الاتجاهات المنهجية المباشرة ودورها في فض المنازعات الخاصة الدولية

Direct methodological approaches and their role in resolving international private disputes

إعداد

د/ يارا حافظ الجندي

مدرس القانون الدولي الخاص

جامعة حورس - مصر

Dr. Yara El-Gendy

Lecturer of Private International Law

Horus University, Egypt

الاتجاهات المنهجية المباشرة ودورها في فض المنازعات الخاصة الدولية

الملخص :

لم يعد المنهج التقليدي لفض تنازع القانون والمتمثل في منهج قاعدة الإسناد مناسب مع طبيعة العمليات الخاصة الدولية خاصة مع تزايد تدخل الدولة في العلاقات الخاصة الدولية وظهورها بمظهر الرجل العادي، فكان من الواجب البحث عن مناهج قانونية أخري لحل المنازعات التي تنشئ عن هذه العمليات، ويعكس الاتجاه نحو تبنى مناهج مباشرة في القانون الدولي الخاص للأوضاع والتغيرات من أجل الوصول بأفراد المجتمع الخاص الدولي التي ينظمها إلى وضع أفضل، بالإضافة إلى تحقيق نوع من الحماية للطرف الضعيف في المعاملات الخاصة الدولية، ولم يتأتى ذلك إلا عن طريق تطبيق قواعد مباشرة على النزاع الخاص الدولي دون اللجوء إلى منهج قاعدة الإسناد

ويقصد بالمناهج المباشرة في القانون الدولي الخاص منهج القواعد الموضوعية أو المادية، ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، لأنهما مناهج تعمل على تقديم حل مباشر للنزاع الخاص الدولي، وتتميز القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي بذاتية فريدة تبعد تمامًا عن الفكر التقليدي للقانون، فهو نتاج وجود مجتمع متماسك تقوم بين أعضائه علاقات ومبادلات لها خصوصيات وتنظيماتها، كما أن الحاجات الاجتماعية والاقتصادية الدولية يقابلها نظم قانونية مستقلة، تستهدف أولا السلام بين الأطراف، وأكثر من العدالة الصماء للقانون، وأن الاستقرار والأمان للعلاقات التجارية الدولية لا يتأتيان إلا من قواعد من صنع الأوساط المهنية والنابعة تلقائيًا من خلال عملياتهم التجارية العابرة للحدود.

كما أدى التطور الملحوظ في المعاملات التجارية الدولية وازدهارها ونمو العلاقات الخاصة الدولية، إلى تدخل الدولة في إصدار تشريعات بصورة لم تكن مألوفة، وظهور بعض الاتجاهات والآراء تنادى بمناهج جديدة ومستقلة أبرزها منهج القواعد ذات التطبيق الضروري إلى جانب منهج القواعد الموضوعية أو المادية، للحد من حقوق وحريات الأفراد بالقدر اللازم لحماية المصلحة الجماعية أو العامة.

فكان لابد للمشرع الوطني أن يدعم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري بالصفة الآمرة بحيث يمتنع على الأفراد الاتفاق على مخالفته قواعده، وتلك القواعد لازمها أفكار حديثة ظهرت كفكرة النظام العام الاقتصادي، وفكرة النظام العام الاجتماعي الذى يجسد الصفة الآمرة والضرورية للقواعد التي يضمها المشرع في مجال قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، ولا نغال بالقول أن تدخل الدولة في مجال الحياة الخاصة الدولية، أضحى من سمات التطور الحالي للقانون الدولي الخاص.

أن العلاقة بين مناهج القانون الدولي الخاص هي علاقة تعايش وتجاور وليست علاقة تنافسية وعداء ويؤكد ذلك التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وذلك أن الغرض من القواعد القانونية عمومًا هو الوصول إلى الأمان القانوني في المعاملات وبمجرد تطبيق القواعد المباشرة بجوار قواعد التنازع، وتعويض النقص في كلا منهم ، يؤدى في النهاية إلى تطور العلاقات الخاصة الدولية.

Abstract:

The traditional approach to resolving conflicts of law, represented by the attribution rule approach, is no longer suitable for the nature of international private operations, especially with the increasing intervention of the state in international private relations and its appearance as an ordinary man. It was necessary to search for other legal approaches to resolve disputes arising from these operations. It reflects the trend towards adopting direct approaches in international private law for situations and changes in order to bring the individuals of the international private community that it regulates to a better position, in addition to achieving a kind of protection for the weak party in international private transactions. This was only achieved by applying direct rules to the international private dispute without resorting to the attribution rule approach.

