلى إيجاد نوع من التوازن أو التعادل بين التزامات الأطراف المتعاقدة , ويتم ذلك عن طريق عمل الموفق , فهذا الأخير يصل للحلول التي تعبر عن رضا أطراف النزاع , وبتكثيف جهده يمكنه الوصول إلى حل نهائي يرضي الطرفين (عند التقاء وجهات النظر على نقطة اتفاق فإن هذا من شأنه إقامة نوع من التوازن العقدي بين التزامات الأطراف تهيئة وتساعد بدورها على إعادة التوازن بين الالتزامات المتولدة عن العلاقة العقدية)⁽³⁾.

الفرع الثاني : أشكال السند القانوني للتوفيق وإجراءات التوفيق

سنتناول في هذا الفرع أشكال السند القانوني وتمييزه عن التحكيم في الفقرة الأولى ثن تبين حقوق الموفق والتزاماته وإجراءات التوفيق في الفقرة الثانية وكما يلي:-

أولاً : أشكال سند التوفيق وتمييزه عن التحكيم

ما المقصود بأشكال سند التوفيق وما هو اختلاف التوفيق عن التحكيم ؟ هذا ما سنتناوله في الفقرتين التاليتين:-

أ. أشكال سند التوفيق

هنالك عدة أشكال لسند التوفيق تتشابه مع سند التحكيم في اثنين منها وكما يلي:-

أ. شرط التوفيق

هو اتفاق أطراف العلاقة القانونية المتنازع عليها على اللجوء إلى التوفيق لتسوية ما قد يحصل فيما بينهم من منازعات مستقبلا⁽¹⁾ , سواء ورد مثل هذا الاتفاق ضمن شرط مستقل في العقد أو ضمن اتفاق مستقل ملحق به⁽⁵⁾ يترتب على ذلك ما يلي :

الشرط الاول: إن الشرط لا يكون إلا في التوفيق الرضائي

الشرط الثاني: عدم تحديد موضوع النزاع في شرط التوفيق

الشرط الثالث: لا بد أن تتوفر في أطراف العقد وفي الموفق أركان الاتفاق (الأهلية – المشروعية – المحل – السبب)

(1) د.محمد إبراهيم موسى , التوفيق التجاري الدولي , وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية المنازعات التجارية الدولية , دار الجامعة الجديدة للنشر , 2005 , ص 63.

(2) د. عبد الحميد الشواربي – التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء – الطبعة الثانية , منشأة المعرفة بالإسكندرية 1999 , ص 21.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامه , قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي , تنظير وتطبيق مقارن , بدون ناشر , ملخص في جامعة حقوق حلوان , ص 47.

(4) عقيله سلامي , الطرق البديلة لحل نزاعات الاستثمار في إطار اتفاقية واشنطن , 1965 , رسالة ماجستير , كلية أهلي محمد , الجزائر , 2017 , ص 34 .

(5) د. أحمد عبد الكريم سلامه , النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات , المرجع السابق ص 261.

الشرط الرابع: استقلالية شرط التوفيق عن العقد, فان شرط التوفيق مستقل عن العقد المدرج فيه او الملحق به , فلذلك لا يبطل ببطلان ذلك العقد ولا يتأثر بما يلحق به من أسباب قد تؤدي إلى تعطيله , طالما استجمع شرط التوفيق في ذاته شروط وجوده وصحته (3).

ب: مشاركة التوفيق

هو نوع من الاتفاق على اللجوء إلى التوفيق, والذي يتم الاتفاق عليه بعد وقوع النزاع بين أطرافه(1) , ولا بد أن يراعى فيه ضرورة أن تتضمن المشاركة بياناً بموضوع التوفيق , والمسائل والمشاكل التي سيتناولها التوفيق , وتحديد ما يتغيه الطرفان من التوفيق, ومن ناحية أخرى أن تلك المشاركة يتم الاتفاق عليها وتوقيعها من قبل الأطراف في حال التوفيق الرضائي أو الاتفاقي الذي يتم إجراءه خارج حدود القضاء , سواء أكانت بمبادرة من الأطراف أو من القاضي , أو المحكم , كذلك فإنه يمكن لأطراف النزاع إبرام مشاركة توفيق بعد وقوع النزاع على الرغم من وجود شرط التوفيق في العقد أو المعاملة بينهم والمدرج فيه قبل وقوع النزاع الغاية منها لتحديد الموضوع والمسائل التي سيدور حولها التوفيق , ولا يؤدي إبرام مشاركة التوفيق إلى إلغاء شرط التوفيق, كذلك فإن بطلان احدهما لا يؤدي إلى بطلان الآخر (2).

ج : التوفيق بالإحالة

من المتصور أن يتم الاتفاق على تسوية النزاع القائم بين أطراف العلاقة العقدية بطريق التوفيق عن طريق إحالة ترد في العقد(3) إلى مستند , أو محرر آخر يتضمن شرط التوفيق ومن ذلك مثلاً : أن يضمن أطراف عقد مقاوله من الباطن اتفاقهم , بندا حول تسوية المنازعات التي تقع بينهم , وبدلاً من النص الصريح على وسيلة تسوية النزاع فإنهم يختصرون الطريق ويحررون بندا في عقد المقاوله من الباطن يحيل إلى بند أو شرط آخر وارد في عقد المقاوله الأصلي المبرم بين المقاول الرئيسي ورب العمل أو المالك , ينص على تسوية المنازعات بصوره ودية عن طريق التوفيق , كان يذكر في عقد المقاوله من الباطن على أن ((تسوى منازعات هذا العقد بذات وسائل تسوية منازعات عقد المقاوله بين المقاول ورب العمل)) وبذلك فإن عقد المقاوله الأخير ينص على أن (أي نزاع يحدث بين الطرفين , حول تفسير أو تنفيذ هذا العقد , أو أي أمر آخر يتعلق به , يحاول الأطراف تسويته بطريق التوفيق , فإن لم تنجح مساعيهم في ذلك يعرض النزاع على هيئة تحكيم يتم الاتفاق على تشكيلها وتحديد الإجراءات أمامها(6) , وللاعترااف بصحتها لابد من توفير شرطين : أولهما أن يكون العقد المحال له محرر كتابيا وثانيهما أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار شرط التوفيق المحال إليه جزء من العقد المحال له.

(3) ا.د. أحمد عبد الكريم سلامه , النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات , المرجع السابق ص 261 وص 262.

(1) عقيله سلامي , مصدر سابق , ص 35 .

(2) خيرى عبد الفتاح البتانوني , الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية, دار النهضة العربية , 2012 ص 264.

(3) عقيله سلامي , مصدر سابق , ص 35 .

(6) ا.د. احمد عبد الكريم سلامة , النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات , المرجع السابق , ص 265.

2 : التمييز بين التوفيق والتحكيم

يشترك التوفيق مع التحكيم في بعض الصفات , فهما يتميزان بطابعهما الإختياري الملزم بعد الاتفاق عليه , فهدفهما الأساسي هو الوصول إلى حل النزاع القائم , إن المسائل التي تحال إلى التحكيم يمكن الاتفاق على إجراء التوفيق بشأنها (7).

يتشابه التوفيق مع التحكيم بأنهما وسيلتان لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية بدلا من اللجوء إلى القضاء الوطني, والهدف من الاتفاق بين طرفي النزاع على التحكيم أو التوفيق هو لحل نزاع قائم أو محتمل الوقوع , فإذا تم الاتفاق بين طرفي النزاع على حل المنازعات بالتحكيم أو التوفيق , فأنه يجب عليهما احترام هذا الشرط وعدم اللجوء إلى القضاء , أن في كلا الوسيلتين يوجد طرف ثالثا أو طرفاً آخر يقوم بعملية إنهاء النزاع عن طريق التحكيم أو بعملية التوفيق , ويسمى الشخص الذي يقوم بالتحكيم بالمحكم ويسمى الشخص الذي يقوم بالتوفيق بالموفق أو الوسيط (8) .

ومع ذلك فإن هنالك اختلافات بينهما , فمن ناحية الإلزام , فالتوفيق غير ملزم أما التحكيم فقراره ملزم دون استلزام الحصول على موافقة أطراف النزاع (2) كونه يحوز قوة الشيء المقضي به بعد إقراره, ولا يمكن التراجع عن التحكيم قبل انتهائه بصور الحكم فيه على خلاف ما موجود بالتوفيق الذي يمكن العدول عنه في أي وقت (3). وتختلف إمكانية مساهمة الأطراف في صنعه , فكما هو معروف فإن المحكم يقوم بعمل قضائي خاص بهدف تسوية ما يعرض عليه من منازعات وعليه فإن ما يصدر عنه من قرارات تفرض على الأطراف (4) , أما الموفق فأنه يفصل في النزاع عن طريق تنازل كل طرف عن جزء من مطالبه للطرف الآخر. أي عن طريق تنازلات متبادلة فإذا أصر كل طرف على موقفه و تمسك بكل مطالبه , فلن يكون هناك توفيق فعمل الموفق بالنهاية يعتمد على دور الأطراف في المساعدة والتعاون في حل وإنهاء النزاع (5).

ثانيا : التزامات الموفق وحقوقه وإجراءات التوفيق

سنتناول في هذه الفقرة التزامات الموفق وحقوقه وكذلك إجراءات التوفيق وكما يلي

بعد اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى الموفق ورغبتهم الجديدة في إنهاء النزاع , وقبل المحكم ذلك , فتترتب عليه مجموعة من الالتزامات وله أيضا عدد من الحقوق وكم يلي :-

(7) د. علي عوض حسن , التعليق على القانون رقم 7 لسنة 2000 بشأن التوفيق في المنازعات , دار المطبوعات الجامعية , 2001 ص 10 و 11 وراجع اختيار طرق التحكيم ومفهومه , مجلة المحاماة العدد الاول 2001 ص 567.

(8) الاتحاد الدولي العربي للتحكيم http://

www.aifa.eg.com/Hom/AllDynamic?pagename=Importance

(2) د. هشام البفاوي , الوسائل البديلة التقليدية والمستخدمة لحل النزاعات التجارية , بحث منشور في مجلة صوت القانون , المغرب , العدد/ 8 , 2017 , ص 384 .

(3) غير أن هذا الحق قيده المادة 4/5 من مذكرة التفاهم بتقريرها بأنه عند الشروع في المساعي الحميدة أو الوساطة في غضون ستين يوم بعد تاريخ طلب عقد المشاورات يتعين على الطرف الشاكي أن يتيح فترة ستين يوم بعد تسلّم طلب عقد المشاورات قبل أن يطلب إنشاء فريق التحكيم , انظر كتاب التوفيق التجاري الدولي , د/ محمد إبراهيم موسى , ص 39.

(4) ا.د / احمد أبو الوفا , كتاب التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري , منشأة المعارف , الإسكندرية , ص 21.

(5) الاتحاد الدولي العربي للتحكيم , المرجع السابق .

1. التزامات الموفق

يقع على عاتق الموفق جملة من الالتزامات نورد بعضها منها:-

أ : تجنب إثارة الشكوك حول حياده واستقلاله فلا بد أن يقوم الموفق بشرح وإدلاء كل الأمور، أو الظروف، أو الوقائع التي ربما تثير الشكوك حول حياديته واستقلاله عند قبوله للتوفيق - سواء لفظاً أو كتابة- ويجب عليه أن يبين ويظهر حياده ابتداءً عند موافقته لمهمة التوفيق ويستمر عليها حتى صدور التوصية، ويتم ذلك عبر تقريراً عن علاقته، واهتماماته ومصالحه، وأعماله السابقة والحالية والقادمة التي لها صلة بموضوع النزاع وأطرافه، وأقاربهم، ويجب عليه البوح في حالة رفضه التوفيق عن أسباب امتناعه عن مهمة التوفيق لطرفي النزاع، ولا يباشر مهمته إلا بموافقة أطراف النزاع وعدم اعتراض أو تحفظ أحدهم عليه في الوقت المحدد كي يكونوا على علم بتلك الظروف والوقائع⁽⁹⁾.

ب: أداء مهمته بنزاهة وعدالة، إذ إن دور الموفق ما هو إلا دور إرشادي لطرفي النزاع من خلال تقديم النصح ودعوتهم بتقديم إيضاحات حول المشكلة موضوع النزاع، وبدون الحلول المقترحة للنزاع، لذا يجب أن يكون الموفق ملتزماً بأداء المهمة بنزاهة، وعدالة، وعدم الانحياز لأحد أطراف النزاع أو الوقوف ضده⁽²⁾، ولا يصح للموفق استغلال عدم خبرة أحد طرفي النزاع أو محاميه بحرمانه من الاطلاع على مستندات خصمه أو ارتكاب غش، أو تدليس، أو ارتكاب خطأ مهني جسيم بسوء نية، بقصد الإضرار بأحد طرفي النزاع، أو لتحقيق مصالح خاصة بالموفق، أو وصف مستند ذات أهمية على غير حقيقته أو قيام الموفق بتصرف معين يضر بأحد أطراف النزاع نتيجة لقبوله رشوة من الطرف الآخر، أو انحراف الموفق عن ما هو موجود بالوقائع أو الأقوال أو المستندات أو حقائق عملية التوفيق، أو سوء نية الموفق وغشه تجاه طرفي النزاع⁽¹⁰⁾.

ج: احترام مبدأ سرية التوفيق

الحفاظ على سرية التوفيق من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الموفق⁽²⁾، وهي المحافظة على الأسرار المهنية لأطراف النزاع ومركزهم المالي والاقتصادي عبر ما اطلع عليه أثناء نظره في النزاع، وان عدم احترامه لمبدأ سرية التوفيق يوقعه تحت طائلة المساءلة القانونية، فجلسات التوفيق دائماً تكون سرية، ولا يجوز حضور أي شخص ليس له علاقة بالنزاع ما لم يتفق طرفا النزاع على غير ذلك، استناداً إلى خصوصية منازعة التوفيق، فعملية التوفيق تكون سرية قاصرة على أطراف التوفيق وممثليهم بخلاف القضاء، فالأصل فيه العلانية، ويشمل نطاق الحظر أيضاً على الموفق عدم إفشاء أسرار إجراءات التوفيق، وجلساته، وتسريب المعلومات المهمة، والوثائق، والأقوال والأفعال والأدلة الخاصة بعملية التوفيق أو الاستفادة من هذه المعلومات مادياً أو معنوياً، أو إطلاع الغير على المستندات، أو الإدلاء بشهادة أمام القضاء عن مهمة التوفيق، أو إفشاء وتسريب المعلومات إلى وسائل الإعلام للتربح من ورائها، أو نشر إجراءات التوفيق بإحدى وسائل

(1) ينظر في ذلك: د. خيري عبد الفتاح البتانوني، مصدر سابق، ص 110 و 111.

(2) المادة (8) من قانون الاسينترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

(1) د. خيري عبد الفتاح البتانوني، مصدر سابق، ص 118.

(2) المادة (10) من قانون دليل الاشرع واستعمال قانون الاسينترال النموذجي للتوفيق التجاري الصادر عن

لجنة الأمم المتحدة، 2002، ص 27.

النشر، ولا يحق للموفق خلال فترة التوفيق العمل كمستشار قانوني لأحد طرفي النزاع، أو كمحكم، ذلك ضماناً لسرية التوفيق. ويعود سبب وجوب التزام الموفق بسرية عملية التوفيق كون التوفيق عمل اتفاقي نابع عن رضا الطرفين اللذين يأملان عبر التوفيق المحافظة على علاقتهما وان لجوءهما للتوفيق كوسيلة بديلة لفض المنازعات لعدم رغبتهما في إثارة أو خروج معلومات وأدلة كما هو الحال في الخصومة القضائية قد تضر بمراكزهما الاقتصادية والمالية، نظراً لاستقلال إجراءات التوفيق عن الإجراءات القضائية⁽¹¹⁾.

2. حقوق الموفق

بعد كل هذا الجهد والعمل الذي يقوم به الموفق فلا بد له من أن يحصل على حقوق مقابل هذا العمل . فما هي حقوق الموفق ؟

أ : للموفق الحق في قبول أو رفض مهمة التوفيق. حيث إن الطابع الغالب الذي تقوم عليه التوفيق هي الإرادة الحرة المشتركة لطرفي النزاع والموفق عند إبرام عقد التوفيق بينهما، ومن هذا المنطلق فإن للموفق كامل الحرية في إصدار موافقته على قبوله التوفيق أو رفضه، ولا يستطيع أحد إجبار أي طرف من طرفي النزاع على الموافقة على تعيين موفيق ما لم يقبل به الآخر، كذلك الحال بالنسبة للموفق، فلا يستطيع أحد إجباره على قبول مهمة التوفيق ما لم يرغب هو بتولي هذه المهمة، فهو حق مطلق غير مقيد للموفق، ولكن متى ما قبل الموفق القيام بمهمة التوفيق فإنه سيعلم موافقته وقبوله بشكل صريح، أو ضمني، كتابةً ش أو شفاهاً،، ويجب أن يكون قبول الموفق لمهمة التوفيق نهائياً ومنجزاً من دون أي تحفظات، وغير معلق على أي شرط أو مضافاً إلى أجل، وإذا امتنع الموفق عن قبول التوفيق لاي سبب فإنه غير ملزم بإيضاح الأسباب، فهذا تقدير شخصي للموفق، فله مطلق الحرية في الإفصاح عنها أو كتمها، والرفض أيضاً كما هو بالقبول قد يكون مكتوباً أو شفويًا، صريحاً، أو ضمناً، ولا يمكن اعتباره مرتكباً لجريمة إنكار العدالة في حالة رفضه عملية التوفيق، (لأنه ليس قاضياً) ، إلا إذا كان امتناعه عن القيام بمهمة التوفيق بعد قبولها، عندئذ سيكون محلاً للمساءلة القانونية ما لم يكن لديه عذر مقبول يبرر امتناعه⁽¹²⁾.

ب : حق الموفق في الأتعاب والمصاريف والتعويض

من الحقوق المكفولة للموفق بموجب العقد المبرم بينه وبين طرفي النزاع حقه في المصاريف والأتعاب مقابل قيامه بهذه المهمة⁽¹⁾، إلا إذا تنازل عنها، والمقصود هنا بأتعاب الموفق المبالغ المالية التي يستحقها مقابل للعمل والجهد الذي قدمه أثناء عملية التوفيق، ويقصد بالمصاريف المبالغ المالية التي تكبدها الموفق خلال التنقلات إلى مكان التوفيق، ونفقات المعاونين له في عملية التوفيق، ومصاريف الإقامة، ويقصد بالتعويض المبالغ المالية التي يستحقها الموفق مقابل وقوع خطأ من طرفي النزاع أو أحدهما ترتب عليه ضرر مادي أو أدبي طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية كذلك فإنه يستحق التعويض في حالة قيام طرفا النزاع أو أحدهما برده أو عزله دون مبرر قانوني لمجرد التشهير به والإساءة إلى سمعته، وصادر ذلك عن سوء

(1) د. خيرى عبد الفتاح البتانوني، مصدر سابق، ص120.

(2) د. خيرى عبد الفتاح البتانوني، مصدر سابق، ص129.

(3) عقيله سلامي، مصدر سابق، ص39. شهدان عادل عبد اللطيف الغربوي، الاستثمار الأجنبي المباشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2020، ص393.

نية، ويتم دفع المصاريف للموفق بالاتفاق بينه وبين أطراف النزاع وتحديد الطرف الذي سيتحمل دفعها كلها أو بعض منها، وقد تكون عملية الدفع بين الطرفين بالتساوي، وفي حال عدم وجود اتفاق بشأن قيمة ومقدار التعويض يحق للموفق أن يقوم بتقديرها وتحديد كيفية دفعها ومن الذي سيتحملها في التوصية، ويستحق الموفق أتعابه بحسب ما بذله في عمله كموفق من تعب ومجهود في معاينة ودراسة وفحص ملفات عملية التوفيق، ولكن قد يسأل الموفق في حالة انقضاء مهمة التوفيق بسبب إهماله، أو خطئه، أو سوء نيته، لأنه عندها يكون قد تسبب في ضياع وقت وجهد طرفي النزاع دون جدوى، وربما أدى ذلك إلى اتساع الفجوة والخلاف بينهما بدلا من أن يكون التوفيق وسيلة لحل النزاع، عندئذ سيكون الموفق محلا للمساءلة القانونية عن ذلك الخطأ أو الإهمال الذي صدر منه⁽²⁾.

ج: احترام الموفق وتقديم المساعدة له

يجب على أطراف النزاع مساعدة الموفق على فض النزاع، فمن حق الموفق على طرفي النزاع بعدما يوافق على قبول مهمة التوفيق- احترامه وعدم الإساءة إليه، أو اتهامه بما ليس فيه، مما قد يخدش عدالته، ونزاهته، وأمانته، ويجب مخاطبته بشكل يليق به كموفق وكإنسان، ومعاملته بحسن نية فهو ليس بخصماً لأحد الطرفين، ويجب إتباعه فيما يقرره من تعليمات لحل النزاع بطريقة سليمة وسريعة، ومساعدته بتقديم كافة الإيضاحات والمعلومات الضرورية، والأدلة المفيدة التي تساهم في حل النزاع لإظهار الحقيقة والعدالة، وحق الموفق في عرض النزاع عليه إنما هو حق شخصي له، وبالتالي لا يجوز لطرفي النزاع عرض نزاعهما على شخص غيره، وإلا كان هذا إخلالا بالتزاماتهما تجاه الموفق بعرض النزاع عليه، وكانا محلا للمساءلة القانونية الموجبة للتعويض عن الأضرار التي أصابته، خاصة إذا كان قد بدأ فعلا في تنفيذ مهمة التوفيق ماديا ومعنويا وان أي إساءة تمس المركز الأدبي له⁽¹³⁾.