The direct approaches in private international law mean the approach of objective or material rules, and the approach of rules with necessary application, because they are approaches that work to provide a direct solution to the international private dispute. The objective rules of international commercial law are characterized by a unique subjectivity that is completely removed from the traditional thought of law. It is the product of the existence of a

cohesive society whose members have relationships and exchanges that have their own characteristics and regulations. International social and economic needs are met by independent legal systems that aim first and foremost at peace between the parties, and more than the deaf justice of the law. Stability and security for international commercial relations can only come from rules created by professional circles and arising automatically through their cross-border commercial operations.

The remarkable development in international commercial transactions, their prosperity, and the growth of international private relations, led to the state's intervention in issuing legislation in an unfamiliar manner, and the emergence of some trends and opinions calling for new and independent approaches, most notably the approach of rules with necessary application, alongside the approach of objective or material rules, to limit the rights and freedoms of individuals to the extent necessary to protect the collective or public interest.

The national legislator had to support the approach of the rules with the necessary application with the mandatory character so that individuals would not agree to violate its rules. These rules required modern ideas that appeared such as the idea of the economic public order, and the idea of the social public order that

embodies the mandatory and necessary character of the rules that the legislator includes in the field of labor law and social insurance. We do not exaggerate in saying that the state's intervention in the field of international private life has become one of the features of the current development of private international law.

The relationship between the approaches of private international law is a relationship of coexistence and adjacency, not a relationship of competition and hostility. This is confirmed by national legislation and international agreements, as the purpose of legal rules in general is to achieve legal security in transactions. Once the direct rules are applied alongside the conflict rules, and the deficiency in each of them is compensated for, this ultimately leads to the development of international private relations.

مقدمة

يصف بعض فقهاء القانون الدولي الخاص التقليدي منهج قاعدة الإسناد بأنه "علم الاختصاص التشريعي"، بينما يفضل البعض الآخر وصفه بأنه مجرد "قانون تصنيف لا يعطى بذاته أي قرار مادي ولا ينهي أي شيء"، فالقانون الدولي الخاص باختصار شديد في نظر هؤلاء قانون "أداة لا يحل نزاعا ولا يحقق بذاته حماية للحقوق والمراكز القانونية ذات الطابع الدولي، وإنما هو يحدد فقط القانون الذى يتكفل بذلك الحل ويحقق تلك الحماية[1].

كما أن صعوبة استخدام المنهج التقليدي غير المباشر والمتمثل في منهج قاعد الإسناد من الناحية العملية، وتزايد تدخل الدولة في العلاقات الخاصة الدولية، وأصبحت لها شأن كبير في مجال المعاملات الفردية الدولية، وظهورها بمظهر الشخص العادي في بعض هذه المعاملات[٢]، وتدخلها في الحياة الخاصة واشتراكها مع الأفراد في المعاملات وخاصة في مجال الاستثمار[3]، فقد حرصت معظم الدول على إصدار قواعد موضوعية أو مادية، وأيضا قواعد ذات تطبيق ضروري والتي من شأنها جذب الاستثمار الأجنبي،

(١) د. محمد طارق ،القانون الخاص الدولي بين التشكيك والمصداقية، بحث منشور في مجلة القانون المغربي، عدد٢٣، ٢٠١٤، ص١١٩.

(2) David Dreyfus (J), L'« élément exorbitant », critère de qualification des contrats entre personnes publiques, AJDA 2003 p.2205 .

(٣) د. أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق، جماعة عين شمس، عدد٢، ٢٠٠٢، ص٢١.

وتوفير جو من الثقة، والأمان في التعامل من ناحية وحماية المصالح الحيوية والنظام العام للمجتمع من ناحية أخري[١].

ويمكن حصر المناهج المباشرة في القانون الدولي الخاص إلى منهج قواعد موضوعية أو مادية، ومنهج قواعد ذات تطبيق ضروري، على الرغم من اختلاف بعض الفقهاء في المسميات، فلم تعد قاعدة التنازع المنهج الوحيد الذى يتناول فض المنازعات الخاصة الدولية، وعليه فليس من المقبول أن يُعرف القانون الدولي الخاص من خلال أحد المناهج المستخدمة لتنظيم العلاقات التي يحكمها مهما كانت أهمية هذا المنهج، وإنما الأقرب إلى المنطق السليم أن يتم تعريف هذا الفرع من فروع القانون في ضوء الغاية التي يسعى إليها بوصفه "قانون الحياة الخاصة الدولية"، وذلك بصرف النظر عن وسيلة تنظيمه للعلاقات الناشئة في هذا الإطار[٢].