ثانيا : سير عملية التوفيق وإنهاءه

تتطلب عملية التوفيق مجموعه من العوامل بتوفرها تتحقق الغاية المرجوة من التوفيق وهي إنهاء النزاع لذا سنتناول في هذه الفقرة مراحل سير عملية التوفيق وانتهائه وكما يلي

1. مراحل سير عملية التوفيق

لا تمام عملية التوفيق لابد من توفر مجموعة من العوامل التي من غيرها لا يمكن أن تتم هذه العملية وتؤدي الى الغاية المنشودة منها , وهذه العوامل هي

أ - إبداء طرفي النزاع الرغبة في حل النزاع عن طريق التوفيق

إن محور عملية التوفيق هو إرادة ورغبة أطراف النزاع بالتوصل إلى تسوية ودية غير ملزمة، كي تذوب الخلافات بينهما، ولتقريب وجهات النظر المتعارضة، والوصول إلى حل مقنع يرضي الطرفين من خلال الاستعانة بمساعدة طرف ثالث محايد يكون محل ثقة واحترام لهما، و الأصل العام كما هو معروف في المنازعات أو الخصومات هو لجوء الشخص المتضرر إلى القضاء العادي أو قضاء التحكيم لتسوية الخلافات الناشئة، ولكن قد يتغير الوضع عندما تكون هنالك رابطة مصالح مشتركة للطرفين يجب المحافظة

(2) د. خيرى عبدالفتاح البتانوني , مصدر سابق , ص132

(2) د. خيرى عبد الفتاح البتانوني , مصدر سابق , ص128.

عليها، فيلتمس هذا الشخص المتضرر أن هناك طريقاً أقصر ولا يهدد الرابطة العقدية وهو جادة الصلح أو التوفيق أو الوساطة والتي قد تكون أفضل من الذهاب للتقاضي أمام المحاكم، أو لتفادي حالة الخصوم، وبهذا يبدي الشخص المتضرر رغبة حقيقية وصادقة في التصالح⁽¹⁴⁾. وقد أشار إلى ذلك صراحة قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي عام 2002 في المادة (1) الفقرة (6)، ويطبق هذا القانون أيضاً على التوفيق التجاري عندما يتفق الطرفان على التوفيق الدولي أو عندما يتفقان على قابلية انطباق هذا القانون⁽¹⁵⁾.

ب. إجراءات ومراحل التوفيق :

أول مراحل إجراءات التوفيق تبدأ بإرسال طلب الاتفاق على اللجوء إلى التوفيق من قبل أحد الطرفين إلى الآخر، وإذا لم يرد عليه الطرف الآخر في غضون المدة المحددة في طلب الدعوة فإن ذلك يعتبر رفضاً، وذلك ما نصت عليه المادة (4) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري بأنه : (1). تبدأ إجراءات التوفيق، المتعلقة بنزاع كان قد نشأ، في اليوم الذي يتفق فيه طرفاً ذلك النزاع على المشاركة في إجراءات توفيق. 2. إذا لم يتلق الطرف الذي دعا طرفاً آخر إلى التوفيق قبولا للدعوة في غضون ثلاثين يوماً من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة، أو في غضون مدة أخرى محددة في الدعوة، جاز للطرف أن يعتبر ذلك رفضاً للدعوة إلى التوفيق⁽¹⁶⁾.

فإذا ما موافق كلا الطرفين إلى اللجوء إلى التوفيق كطريق لحل النزاع التجاري بينهما وأعلن الموفق قبوله للتوفيق، فسوف تعقد أول جلسة يجتمع فيها الموفق أو هيئة التوفيق بأطراف النزاع للتباحث حول أسباب النزاع وكيفية التوصل إلى حله، والتزام الموفق بدعوة الأطراف إلى جلسة مشتركة، تكون من خلال توجيه الدعوة لهما، بالطريقة التي يحددها هو بالاتفاق معهم بمكاتبة تسلم إلى كل طرف شخصياً، أو في محل إقامته، أو في مقر عمله أو على عنوانه البريدي المعروف للطرفين، أو عبر مشاركة التوفيق، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التوفيق⁽¹⁷⁾.

ثم يأتي بعد ذلك التحديد دور الموفق، حيث يلعب دوراً أساسياً في التقريب بين وجهات النظر المختلفة للأطراف، كي يصل بهم إلى نقطة التي تتحقق عندها أمانهم ورغبتهم ويجنبهم مشقة اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، وقد

(1) ويعد هذا هو الوضع الغالب إذ عادة ما تجرى التسوية الودية بناء على مبادرة أحد الطرفين بعد نشأة النزاع ولكن في أحوال أخرى تجرى تلك التسوية امتثالاً لاتفاق بين الطرفين قبل نشوء النزاع أو بناء على دعوة من مركز أو غرفة تحكيم. ولقد وضحت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون النموذجي الذي وضعه (الأونيسترال) تلك الأحوال بنصها على أن (تنطبق هذه الأحكام التشريعية النموذجية دون اعتبار لما إذا كان التوفيق يجري بناء على مبادرة أحد الطرفين بعد نشوء النزاع أو امتثالاً لاتفاق بين الطرفين قبل نشوء النزاع أو عملاً بتوجيه أو طلب من محكمة أو هيئة تحكيمية مختصة) راجع في ذلك : د/ محمد إبراهيم موسى، مصدر سابق، ص155.

(15) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), op, p1 , A1,6.

(16) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), op, p1 , A4.

(4) انظر في ذلك : د/أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، مصدر سابق، ص295.

تمر عملية التوفيق بمراحل عدة حتى تحقق الغاية منها والوصول إلى حل يرضيه الطرفان(18).

ونرى أن للطرفين المتنازعين الحرية الكاملة في اختيار سير الإجراءات، والطريقة التي يتم بها التوفيق، وذلك وفقاً للمادة (6) قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري في المادة الفقرة (1) بأنه: " للطرفين الحرية في أن يتفقا، بالرجوع إلى مجموعة قواعد، أو بطريقة أخرى، على الطريقة التي يجري بها التوفيق (19) "، في حالة عدم اتفاق الطرفين على الطريقة التي يتم بها التوفيق يقوم المحكم بتسيير إجراءات التوفيق، وفقاً للمادة (6) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الفقرة (2) بأنه: " في حال عدم اتفاق على الطريقة التي يجري بها التوفيق، يجوز للموفق تسيير إجراءات التوفيق بالطريقة التي يراها مناسبة، مع مراعاة ظروف القضية، وأي رغبات قد يبديها الطرفان، والحاجة إلى تسوية سريعة للنزاع (20) ".

وعادة تبدأ عملية التوفيق بالإعداد والتحضير، وبعد ذلك تعقبها مرحلة التقديم والعرض، ثم مرحلة بيان المشكلة وتوضيحها، ومن ثم يتم طرح وتقديم البدائل التي يمكن الاختيار من بينها، والمرحلة الأخيرة هي الاتفاق على الحل الذي يشبع رغبات الأطراف ويحقق أمانهم(21). عادة في الجلسة المشتركة بين الأطراف والمحكم توضع الخريطة للطريق الإجرائي السليم الذي ستسير عليها عملية التوفيق، لاسيما تحديد كل ما يتعلق ب: ((القواعد الإجرائية التي يجب إتباعها. مكان جلسات التوفيق. اللغة المستخدمة في الإجراءات. الاستعانة بالخبراء والشهود، موعد تقديم المستندات، المدة التي يجب أن تنتهي عملية التوفيق خلالها.. الخ.))، وفي كل الأحوال فللطرفين الحرية في أن يتفقا بالرجوع إلى مجموعة قواعد، أو بطريقة مختلفة على الطريقة التي يتم بها التوفيق، وفي حالة عدم الاتفاق يحق للموفق تسيير إجراءات التوفيق بالطريقة التي يراها مناسبة مع وجوب مراعاة ظروف النزاع، وأية رغبات قد يبديها الطرفان وحاجتهما إلى تسوية سريعة للنزاع(22). وبإمكان الموفق مقابلة الطرفين معاً أو كل طرف على حده وهذا ما أشارت إليه المادة (7) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري التي تنص بأنه: " يجوز للموفق الاجتماع أو الاتصال بالطرفين معاً، أو بكل منهما على حدة " (23) .

وفي الجلسة الأخيرة يصدر قرار التوفيق من الموفق سواء كان طرفي النزاع هم الحاضرين أو ممثليهما، وفي هذه الحالة يقوم الموفق بكتابة تلك التوصية في مسودة وإعطاء كل طرف نسخة منها، فإذا قبلت تلك التوصيات من قبل الأطراف، يقوم الموفق بتحرير محضر يكتب فيه مضمون التوصية

(1) انظر في ذلك : د/ محمد إبراهيم موسى، مصدر سابق، ص176.

(19) , p1 , (2002), op, UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation A6.1.

(20) , p1 , (2002), op, UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation A6.2.

(4) انظر في ذلك : د/ محمد إبراهيم موسى، مصدر سابق ص177.

(5) نظر في ذلك : د/أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، مصدر سابق، ص295.

(23) , p1 , (2002), op, UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation A7.

الصادرة، ويقوم الأطراف بالتوقيع عليها ومن ثم يصبح اتفاقاً رسمياً ملزماً للطرفين (24).

2. انتهاء عملية التوفيق

إن سير عملية التسوية الودية بنجاح يعتمد اعتماداً كلياً كما سبق أن ذكرنا على روح الود والمحاولة الصادقة من الأطراف ورغبتهما للوصول إلى حل ودي ينهي هذا الخلاف، ويزيل ما قد ترسب في نفوس أحدهما باتجاه الآخر من مشاعر البغض وروح العدا، لهذا يمثل فقدان هذه الروح السبب الرئيسي في فشل التوفيق، وتقليلاً من الدور الذي تلعبه السبل الودية في تسوية المنازعات الدولية، وأياً كان مصير محاولة التوفيق فإنه يمكن القول بأنها سوف تنتهي في الأحوال الثلاثة التالية :

أ: توقيع اتفاق التوفيق من قبل الأطراف , فبمجرد اتفاق الأطراف على قبول الحل الذي اقترحه الموفق يصبح هذا الاتفاق اتفاقاً ملزماً للطرفين , (لكنه لا يحوز قوة الشيء المقضي به كما هو الحال بالتحكيم), وتنتهي كافة إجراءات التوفيق من تاريخ اتفاق الطرفين على التسوية, وذكرت المادة (11) قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الفقرة (أ) بأنه : " تنتهي إجراءات التوفيق بإبرام الطرفين اتفاق تسوية , في تاريخ إبرام الاتفاق (25) ."

ب:- فشل محاولة التوفيق, فعندما يتأكد للموفق أنه من الصعب الوصول إلى حل ودي للنزاع المثار بين الأطراف, فإنه يجب عدم الاستمرار في تلك المحاولة وإضاعة الوقت طالما أن النتيجة أصبحت معروفة ومؤكدة بأنه لا مجال للتسوية الودية, وبلا شك هنالك العديد من الأسباب والدلائل التي تدفع الطرف المحايد إلى اتخاذ مثل هذا القرار, إلا أن أهم هذه الأسباب هو عدم تعاون الأطراف, وعدم إظهارهم الرغبة الصادقة في التوصل إلى تسوية ودية للنزاع, فالالتزام بالتعاون يعد أحد أهم العوامل التي تساعد على إنجاز محاولة المصالحة, ويبدو هذا الالتزام بوضوح عندما يقوم كلا الطرفين بتحديد أغراضه وأهدافه من تلك المحاولة, ويؤكد ذلك المادة (11) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الفقرة (ب) بأنه : " بإصدار الموفق, بعد التشاور مع كلا الطرفين , إعلاناً يبين فيه أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق , في تاريخ صدور الإعلان (26) ."

ج: إخبار الطرف المحايد من قبل الأطراف, أو أحدهم خلال مراحل التسوية بنيته في عدم مواصلة المحاولة, فأعلام الموفق بهذه الرغبة ينهي الأمل في إزالة أسباب الخلاف وإعادة العلاقات بين الأطراف إلى مجراها الطبيعي , ويؤكد ذلك المادة (11) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الفقرة (ب) و (ج) بأنه : (تنهى إجراءات التوفيق : (ج) بإصدار الطرفين إعلاناً موجهاً إلى الموفق يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق , في تاريخ صدور الإعلان , أو (د) بإصدار أحد الطرفين إعلاناً موجهاً على الطرف الآخر أو

(1) انظر: د. / خيرى عبد الفتاح البتانوني, مصدر سابق, ص 179.

(25) , UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), op, p1

A11.

(26) , UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), op, p1

A11

الأطراف الأخرى وإلى الموفق , في حال تعيينه , يفيد بإنهاء إجراءات التوفيق , في تاريخ صدور الإعلان) (27) .
القوة الإلزامية للتوصية :

إن طبيعة توصية التي يصدرها الموفق لا تتمتع بأية قوة إلزامية مالم تحضي بالقبول، ويكون أثرها القانوني معنوياً استثنائياً ولا يتمتع بأية صفة كانت قضائية ام غير قضائية، لأن أساسها هو سلطان الإرادة الذي يتمتع به طرفي النزاع، فهي لا تعد قراراً ولا حكماً، ولا تتمتع بحجية الأمر المقضي(28) أما في الحالة التي يوقع فيها طرفي النزاع على التوصية وقيام الموفق بتصديقها من القاضي، فإنها تتمتع بالقوة الملزمة للعقد، ، وعلى ذلك يتأسس التزام طرفي النزاع بالتوصية وتنفيذها على أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد بعد توقيعها من قبل طرفي النزاع وتصديقها من القاضي المختص(29) .
أما مسألة نفاذ اتفاق التسوية فذكرته المادة (14) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري بأنه : " إذا أبرم الطرفان اتفاقاً يسوي النزاع كان ذلك الاتفاق ملزماً وواجب النفاذ " (30) .

إن التوفيق من الوسائل البديلة في حل المنازعات بين الأطراف وهي فكرة قديمة عرفتها الشعوب منذ تاريخٍ قديم جداً , لكن فقهاء القانون الحديث خصوصاً في الولايات المتحدة الأمريكية حولوها إلى فكرة مرنة قابلة للتطوير والتعديل بما يخدم أطراف النزاع من جهة، ويخدم رفع الضغط عن المحاكم من خلال تقليل الدعاوى التي يرفعها الناس يومياً إلى القضاة من جهة أخرى. هذه الفكرة قائمة على تقليل التكاليف المالية، السرعة في حل النزاع , والسرية بما يحفظ أسرار الخصوم – وفي الثلاثين سنة الماضية اهتمت الجامعات الأمريكية بتدريس وتطوير الوسائل البديلة في حل المنازعات، وأصبحت الولايات المتحدة الأمريكية هي الرائدة في هذا المجال القانوني .

كذلك فإن المهم في استخدام وسيلة التوفيق في حل النزاعات سيرفع عن كاهل القضاء الكثير من الدعاوى التي يمكن حلها بعيداً عن المحاكم، وبذلك سيوفر الوقت الكافي للقضاة في تطوير عمل المحاكم من جهة و استخدام الوقت في إصدار أحكامهم في القضايا المهمة الأخرى من جهة ثانية وإن تطوير الوسائل البديلة لتسوية النزاعات هو أكثر من تطوير في الأسلوب، إنه يظهر في الواقع الحاجة إلى تغيير عميق في النظام القضائي المعاصر، ينقلنا هذا التغيير من القانون المفروض إلى القانون القابل للمفاوضة، وهذا يعتبر نهاية للدولة صاحبة النفوذ القوي التي تكون فيها القوانين والأنظمة الوسائل الوحيدة والمفضلة لتسوية النزاعات، فنحن أصبحنا نعيش في عالم يعطي أهمية كبرى للعقد .

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), op, p1 , (27)

A11

(4) انظر: د./ إبراهيم نجار , الأساليب البديلة لتسوية المنازعات في قانون العقود اللبناني , ندوة القانون المقارن, دمشق, 1996, ص178.

(1) انظر: د./ خيري عبد الفتاح البتانوني, مصدر سابق, ص212.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), op, p1 , (30)

A14.

المطلب الثاني

الوساطة كطريق لحل المنازعات في عقود التجارة الدولية والطرق السلمية

تعد الوساطة من الوسائل الجيدة لتسوية منازعات التجارة الدولية لما تتمتع به من مرونة كبيرة وسرية تامة ، فهي المحرك والطريق الأول لإيجاد حل توافقي بين الأطراف المتنازعة وباتت في الوقت الحاضر من أكثر الوسائل الودية المستخدمة في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، وبدأ تنامي دور الوساطة مع تنامي إبرام عقود التجارة الدولية في ظل الانفتاح العالمي على التجارة وعقود الاستثمار وللتعرف على الوساطة كطريق ودي لحل المنازعات في العقود التجارية النموذجية والتي يحرص واضعوها على صياغتها بشكل متقن ووضع كافة الحلول للمشاكل التي يتوقعون حدوثها في المستقبل وطرق تسويتها من خلال إدراج طرق تسوية المنازعات ضمن بنود العقد . وغالباً ما يركن الطرفان إلى اللجوء إلى الوسائل الودية لحل المنازعات التي تحدث بينهما أولاً ضماناً لاستمرار العلاقة التعاقدية وحفاظاً على مصالحهم المشتركة ولتجنب كثير من التعقيدات وكسباً للوقت . لذا سوف نحاول أن نبين مفهوم الوساطة وإجراءاتها في تسوية منازعات التجارة الدولية وكما يلي :

الفرع الأول : ماهية الوساطة وطبيعتها القانونية

للتعرف على بيان ماهية الوساطة وطبيعتها القانونية لابد لنا من أن نتناولها في فقرتين ، نتناول في الفقرة الأولى ماهية الوساطة وفي الفقرة الثانية طبيعتها القانونية .

أولاً : ماهية الوساطة

الوساطة هي أحد الطرق السلمية لحل منازعات عقود التجارة الدولية ويلجأ إليها المتخاصمون لما تتمتع به من مميزات كثيرة ، لذا سنحاول أن نبين تعريف الوساطة ومميزاتها كلاً في فقرة مستقلة وكما يلي :

1- تعريف الوساطة

عرفت الوساطة بتعاريف متعددة ، فقد عرفها البعض بأنها _السعي لدى الأطراف المتنازعة عن طريق طرف يسمى الوسيط من أجل تسوية النزاع الناشئ بينهما ، والوصول إلى اتفاق تقبل به الأطراف المتنازعة ، ويقضي ذلك أن يقدم الوسيط اقتراحات وتوصيات تقبل بها الأطراف المتنازعة(1) .

وعرفت أيضاً بأنها (وسيلة للتفاعل بهدف الوصول إلى اتفاق)(2) . وعرفت أيضاً بأنها (وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات يلجأ إليها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف عن طريق محضر طلبات الأطراف ، ويساعدهم في التفاوض لحسم النزاع)(3) .

وعرفت أيضاً بأنها (وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل طرف ثالث نزيه وحيادي ومستقل يزيل الخلاف القائم وذلك باقتراح حلول عملية ومنطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين بهدف إيجاد صيغة توافقية وبدون أن يفرض عليه حلاً أو يصدر قراراً ملزماً)(4) . ونرى أن أفضل تعريف للوساطة بأنها (عملية تفاوض اختيارية تقوم على التيسير ويتولى إدارتها وسيط مدرب بهدف مساعدة الطرفين على تسوية منازعاتها)(5) .

(1) د. محمد علي عبد الرضا عفلوك ، الوساطة في حل النزاعات بالطرق البحرية في التشريع العراقي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد/ 2 ، 2015 ، ص193 .

(2) حمزة محمد دياب ، التحكيم في المنازعات التجارية البصرية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجامعة اللبنانية ، 2016 ، ص26 .

(3) د. صفاء تقي عبد نور ، مصدر سابق ، ص50 .

(4) د. يوسف عبد الهادي ، مصدر سابق ، ص106 .

2- مميزاتها

برزت أهمية الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات في عقود التجارة الدولية في الوقت الحاضر لما تتمتع به من مميزات كثيرة والتي سوف نبين بعض منها فيما يلي :

أ- المرونة

تعدّ الوساطة من أكثر الوسائل (القضائية وغير القضائية) مرونة في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية على اعتبار أنها لا تفرض حلاً على الأطراف وتفتح المجال أمام مناقشة حلول جيدة تخدم مصالح الأطراف المتنازعة جميعاً وتتجاوز كل المشاكل التي حدثت في وقت سابق وتحقق الفائدة المشتركة حتى قال عنها أحدهم أن (الوساطة تخرج بياض ضيق القضاء إلى رحابة الرضاء)⁽¹⁾ .

ب- الحفاظ على علاقات الطرفين

من المميزات المهمة والتي تجعل الأطراف المتنازعة يلجؤون إلى الوساطة هي محافظتها على العلاقات الودية بين الطرفين المتنازعين ذلك كون جلساتها سرية . بالإضافة إلى أن هنالك بعض العلاقات التجارية ذات خصوصية ، لذا فإن الوساطة هي الوسيلة المثالية لتسوية المنازعات وخاصة المنازعات التجارية ذات الطابع الاستثماري وكذلك فإن الوساطة تلعب دوراً كبيراً في تعزيز الثقة بين الطرفين وعدها أحدهم بأنها اللمسة السحرية لحل النزاعات العقدية)⁽²⁾ .

ج- السرعة

تستغرق جلسات الوساطة فترة أقصرها ما هو موجود في التحكيم فقد يحسم النزاع خلال فترة من يوم واحد إلى ثلاثة شهور في أغلب الأحيان على العكس مما هو موجود في القضاء الذي قد يستغرق إنهاء الخصومة في وقتاً طويلاً قد يضر إضراراً بليغاً بمصالح الطرفين الاقتصادية وخاصة إذا ما تغيرت أسعار المواد وسعر الصرف اللذان يعدان عاملان مهمان في مجال التجارة الدولية ، لذا فإن سرعة إنهاء النزاع تخدم الطرفين المتنازعين وخاصة منازعات عقود التجارة الدولية ذات الطابع الاستثماري)⁽³⁾ .

د- السرية

إذا كان المبدأ العام في القضاء الوطني هو علانية التقاضي سواءً أكان في الإجراءات أو في إصدار الأحكام فإن العكس تماماً ما هو ما موجود في الوساطة حيث إن تسوية منازعاتها تكتنفها السرية التامة وخاصة في المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي يجب أن تكون السرية في عمل المصالحة موجودة وهذا ما أشارت له الاتفاقيات الدولية بشكل صريح⁽⁴⁾ . وهذا ما أكده المركز الدولي لتسوية المنازعات في الولايات المتحدة الأمريكية في المادة العاشرة من إجراءات تسوية المنازعات الدولية لعام 2014⁽²⁾ .

(5) لويز أوتيس ، أنا بيونارو ، الوساطة والحوكمة الرشيدة ، ص7 ، على الموقع الإلكتروني :

www.gafi.gov.eq .

(1) وليد عثمان ، الوساطة خصمان رابحان ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني :

www.Suuralawfirm.com . ص2 .

(2) عمر جمال الدين إبراهيم ، الوساطة – اللمسة السحرية ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني :

www.gafi.gov.eq .. ص21

(3) وليد عثمان ، مصدر سابق ، ص2 .

(4) د. ارزيل الكاضنه ، مكانة الوساطة في تسوية منازعات التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد/ 1 ، العدد/ 46 ، 2016 ، ص32 .

(2) المادة (10) (1) - يجب على الوسيط عدم إفشاء المعلومات السرية التي يتم الإفصاح بها لأحد الأطراف أو غيرهم من المشاركين (الشهود) في سياق الوساطة ، مع مراعاة القوانين المطبقة ، أو امتنان الأطراف ، يجب

هـ : التكلفة

تعد الوساطة من اقل وسائل تسوية المنازعات كلفة . وهذا يعود إلى أن الوساطة لا تستغرق وقتاً طويلاً . حيث تشير قواعد الأونسيترال للوساطة لعام (2020) في المادة الثانية منها إلى أن الوساطة تبدأ في اليوم الذي يتفق فيه الأطراف في المنازعة على الدخول في إجراءات عملية الوساطة .

لذا فإن عامل الوقت له دور مهم في تكلفة إنهاء النزاع ، ومن هنا برزت الوساطة كونها وسيلة بسيطة لحل النزاعات بأقل وقت وأقل كلفة . إذ أن الأطراف لن يخسروا شيئاً إذا ما حاولوا استخدام هذه الوسيلة في حسم نزاعاتهم ، خاصة إذا كانت الظروف الاقتصادية تستدعي عدم تصعيد الخلافات وإهدار الجهد والوقت والمال⁽³⁾ .

ثانياً : الطبيعة القانونية للوساطة

الوساطة هي عملية اتفاقية على إنهاء النزاع بطريقة ودية . أي تتم برضا الطرفين الغرض منها إنهاء النزاع الحاصل بين الطرفين بإرادتهما المنفردة⁽¹⁾ . وترتكز الوساطة على قدرة الطرفين على اتخاذ القرار . وهذا يعني حق أطراف العلاقة التعاقدية في اتخاذ قرار اللجوء إلى الوساطة كطريق لإنهاء النزاع الحاصل بينهم دون إكراه . فيما يتعلق بالتسوية المحتملة لأي مسألة محل خلاف وهذا هو أحد المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها الوساطة⁽²⁾ .

وبما أن التسوية هي وسيلة اختيارية لحل المنازعات التجارية فغالباً ما يرد شرط في العقد شرط ينص على حل النزاعات بطريق الوساطة⁽³⁾ . وقد ذكرت قواعد المركز الدولي لحل المنازعات لعام 2014 أن اتفاق الوساطة يتم بين الطرفين بطريق الكتابة على إحالة النزاعات للوساطة . وإن القرارات التي تصدر من الوسيط هي قرارات غير ملزمة يحق للأطراف الالتزام بها أو عدم الالتزام بها طبقاً لمدى فاعليتها وإيجادها لصيغة توافقية⁽⁴⁾ .

لذا يمكن القول بأن التسوية عمل رضائي اتفاقي غير ملزم بخلاف ما إذا كانت طبيعتها عقدية أو قضائية فإن عدم الالتزام بها أو عدم ما يصدر عنها يعرض هذا الطرف للمسائلة القانونية . وقد أشارت الفقرة (أ) من المادة (9) من مشروع قواعد الأونسيترال للوساطة الصادرة من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 2020 إلى حق أي طرف في إنهاء الوساطة من خلال إعلان رغبته في ذلك بإعلان يوجهه إلى الأطراف الأخرى والوسيط⁽⁵⁾ .

الفرع الثاني : التمييز بينها وبين التحكيم والتنظيم العدلي

لغرض بيان التمييز التحكيم والوساطة بيان التنظيم الحالي والوساطة في ميدان التجارة الدولية سوف نتناولهما في مفردتين ، فنتناول في الفقرة الأولى التمييز بين التحكيم وفي الفقرة الثانية التنظيم الدولي للوساطة في عقود التجارة الدولية وكما يلي :

أولاً : التمييز بين الوساطة والتحكيم

على الوسيط أن يحافظ على سرية جميع المعلومات وكافة السجلات والتقارير وغيرها من المستندات التي حصل عليها من خلال توليه مهامه كوسيط .

(3) د. محمد عبد الرؤوف ، الوساطة الوسيلة الأمثل لتسوية الخلافات الناشئة عن عقود التجارة والاستثمار ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني : www.gafi.gov.eg ص 16 .

(4) عبد الحنان ، محمد العيسى ، حركة الوسائل البديلة لتسوية المنازعات لتحقيق مقاصد الشريعة ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات ، الإسكندرية ، المجلد / 5 ، العدد / 33 ، بلا سنة نشر .

(2) د. جان فرانسوا روبيرج ، مصدر سابق ، ص 29 .

(3) فاطمة فتحي خليفه ، الوساطة في منازعات الاستثمار ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني :

www.gafi.gov.eg ص 32 .

(4) يوسف عبد الهادي ، مصدر سابق ، ص 103 .

(5) المادة (9) من قواعد الأونسيترال للوساطة نصت على (تنتهي عملية الوساطة بأي مما يلي : ب. إصدار أحد الأطراف إعلاناً موجهاً إلى الأطراف الأخرى والوسيط في حالة تعيينه يفيد بعدم رغبته في الاستمرار بعملية الوساطة ...) .

الوساطة أكثر فعالية في التحكيم , لأن الهدف الرئيسي منها لا يقتصر على مجرد تطبيق النصوص القانونية على النزاع المعروف وإنما يمتد إلى المحافظة على علاقات العمل والمصالح المفترقة بين الطرفين , كذلك فإن الوساطة تخلق حلاً مريحاً للطرفين (حلاً توافقياً) , وكذلك تتميز الوساطة بسهولة إجراءاتها وقصر وقف إنهاء النزاع , وتتم الوساطة بطريقة شفافة ومعظم مقترحات وقرارات الوساطة يقبلها الطرفان خجلاً واستحياءاً من الوسيط وإشفاقاً بهيبته , كي لا يخبوا مسعاه(1) .

وقرارات الوسيط غير ملزمة للأطراف المتنازعة الحدية في قبولها أو رفضها , كذلك فإن قرار الوسيط يمكن تنفيذه مباشرة دون الحاجة إلى قرار من المحكمة لذا فإن بعض من الفقه يسميها بالمصالحة(2) .

أما التحكيم فهو طريق خاص للتقاضي بموجبه تعترف الدول الحديثة للأفراد أو الهيئات غير قضائية بسلطة الفصل في المنازعات في ميدان العقود الدولية وقرارات التحكيم تكون ملزمة للطرفين , حيث أن قرار التحكيم بعد صدوره يحوز قوة الشجاعة المقضي به ولا يجوز الاعتراض عليه كما هو الحال بالوساطة .

فإرادة الطرفين في الوساطة يكون لها دوراً أكبر مما هو عليه الحال في التحكيم ونفقات التحكيم تكون باهظة إذا ما قورنت بنفقات الوساطة كذلك من ناحية الوقت فإن وقت المصالحة قد لا يتجاوز ثلاثة أشهر ابتداءً من يوم الاتفاق إلى بدء الإجراءات .

ويكون دور القاضي في حسم النزاع في التحكيم بموجب حكم التحكيم الذي يكون ملزماً للأطراف سواء أصدق من قبل هيئة التحكيم أو من قبل المحكمة(1) .

لذا نرى في الوساطة الطرفين الأمثل لفض منازعات التجارة الدولية خاصة في العقود النموذجية التي غالباً ما يستهدف الطرفان المتعاقدان تسهيل الإجراءات وعدم تعقيدها وخاصة إذا ما علمنا أهمية العقود التي بموجبها والتي للعامل الاقتصادي والسياسي دور كبير فيه فإنه تغير جانب من هذه الجوانب يثر سلبياً على أحد طرفي العلاقة أو كلاهما .

لذا فمن الضروري لهما أن يختارا الطرف الأفضل من حيث الوقت والجهد والاقتصاد بالوقت والابتعاد عن تعقيدات القوانين والمحاكم .

ثانياً : التنظيم الدولي للوساطة

أدركت الكثير من الدول والمنظمات الدولية أهمية الوساطة كطريق أقل لحل نزاعات العقود التجارية الدولية , فقد صدر عن لجنة القانون التجاري الدولي العديد من القواعد بهذا الشأن , كان أولها قواعد الاونسيترال للتوفيق عام 1980 التي تضمنت مجموعة من القواعد الإجرائية الموحدة لتسيير إجراءات الوساطة والتوفيق على الصعيد الدولي .

ومع تعاظم دور الوساطة في حل منازعات العقود التجارية الدولية فقد قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بإصدار قانون الاونسيترال النموذجي لعام 2002 والذي عدل بقانون الاونسيترال المتعلق بإتقان الوساطة التجارية الدولية واتفاقيات السنوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام 2018 , والذي يعد مكملاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقيات السنوية الدولية المنبثقة عن الوساطة والذي فتح الباب على التوقيع عليها في سنغافورة عام 2019 ,

(1) شريف النجحي , أحمد حمدان , مستقبل الوساطة في الوطن العربي , مقال منشور على الموقع (www.gafigov.ej) .

(2) د. صفاء تقي عبد نور , مصدر سابق , ص 50 .

(1) د. محمد علي عبد الرضا , مصدر سابق , ص 194 .

وهذه الاتفاقية سوف تدعم تعزيز استخدام الوساطة وتسهيل وتسيير إمكانية الوصول إلى حل عادل وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ عام 2020⁽¹⁾.

ثم صدر بعد ذلك مشروع قواعد الاونسيترال للوساطة من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ومقرها في نيويورك عام 2020 والذي اهتم بشكل كبير في الوساطة ونظم أحكامها بدقة كبيرة⁽²⁾.

وقد تناولها المركز الدولي لتسوية منازعات رهن خلال إجراءات تسوية المنازعات والتي مقر الولايات المتحدة الأمريكية لعام 2014 حيث بين كافة الإجراءات الخاصة بها في ثمانية عشر مادة⁽³⁾، ونظمت تشريعات بعض الدول أحكام الوساطة ضمن تشريعاتها ومن بينها التشريع الألماني، وتوصيات المؤتمر الوطني بشأن القوانين الموحدة في الولايات المتحدة الأمريكية، وتوصيات البرلمان الأوروبي بشأن استصدار تنظيم العمل بقوانين الوساطة في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي⁽⁴⁾.

أما على الصعيد العربي فقد أكدت على الوساطة كبديل لإجراءات السنوية المنظمة العالمية للملكة الفكرية (الويبو) لعام 2004 في الفقرة الثالثة من فقرات ندوة الويبو المتخصصة لتسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية في اليمن⁽⁵⁾، وقد نظمها القانون الأردني رقم (12) لسنة 2006 والقانون البحريني رقم (22) لسنة 2019 والقانون الإماراتي رقم (6) لسنة 2021 وتناولها المشرع المصري في القانون رقم (11) لسنة 2018.

هذا فضلاً عن إنشاء مراكز لتنظيم الوساطة في باريس لعام 2014، وأصدرت محكمة تحكيم لندن قواعد الوساطة في عام 2018 وحدثتها في عام 2020.

وهي تدل على فعالية الوساطة كطريق لحل نزاعات العقود الدولية في ميدان التجارة الدولية التقرير الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 2020 ومركز تسوية منازعات المستثمرين لعام 2020، عدد القضايا التي تم حسمها عن طريق الوساطة تجاوزت 80% على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا.

وأخيراً لا بد لنا من القول بأن الوساطة هي الطريق الأمثل لحل المنازعات في ميدان عقود التجارة الدولية لما تتمتع به من مميزات وإقبال المجتمع الدولي على إتباعها بشكل كبير.

الفصل الثاني

التحكيم وسيلة ودية لحل منازعات العقود التجارية النموذجية الدولية

يلعب التحكيم دوراً كبيراً في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية حيث أن اللجوء إلى شرط التحكيم كوسيلة لحل النزاعات العقدية يعد أكثر الآليات فعالية، بل ضرورة تفرضها معطيات العمل التجاري الدولي وخاصة في الوقت الحاضر بسبب الانتشار الواسع للعقود الدولية وخاصة النموذجية منها، لماله من خصائص وفوائد كثيرة قياساً بالنسبة إلى القضاء من اختصار

(1) وليد عثمان، مصدر سابق، ص 4.

(2) الوثيقة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 2020، والتي تضمنت ثلاثة عشر مادة قانونية.

(3) المركز الدولي لتسوية المنازعات، الولايات المتحدة الأمريكية، 2014.

(4) د. إيمان منصور، السرية في الوساطة التجارية، مقال منشور على الموقع (www.gufi.gov.gy).

(5) المنظمة العالمية للملكة الفكرية، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، 2004، ص 10.

للوقت وبساطة في الإجراءات فيلجأ إليه أطراف العلاقة العقدية لتفادي الإجراءات الطويلة التي يتطلبها القضاء من اختصاص المحاكم والمدد والمواعيد وغيرها من الإجراءات القضائية , وأصبح التحكيم يحظى بالقبول لدى أغلب دول العالم ليس فقط على كون التحكيم هو الوسيلة الأفضل لكل النزاعات الناشئة في إطار العلاقات العقدية وإنما كحافز ضروري نتيجة هذه العلاقات وتطويرها وبما يعود بالنفع على الدول وعلى الأفراد , كما أن نظام التحكيم يمنح أطراف النزاع القدرة على وضع إجراءات التسوية بما يناسبهم بالإضافة إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع , أما عن فائدة التحكيم للاستثمارات التي تعد عامل تطور لكثير من البلدان وخاصة البلدان النامية مثل العراق فإنه يعد عامل جذب للاستثمارات والشركات الأجنبية , حيث يوفر التحكيم لهذه الشركات ضمانات قد لا تحصل عليها إذا طبقت على علاقاتها التعاقدية قواعد التقاضي أمام المحاكم , وما يشهده العراق اليوم من نهضة كبيرة في مجال الاستثمار النفطي وغيره . واتجاه الإنتاج لتحرير العقود من سطوة القوانين الوطنية ومنح ضمانات كافية للأطراف المتعاقدة وحرية في اختيار القانون الذي يطبق على عقودهم أو كيفية حل النزاعات التي تحدث أثناء تنفيذ العقد ومنها اللجوء إلى التحكيم .

ولابد من القول هنا أن الدول المتقدمة والشركات متعددة الجنسيات أصبحت تعيش مناخ الاستثمار في معظم الدول وخاصة الدول النامية المتمثلة بالدول العربية بمدى تطور نظم وقوانين التحكيم فيها , فإذا كانت نظم وقوانين الاستثمار متطورة ومواكبة لأحدث النظم العلمية والاتفاقات والمعاهدات الدولية التي تحكم مسائل التحكيم , فإنها تكون ضمن الدول الموجبة أو الجاذبة للاستثمار والمشجعة له , أما إذا كانت نظم وقوانين التحكيم في هذه الدول غير مواكبة لما هو عليه الحال عالمياً , فإنها تكون طاردة للاستثمار وغير مرحبة به , ويقوم التحكيم على فكرة حق الأطراف في الاتفاق فيما بينهم على إبعاد عقودهم عن القوانين الوطنية وإخضاعها إلى قضاة يختارونهم بأنفسهم ويرضون طواعية بأن يفرض عليهم ما يصدر من قبل هيئة التحكيم من أحكام وفي هذا فإن التحكيم يختلف عن القضاء في أن الدولة هي التي تعين القاضي وتلزم الأفراد بالتقاضي أمامه والقبول بما يصدر عنه من أحكام , أما في التحكيم فإن أطراف العلاقة العقدية هم الذين يختارون القضاة ويلزمون أنفسهم بتنفيذ ما يصدر عنهم من أحكام ولهذا يعد التحكيم في الوقت الحاضر قضاءً خاصاً ولأهمية الكبيرة التي يحظى بها التحكيم في نطاق العقود الدولية وخاصة النموذجية منها والتي ذاع انتشارها في معظم التعاملات التجارية سوف نتناول التحكيم بشيء من التفصيل وذلك في بحثين , نتناول في المبحث الأول مفهوم التحكيم ومصادره وفي المبحث الثاني إجراءات التحكيم وآثاره وكما يلي :

المبحث الأول

مفهوم التحكيم ومصادره

لغرض بيان مفهوم التحكيم ومصادره لا بد لنا من أن نتناوله في مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم التحكيم وفي المطلب الثاني مصادره كلاً في مطلب مستقل وكما يلي :

المطلب الأول

مفهوم التحكيم

ظهر التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي تحدث في عقود التجارة الدولية بعد أعقاب الحرب العالمية الأولى (1914-1918) والتي أدت إلى فقدان الثقة في مجال التعاملات التجارية إضافة إلى ما خلفته من دمار في جميع جوانب الحياة , وقد كان للتحكيم دور حيوي في إعادة الثقة والاطمئنان بين المتعاقدين لدفع عملية التجارة الدولية وبعد انعقاد مؤتمر فرساي للسلام في مدينة باريس عام 1919 أنشأت غرفة التجارة الدولية⁽¹⁾ .

وفي ذات العام أنشأت غرفة التجارة الدولية بباريس , وتم الاتفاق على إنشاء مركز للتحكيم التجاري الدولي يهدف لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والشركات التجارية الدولية وعلى أثرها صدر أول نظام قانوني للتحكيم التجاري الدولي عام 1923 من خلال حث عصابة الأمم المتحدة على إصدار بروتوكول جنيف الذي أكدت مادته الأولى على تعهد كل دولة متعاقدة بالاعتراف بشروط التحكيم ومشاركات التحكيم في المعاملات التجارية الدولية الخاصة ... بعد ذلك نجحت الغرفة في قيام عصابة الأمم المتحدة بإصدار اتفاقية جنيف عام 1927 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية .

وفي عام 1976 قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) بإعداد مجموعة متكاملة لقواعد التحكيم التي تطبقها مراكز التحكم في الوقت الحاضر وفي عام 1985 , قامت لجنة الأمم المتحدة بإصدار قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي , حيث استعانت غالبية الدول⁽¹⁾ بأحكامه عند وضع تشريعات منظمة للتحكيم , بعد أن بينا في أعلاه نبذة

(1) غرفة التجارة الدولية : هي مؤسسة غير حكومية تهدف إلى رعاية مصالح المتعاقدين في التجارة الدولية من شركات خاصة في كل دول العالم .