أولا: موضوع البحث

ينصب موضوع بحثى حول المناهج المباشرة في القانون الدولي الخاص ودورها في فض المنازعات الخاصة الدولية، وذلك من خلال بيان ماهية المناهج المباشرة سواء أكان منهج القواعد الموضوعية أو المادية أم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، موضحا الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لكل من المنهجين المباشرين، ومدى إمكانية كل منهج بتشكيل منهج مستقل بذاته عن الآخر، موضحا دور المناهج

(١) د. مني محمود مصطفي، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر، ودور المُحكم فى تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص٥ .

(٢) د. هشام على صادق: القانون الواجب على عقود التجارية الدولية، دراسة تحليلية ومقارنه للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون مع إشارة خاصة لموقف المشرع المصري سواء في التقنين المدني أو قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في ضوء التطورات المعاصرة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص٢٣.

المباشرة في مواكبة التطورات في حركة التعاملات الدولية الخاصة من خلال منهج القواعد الموضوعية أو المادية، ودورها أيضا في الحفاظ على المصالح الحيوية للمجتمع من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

وأيضا بيان آليات إعمال المناهج المباشرة، وذلك عن طريق تطبيق القاضي الوطني لهذه المناهج المباشرة على المنازعات الخاصة الدولية، ودور هذه المناهج في الفصل في النزاع التحكيمي وحدود المحكم التجاري الدولي أثناء تطبيقها، بالإضافة إلى بيان أوجه العلاقة التبادلية بين المناهج المباشرة بعضها البعض وبينها وبين المنهج التقليدي غير المباشر، والخلاف الفقهي حول أولوية التطبيق.

ثانيا: أهمية البحث

يعكس الاتجاه نحو تبنى مناهج مباشرة في القانون الدولي الخاص للأوضاع والتغيرات من أجل الوصول بأفراد المجتمع الخاص الدولي التي ينظمها إلى وضع أفضل، بالإضافة إلى تحقيق نوع من الحماية للطرف الضعيف في المعاملات الخاصة الدولية [1]، ويمكن تقسيم أهمية البحث إلى أهمية نظرية وأهمية عملية على النحو التالي:

١- الأهمية النظرية: تكمن أهمية البحث النظرية من خلال بيان بالنقاط الآتية:.

أ- بيان ماهية المناهج المباشرة في القانون الدولي الخاص سواء أكانت القواعد الموضوعية أو المادية، أم القواعد ذات التطبيق الضروري، وبيان مضمونها ومعايير تحديدها.

(١) د٠سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م، ص٤٢٠ ٠

ب - بيان الخلاف الفقهي حول مدى تمتع المناهج المباشرة بالصفة القانونية الكاملة ومدى قدرته على الفصل في المنازعات الخاصة الدولية، وماهية الدوافع التي أدت إلى ظهور القواعد المباشرة في نطاق القانون الدولي الخاص.

ج - بيان أوجه المقارنة بين المناهج المباشرة وبين المنهج التقليدي والمتمثل في قاعدة الإسناد سواء أوجه التشابه والاختلاف ، بالإضافة إلى بيان حجم العلاقة بين هذه المناهج وتوضيح عما اذا كانت هذه العلاقة تنافسية أم علاقة تعايش وتجاور تمسح بتطبيق كافة المناهج بجوار بعضها كلا في مجاله.

٢ــ **الأهمية العملية:** أن تطبيق المناهج المباشرة في القانون الدولي الخاص على المنازعات الخاصة الدولية له أهمية عملية خاصة لا يمكن حصرها من بينها الآتي:

أ- تعمل المناهج المباشرة على تخفيف حدة المشاكل التي يقع فيها القاضي الوطني أو المُحكم الدولي في البحث عن القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع الخاص الدولي عن طريق قواعد الإسناد الوطنية، خاصة أن هناك اختلاف فقهى في مسألة التكييف والقانون الذى تخضع له مسألة التكييف، وأيضا مشكلة الإحالة الخلاف بين الدول حول الأخذ بفكرة الإحالة من مدعمه، وأيضا مركز القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القاضي الوطني وكيفية التعامل معه بصفته قانون أم واقعة.

ب- تعمل المناهج المباشرة في القانون الدولي على توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة الخاصة الدولية، وبث روح الطمأنينة في نفوس أطراف العلاقة، وتحقيق نوع من الأمان القانوني، لأنها تفصل في المنازعة بموجب قاعدة قانونية تطبق بشكل مباشر دون حاجة إلى منهج قاعدة إسناد . كما أنها تحقق نوع من التوازن العقدي.