(1) حيث نصت المادة (4/27) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 على أنه (إذا كان أطراف النزاع خاضعين لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيه الالتجاء إلى التحكيم وفق القانون الذاتي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً) , وكذلك أشارت المادة (1/11) من البند (2) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 إلى اللجوء إلى التحكيم الدولي في شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم حيث نصت المادة السابعة الذكر على أنه (لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك

بسيطة عن تاريخ التحكيم , لابد لنا أن نبين ما المقصود بالتحكيم وما هي طبيعته القانونية وذلك في الفرعين التاليين , حيث سنحاول أن نبين تعريف التحكيم في الفرع الأول وطبيعته القانونية وأنواعه في الفرع الثاني :

الفرع الأول : تعريف التحكيم وطبيعته القانونية

لغرض بيان تعريف التحكيم وطبيعته القانونية سوف نتناولها في فقرتين , الفقرة الأولى نتناول فيها تعريف التحكيم أما في الفقرة الثانية فسوف نتناول فيها طبيعته القانونية وكما يلي :

أولاً : تعريف التحكيم

عرف التحكيم بتعاريف متعددة من قبل فقهاء اللغة وفقهاء القانون لذا سوف نتناول التعريف اللغوي من قبل علماء اللغة ثم التعريف الاصطلاحي من قبل فقهاء القانون وكما يلي :

1- تعريف التحكيم لغة :

التحكيم في اللغة العربية : مشتق من كلمة (حَكَمَ بصيغة الماضي وصيغة الأمر (إحکم) وحكماً : فيقال حكم له وحكم عليه وحكّم فلاناً : منعه عما يريد وردّه , (حَكَّم) فلاناً في الشيء والأمر أي جعله حكماً⁽²⁾ .

واحتكم الخصمان إلى الحاكم أي رفعوا خصومتها إليه أو تحاكما : احتكما , الحُكْم من أسماء الله تعالى والحَكْمُ : الحاكم⁽³⁾ .

وورد في القرآن الكريم قوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم لا حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً)⁽¹⁾

وقوله تعالى (وأن خفتن شقاقاً بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها)⁽²⁾ , وقوله تعالى : (أَفَعَيِّرُ اللهَ أبتغي حكماً ..)⁽³⁾ .

أما في اللغة الفرنسية : فإن أصل كلمة التحكيم مشتق من كلمة (Arbitrare) وتعني التدخل , وهي مشتقة من النبيل حكم , والحكم بصفته حكم والتحكيم في خلاف , أو نزاع أو الفصل فيه وتعني تسوية الخلاف , أو الحكم التحكيمي صادر من شخص أو أكثر من ذلك والذي قرر أطراف النزاع اللجوء إليه لحسمه⁽⁴⁾ .

في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحل النزاع) .

(2) ابن منظور , لسان العرب المحيط , المجلد الأول , بيروت , دار لسان العرب , بلا سنة نشر , ص 688 .

(3) إبراهيم مصطفى , المعجم الوسيط , ج 1 , القاهرة , مطبعة مصر , 1960 , ص 189 .

(1) الآية (65) من سورة النساء .

(2) الآية (35) من سورة النساء .

(3) الآية (114) سورة الأنعام .

(4) سارية النور عثمان حسن , الرسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة النيلين , السودان , 2018 , ص 52 .

2- تعريف التحكيم اصطلاحاً :

عرف التحكيم بتعاريف متعددة من قبل الفقهاء , فقد عرفه الفقيه (دافير رينيه) بأنه (نظام يرمي إلى إعطاء حل لمسألة محل اهتمام لعلاقات بين شخصين أو أكثر , يتولاه شخص أو أكثر – محكم أو أكثر من محكم – يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة)⁽⁵⁾ .

و عرف أيضاً بأنه (النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض إرادتهم)⁽⁶⁾ .

وقد عرف أيضاً بأنه (اتفاق الخصوم على تولي رجل أو أكثر , أملاً في أن يفصل فيما تنازعا بحكم الشرع , دون القاضي المولى) . و عرف أيضاً بأنه (اتفاق الأطراف على تفويض المحكم سلطة حسم النزاع بحكم ملزم وقابل للتنفيذ)⁽¹⁾ .

و عرفه الفقيه الفرنسي (Robert) بأنه (نظام للقضاء الخاص تقصى فيه خصومة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها)⁽¹⁾ .

أما موقف التشريعات من تعريف التحكيم , فإن المشرع العراقي لم يعرف التحكيم في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 بالرغم من تناول أحكامه في المواد (251-276) . أما مقترح قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة 2011 فقد عرف التحكيم في المادة (1/1) بأنه (أسلوب يختاره أطراف النزاع لمحلّه من محكم أو أكثر بدلاً من اللجوء للقضاء) .

في حين عرفت المادة (10) من قانون رقم (27) لسنة 1994 اتفاق التحكيم بأنه (اتفاق الطرفين على التجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أو غير عقدية) .

أما المشرع الفرنسي فلم يعرف التحكيم إلا أنه تناول أحكامه بشيء من التفصيل في قانون التحكيم الفرنسي رقم (48) لسنة 2011 في (85) مادة قانونية من المادة (1442-1527) .

(5) د. حنان عبد العزيز مخلوف , العقود الدولية , منشور على الموقع الإلكتروني www.pdfactory , 2010 , ص 66 .

(6) سارية النور عثمان حسن , مصدر سابق , ص 53 .

(1) د. أو الخير عبد العظيم , التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي , المركز القانوني للإصدارات القانونية , القاهرة , ط 1 , 2017 , ص 29 .

(2) د. محمود الكيلاني , عقود التجارة الدولية في نقل التكنولوجيا , مجموعة الرسائل العملية , دار عبير الكتاب , القاهرة , 1988 , ص 503 .

من ما تقدم يمكن القول بأن التعريف المختار للتحكيم هو (نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على العهد إلى شخص أو أشخاص آخرين بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي به) (3).

ثانياً : الطبيعة القانونية للتحكيم :

اختلف الفقهاء في بيان الطبيعة القانونية للتحكيم فهل أن التحكيم ذو تعاقدية أم طبيعة قضائية أم الاثنين معاً؟ فالتحكيم يتضمن كلمتين رئيسيتين هما : الاتفاق الذي يبرمه طرفا النزاع و ثانيهما الحكم الصادر من هيئة التحكيم , لذا فإن هنالك ثلاث نظريات تبين لنا الطبيعة القانونية للتحكيم ولكل منها أنصارها وحججها وكما يلي :

1- الطبيعة العقدية للتحكيم :

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية كونه عقداً رضائياً ملزماً بجانبيين يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة كما أن مصدر سلطة هيئة التحكيم هو إرادة الأطراف المتخاصمة ورضائهم عن التحكيم وما يصدر من أحكام .

وجوهر هذه النظرية أن التحكيم هو من عمل إرادة الأطراف , فهو تراضي أو اتفاق أو عقد ينشأ عن نظام التحكيم (1) , ويستند أنصار هذا الرأي إلى حجج عديدة أهمها : إن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف في التصالح عن طريق إحلال شخص ثالث (المحكم) يحظى بقبولهم وتقديرهم والقبول بالحكم الصادر منه (2) .

وأنة باتفاق الأطراف على التحكيم فإنهم يتنازلون عن الدعوى ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم وهي بذلك لا يمكن أن تكون سلطة قضائية , إذ إنها تقوم على إرادة ذوي الشأن (3) , كذلك فإن القضاء يهدف إلى تحقيق مصالح عامة في حين أن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة بأحداث عقد التحكيم .

وقد أيدت محكمة النقض المصرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم بقولها (إن التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية) (4) .

أما في فرنسا فقد أكد بعض الشراح على أن التحكيم يعد طريقاً خاصاً للتقاضي ذو أساس اتفاقي ذلك في معرض تعليقهم على المادة (1477) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد , وعلى الرغم

(3) رواء يونس محمود النجار , النظام القانوني للاستثمار الأجنبي , دار الكتب القانونية , مصر , الإمارات , 2012 , ص 330 .

(4) رواء يونس محمود النجار , مصدر سابق , ص 331 .

(2) أشرف خليل روية , الطبيعة القانونية لعقد التحكيم , مقال منشور على الموقع الإلكتروني (www.startimes.com) , 2009 .

(3) د. أبو الخير عبد العظيم , التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي الدولي , منشورات المركز القومي للإصدارات القانونية , القاهرة , ط1 , 2017 , ص 41 .

(4) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (س22ق , 179) في 16/2/1971 .

من أن قضاء النقض الفرنسي اشتهر في العديد من أحكامه على اعتناق الطبيعة التعاقدية للتحكيم إلا أن القضاء الفرنسي لم يؤكد هذه الطبيعة إلا في أحكام معدودة⁽²⁾ .

2- الطبيعة القضائية للتعليم

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية , فهم ينظرون إلى التحكيم من خلال عمل المحكم نفسه , لأن المحكم يقوم بعمل قضائي بحت , وأن أطراف العلاقة العقدية حينما يلجئون إلى التحكيم يكونون ملزمين بالرضوخ إلى حكم التحكيم , بحيث يصبح التحكيم بديلاً عن القضاء⁽³⁾ .

وبهذا فإن التحكيم يستجمع كل عناصر العمل القضائي وهي الادعاء والخصومة , وأن حكم التحكيم يتشابه مع حكم القاضي من حيث المضمون والشكل والآثار , وأن المركز القانوني للمحكم يشبه المركز القانوني للقاضي , ويستدل أصحاب هذا الرأي على صحة إدعائهم بأن التحكيم هو قضائي استثنائي مستثنى من الأصل العام في التقاضي أمام المحاكم التي نضمها القانون , وإذا وقعت الدعوى من قبل أحد الأطراف أمام المحكمة المختصة كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم الاختصاص لأن المحكمة في هذه الحالة ستنتظر دعوى من اختصاص هيئة المحكمين كذلك فإن حكم المحكم شأنه شأن الحكم القضائي من حيث حيازته لحجية الشيء المقضي به⁽¹⁾ , ويبدو أن هذا الموقف هو ذاته في قانون المرافعات المدنية العراقي الذي يساوي بين الحكم الذي يصدره المحكم وبين الحكم الذي يصدره القاضي في المادة (275) من حيث طرق الطعن⁽²⁾ .

ومما يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم ما دأبت عليه معظم قوانين دول العالم حق إطلاق اصطلاح الأحكام على الأحكام القضائية وأحكام المحكمين على حد سواء , وهذا بالفعل ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدني الجديد من إطلاق لفظة محكمة التحكيم على المحكمين⁽³⁾ .

3- الطبيعة المختلطة للتحكيم :

يرى بعض الشراح أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مركبة ذلك لأن الأخذ بالطبيعة العقدية أو بالطبيعة القضائية كلاً على انفراد يثير الكثير من المشاكل والصعوبات عند التطبيق , فالتحكيم

(2) د. أشرف خليل دوية , مصدر سابق .

(3) عبد الله محمد المحاميد , القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة الشرق الأوسط , 2001 , ص 24 .

(1) رواء يونس محمود النجار , مصدر سابق , ص 331 .

(2) انظر المادة (55) من قانون المرافعات المصري رقم (27) لسنة 1994 , والتي نصت على أن (تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون) .

(3) المادة (275) من قانون المرافعات العراقي الحالي نصت على أن (الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً لإرادة السالفة الذكر غير قابل للاعتراض وإنما يقبل الطعن بالأطراف الأخرى المقررة في القانون) .

ذو طبيعة عقدية وقضائية معاً , فعنصر الإرادة هو العنصر السائد في المراحل الأولى من التحكيم وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل النزاع الناشئ بين الأطراف , ثم تأتي بعد ذلك مهمة العمل القضائي التي يقوم بها المحكم خلال إجراءات التحكيم .

فالتحكيم وفقاً لهذه النظرية هو ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً وإنما هو نظام متكون من مراحل عدة كل مرحلة لها طابعها الخاص به فأوله اتفاق وآخره حكم⁽⁴⁾ .

ونرى أنه من الصواب تكييف التحكيم بأنه اتفاق ذو طبيعة خاصة وأن كلمة اتفاق هي أصح من كلمة عقد في هذا المجال أما تعبير العقد فيطلق على عقد التحكيم بين المحكمين والأطراف .

وأساس الطبيعة الخاصة للتحكيم نجده في أن هذا الاتفاق هو ملزم للجانبين يرتب أثره بمجرد إبرامه , وهذا الأثر يتمثل بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء وطرح الشراح على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم , فهو إذن عقد أو اتفاق أو التزام ذا طبيعة خاصة⁽¹⁾ . واستقر الفقه والقضاء على أن هنالك صورتين لاتفاق التحكيم , أولهما تكون في مرحلة ما قبل حدوث النزاع بين الأطراف المتعاقدة وتسمى بشرط التحكيم والثانية في مرحلة ما بعد حدوث النزاع وتسمى بمشارطة التحكيم .

الفرع الثاني : أسباب اللجوء إلى التحكيم وأنواعه : وسنتناولهما كلاً في فقرة مستقلة وكما يلي :

أولاً : أسباب اللجوء إليه

يفضل كثير من الأطراف في العقود الدولية لاسيما في عقود التجارة الدولية النموذجية من اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي من المتوقع حصولها في المستقبل , لما يتمتع به التحكيم من مزايا كثيرة تتناسب مع طبيعة المنازعات الحاصلة في مجال الاستثمار غالباً , كما أن اللجوء إلى التحكيم يبذل مخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدول المضيفة للاستثمار , لذا فإن هنالك أسباباً عديدة تدعو الأطراف المتعاقدة إلى اللجوء إلى التحكيم ومنها :

1- الأسباب التي تعود إلى المزايا التي يتمتع بها التحكيم ومنها :

أ- سرعة الإجراءات :

يتميز التحكيم بمرونة كبيرة في إجراءات التحكيم والتي تؤدي إلى السرعة في حسم النزاعات وتوفير الكثير من الوقت⁽²⁾ , إذ أن إطالة أمد النزاع في النظم التقليدية الفعلية يضر كثيراً بمصالح المستثمرين لذا فإنهم يفضلون اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة حيث أن المحكم ملزم بالفصل في المنازعة المعروضة أمامه في الزمن المحدد من قبل الأطراف .

(4) رواء يونس محمود النجار , مصدر سابق , ص 332 .

(1) د. أحمد إبراهيم عبد التواب , اتفاق التحكيم مفهومه – أركانه – نطاقه , دار النهضة العربية , القاهرة , بلا سنة طبع , ص 47 .

(2) د. عصام فرج الله محسن إبراهيم , مصدر سابق , ص 292 .

كذلك فإن نظام التقاضي في التحكيم من درجة واحدة فالحكم الصادر من المحكم أو من هيئة التحكيم بحجية الأمر المقضي به⁽¹⁾. ويكون حكم المحكمين غير قابل للاعتراض وإنما الطعن بالطرق المقررة قانوناً⁽²⁾.

ب- سرية التحكيم :

السرية التي يتمتع بها التحكيم دفعت أطراف العلاقة العقدية إلى اللجوء إليه كوسيلة لفض النزاعات التي تحصل أثناء تنفيذ العقود التجارية الدولية , فجلسات التحكيم غير علنية وعدم نشر الأحكام الصادرة من المحكم أو هيئة التحكيم هي من المميزات الهامة للتحكيم .
فالأطراف في العلاقات العقدية دائماً ما يرغبون في عدم معرفة النزاعات الناشئة فيما بينهما والأسباب والدوافع المؤدية إليها والتي قد تؤثر على مراكزهم المالية والاقتصادية , لذا فإنهم يلجئون إلى إدراج شرط التحكيم في العقد كوسيلة لحل هذه الخلافات , وغالباً ما يكون هذا الشرط مفروضاً في مثل هذه العقود⁽³⁾.

كذلك فإن مسألة التحكيم لا تقتصر على حل النزاع فقط وإنما يقوم المحكم بتطبيق العقد الدولي وفي ذلك يقول (دوبوي) وهو المحكم الذي نضر في قضية (Texaco) (إن الرجوع إلى التحكيم يتمتع الدولي في العقود لا يعني أن النزاع يتم حله من قبل التحكيم فقط وإن القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم هو قانون العقد الدولي)⁽⁴⁾.

ج- حرية الأطراف في نطاق التحكيم :

تسمح مرونة التحكيم للأطراف المتعاقدة بتشكيله على النحو الذي يناسبهم , فلهم الحرية في اختيار نوع التحكيم , كما أن لهم الحرية في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه بالنسبة لعقود الاستثمار وكذلك القانون الذي يطبق من قبل المحكم أو هيئة التحكيم على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم وموضوع النزاع محل التحكيم⁽²⁾.

د- التحكيم قضاء متخصص :

يتطلب فض منازعات العقود الدولية خبرة اقتصادية وفنية حديثة تتلاءم والتطور الحاصل في مثل هذا النوع من العقود , فالتحكيم يكفل هذه الخبرة الاقتصادية والقانونية والفنية , فالمحكمون

(1) د. عبد الباسط جاسم محمد , تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية , دراسة مقارنة , منشورات الحلبي الحقوقية , ط1 , 2014 , ص409 .

(2) المادة (275) من قانون المرافعات المدنية العراقي مصنف على أن (الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمادة السالفة الذكر غير قابل للاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى المقررة في القانون) .

(3) د. عصام فرج الله محسن , مصدر سابق , ص293 .

(4) م. هبوا علي حسين , التحكيم قضاءً أصيلاً للمنازعات التجارية , بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية , جامعة السليمانية , بلا سنة نشر , ص548 .

(2) سلامي ميلود , التحكيم التجاري كضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار , بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية , العدد الخامس , 2017 , ص148 .

يتمتعون بأعلى مستوى من الكفاءة العلمية والاقتصادية والقانونية التي تمكنهم من الفصل في القضايا المطروحة أمامهم , كذلك لديهم خبرة في مجال أعراف وعادات التجارة الدولية , لذا يعد التحكيم قضاءً متخصصاً لتحقيق العدالة التي تحقق رغبة أطراف العلاقة التعاقدية⁽³⁾ .

2- رفض المستثمر الأجنبي من اللجوء للقضاء الوطني :

نتيجة للمزايا التي يتمتع بها التحكيم التجاري الدولي والتي أشرنا إليها آنفاً فإن المستثمر الأجنبي يرفض اللجوء في حل النزاعات الناشئة بسبب العقد إلى القضاء الوطني , ذلك للصعوبات التي من الممكن أن يواجهها وتخوفه من حيادية قضاء محاكم الدولة إزاء النزاع وهناك أسباب أخرى كثيرة نورد منها : بطء الإجراءات القضائية نتيجة للكم الهائل من القضايا المطروحة أمام القضاء إضافة إلى تعدد درجات التقاضي وهو ما لا يتناسب مع طبيعة الاستثمار التي تقضي السرعة في فصل النزاع الحاصل . كذلك تعذر معرفة المستثمر الأجنبي بالقوانين وإجراءات التقاضي في الدولة المتعاقدة معه فضلاً عن افتقار محاكم الدول المضيفة إلى الخبرات اللازمة لحل المنازعات التجارية⁽¹⁾ , حيث تحتاج إلى خبراء ذوي دراية في مجال التجارة الدولية , لذا فإن كثير من الدول أنشأت محكمة متخصصة في هذا المجال⁽²⁾ .

ومهما كانت الأسباب التي تدعو المستثمر الأجنبي إلى عدم اللجوء للقضاء الوطني , فهناك عوامل داخلية وخارجية ساهمت في ترسيخ هذا الموقف السلبي تجاه القضاء الوطني ومن هذه العوامل أن مصلحة الدول المصدرة للتكنولوجيا ولرؤوس الأموال الأجنبية تتجه باتجاه إخراج النزاعات من اختصاص القضاء الوطني وتحويله إلى القضاء الدولي لقدرتها على السيطرة والضغط عليه مما يحقق أهدافها ومصالحها ومن أجل تلافى هذه الحالة والاستعانة بالقضاء الوطني وجب إصلاح المنظومة القانونية الوطنية بما يتواءم والتطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية والنص في العقد باللجوء إلى هيئات التحكيم الوطنية , وقد أجاز قانون الاستثمار

(3) د. أحمد عبد الحي السيد , مصدر سابق , ص 95 .

(1) فتيسي شحامة , منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي , بحث منشور في مجلة صون القانون / الجزائر , العدد 2 , 2019 , ص 3 .

(2) فقد قرر مجلس القضاء الأعلى العراقي بالبيان رقم (74) لسنة 2020 ما يلي : (أولاً : تشكيل محكمة بداءة في كل منطقة استئنافية باسم محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية تختص بالنظر :

1- الدعاوى التجارية التي يكون أحد أطرافها من غير العراقيين
2- المنازعات المتعلقة بال عقود الاستثمارية الحاصلة على إجازة استثمار وفق قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل

3- دعاوى العقود الحكومية التي تكون دوائر الدولة طرفاً فيها على وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 .

4- القضاء المستعجل والأوامر على العرائض بخصوص المواضيع ذات العلاقة بالاختصاصات في الفقرات (1 , 2 , 3) أعلاه .

ثانياً : يكون اختصاص المحكمة المكاني ضمن الحدود الإدارية لكل منطقة استئنافية ويكون مقرها في مركز الاستئناف) , منشور الوقائع العراقية العدد /4605 .

العراقي رقم (13) لسنة 2006 للجوء إلى التحكيم التجاري الدولي سواء أكان وطنياً أو دولياً⁽¹⁾ ويذهب جانب من الفقه إلى أن وجود شرط التحكيم في العقد يعد كأداة لتدوين العقد وإخراجه من سطوة القوانين الوطنية مما تتجلى فكرة تحديد العقود الدولية في سلطان القوانين الوطنية⁽²⁾.

ثانياً : أنواع التحكيم

تختلف أنواع التحكيم بسبب النظام القانوني للتحكيم وحرية الأفراد في اللجوء إليه إلى عدة أنواع وكما يلي :

1- من حيث النظام القانوني للتحكيم :

ينقسم التحكيم من حيث النظام القانوني الذي يحكمه إلى نوعين هما : التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي وكما يلي :

1- التحكيم الدولي :

يكون التحكيم دولياً إذا كان موضوع النزاع يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون أحد أطرافه أجنبياً , ويخضع لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص , ولإرادة الأطراف دور كبير في هذا الشأن فهي التي تحدد الجهة التي تقوم بالتحكيم ولم يتطرق قانون المرافعات المدنية العراقي في المواد (251-276) المتعلقة بالتحكيم إلى التحكيم التجاري الدولي .

إلا أنه أجازته في قانون الاستثمار في المادة (4/27) والتي نصت على أن (4- إذا كان طرفا النزاع خاضعاً لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها اللجوء إلى التحكيم للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً . وكذلك الحال بالنسبة للتشريع المصري في قانون المرافعات المدنية رقم (27) لسنة 1994 حيث أشارت المادة (3) من القانون إلى أن التحكيم يكون دولياً إذا كان يتعلق بالتجارة الدولية فمن الملاحظ أن المشرع العراقي والمشرع المصري وكثير من التشريعات العربية أخذت بمعيار دولية التحكيم بالنظر إلى أشخاصه بعكس ما جاء به المشرع الفرنسي من أن المعيار الاقتصادي الذي يتفق مع واقع التعامل الدولي وطبيعة النزاع والذي يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي⁽¹⁾ . ونود أن نبين هنا أنه على الرغم من الإشارة إلى التحكيم الدولي من قبل المشرع

(1) المادة (4/27) من قانون الاستثمار العراقي الحالي نصت على أن (إذا كان أطراف النزاع خاضعين لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها اللجوء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أية جهة أخرى معترف بها دولياً) .

(2) د. عبد الرسول الأسدي , حيدر عبد الحسين , سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية (دراسة مقارنة) , بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية , العدد 2/ , 2018 , ص 29 .

(1) ياسمين خيري يوسف , أثر النظام العام على اتفاق التحكيم في القانون العراقي , دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , كلية الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية , برنامج القانون , جامعة الشرق الأدنى , نيقوسيا , 2019 , ص 27 .

العراقي في قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 , إلا أن هذه الإشارة غير كافية وكان من الأحرى أن يتناول ذلك بشيء من التفصيل لاسيما أن العراق بعد عام 2003 انفتح على العالم وأصبح بلد جاذب للاستثمار ولا بد له من أن يضع عوامل طمأنينة للمستثمر من أجل تشجيع المستثمر سواء في القطاع النفطي أم في قطاع البناء والإعمار .

2- التحكيم الداخلي :

التحكيم الداخلي : هو التحكيم الذي يتعلق بنزاع حاصل في إقليم دولة ما وتكون جميع عناصره وطنية , فهو تعبير عن رغبة الطرفين في عرض النزاع على محكمة خاصة يختارونها بأنفسهم ويحددون موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق عليه⁽¹⁾ .

وقد نظم المشرع العراقي التحكيم الداخلي في المواد المتعلقة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ أما المشرع المصري فقد نظم أحكام التحكيم في قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 , في حين تناول المشرع الفرنسي التحكيم في المواد من (1442-1491) من قانون المرافعات المدنية التجارية وألزم هذا القانون هيئة التحكيم بتطبيق القانون الفرنسي إذا كان التحكيم داخلياً .

2- من حيث حرية الأطراف في اللجوء إليه :

يقسم التحكيم من حيث حرية الأطراف إلى قسمين هما التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري وكما يلي :

أ- التحكيم الاختياري :

هو ذلك التحكيم الذي يلجأ إليه الأفراد بإرادتهم الحرة حيث تقتصر ولاية هيئة التحكيم على النظر إلى النزاع الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين⁽²⁾ , وهذا يعني أن التحكيم الاختياري يعد نظاماً بديلاً عن اللجوء إلى القضاء , فاختيار بعض المسائل المتنازع عليها بمعزل عن المحاكم يعد استثناءً من الأصل العام . ويستمر المحكمين في هذا النوع من التحكيم ولا يتهم في الفصل بالنزاع من إرادة الأطراف باتفاق سابق أو لاحق لوجود النزاع⁽¹⁾ .

وعلى الرغم من أن أساس التحكيم الاختياري هو إرادة الأطراف الحرة طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية وأن العقد الدولي يكفي نفسه بنفسه من خلال اختيار طريق التقاضي والقانون الواجب التطبيق عليه , إلا أن الواقع العملي قد يفرض في بعض الأحيان تحكيمياً اختيارياً وعلى

(2) د. عبد الله ناصر أبو جحا العجمي , الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها , منشورات زين الحقوقية , بيروت , لبنان , ط1 , 2016 , ص 126 .

(1) المستشار الدكتور سمير جاويده , التحكيم كآلية لفض المنازعات , منشورات دار القضاء المصرية , ط1 , 2014 , ص 27 .

(2) أ . د. فراس كريم سفيان , حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة , بحث منشور في مجلة المحقق الكلي للعلوم القانونية والسياسية , المجلد 2/ العدد 2/ , ص 92 .

الطرف الآخر قبوله نتيجة للضغوط الاقتصادية للطرف الأول وحاجة الطرف الثاني لإبرام العقد , وعلى الرغم من ذلك يبقى هذا النوع من التحكيم تحكيمياً اختيارياً⁽²⁾ . وعلى صعيد التجارة الدولية فإن التحكيم يكون اختيارياً طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية , وخاصة العقود النموذجية حيث يسعى الأطراف إلى إدراج شرط التحكيم والقانون الواجب التطبيق في صلب العقد وذلك لتجنب المشاكل التي يتوقع حدوثها مستقبلاً , ونتيجة لذلك حرصت الدول على توحيد قواعد التحكيم فيما بينها , نتيجة لذلك ظهر ما يسمى بالقانون النموذجي (Modelaw) والقواعد الموحدة للجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة (Uncitral) . وقد لاقى هذا القانون قبولاً كبيراً من المجتمع الدولي لما يحتويه من نظام قانوني موحد يتلافى عدم ملائمة القوانين المحلية , لنظم التحكيم في التجارة الدولية⁽¹⁾ .

وقد أشار قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 في المادة (27) فقرة (4) إلى جعل التحكيم اختيارياً سواء أكان وفق القانون العراقي أو أمام أي جهة معترف بها دولياً مع اشتراط النص على ذلك في بنود العقد .

ب- التحكيم الإجباري :

وله تسميات أخرى كالتحكيم الإلزامي أو التحكيم القضائي ويجب على الأطراف اللجوء إليه دون غيره من طرق حل النزاعات وينظم المشرع هذا النوع من التحكيم بموجب قواعد أمره في قانون خاص ينص على هيئة التحكيم التي لها ولاية النظر بالنزاعات الناشئة من تطبيق هذا القانون , وإذا أمعنا النظر إلى هذا النوع من التحكيم فإننا لا نرى من التحكيم إلا اسمه ذلك لأن التحكيم هو مجموعة من الحريات تتمثل بنزع الاختصاص من المحاكم وحرية اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على العقد .

كذلك اختيار إجراءات التحكيم⁽²⁾ , وهذا النوع من التحكيم لا يمكن تطبيقه في المنازعات التجارية وخاصة في منازعات عقود التجارة الدولية لأن أطراف العلاقة العقدية يتمتعون بحرية كبيرة في إبرام هذا النوع من العقود طبقاً لإرادتهم الحرة ووضع الشروط التي تتناسب مع طبيعة عقودهم , ففي العقود النموذجية الأولية فإن الأفراد يكونون أحراراً في كافة الشروط مسبقاً بما فيها اللجوء إلى التحكيم وتحديد جهة التحكيم وكذلك القوانين التي تطبق على العقد وعلى إجراءات

(2) د. سمير ذنون , مصدر سابق , ص 102 .

(2) د. أحمد محمد عبد البديع شتا , شرح قانون التحكيم , دار النهضة , ط 3 , 2005 , ص 55 .

(2) سمير جاويد , مصدر سابق , ص 28 .

التحكيم , فالتحكيم الإجباري مقتصر على أنواع محددة من العقود الداخلية وعلى سبيل المثال قضايا العمل حيث تحل الخلافات بين العمال وأصحاب العمل من خلال التحكيم الإجباري⁽¹⁾ .

3- من حيث الجهة التي تقوم بالتحكيم :

ينقسم التحكيم طبقاً للجهة التي تقوم به إلى نوعين هما التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي وكما يلي :

أ- التحكيم الحر :

ويطلق عليه أيضاً بالتحكيم الخاص أو الذاتي حيث يقوم أطراف العلاقة العقدية بتشكيل هيئة تحكيم بعيداً عن أي مركز أو مؤسسة من مؤسسات التحكيم , يقوم هؤلاء الأطراف بتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم لمعالجة حالة معينة سواء من حيث الهيئة التي تتولى التحكيم أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه .

ويتميز هذا النوع من التحكيم بكونه أقل تكلفة وأكثر سرعة ومرونة⁽²⁾ , لذا يمكن القول أن التحكيم الحر هو التحكيم الذي لا يخضع لأي من أنظمة التحكيم الوطنية أو الأجنبية .

ب : التحكيم المؤسسي :

ويطلق عليه بالتحكيم النظامي وهذا النوع من التحكيم تشرف عليه وتديره إحدى هيئات التحكيم المختصة وفق قواعد التحكيم المعتمدة لديها , وإجراءات هذا التحكيم معدة سلفاً من قبل الهيئة والمؤسسات المحلية أو الدولية المعدة لهذا الغرض , وقد شاع هذا النوع من التحكيم عقب الحرب العالمية الثانية , وبعد انتشار الاقتصاد الحر والتجارة الدولية وبعض هذه المراكز متخصصة بالتحكيم في مجال معين كتجارة الحبوب أو القطن , ومنها ما هو عام يتولى التحكيم في مختلف الأنشطة التجارية ومنها ما هو دولي كغرفة التجارة الدولية بباريس ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري ومنها ما هو خاص مثل غرفة التحكيم بباريس⁽¹⁾ .

وهناك أيضاً عدد من الهيئات المختصة بالتحكيم مثل هيئة التحكيم الأمريكية⁽³⁾ , ومحكمة تحكيم لندن⁽²⁾ , وعلى المستوى الإقليمي قامت دول مجلس التعاون الخليجي بإنشاء مركز التحكيم التجاري عام 1993 .

(1) د. رواء يونس محمود النجار , مصدر سابق , ص343 , د. سعيد ذنون , مصدر سابق , ص103 , المستشار سمير جاويد , مصدر سابق , ص30 .

(2) د. رواء يونس محمود النجار , مصدر سابق , ص343 , د. سعيد ذنون , مصدر سابق , ص103 , المستشار سمير جاويد , مصدر سابق , ص30 .

(1) د. أحمد عبد الحي السيد , مصدر سابق , ص14 .

(2) تم أنشاؤها عام 1992 .

(3) تأسست عام 1892 , وأن أول قانون تحكيم صدر في بريطانيا في عام 1889 .

وقد شرع العراق إلى الانضمام إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار (icsid) في عام 2013 والمصادق عليها في عام 2015 , وقد تم تأسيس مركز التحكيم التجاري الدولي – النجف الأشرف في عام 2011 ليسد فراغاً كبيراً في مجال حسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية وعقود الاستثمار وقد أوصى المركز عبر موقعه الرسمي (www.icocn.org) الأطراف المتعاقدة تضمين عقودهم الشرط التالي " كل نزاع أو خلاف ينشأ عن هذا العقد أو له علاقة به تتم تسويته بطريق التحكيم لدى مراكز التحكيم التجاري الدولي – النجف الأشرف , وبموجب قواعده , وذلك من قبل محكم واحد أو عدة محكمين يتم اختيارهم طبقاً لتلك القواعد , بعد عرض أنواع التحكيم السابقة يتبادر إلى أذهاننا السؤال التالي .

ما هو نوع التحكيم الذي يتم اللجوء إليه في العقود التجارية الدولية النموذجية ؟

وللإجابة على ذلك نقول بأنه إذا سلمنا بأن العقد النموذجي يتمتع بمبدأ الكفاية الذاتية فهذا يعني أن الأطراف في العلاقة التعاقدية يقومون بصياغة العقد بدقة متناهية ضماناً لعدم حصول نزاع في المستقبل ، أما إذا حصل نزاع فإنه يحل حسب بنود العقد إذ لا بد للأطراف من أن يختاروا طريقة حل النزاع والابتعاد عن القوانين الوطنية التي قد تتسم بالحياد , وهم أحرار في أن يلجئوا إلى التحكيم الحر من خلال تشكيلهم لهيئة أو إلى التحكيم المؤسسي عبر الهيئات الدولية للتحكيم .

المطلب الثاني

مصادر التحكيم

تتنوع مصادر التحكيم بين عامة وخاصة وكما يلي :

الفرع الأول : المصادر العامة للتحكيم

المصادر العامة للتحكيم قد تكون مصادر وطنية وقد تكون مصادر دولية لذا سوف نتناول في الفقرتين الآتيتين كلاً منهما في فقرة مستقلة

أولاً : المصادر الوطنية للتحكيم :

تتمثل المصادر الوطنية للتحكيم بالتشريعات الداخلية أو الوطنية للدول ، فإذا بحثنا عن مصادر التحكيم الوطنية في القانون العراقي نجد أن المشرع العراقي تناول التحكيم في قانون المرافعات

المدني العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل والذي نظم إجراءات التحكيم بصورة دقيقة في كثير من مواده , كذلك فإن قانون النفط والغاز لإقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007 أجاز اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات الناشئة إذا لم تحل بالمفاوضات⁽¹⁾ .

كذلك نجد أن قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل أجاز للأطراف المتعاقدة بالرجوع إلى التحكيم في حل المنازعات الحاصلة بينهم في الفقرة (4) من المادة (27) من قانون الاستثمار .

وأجاز المشرع العراقي التحكيم في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 تعديلاته وذلك في المادة (11/1/د) والتي نصت على أن (لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد , وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية المعتمدة لحسم النزاع) .

كذلك سعت الحكومة العراقية إلى خطوة كبيرة في هذا المجال بتشريعتها لقانون التحكيم العراقي لعام 2011 الذي عالج موضوع التحكيم بشكل كبير في (55) مادة قانونية تناولت كافة الجوانب المتعلقة بالتحكيم ليضاهي قوانين التحكيم العربية والأجنبية إلا أنه لم يرى النور لحد الآن لعدم المصادقة عليه .

أما على صعيد القوانين العربية , فقد تضمن قانون التحكيم المصري⁽²⁾ تطبيقاً للتحكيم وفقاً للقانون النموذجي اليونسترال , إذ أعطى أهمية كبيرة لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد إجراءات التحكيم , فقد أشار هذا القانون إشارة واضحة إلى اللجوء إلى التحكيم في العقود النموذجية , ذلك في المادة السادسة منه والتي نصت على أن (إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم أما خلاف ذلك فيطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية في المسائل المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية⁽¹⁾ .

(1) د. سعد حسين عبد ملحم , مصدر سابق , ص 5 .

(2) القانون رقم (27) لسنة 1994 .

(1) صليحة الباح , التحكيم كآلية لتسوية منازعات التجارة الدولية , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة محمد خضير بسكرة , الجزائر , 2020 , ص 40 .

أما قانون التحكيم الفرنسي رقم (48) لسنة 2011 فقد أشار في المادة (1442) إلى أن الاتفاق بشأن التحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي أو اتفاق تحكيم⁽²⁾ , وفي المادة (1450) من القانون نفسه , فقد أوجب بعدم ممارسة مهمة التحكيم إلا من قبل شخص طبيعي .

ثانياً : المصادر الدولية للتحكيم

فضلاً عن المصادر الوطنية في التحكيم هنالك مصادر دولية للتحكيم تتمثل بالمعاهدات الدولية , فبعد التطور الكبير الذي حصل في ميدان العقود الدولية أصبح التحكيم التجاري الدولي من أهم الوسائل الرئيسية في حسم المنازعات لما يتمتع به من مميزات عديدة , والحصول على قرار تحكيمي ذي أثر معترف به وقابل للتطبيق بسهولة .

لذا ظهرت كثير من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تهتم اهتمام كبير في مسألة التحكيم التجاري , وأول هذه المعاهدات كانت بروتوكول جنيف الخاص بشرط التحكيم الدولي عام 1923 , واتفاقية جنيف لعام 1927 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية واللذان أصدرتهما عصبة الأمم المتحدة⁽³⁾ .

واتفاقية نيويورك لعام 1985 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وقد سعت هذه الاتفاقية إلى تقنين مبدأ خضوع اتفاق التحكيم لقانون إرادة الأطراف المستقلة⁽⁴⁾ , وبعد ذلك أقرت اتفاقية الدول الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في جنيف , وهذه الاتفاقية سايرت إلى حد ما اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها .

كذلك الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة وبين رعايا الدول الأخرى (اتفاقية واشنطن 1965 – الاكسيد) والتي يسميها البعض باتفاقية واشنطن لمنازعات الاستثمار وبموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (Icsid) وعلى الصعيد العربي فهناك اتفاقية جامعة الدول العربية في تنفيذ الأحكام الأجنبية وقرارات التحكيم لعام 1952 , والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1980 واتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1983 والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 والمسماة باتفاقية عمان .

ثانياً : المصادر الخاصة للتحكيم

فضلاً عن المصادر العامة السالفة الذكر هنالك مصادر خاصة للتحكيم تتجسد في اتفاقيات التحكيم النموذجية وأنظمة التحكيم والاجتهادات التحكيمية , وهذه المصادر كونتها مؤسسات

(2) شرط التحكيم : هو اتفاق الأطراف في عقد أو أكثر على خضوع النزاعات الناشئة تلك العقود للتحكيم , أما اتفاق التحكيم فهو اتفاق الأطراف المتنازعة على خضوع النزاع القائم إلى التحكيم .

(3) د. مصطفى ناطق صالح مطلوب , العراق وتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية – العقبات والحلول - , بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق , المجلد 2/ , العدد 4, 2018 , ص 7 .

(4) د. عبد الحميد الأحمد , مصدر سابق , ص 419 .

التحكيم الدولية بالاشتراك مع المحكمين الدوليين , وذلك من خلال الممارسات العملية لمختلف القضايا التحكيمية , وتعد هذه المصادر أحد أهم الأسس المعتبرة في عقود التجارة الدولية , لذا سوف نتناول كلاً منها بشيء من الإيجاز وكما يلي :

1- اتفاقات التحكيم النموذجية :

ويقصد باتفاقات التحكيم النموذجية الوثائق الموضوعية من قبل هيئات ومؤسسات متخصصة في مجال التجارة الدولية وتأخذ هذه الاتفاقيات شكل اتفاقات متعددة الأطراف تتضمن عقوداً نموذجية أو تضع شروطاً عامة لكل عقد من عقود التجارة الدولية⁽¹⁾ , ومن الأمثلة على اتفاقات التحكيم النموذجية النموذج التحكيمي لغرفة تجارة باريس (Icc)⁽²⁾ .

2- أنظمة التحكيم :

وهي مجموعة القواعد المتعلقة بتنظيم إجراءات التحكيم التجاري الدولي التي وضعتها مراكز التحكيم الدائمة ومن أهم هذه الأنظمة قواعد التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والتي تسمى بـ (اليونسترال) لعامي 1976 و 1985 حيث أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قانون اليونسيترال في عام 1976 , والذي أوجب إدراج شرط التحكيم ضمن بنود العقد وتضمنه عبارة (أن تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد إلى التحكيم وفقاً لقواعده) , وبالتالي فإن النزاع سيخضع للتسوية طبقاً للإجراءات التي قررتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للتحكيم⁽³⁾ .

أما قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أقر عام 1985 فقد كان الهدف منه إصلاح المنظومة القانونية للدول فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وقد بنى مبدأ قيام التحكيم التجاري على مبدأ سلطان الإرادة .

3- الاجتهادات التحكيمية :

تعد الاجتهادات التحكيمية مصدراً خاصاً من مصادر التحكيم في عقود التجارة الدولية وذلك لمساهمتها في تحديد القواعد الموضوعية المتعلقة بجميع مراحل التحكيم التجاري بدءاً من اتفاق التحكيم وانتهاءً بصدور الحكم التحكيمي .

(1) صليحة الباج , مصدر سابق , ص 45 .

(2) تأسست غرفة التجارة الدولية في عام 1919 بعد الحرب العالمية الأولى بهدف تعزيز التجارة والاستثمار وفتح الأسواق والتدفق الحد لرؤوس الأموال , وقد ترأسها (كليمنتل) وهو وزير مالية فرنسي سابق لأول مرة وسعى لإنشاء محكمة التحكيم الدولية الثانية للغرفة في عام 1923 .

(3) صليحة الباج , مصدر سابق , ص 45 .

وتعتبر الاجتهادات التحكيمية مصدراً مهماً للهيئة التحكيمية تلجأ إليه في حالة إغفال الأطراف الاتفاق على مسألة تخص إجراءات التحكيم , فترجع الهيئة التحكيمية إلى السوابق التحكيمية المتعلقة بنفس المسألة على اعتبارها مرجعاً في اتخاذ القرار المناسب (1) .

وفي مسألة غياب اتفاق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم نرى أن الفقه أنقسم إلى فريقين (2) , فريق ذهب إلى تطبيق مكان التحكيم وفريق آخر ذهب إلى تطبيق قانون محل التحكيم حيث نجد أن الاجتهاد الفقهي لدى قضاء التحكيم في غرفة التجارة الدولية كان يحدد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وفقاً لمكان التحكيم , حيث ذهبت محكمة التحكيم في قضية B.P.SAPPHIRE سنة 1963 إلى تطبيق قانون محل التحكيم على الجوانب الإجرائية , إلا أن هذا الاجتهاد لم يدم طويلاً وبدأ اتجاه مضاد لاعتماد قانون إجراءات مكان التحكيم ذلك بعد تعديل نظام غرفة التجارة الدولية لعام 1975 الذي كرس الفصل من قانون إجراءات التحكيم في مكان التحكيم والقانون الإجرائي المطبق على النزاع .

ففي دعوى تحكيمية مكانها في جنيف وخاضعة لغرفة التجارة الدولية بين شخصين الأول باكستاني والثاني هندي , اعتبر الحكم الصادر فيها عام 1971 أن المحكم يتمتع بسلطات تقديرية واسعة في تحديد القانون الإجرائي المطبق على النزاع , وأصبح هذا الاجتهاد الفقهي مستقراً عليه في الكثير من التشريعات منها ما أقره المشرع الفرنسي في المادة (159)(3) .

وكذلك نرى أن حكم التحكيم الصادر في قضية (B-P) عام 1973 في النزاع الثاني بين الحكومة الليبية والشركة البريطانية للبترول (British Petroleum) حيث أوضح المحكم LAGERGREN أن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم سيكون محددًا منذ البداية ورفض الأخذ بالحل الذي أخذ به المحكم في قضية أرامكو , ذلك بحجة أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على إجراءات التحكيم يعد اعتداءً على الحصانة القضائية للدولة الطرف في التحكيم (1) .

المبحث الثاني

إجراءات التحكيم

(1) كريم السرور , التحكيم في عقود التجارة الدولية , مقال منشور في موقع الأفاق القانونية على الموقع الإلكتروني www.afaqdroit.com , 2018 , ص .

(2) الدكتور عبد الباسط الأحذب , مصدر سابق , ص 430 , وما بعدها .

(3) موسى بو كريطة , التحكيم التجاري كوسيلة لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية , بحث منشور على الموقع الإلكتروني (WWW.ASIP.CERIST.DZ) , صليحة الباح , مصدر سابق .

(4) د. عبد الحميد الأحذب , مصدر سابق , ص 337 .

هنالك مجموعة من العوامل يجب أن تتوافر في التحكيم لتحقيق الغاية المطلوبة منه كوسيلة بديلة عن القاضي لحل النزاعات التي تحدث بين أطراف العلاقات العقدية , ونحاول أن نبين الإجراءات الواجب توفرها من أجل انعقاد التحكيم وتنفيذ حكم التحكيم بحق الطرفين المتخاصمين لذا سوف نتناول في هذا المبحث إجراءات التحكيم في المطلب الأول وتنفيذ حكم التحكيم في مطلب ثاني وكما يلي :

المطلب الأول

إجراءات التحكيم

لغرض إجراء التحكيم لابد لنا من أن نحدد أطراف التحكيم ومكان التحكيم وكذلك تفسير اتفاق التحكيم وإثباته لذا سوف نتناول هذه الأمور في فرعين نخصص الفرع الأول لأطراف التحكيم ثم نتناول في الفرع الثاني تفسير اتفاق التحكيم وكما يلي :

الفرع الأول : أطراف التحكيم

يتوقف إصدار حكم التحكيم على مجموعة من الأمور من بينها تحديد أطراف التحكيم فهل أن أطراف التحكيم هم أنفسهم أطراف العقد أم هم أشخاص آخريين كالوكلاء أو الممثلين القانونيين وهل يحق للشخص إذا كان ناقص الأهلية أن يكون طرفاً في التحكيم ؟ وما هو المكان الذي سيتم فيه إجراء التحكيم ؟ هل هو محل إجراء العقد أم موطن أحد العاقدين أم مكان آخر يختارونه ؟ وللإجابة على ذلك سوف نتناول كلاً من أطراف التحكيم ومكان التحكيم في الفقرتين الآتيتين :

أولاً : أطراف التحكيم

إذا اتفق الطرفان المتعاقدان على إحالة أي نزاع يحصل في العقد إلى التحكيم من خلال شرط التحكيم⁽¹⁾ أو مشاركة التحكيم⁽²⁾ , انعقد التحكيم , وهذا الاتفاق هو مصدر سلطة المحكمين , ومادام هو كذلك فمن هم الأطراف الذين يصح لهم الاتفاق على التحكيم ؟ ومن هم المحكمون ؟ وأين انعقد التحكيم ؟ وللإجابة على ذلك سوف نحاول أن نبين أطراف التحكيم سواء أكانوا أطراف عند التحكيم أو المحكمين وكذلك مكان التحكيم وكما يلي :

أ- أطراف عقد التحكيم :

(1) شرط التحكيم : اتفاق أطراف العلاقة العقدية إلى اللجوء إلى التحكيم قبل وقوع النزاع سواء أكان هذا الاتفاق مستقلاً بذاته أو ورد في صلب العقد .
(2) مشاركة التحكيم : اتفاق أطراف العلاقة العقدية إلى اللجوء للتحكيم بعد قيام النزاع أو أثناء رفع الدعوى ويجب أن تكون المشاركة موقعة من الخصوم أو وكلائهم مبيينين فيها المسائل محل التحكيم .

الطرفان المتعاقدان هم أصحاب القرار في إحالة النزاع إلى التحكيم من عدمه لذا يجب أن تتوافر فيهم أهلية التصرف⁽³⁾ سواءً أكانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين⁽⁴⁾ , ومعنى ذلك أنه لا يملك القاصر ولا المحجور عليه ولا الحارس القضائي على الأموال المتنازع عليها الاتفاق على التحكيم , فالأهلية المطلوبة لا تقتصر على الأهلية اللازمة للتقاضي وإنما لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا من له أهلية التصرف في حقوقه⁽⁵⁾ .

وبما أن قوانين التحكيم لم تنطرق لمسألة الأهلية في التصرف تاركة إياها للقواعد العامة الموجودة في القوانين المدنية , لذا ننأى بأنفسنا من الخوض فيها , لاختلافها من بلد لآخر , حيث أن قانون كل طرف من أطراف العقد هو الذي يحدد أهليته , وهذا ما أشارت إليه المادة (15) من اتفاقية واشنطن والتي عُدَّت أن القانون الذي يطبق عليها هو قانون جنسية كل منهما⁽¹⁾ .

أما إذا كان أحد الطرفين يفتقر إلى الأهلية فيحق إلى الطرف الآخر الطعن في قرار التحكيم أمام أحد المحاكم وللمحكمة أن تلغي قرار التحكيم بناءً على ذلك⁽²⁾ .

أما في خصوص الوكالة بالاتفاق على التحكيم فقد ذهب معظم القوانين ومن بينهما قانون المرافعات المصري في المادة (76) إلى أن التحكيم من التصرفات التي يتطلب فيها القانون تفويضاً خاصاً أو وكالة خاصة , ويجب أن يقتصر اتفاق التحكيم على عاقيه سواءً بنفسها أو عن طريق الممثلين القانونيين بوكالة خاصة , أما إذا أبدى شخص رأيه في الاتفاق فلا يكفي هذا لجعله طرفاً فيه استناداً لقاعدة نسبية آثار العقود⁽³⁾ .

ب- المحكمين أو هيئة التحكيم :

لما كانت إرادة الطرفين المتعاقدين هي دستور التحكيم , فإن الأصل أنهم هم الذين يشكلون هيئة التحكيم ولهم في ذلك الحرية في اختيار الهيئة الصالحة من وجهة نظرهم لغرض الفصل في النزاع الذي سيحدث مستقبلاً وحسب الشروط الواجب توافرها في المحكم⁽⁴⁾ .

(3) نصت المادة (254) من قانون المرافعات المدني العراقي النافذ على أن (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيه الصلح ولا يصح إلا من له أهلية التصرف في حقوقه ...).

(4) المادة (11) من مشروع قانون التحكيم العراقي نصت على انظر (أولاً : يكون الاتفاق على التحكيم من قبل الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي له أهلية التصرف في حقوقه).

(5) د. نبيل صالح العريبي , اتفاق التحكيم , بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون , الجزائر , العدد 15/ , 2016 , ص 366 .

(1) د. أبو الخير عبد العظيم , مصدر سابق , ص 71 .

(2) الفقرة الثانية من المادة (34) من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 والتي نصت على أن (2- لا يجوز للمحكمة في المادة (6) أن تلغي أي قرار تحكيم إلا إذا : 1- قدم الطرف طالب الإعفاء دليلاً يثبت : 1- أن أحد طرفي اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (7) يفتقر إلى الأهلية) .

(3) د. أبو الخير عبد العظيم , مصدر سابق , ص 80 .

(4) رقية ميدون , إجراءات التحكيم التجاري الدولي , رسالة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة قاصدي مرباح , الجزائر , 2015 , ص 11 .

وحرصت معظم التشريعات على أن يكون عدد أفراد هيئة التحكيم من واحد أو أكثر , حيث ذهبت المادة (15) من مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 إلى القول بأن هيئة التحكيم تتشكل باتفاق الطرفين من محكم واحد فأكثر , وإذا لم يتفقوا على العدد كان العدد ثلاثة⁽¹⁾ .

أي أن يكون أعداد المحكمين بصورة فردية , وهذا أيضاً ما أشارت إليه المادة (8) من لائحة إجراءات التحكيم وتعديلاتها للتعاون التجاري العربي لعام 1994⁽²⁾ , في حين أشار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (ICSID) الذي أثنى بموجب اتفاقية واشنطن لعام 1985 إلى نفس العدد المشار إليه في الاتفاقيات والقوانين أعلاه إلا أنها أوضحت أنه في حالة عدم الاتفاق بين الأطراف على عدد المحكمين , فإن كل طرف له الحق بتعيين محكم واحد أما المحكم الثالث فيتم تعيينه بالاتفاق⁽³⁾ .

ونرى أن الاتفاق على هيئة التحكيم من قبل الأطراف يجب أن يكون توافقي بين الطرفين , أي أن كلا الطرفين على دراية وقناعة باختيار الشخص الآخر للمحكم من أجل تسهيل عملية فض النزاع استناداً للثقة التي يمنحها الخصم للمحكم .

وقد لا يتفق أطراف العقد الدولي على اختيار هيئة التحكيم بأنفسهم لسبب من الأسباب فيعهدون بمهمة التحكيم إلى هيئة دولية مختصة بالتحكيم كغرفة التجارة الدولية بباريس أو إلى المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار أو غيرها من المراكز الدولية المتخصصة⁽⁴⁾ , وغالباً ما يحدث هذا الأمر في العقود التجارية الدولية التي تكون الدولة أحد أطرافها .

فيلجأ الطرف الآخر الذي يتمتع بقوة ونفوذ إلى اختيار مركز تحكيمي يطمئن له وغالباً ما يحدث هذا في الدول النامية التي تسعى إلى جذب الاستثمارات ومحاولة وضع كافة التسهيلات أمام المستثمر وهذا ما أشار إليه قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل في المادة

(1) المادة (10) من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكم الدولي التجاري لعام 1985 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي نصت على أن (1- للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين 2- فإن لم يفعل ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة) .

(2) حيث نصت المادة (8) من اللائحة على من (تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو ثلاثة محكمين بحسب اتفاق الطرفين , فإذا لم يوجد اتفاق يشكل الأمين العام الهيئة من محكم واحد , ما لم ير أن طبيعة النزاع تتطلب تشكيلها من ثلاثة محكمين) .

(3) المادة (8/27) (تشكل المحكمة التحكيمية (المسماة فيما يلي بالمحكمة) بقدر الإمكان عقب تسجيل الطلب طبقاً للمادة (9) :

ح : تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقاً لاتفاق الأطراف .

ط : في حالة عدم الاتفاق بين الأطراف بشأن المحكمين وطريقة تعيينهم تضم المحكمة ثلاثة محكمين , يعين كل طرف واحداً أما المحكم الثالث والذي هو رئيس المحكمة , فإنه يعين بالاتفاق بين الطرفين) .

(4) هنالك الكثير من المراكز التحكيمية في العالم منها أ- هيئة التحكيم بأمريكا , ب- مركز تحكيم البنك الدولي , ج- مركز التحكيم لدى مجلس التعاون الخليجي , د- مركز غرفة التجارة الدولية السعودية , هـ - هيئة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية بالأمم المتحدة , و- غرفة التحكيم الأمريكية , ز- مركز القاهرة للتحكيم الدولي , ح- مركز النجف الاشراف للتحكيم الدولي .

(1/27/ أولاً) والتي أجازت اللجوء إلى التحكيم الدولي⁽¹⁾ , وغالباً ما يتم اختيار المحكمين من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال التحكيم وفي مجال العقود التي يثار بشأنها التحكيم⁽²⁾ .
أما بخصوص تعيين القاضي محكماً فلم يجرز المشرع العراقي ذلك وأعلنها صراحة في المادة (255) من قانون المرافعات المدنية النافذ والتي نصت على (لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن من مجلس القضاء ولا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره) .

فمن هذه المادة نفهم أنه لا يجوز أن يكون المحكم قاضياً إلا إذا أذن له مجلس القضاء بذلك أن موقف المشرع المصري من عمل القاضي كمحكم فاشترطت المادة (63) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 الحصول على الموافقة للقيام بالتحكيم .

وينتقد جانب من الفقه تولى القاضي مهمة التحكيم بقولهم أن ذلك قد يؤثر على حياديته واستقلاله إذا ما تلقى مقابل تحكيمه أتعاباً مرتفعة .

كذلك يخشى على القاضي أن يهتم بعمله كمحكم أكثر من عمله كقاضي , خاصة وأن القضاء يعاني من مشكلة تكس القضايا المرفوعة أمامه فيثقل كاهله بأعباء جديدة , لذا يرون أن تقتصر مهمة القاضي على عمله في المحاكم⁽¹⁾ .

ونرى في هذا المجال إمكانية الاستعانة بالقضاة المحالين على التقاعد كمحكمين وخاصة قضاة محاكم الاستئناف والتميز لما لديهم من خبرة طويلة وإلمام بمختلف الجوانب القانونية التي قد تثيرها منازعات العقود النموذجية الدولية , ولا يشترط أن يكون المحكم رجلاً , إذ يجوز أن يكون المحكم امرأة , كما لا يشترط أن يكون المحكم من نفس جنسية أطراف التحكيم , فيجوز تحكيم الأجنبي⁽²⁾ , كما أشارت ذلك المادة (16) من قانون التحكيم المصري النافذ .

ثانياً : مكان التحكيم

أما الطابع الرضائي الذي يتمتع به التحكيم مما يعطي للخصوم حقوقاً واسعة في تحديد عناصر التحكيم ومن بينها مكان التحكيم , حيث أن قوام التحكيم هو الإرادة الخاصة للأطراف المتنازعة فهم بحسب الأصل الذين يحددون المكان الذي سيتم التحكيم فيه⁽³⁾ .

(1) المادة (1/27/ أولاً) نصت على أن (تخضع المنازعات الناشئة عن الاستثمار إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي , ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهة القانون الواجب التطبيق) .

(2) قواعد غرفة التجارة الدولية التي أنشأت عام 1919 وتم تطبيق قواعدها في عام 2017 .

(4) د. محمد علي محمد , كيفية اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري , بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق , المجلد 4/ , العدد 2/ , ج 2 , 2019 , ص 56 .

(2) د. أبو الخير عبد العظيم , مصدر سابق , ص 142 .

(3) نصت المادة (28) من مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 على أن (أولاً : لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم داخل العراق أو خارجه) .

فإذا لم يتفقا على تحديد مكان التحكيم تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان على أن تأخذ بنظر الاعتبار ظروف القضية وراحة الطرفين⁽⁴⁾ .

وهذا أيضاً ما ذهب إليه قانون التحكيم المصري في حالة عدم اتفاق الأطراف على مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان للأطراف وهذا أيضاً ما يتلاءم مع الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري المادة (22)⁽¹⁾ . وتتنافس الأنظمة القانونية في إصدار تشريعات تتسم بالمرونة وتقديم تسهيلات إجرائية كبيرة وخاصة في مجال عقود الاستثمار وهذا ما فعله المشرع العراقي في المادة (27) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 من إعطاء الحرية للطرفين في اختيار جهة التحكيم بأن تكون وطنية أو دولية , وهذا يدل على إعطاء الحرية للطرفين في تحديد مكان التحكيم .

وتبرز أهمية تحديد مكان التحكيم في الآثار القانونية التي تنتج عنه فيعد حكم التحكيم أجنبياً إذا صدر في دولة غير المطلوب فيها التحكيم⁽²⁾ .

كذلك هنالك آثار قانونية أخرى تتمثل بالقانون الواجب التطبيق على النزاع في الحالة التي لم يعلن فيها الأطراف صراحة اختيارهم لقانون آخر وقد ذهبت قواعد التحكيم الاونسيترال لعام 1985 وقواعد القانون النموذجي للتحكيم المادة (1/3) إلى جعل قواعد القانون الداخلي واجبة التطبيق في إحدى الحالتين وهما (إذا كان التحكيم واقعاً في إقليم الدولة أو كان خارجها لكن اتفق الأطراف المتنازعة على تطبيق القانون الداخلي بعينه) , وهذا ما أخذت به أيضاً المادة (1) من قانون التحكيم المصري⁽³⁾ .

كما يكون لتحديد مكان التحكيم أهمية كبيرة في حالة تنفيذ الحكم التحكيمي وإمكانية تنفيذه في دولة أجنبية أخرى , فإذا ما كانت الدولة الخاصة بالاعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية فسيكون مثل هذا الحكم قابلاً للتنفيذ ببسر في دولة أخرى مصادقة على الاتفاقية⁽⁴⁾ .

أما فيما يخص العقود النموذجية فلا نرى أن هنالك مشكلة في تحديد مكان التحكيم ذلك لأنه أساساً مثبتاً في بنود العقد , لأن أطراف العلاقة العقدية في مثل هذا النوع من العقود حريصون تماماً على صياغة العقد بصورة جيدة وبدقة متناهية لكي يكون نموذجاً عاماً يمكن تطبيقه في العقود المشابهة ومعالجة ما فيه من قصور وتعزيز الثقة بين الطرفين المتعاقدين , حيث إذا تم الاتفاق

(4) المادة (20) من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 – الفقرة ثانياً من المادة (28) من مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 .

(1) رقية ميدون , إجراءات التحكيم التجاري الدولي , رسالة ماجستير , كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح , الجزائر , 2015 , ص 24 .

(2) د. أبو الخير عبد العظيم , مصدر سابق , ص 206 .

(3) د. أبو الخير عبد العظيم , المصدر السابق , ص 206 .

(4) رقية ميدون , مصدر سابق , ص 26 .

بين الأطراف على كل المسائل الجوهرية التي تخص العقد النموذجي فسيكون من اليسر حل هذه المشاكل بسهولة , لذا نرى الانتشار الواسع لمثل هذه العقود سواءً في مجال النفط والغاز أو في مجال نقل التكنولوجيا وهذا ما يؤكد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الاونكتاد) المنعقد في عام 2014 , والذي عد عقود الاستثمار في أهداف التنمية المستدامة من أحدث صور العقود المستحدثة وعلى إثرها أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1015 قراراً يتعلق بأعمال التنمية المستدامة للفترة من (2015-2030) بموافقة (193) دولة .

لذا فإن عقود النموذجية ومنها عقود التشييد والبناء سوف تلعب دوراً كبيراً في إقامة العديد من مشروعات الاستثمار⁽¹⁾ , وهذا يدل على تنامي دور الاستثمار الذي يتناسب طردياً حسب رأينا مع ازدياد الإقبال على العقود النموذجية في مجال التجارة الدولية .

الفرع الثاني : إثبات اتفاق التحكيم وتفسيره

قد يثير اتفاق التحكيم عند تنفيذه عدة مشاكل والتي من أهمها هي مسألة إثباته وتفسيره , على الرغم من أن اتفاق التحكيم هو اتفاقاً رضائياً والذي من المفترض أن ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول , وقد أولت أنظمة التحكيم المقارنة مسألة إثبات التحكيم أحكاماً خاصة . لذا سوف نتناول في الفقرتين الآتيتين إثبات اتفاق التحكيم وتفسير اتفاق التحكيم كلاً في فقرة مستقلة وكما يلي :-

أولاً : إثبات اتفاق التحكيم :

ذهبت معظم قوانين التحكيم على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً في صورة كانت حيث لم يشترط المشرعون شكلية محددة لكتابة اتفاق التحكيم فيمكن أن يرد في محور وقعه الطرفان أو ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة⁽¹⁾ . وهذا أيضاً ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (27) لسنة 1994 . وإذا كانت الكتابة هي شرطاً لصحة اتفاق التحكيم فهي أيضاً تعد شرطاً لصحة إثبات اتفاق التحكيم⁽²⁾ . وقد كان المشرع الفرنسي يميز بين شرط ومشاركة التحكيم ، حيث كان يعتبر الكتابة شرطاً لصحة شرط التحكيم بينما اعتبر الكتابة شرطاً لإثبات مشاركة التحكيم . ثم عدل عند ذلك التمييز بين الشرط والمشاركة من ناحية شرط الكتابة بموجب المرسوم رقم (48) لسنة 2101 في المادة (1443) .

(1) د. إبراهيم حسين حسني , العقود الدولية المستحدثة في مجال الاستثمار التشييد والبناء نموذجاً , الملتقى العربي الثاني لخبراء صيانة العقود , القاهرة , 2018 , ص 5 .

(2) المادة (12) من مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 نصت على أن :
— (أولاً : يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً بحكم القانون إذا ورد في محور وقعه الطرفان أو ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة .

ثانياً : إذا اتفق الطرفان على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة فعلى المحكمة إحالة النزاع إلى التحكيم ويعد قرارها بهذا الشأن بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب) .
(2) د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، مصدر سابق ، ص 227 .

كذلك ذهبت المادة (7) من قانون التحكيم النموذجي إلى القول ببطلان اتفاق التحكيم إن لم يكن مكتوباً . فمن النصوص السابقة والنصوص الدولية الأخرى المتعلقة بإثبات اتفاق التحكيم نرى بأنها توسعت في مفهوم الكتابة اللازمة لإثبات اتفاق التحكيم . فقد اشترط الفقه والقضاء الانكليزي بأي وسيلة كانت . واعتبرت اتفاقية جنيف لعام 1958 الكتابة شرطاً لصحة التحكيم . وذهبت اتفاقية جنيف لعام 1961 إلى أن الكتابة لم تعد فقط شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم وإنما لازمة لكل عنصر من عناصره ، كالمحكم أو هيئة التحكيم أو اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع أو النزاع محل التحكيم أو مكان التحكيم⁽³⁾ . فكل هذه الأمور لا يمكن إثباتها إلا من خلال الكتابة وهذا يقودنا نحو العقود النموذجية التي تكون فيها كافة إجراءات التحكيم ومتطلباته سهلة وواضحة للجميع كونها مكتوبة ضمن بنود هذا العقد .

وتجنب الإشكاليات التي تثيرها العقود التقليدية فقد خلطت بعض التشريعات بين ما إذا كانت الكتابة شرطاً لصحة اتفاق التحكيم أم لإثباته . فإذا كانت شرطاً لصحة اتفاق التحكيم فبتخلفها يبطل الاتفاق أم إذا كانت شرطاً لإثباتها فتخلفها لا يعد مبطلاً لاتفاق التحكيم⁽¹⁾ .

وقد ذهبت بعض التشريعات العربية⁽²⁾ ومنها قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ إلى أن الكتاب تعد شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم وذلك في المادة (252) والتي نصت على أن (لا يثبت اتفاق التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة ...)

وبناءً على ما تقدم نرى أن الكتابة مثلما تكون شرطاً لصحة اتفاق التحكيم فهي أيضاً شرطاً لإثبات هذا الاتفاق ، فمن غير الممكن الاستدلال على اتفاق التحكيم من العادات العرضية خاصة في ميدان التجارة الدولية لصعوبة إثباتها عند وقوع النزاع وأنكر الطرف الآخر ذلك . إذن الكتابة هي شرط لصحة الاتفاق على التحكيم وشرط لإثباته .

ثانياً : تفسير اتفاق التحكيم

بما أن المتعاقدين يتفقان بالتراضي على إجراء التحكيم فتفسير هذا الاتفاق يخضع للقواعد العامة في تفسير العقود⁽³⁾ في حالة وجود غموض أو لبس فيه . فإذا اتفق الطرفان على إجراء التحكيم بموجب شرط أو مشاركة التحكيم فهنا يجب أن يطبق المحكم ما ورد في الاتفاق ومع ما يتفق مع طبيعته ، دون توسع ، بحيث تقتصر ولاية المحكمين على ما ورد في الاتفاق من

(3) د. أبو الخير عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص 103 .

(1) د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، مصدر سابق ، ص 230 .

(2) ومن ذلك المادة (509) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري ، المادة (6) من قانون التحكيم التونسي لسنة 1993 ، المادة (73) من قانون المرافعات الكويتي ، المادة (742) من قانون المرافعات الليبي ، المادة (190) من قانون المرافعات القطري ، المادة (203) من قانون الإجراءات الإماراتي ، المادة (766) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني .

(3) المواد من (155 – 167) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل خاصة بتفسير العقد .

مغزى⁽¹⁾ . وكما في تفسير اتفاق التحكيم من خطورة كبيرة ونتائج قد لا يمكن تداركها فقد ألزم القانون البحريني كل من القاضي والمحكم بثلاث قواعد للتفسير⁽²⁾ وهي :

1- القاعدة الأولى : (هي عدم جواز الانحراف عن عبارات العقد عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة العاقدين . كما في ذلك من مخالفة للقانون فيما نصت عليه المادة 125/أ من القانون المدني) .

2- القاعدة الثانية : (هي الالتزام بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ)⁽³⁾ ، وذلك لأن العبرة بالإرادة الحقيقية لأطراف الاتفاق) .

3- القاعدة الثالثة : (هي تفسير الشك في مصلحة المدين . ونطاق هذه القاعدة يتحدد بأن يكون تفسير العقد غير مستحيل ، وأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة إذا كان يوجد مجال للتفسير من الأساس . أما إذا تبين للقاضي استحالة تفسير العقد بأي معنى من المعاني فإنه لا يكون هنالك عقد ولا تطابق إرادتين ، ولا يكون هنالك بالتالي مجال للتفسير) .

لا يمكن للقاضي أو المحكم الاستعانة بما تبادلته الطرفان من رسائل أو محادثات لتفسير الاتفاق والوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدین⁽⁴⁾ ، ومن القواعد المستقرة في تفسير العقود ، قاعدة رعاية الطرف الضعيف في العقد . وغالباً ما يكون الطرف الضعيف في العقد هو الطرف المدين فيجب هنا على القاضي أو المحكم تفسير الشك في مصلحته⁽⁵⁾ .

وقد حاول المشرع السويسري أن يتلافى المشاكل التي قد يثيرها اتفاق التحكيم فقط على شرط التحكيم النموذجي ضمن القواعد السويسرية للتحكم الدولي . والذي ينص على (كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به بما في ذلك صحته وبطلانه ومخالفته وفسخه ، يسوى بطريق التحكيم وفقاً للقواعد السويسرية للتحكيم الدولي التي وضعتها غرفة التجارة السويسرية كما هي سارية المفعول في التاريخ الذي تم فيه إيداع إخطار التحكيم طبقاً لهذه القواعد :

1- يكون عدد المحكمين (واحد أو ثلاثة)

2- يكون مكان التحكيم (اسم مدينة سويسرية ، إلا إذا اتفق الأطراف على مدينة خارج سويسرا) .

(1) د. أبو الخير عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص 107 .

(2) د. محمد أحمد الشهير ، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم موضوعاً وأشخاصاً في ضوء التشريع البحريني ، مقال منشور على موقع المحكمة العربية الدائمة للتحكيم ، الموقع الإلكتروني :

info@pacaarbitration.cim .

(3) وتقابلها الفقرة (1) من المادة (155) من القانون المدني العراقي النافذ والتي تنص على أن (1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني للألفاظ والمباني) .

(4) د. أبو الخير عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص 109 .

(5) المادة (166) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (يفسر الشك في مصلحة المدين) .

3- تكون لغة التحكيم (أضف اللغة المختارة) .

وحسناً فعل المشرع السويسري بوضعه هذا النموذج لاتفاق التحكيم ونأمل من المشرع العراقي أن يحذو حذوه ، وأن يصادق على مشروع قانون التحكيم مع إجراء بعض التعديلات الضرورية التي تتلاءم مع التطور السريع للتجارة الدولية ولشروط العقود الدولية .

المطلب الثاني

تنفيذ حكم التحكيم

قبل تنفيذ حكم التحكيم لابد للمحكم من معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروف أمامه ، لذا سوف نحاول أن نبين القانون الواجب التطبيق على التحكيم وتنفيذ حكم التحكيم كلاً في فرع مستقل .

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على التحكيم

عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق على التحكيم لابد لنا من أن نبين دور الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق ودور المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق عند غياب إرادة الأطراف في تعيينه وكما يلي :

أولاً : دور الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق للأطراف المتعاقدة دور كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية ، هذا المبدأ الذي استقر العمل به في الفقه والقضاء⁽¹⁾ . ويعود السبب في منح الأطراف هذا الحق ليختارا القانون الملئم والذي يثقان به أكثر من غيره وقد يكون التعبير عن الإرادة في اختيار هذا القانون بشكل صريح وقد يكون بشكل ضمني ، وكما يلي :

1- الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد الذي أقرته معظم التشريعات⁽²⁾ فإن للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم بشكل صريح لما يحققه هذا القانون من مصالح مشتركة للطرفين . وهذا ما أكدته الاتفاقيات الدولية ، كاتفاقية واشنطن في المادة (1/42) والمادة (1/21) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري ويكون تحديد القانون الواجب التطبيق صريحاً عندما ينص عبر شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم ، ويذهب جانب من الفقه⁽³⁾ إلى أن تقييد حرية الاختيار

(1) سعيد عبود فرحان ، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم – دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والأردني ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، الأردن ، 2017 ، ص 77 .

(2) المادة (25) من القانون المدني العراقي والمادة (22) من القانون المدني المصري .

(3) محمد عزيز موكريان ، سوران طالب ، القانون الواجب التطبيق على التحكيم ، بحث منشور على الموقع الالكتروني : www.academia.edu .

بوجود صلة مباشرة بين القانون الواجب التطبيق وبين النزاع المعروض وأن يكون القانون المختار نافذاً وقت اختياره وغير مخالف للنظام العام ، ويرى اتجاه فقهي آخر بجواز اتفاق أطراف النزاع على تطبيق قانون معين حتى لو لم تكن له صلة بالنزاع شريطة أن تتوافر فيه حسن النية وأن لا يكون فيه غش نحو القانون وأن لا يتعارض مع النظام العام⁽¹⁾ .

ويتفق الباحث مع رأي الفقه القائل بوجود توافق صلة بين القانون الواجب التطبيق ومحل النزاع لعدم وقوعهم أمام قواعد قانونية يجهلون لها وقد لا تحقق ما يطمحون إليه وتكون النتائج غير مرضية .

2- الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على التحكيم

تثير مسألة البحث عن الإرادة المفترضة إشكالاً مثيراً للاهتمام في حالة غياب اختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على التحكيم . حيث تبرز أمام المحكم مشكلة التصدي لمعرفة ما إذا كان الأطراف قد قصدوا تطبيق قانون معين أم لا . ففي مثل هذه الحالة تتجه هيئة التحكيم إلى استخلاص الإرادة لضمنية من ظروف النزاع وواقع الحال وطبيعة العقد . فلا بد للمحكم من استظهار مؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الإرادة الضمنية⁽²⁾ . ومن بين هذه المؤشرات على الاختيار الضمني للأطراف المتنازعة للقانون الواجب التطبيق على التحكيم ، قانون محل الإبرام وقانون محل التنفيذ أو قانون محل إقامة الأطراف ومكان التنفيذ ونوع العملة واللغة المستخدمة في العقد . كذلك إذا اختار الطرفان المتعاقدان استخدام صيغة عقد لإحدى المؤسسات التحكيمية ، فمن خلالهما يمكن استنتاج أن إرادة الأطراف اتجهت إلى تطبيق ذلك القانون الخاص بالمؤسسات التحكيمية ، كذلك فإن اختيار محكم من دولة ما دون تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم قد يدل على اتجاه إرادة الأطراف على تطبيق قانون دولة المحكم⁽³⁾ .

ولابد من الإشارة هنا إلى أن اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء أكان صريحاً أو ضمنياً فإنه لا يمنع من أن يقوم المحكم في حالات معينة بتطبيق القواعد الآمرة . أما بشأن موقف المشرع العراقي من نطاق تطبيق قانون التحكيم فنرى أنه أشار في مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 إلى تطبيق القانون العراقي على كل تحكيم يقع في العراق وذلك في المادة (2) من هذا القانون⁽¹⁾ .

(1) سمير عبود فرحان ، مصدر سابق ، ص 80 .

(2) بختي قدور ، التحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، 2017 ، ص 39 .

(3) سمير عبود فرحان ، مصدر سابق ، ص 81 .

(1) نصت المادة (2) من مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 على أنه (تطبق أحكام هذا القانون على كل تحكيم يكون أطرافه من أشخاص القانون العام أو الخاص ، أو من كليهما دون الالتفات إلى طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع ، فيما إذا كان هذا التحكيم يجري في جمهورية العراق أو كان تحكيمياً تجارياً يجري في

ولابد من القول هنا أنه لا بد من أن يلتزم المحكم بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين سواء أكانت صريحة أو ضمنية . فإذا عجز عن استخلاص إرادتهما عندئذٍ يكون له مهمة هذا الاختيار . أما في العقود النموذجية فلن يواجه المحكم مشكلة في اختياره القانون الواجب التطبيق على النزاع ، وذلك لأن هذا القانون قد اختاره المتعاقدان مسبقاً أو قد يكون أصلاً موجود في متن العقد وما على الطرف الآخر إلا القبول به .

ثانياً : دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع

حرصت معظم التشريعات ومنها المشرع العراقي على إعطاء دور للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في حالة غياب إرادة الطرفين في تحديد هذا القانون حيث نصت المادة (25) من مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 على أن (إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها متناسبة مع مراعاة أحكام هذا القانون) . وكذلك بالرجوع إلى المادة (39) من هذا المشروع⁽¹⁾ نجد أن هنالك حالات يقوم المحكم فيها بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديده . مراعيًا في ذلك الموازنة بين نصوص الاتفاق وقواعد القانون⁽²⁾ .

وقد ذهب المشرع المصري في المادة (2/39) من قانون التحكيم المصري إلى تطبيق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر صلة بالنزاع في الحالة التي لم يتفق فيها الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق آخذين بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالحالة⁽³⁾ . وقد نصت المادة (3/13) من نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية لسنة 2012 على أنه (للأطراف حرية تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع ، وإذا لم يحدد الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يحددها المحكم ملائمة في هذا الخصوص) .

الخارج واتفق أطرافه إخضاعه لأحكام هذا القانون على أن يراعى في هذا الشأن الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية العراق) .

(1) المادة (39) من مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 نصت على أنه (أولاً – تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين . ثانياً – إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أن الأكثر صلة بالنزاع . ثالثاً – في كل الأحوال يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ بالاعتبار الأعراف التجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما يجري عليه التعامل بين الطرفين) .

(2) موكديان ، عزيز محمد ، القانون الواجب التطبيق على التحكيم ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني :

<File://users/HD/AppData/cocal> .

(3) رمضان كريم ، سايح جهاد ، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أصلي محند ، الجزائر ، 2016 ، ص 51 .

وقد لقي قانون مقر التحكيم ترحيباً من قبل الفقه القانوني وعلى رأسهم الفقيه (نيبويت) وكذلك الفقيه (4) (Sauser hull) ونحن نؤيد الاتجاه الداعم لإعطاء الحرية للمحكم في اختيار القانون الأكثر ملائمة وصلة بالنزاع .

الفرع الثاني : إصدار حكم التحكيم وتنفيذه

بعد انعقاد هيئة التحكيم للنظر في النزاع المعروض أمامها واستكمالها لكافة الإجراءات المطلوبة فإنها سوف تصدر قرار أو حكم التحكيم وهذا القرار يكتسب قوة الشيء المقضي منه . فهل يحظى هذا القرار بالاعتراف به بمجرد صدوره سواء أكان ضد شخص معنوي مؤسسة أو شركة أم ضد دولة معينة . وما هي الإجراءات اللازمة لتنفيذه ؟ وللإجابة على ذلك سوف نحاول أن نبين مسألة صدور الحكم والاعتراف به وتنفيذه في الفقرتين التاليتين :

أولاً : إصدار حكم التحكيم وآثاره

بعد صدور حكم التحكيم فلا بد له من أن يرتب آثار معينة قصدها أحد الطرفين أو كلاهما فما هو المقصود بحكم التحكيم ؟ وما هي الآثار المترتبة عليه ؟ سوف نحاول أن نجيب عليها وكما يلي :-

1- صدور حكم التحكيم :-

يعد التحكيم في الوقت الحاضر من أهم الوسائل المستخدمة في النص في المنازعات التي تحدث بين الأفراد والمؤسسات ولحماية التعاملات التجارية الوطنية والاستثمارات التجارية التي يقوم بها رعايا من دولة في دولة أخرى⁽¹⁾ . لذا فإن الغاية من صدور قرار التحكيم هي إنهاء النزاع الحاصل بين الطرفين ، وهو ثمرة ما يبذله كل الأطراف ومن يرتبط بهم والمحكمون ومن يعاونهم طوال فترة النظر في النزاع . وليس بالضرورة أن يكون قرار التحكيم لصالح أحد الطرفين وضد الآخر فمن الممكن أن يكون في صالحهما وضدهما في وقت واحد⁽²⁾ . إن قرار التحكيم يصدر كتابة ويكون ملزماً للطرفين وبموجبه يتعهد الطرفان بتنفيذه دون أي تأخير وهو حكم نهائي يقوم بفصل جميع المواضيع التي يتم طرحها من قبل المحكمة التحكيمية. وقد اعتبرت محكمة الاستئناف في باريس الحكم التحكيمي هو المسؤول عن الفصل في النزاع بشكل كامل ونهائي⁽¹⁾ .

(4) رغد عبد الأمير مظلوم ، القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم على العقود التجارية ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد /28 ، العدد/10 ، 2020 ، ص74 .

(1) مصطفى عبد الرحمن ، التحكيم التجاري في زمن العولمة ، مقال منشور في جريدة الشرق الأوسط الإلكترونية على الموقع الإلكتروني : www.al.Sharq.com .

(2) حمدون عبد القادر ، التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على ضوء القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة أبو بكر بلقايد ، الجزائر ، 2015 ، ص61 .

(1) تعريف الحكم التحكيمي وأنواعه ، مقال منشور على موقع الهيئة الدولية للتحكيم على الموقع الإلكتروني :

ولا يصدر حكم التحكيم إلا بعد مجموعة من الإجراءات وبعد استكمال كافة الشروط القانونية الواجب توفرها لإصدار الحكم ، فمثلاً إذ كان عدد المحكمين أكثر من واحد فلا بد من إجراء المداولة فيما بينهم قبل صدور الحكم . وإذا تعذرت المداولة الحضورية أو الوجيهة فإن رئيس الهيئة يعد صيغة القرار ويرسل نسخة منها إلى كل محكم ، وبعد اتفاقهم على القرار يتم تصديقه وتكون المداولة سرية⁽²⁾ وإلا أصبح ذلك سبباً في الطعن في قرار التحكيم⁽³⁾ .

وقد ذهبت غرفة التجارة الدولية في المادة (21) ونظام الغرف التجارية العربية الأوربية في المادة (4/24) إلى وجوب أن تكون هنالك رقابة سابقة على إصدار قرار التحكيم حيث يعرض مشروع القرار على جهة داخل المحكمة لتفادي صدور قرارات تحكيمية غامضة أو مبهمّة أو معيبة ، وقد ردت غرفة التجارة الدولية موقفها هذا الداعم للرقابة السابقة على قرار التحكيم في معرض ردها على بعض المنتقدين لوجود مثل هذه الرقابة بقولها إن هذه الرقابة تساهم في تحسين نوعية القرار التحكيمي قبل المصادقة عليه⁽⁴⁾ .

ونرى أن ما ذهبت إليه غرفة التجارة الدولية من إشتراط عرض مشروع القرار التحكيمي على لجنة مختصة داخل محكمة التحكيم أمر جيد لتلافي النقص والقصور الذي قد يشوبه خاصة إذا ما كانت هذه اللجنة مختصة بنفس موضوع النزاع .

2- آثار حكم التحكيم

بعد صدور حكم التحكيم بصورته النهائية واستنفاده لطرق الطعن فإنه يترتب آثاراً منها ما يختص بطرفي النزاع ومنها ما يختص بالمحكم أو هيئة التحكيم . لذا سوف نتناول هذه الآثار فيما يلي :

أ- آثار حكم التحكيم بالنسبة للمحكم أو هيئة التحكيم

يترتب على صدور حكم التحكيم التزاماً على هيئة التحكيم بتسليمها أطراف النزاع نسخ من حكم التحكيم لتمكينهم من الإطلاع على الحكم ومراجعته . وذلك خلال مدة محددة . وبصدور حكم التحكيم تنتهي مدة التحكيم وإجراءاته واستنفاد هيئة التحكيم لولايتها في القيام بأية إجراءات أو تلقي طلبات جديده من الأطراف المتنازعة⁽¹⁾ .

www.egyarbation.com .

(2) المادة (270) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ .

(3) المادة (275) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ .

(4) د. عبد العزيز خنفوسي ، القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، الجزائر ، العدد (12) ، 2015 ، ص 230 .

(1) أشجان فيصل شكري داود ، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به ، أطروحة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح ، الجزائر ، 2008 ، ص 68 .

وقد نصت المادة (1/1475) من قانون المرافعات الفرنسي على أن (القرار ينهي ولاية المحكم عن النزاع الذي تم حسمه) وهذا يدل على انتهاء مهمة المحكم التي أوكلت إليه بموجب عقد التحكيم⁽²⁾. وتنتهي بذلك كافة الإجراءات التحكيمية⁽³⁾. وذهبت المادة (1030) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إلى أنه (يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه) وبانتهاء ولاية المحكم فإنه يستحق الأجور المتفق عليها أو المحددة من قبل المحكمة⁽¹⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن مهمة المحكم لا تنتهي بصدور حكم التحكيم، بل له سلطة تقديرية في تفسير حكم التحكيم بعد صدوره إذا كان فيه لبس أو غموض أو إزالة ما وقع فيه من خطأ في الأرقام أو أخطاء مطبعية وتستمر هذه السلطة لمدة ثلاثون يوم من تاريخ صدور الحكم، وهذا ما ذهب إليه المشرع اليمني في المادة (52) من قانون المرافعات اليمني⁽²⁾. وهذا أيضاً هو موقف المشرع العراقي في مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 وذلك في المادة (49) من هذا القانون، حيث أجاز المشرع العراقي استمرار سلطة هيئة التحكيم بعد انتهاء التحكيم إذا تطلب الأمر تفسير قرار التحكيم وذلك خلال مدو عشرة أيام بعد تقديم طلب التفسير في حالة تصحيح ما وقع منها من أخطاء في قرار التحكيم من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم⁽³⁾.

وهذا أيضاً ما ذهبت إليه المادة (51) من اتفاقية واشنطن لعام 1958 المتعلقة بفض منازعات الاستثمار، وحسناً فعل المشرع العراقي في مشروع قانون التحكيم عندما ساير التشريعات والاتفاقيات الدولية في استمرار سلطة المحكم بعد إصدار حكم التحكيم وذلك ضماناً للعدالة واستقرار المعاملات.

ونرى أن العقود النموذجية ذات الصياغة الفنية المحبوبة يمكنها تجاوز كثير من العقبات وتسيير عجلة الاقتصاد والاستثمار إلى الأمام لما توفره من جهد ووقت للطرفين المتعاقدين وللمحكمين حيث أن غالبية النزاعات المتعلقة بأمور التجارة الدولية تحل عبر الهيئات الدولية المتخصصة لما تملكه من خبرة وأجهزة فنية وإدارية. وما يؤكد كلامنا شروط التحكيم النموذجية التي وضعتها بعض الهيئات الدولية المختصة بالتحكيم ومن بينها الشرط التحكيمي النموذجي الذي وضعته القواعد السويسرية للتحكيم الدولي (القواعد السويسرية) وشرط التحكيم النموذجي لليونسيترال

(2) حمدون عبد القادر، مصدر سابق، ص 70.

(3) المادة (32) من القانون النموذجي للتحكيم نصت على أن (حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي كافة الإجراءات التحكيمية).

(1) أمة الرحمن بقطانس، حكم التحكيم التجاري وطرق الطعن فيه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، 2014، ص 43.

(2) مشهور محمد الدعيس، آثار صدور حكم التحكيم، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.acodemda.edu.

(3) أنظر المادة (49) والمادة (50) من مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011.

والشرط التحكيمي لغرفة التجارة الدولية (Iccs) والشرط التحكيمي للمركز الدولي للمنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكية والشرط التحكيمي لمحكمة لندن للتحكيم الدولي والشرط التحكيمي لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي والشرط التحكيمي لغرفة ميلانو للتحكيم المحلي والدولي . وهذا يدل أيضاً إلى اتجاه المجتمع العدلي لتسهيل عملية التحكيم ومن ثم تيسر وتسهل إجراءات عقود التجارة الدولية وتقنينها بشكل عقود نموذجية والابتعاد عن الإجراءات التي قد تعقد وتؤخر عجلة التجارة الدولية .

2- آثار التحكيم بالنسبة لأطراف العقد

تتشابه إلى حد ما الآثار التي ينتجها قرار التحكيم مع الآثار التي ينتجها الحكم القضائي . إلا أن الاختلاف هنا قد يكون في تدخل الإرادة ، إذ إن إرادة الطرفين هي التي تكون سبباً في إنهاء النزاع وإيجاد الحل المرضي للطرفين . أما في القرار القضائي فقد لا يكون للإرادة دور في ذلك ، ومن بين الآثار التي تنتج بعد صدور قرار التحكيم هي :

أ – التزام الطرفين بتنفيذه وهذا الالتزام يذكر بشكل صريح ضمن بنود الاتفاق على التحكيم على اعتبار أن التحكيم هو طريق اختياري لحل النزاعات ودياً⁽¹⁾ . وتشير الإحصائيات أن 90% من قرارات التحكيم طبقاً لغرفة التجارة الدولية تنفذ بشكل إرادي من قبل الشخص الذي لم يصدر قرار التحكيم لصالحه ، كذلك فإن المؤسسات التحكيمية تعمل على حث الأطراف على تنفيذ قرار التحكيم طواعية من خلال أساليب عدة⁽¹⁾ .

ب- الأثر الثاني لحكم التحكيم على أطراف العقد هو عدم جواز عرض النزاع ثانية على القضاء أو التحكيم ، حيث يكتسب القرار حجية الأمر المقضي به منذ صدوره ولا حاجة إلى صدور الأمر بتنفيذه وإن حجية القرار التحكيمي تكون في حدود موضوع النزاع الذي تضمنه القرار المذكور وبالنسبة للأطراف المتنازعة . وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً ولو كان قابلاً للطعن بدعوى بطلان التحكيم وتزول بزواله⁽²⁾ .

واكتساب القرار حجية الأمر المقضي به لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية وذلك لأن الصفة التنفيذية لأحكام التحكيم تكون بموجب قرار صادر من سلطة مختصة .

ثانياً : تنفيذ حكم التحكيم

(1) أشجان فيصل شكري داود ، مصدر سابق ، ص 89 .

(1) حمدوني عبد القادر ، مصدر سابق ، ص 69 .

(2) د. أمين سعيد عبد الله الكوشاب ، الطعن في حكم التحكيم التجاري في القانونين اليمني والسوداني ، بحث منشور في مجلة العلوم التربوية والدراسات الإنسانية ، 2018 ، ص 4 .

بعد صدور قرار التحكيم تبدأ مهمة تنفيذه من قبل طرفي النزاع والأصل في هذا التنفيذ أن يكون طواعية لكن في بعض الأحيان يكون للقضاء دور في هذا الشأن لذا سوف نحاول أن نبين تنفيذ حكم التحكيم بشكل طوعي وتنفيذه بواسطة القضاء وكما يلي :

1- تنفيذ حكم التحكيم طواعية

الأصل في تنفيذ أحكام التحكيم بشكل طوعي أو رضائي خاصة إذا كان هذا القرار أو الحكم خالياً من العيوب وطبقاً لمبدأ حسن النية لدى الأطراف فإنه يجب عليهم تنفيذه⁽³⁾ . أما بخصوص تنفيذ قرارات التحكيم الصادرة من دولة في دولة أخرى فقد ذهبت اتفاقية نيويورك في المادة (1/5) إلى أن إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي تخضع لقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ ، وفي المادة (1/3) ذهبت الاتفاقية إلى القول بـ (تعترف كل دولة من الدول المتعاقدة بالقرار التحكيمي وتوافق على تنفيذه وفق الأصول المتبعة في إقليم الدولة المطلوب التنفيذ على أراضيها) . لذا فإن الاتفاقية المذكورة أعطت الحرية في تنفيذ الأحكام التحكيمية . لذا فالدول غير المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية مثل اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها ، فلا تنفذ فيها مثل هذه الأحكام ، ولم يصادق العراق إلى الآن على اتفاقية نيويورك لعام 1958 ، لذا فإن القرارات التحكيمية الصادرة من هيئات التحكيم الدولية غير واجبة التنفيذ في العراق . حتى قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928 لا تنطبق أحكامه على أحكام التحكيم الصادرة من هيئات أجنبية ، إلا إذا صدقت محكمة البداية قرار التحكيم بما تمتلكه من صلاحيات وبناءً على الطلب المقدم من قبل أحد طرفي النزاع⁽⁴⁾ .

2- تنفيذ حكم التحكيم بواسطة القضاء

والأصل أن أحكام التحكيم الصادرة خارج الدولة المطلوب منها التنفيذ ليس له حجة على هذه الدولة . لأنه حكماً أجنبياً والحكم الأجنبي فاقداً للشرعية إلا على الدولة التي صدر منها . أما إذا صدر الأمر بالتنفيذ من الدولة المطلوب منها فإن ذلك يضيف عليه الشرعية⁽²⁾ . فالحكم المراد تنفيذه في دولة أخرى يخضع لرقابة القضاء في الدولة المطلوب منها التنفيذ إذ يتطلب الحكم المراد تنفيذه توافر شروط معينة ليصبح واجب التنفيذ . فلا بد للقاضي من التحقق من توافر

(3) كفاح حمودي حسون ، الأثار القانونية لقرار التحكيم التجاري ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، العدد (44) ، ج 2 ، ص 5 .

(4) د. وسن الخفاجي ، سامي حسين ناصر ، فاعلية قرار التحكيم ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد/ 3 ، 2017 ، ص 21 .

(2) د. ماهر مصطفى محمود ، الرقابة القضائية على حكم التحكيم ، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات ، دمنهور ، العدد/ 2 ، المجلد/ 9 ، 2017 ، ص 28

شروط معينة والمتمثلة بشروط صحة القانون الأجنبي من الوجهة الدولية كمرعاة حق الدفاع وعدم مخالفة النظام العام وسلامة الإجراءات وأحياناً شرط المعاملة بالمثل⁽¹⁾ .

وقد أخذت بهذا الأسلوب كل من فرنسا وإسبانيا وبعض الدول العربية⁽²⁾ ، فإذا ما وجد القاضي أن حكم التحكيم الأجنبي مستوفٍ لكل الشروط المطلوبة فإنه سوف يصدر أمراً بالتنفيذ استناداً إلى سلطته الولائية .

ولم يتناول المشرع العراقي موضوع تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة من هيئات التحكيم الدولية وذلك لعدم مصادقته على اتفاقية واشنطن لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها . لذا فإن قواعد التحكيم الدولي غير ملزمة للمحاكم العراقية ، ولا يمكن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق إلا عند وجود اتفاقية متعلقة بهذا الشأن⁽³⁾ .

من ما تقدم يمكننا القول بأن العقود النموذجية هي الطريق الأسهل والأمن لكل من أطراف النزاع والمحكمين وللمحاكم وللدول المطلوب منها تنفيذ الأحكام ، ذلك لأن هذه العقود تتطور يوماً بعد يوم ويحاول القائلون عليها سد النقص والثغرات التي قد تعترضها من أجل تشجيع الإقدام على إبرام مثل هذه العقود بثقة تامة لأنها تحقق الأمان وعدم الخوف على رؤوس الأموال لأنها مؤمنة بموجب العقد وما يحتويه من شروط ، لذا ندعو المشرع العراقي إلى حث الحكومة العراقية على الإقدام على هكذا عقود عند التعاقد مع الشركات العاملة في العراق وإقرار مشروع قانون التحكيم العراقي مع معالجة بعض المسائل لتواكب تطور التجارة الدولية .

(1) فرعون محمد ، الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جيلالي لياس ، الجزائر ، 2018 ، ص 131 .

(2) هيثم محمود محمد ، إنهاء إجراءات التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2013 ، ص 328 .

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (162) في 2012/9/30 والذي ينص (لدى التدقيق والمداولة مع الهيئة الموسعة المدنية الأولى في محكمة التمييز الاتحادية ، وجد أن الطعن لمصلحة القانون مقدم ضمن المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (3/ثانياً) من قانون الإدعاء العام رقم (159) لسنة 1979 المعدل ولدى النظر في موضوعه وجد أنه يتعلق بالحكم الصادر عن محكمة بداءة التون كوبري بعدد 20/ب/2011 بتاريخ 2011/11/31 وعند وضع الدعوى موضع التدقيق وجد أن المدعي / طالب التنفيذ يطلب من المحكمة إصدار حكم بتنفيذ حكم المحكمين الصادر من محكمة التحكيم التجاري العالمي في الاضبارة رقم 2009/282 جلسة رقم (62) بتاريخ 2010/3/23 والتابعة إلى غرفة التجارة والصناعة الرومانية وذلك بالاستناد لأحكام قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928 . وبما أن القانون المذكور يتعلق بكيفية تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق ولا يتعلق بقرارات وأحكام المحكمين . كما أن المادة (272) من قانون المرافعات المدنية قضت بعدم تنفيذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين ومحكمة (التون كوبري) لم تكن مختصة بنظر النزاع إضافة لذلك فإن قواعد التحكيم الدولي غير ملزمة للمحاكم العراقية إلا إذا وجدت اتفاقية بهذا الشأن ، وفي الحلة المعروضة لا توجد اتفاقية ولذا كان يتطلب من المحكمة رد الدعوى وحيث لم تراعى المحكمة ذلك فيكون حكمها قد احتوى على خرق للقانون من شأنه الإضرار بمصالح الدولة لذا قرر نقض الحكم المطلوب فيه الصادر بالعدد 20/ب/2011 بتاريخ 2011/3/31 وإعادة الاضبارة للسير فيها وفق ما تقدم وإصدار حكم جديد وإرسال الدعوى تلقائياً إلى هذه المحكمة لإجراء التدقيقات التمييزية عليها) .

الخاتمة

بعد أن وفقنا الله سبحانه وتعالى في إنهاء بحثنا والذي هو تحت عنوان (تنازع الاختصاص التشريعي على العقد النموذجي -دراسة مقارنة)لابد لنا من نتوجه إلى الله سبحانه وتعالى بالشكر والثناء وان يلهمنا إلى التوصل إلى نتائج مرضيه وتوصيات تجد طريقا في التطبيق ونوجز هذه النتائج والتوصيات بما يلي:-

أولاً:- النتائج:-

من بين النتائج التي توصلنا لها ما يلي:-

1. نتيجة للتطور الكبير والسريع في ميدان التجارة الدولية فأنا بحاجة ماسة لتوحيد قانون التجارة الدولية والذي يعتمد على عدة وسائل من أهمها العقود النموذجية الدولية، ذلك لسهولة استعمالها ولا تحتاج إلى وقت طويل لإبرامها كونها تكون بصيغ عقدية جاهزة.

2. إن عدم توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية والقوانين الحاكمة لها قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وضاره بالأوساط التجارية لاعتمادها على سرعة حركة رؤوس الأموال وتداولها .

3 . إن ذاتية قانون التجارة الدولية أتت من الحاجة الملحة للأوساط التجارية بجعل عقدهم الدولي يحكم نفسه بنفسه , عبر تضمينه لكافة المسائل الفنية والقانونية بصيغة

عقود نموذجية وتوحيد المصطلحات التجارية وتجميع العادات والأعراف التي تسود بين في الأوساط التجارية .

4 . أظهر الواقع العملي أن العقود النموذجية هي أفضل وسيلة لتوحيد قانون التجارة الدولية, حيث الاتفاقيات الدولية على الرغم من أهميتها إلا أنها لا يمكنها دائماً أن تحقق التوحيد المنشود , ولا تتلاءم مع سرعة الحياة التجارية, للوقت الطويل الذي تحتاجه الاتفاقية من صياغة ومفاوضات وتصديق. أما العقود النموذجية فإن واضعوها يراعون عادة حقائق الحياة العملية الممثلة بالسرعة خاصة في زمن العولمة.

5 . إن اللجوء إلى استعمال العقود النموذجية وتضمينها للقانون المختص بحكم النزاع والمحكمة المختصة بالنظر به من شأنه أن يبعد هذه العقود عن سطوة القوانين الوطنية وتحجج الدولة بالحصانة أو السيادة .

6. لجوء أغلب الشركات الاستثمارية إلى استعمال هذا النوع من العقود ذلك لأنها هي التي تقوم بوضعه وتحدد الشروط التي تخدم مصالحها الاقتصادية.

7. الاهتمام الكبير للهيئات الدولية المتمثلة بغرفة التجارة الدولية ومنظمة الأمم المتحدة ووضع قواعد اليونسيترال وقواعد اليونيدروا يؤكد أهمية هذا النوع من العقود في الوقت الحاضر.

8. جميع العقود النموذجية تحل عبر الوسائل السلمية لحل منازعات عقود التجارة الدولية عبر الوساطة أو التوفيق أو التحكيم ,لما تتميز به من سرعة في حسم النزاع والابتعاد إلى اللجوء إلى قضاء الدولة الذي يدوم وقتاً طويلاً.

نخلص مما تقدم إلى أن العقد النموذجي الدولي يمكن أن يحل محل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ويصبح قانون المتعاقدين في نطاق المعاملات التجارية الدولية ، إذ ما روعيت الاعتبارات التي أشرنا إليها سابقاً واتبعت في وضعة الأصول الفنية التي تحقق هذا الهدف ..

ثانياً :- التوصيات

بعد ذكر النتائج التي توصلنا إليها نورد بعض التوصيات وكما يلي :-

1. يجب على واضعو العقود النموذجية أن تصاغ بطريقة تضمن حماية مصالح كافة الأطراف المتعاقدة ، ويمكن ضمان هذه المصالح إذا صيغت العقود النموذجية على أسس معينة, كما هو الحال في صيغ العقود النموذجية التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية والتي تضمنت مناقشة المشاكل المتعلقة بالتجارة الدولية بواسطة مندوبين أو مؤهلين .

2. يجب أن يكون لدى أطراف العلاقة العقدية الرغبة في إيجاد قواعد تحكم علاقاتهم التجارية تتسم بالعدالة لهم جميعاً دون أن تسيطر على أحدهم الرغبة في الإفادة من قوة مركزه الاقتصادي بالنسبة للطرف الآخر..

3. يجب أن يراعى عند وضع هذه الشروط العامة أو العقود النموذجية أن تتمتع بقدر كبير من المرونة بحيث تتلاءم هذه العقود مع الظروف المتغيرة للتجارة الدولية كي تساهم هذه الوسيلة في توحيد قانون التجارة الدولية عبر توحيد شروط التعاقد في مجال التجارة الدولية.

4. إن ما يشهده العراق اليوم من حملة في البناء والإعمار وإقبال كبريات الشركات الأجنبية للعمل فيه, نرى أنه أصبح لزاماً على المشرع العراقي وضع صيغ عامه للعقود النموذجية من قبل لجنة متخصصة وعرضها عند التعاقد بدلاً من التوقيع على عقود مصاغة بلغة بلد الأطراف المتعاقدة الأخرى ومتضمنة شروطاً تخدم الأطراف الأخرى ومعظم القائمين على التوقيع ليس لهم إلمام بلغة ذلك البلد مما يؤدي إلى الموافقة على شروط مجحفة .

5. لا بد من قبول التحكيم التجاري الدولي كوسيلة وحيدة لتسوية الخلافات الناشئة عن العقود الدولية والاعتراف في جميع الدول بأحكام هيئات التحكيم التجاري ومن بينها العراق ووجوب مصادقته على اتفاقية نيويورك 1958

6. ندعو السلطتين التنفيذية والتشريعية في العراق إلى المصادقة على مشروع قانون التحكيم العراقي لعام 2011 لمواكبة التطور التشريعي العالمي .

Abstract

Model international commercial contracts are the most important contracts nowadays due to the rapid development in the field of international commerce in general. The spread of model international contracts has several reasons. First, they are already prepared in writing and the other contractor already knows about the content of the contract before signing it.

These contracts are well-drafted by experts in international commercial contracts, contains all contractual terms, and tackles all core issue in a contract. They also determine methods of litigation and dispute resolution, which might take place during implementation of the contract.

Based on this type of contracts, a proper mechanism is identified for solving disputed, and most of the time contractors tend to solve their disputes in a friendly way by choosing one of the friendly ways of solving international commercial disputes such as reconciliation,

mediation and negotiation. These ways do not normally require much time and efforts or lots of money, unlike other ways such as arbitration, where disputants resort to choosing an arbitrator, i.e. a third party; or a specialized international arbitration commission. These latter ways are difficult and require time, efforts and lots of money, as well as not in the interest of contracting parties, especially when the topic of the dispute is a consultant contract.

Model international commercial contracts have a great economic importance and any delays in solving disputes cause undesired physical damages for both parties. So, it is in the interest of involved parties to solve a dispute as quickly as possible in peaceful ways. Furthermore, these contracts determine the laws governing the disputes, avoiding control of national laws. This means that international commercial contracts govern themselves by themselves through self-sufficiency, which is an important characteristic in these contracts, and there is no need to go to court to solve a dispute.

For these reasons, international commercial contracts are considered the backbone of the international commerce nowadays. It is widely used in investment and reconstruction. Most oil contracts of today are model contracts concluded by oil companies to ensure their interests and avoid state judiciary. Finally, these contracts draw the attention of legislators worldwide, especially in France and Europe.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

Babylon university

College of law



**Conflict of Legal Jurisdiction on the model
(Comparative Study)**

PhD thesis submitted by

To the College of law / University of Babylon

It is part of the requirements of PhD

In law / private law

By the Student
Hussein Muter Noaman Abd

Supervised by
Prof Dr. Khair Al - Din Al – Amin
Professor of Private international law

2022 A.D

1444 A.H