ج- يضمن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري الحفاظ على كافة مصالح الدولية، وذلك من النظر إلى المعايير الخاصة باعتبار هذه القاعدة تدخل ضمن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، ومن ناحية أخرى يضمن تنفيذ الأحكام التي تبنى على هذه القواعد خاصة التي تقوم على معيار النظام العام.

ثالثا: إشكالية البحث

تدور مشكلة البحث في التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق المناهج المباشرة بشكل مستقل عن منهج قاعدة الإسناد، خاصة في ظل اختلاف بعض الفقهاء حول إضفاء الصفة القانونية الكاملة لهذه المناهج، ومدى تأثيرها تطبيق هذه المناهج على قواعد الإسناد الوطنية خاصة في حالة وجود تعارض في التطبيق، ودورها في تشجيع وتطوير المعاملات الخاصة الدولية في كافة المجالات؟

رابعا: أهداف وأسباب اختيار البحث

١- أهداف البحث: تكمن أهداف في بعض النقاط منها:

أ- إبراز أهمية ودور المناهج المباشرة في حل المنازعات الخاصة الدولية سواء من قبل القاضي الوطني أم المحكم التجاري الدولي، لما له من أهمية في مواكبة التطورات العصرية، ومدى أهمية قيام العلاقة بين مناهج القانون الدولي الخاص سواء المباشرة أم غير المباشرة على روح التكامل والتعايش من أجل الوصول إلى أفضل الحلول، والتي من شأنها الحث على إبرام التعاملات الخاصة الدولية دون خوف من القفز في الظلام عند حدوث نزاع، لأنه يوفر نوع من التوقع القانوني لدى الأطراف للقانون الواجب التطبيق.

ب- بيان أهمية القواعد ذات التطبيق الضروري وخاصة المبنية على فكرة النظام العام من إثبات فاعلية تنفيذ الأحكام عولمة القاعدة القانونية ودورها في تقليص فكرة النظام العام، وعلاقتها بباقي القواعد التي تطبق على المنازعات الخاصة الدولية،

وبيان مجالات التوحيد القانوني، والخلاف حول إلزامية القاضي الوطني والمحكم الدولي في تطبيق هذه القواعد الموحدة.

٢- أسباب اختيار البحث وتكمن أسباب اختيار البحث في:

أ- اختلاف بعض الفقهاء في إضفاء الصفة القانونية الكاملة على المناهج المباشرة في القانون الدولي الخاص، والخلاف حول إلزامية القاضي الوطني والمحكم الدولي في تطبيق هذه المناهج المباشرة دون اللجوء إلى منهج قاعدة الإسناد.

ب- العقبات التي تواجه القاضي الوطني والمُحكم التجاري الدولي أثناء تطبيق المناهج المباشرة على النزاع الخاص الدولي.

ج- دور هذه المناهج في تشجيع المعاملات الخاصة الدولية، والاستثمارات الأجنبية، وتوفير نوع من الأمان القانوني والاستقرار التعاقدي خاصة في حالة اذا كانت الدولة أحد أطراف العلاقة الخاصة الدولية.

خامسا: منهجية البحث

لقد أتبعت في إعداد البحث المنهج التحليلي[١]، وذلك من خلال بيان ماهية المناهج المباشرة ومضمونها، مع بيان العقبات التي تواجه القاضي الوطني والمُحكم

---

(١) يقصد بالمنهج " فن التنظيم الصحيح لسلسلة من الأفكار العديدة، إما من أجل الكشف عن حقيقة في العلوم حينما نكون بها جاهلين بواسطة طائفة من القواعد العامة التي تسير على سير عقل الباحث وتحدد عملياته حتى تقبل، أو من أجل البرهنة عليها للآخرين حينما نكون بها عارفين "٠مشار إليه لدى د٠ محمد السيد عرفة، المنطق القانوني والبحث العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ١٠٩٠

ويلتزم الباحث في المنهج التحليلي بإجراء دراسة متعمقة لكل جزئية من جزئيات البحث، فلا يكتفي بعرض وتجميع ما هو كائن، بل يتوجب عليه أن يتناول كل جزئية بعد الوصف بالتحليل، وهذا يستلزم أن يطرح الباحث وجهة نظره الذاتية حين قيامه بإجراء التحليل اللازم، ذلك عن طريق الرجوع إلى الكتب القانونية الأصلية". مشار إليه لدى د٠ صلاح الدين فوزي، المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص١٣٨ ٠

الدولي أثناء تطبيق هذه المناهج، وبيان الخلاف الفقهي حول مدى اكتساب الصفة القانونية الكاملة لدرجة يمكن تطبيقها بصفه مستقلة بعيدًا عن منهج قاعدة الإسناد.

سابعا: خطة البحث

المبحث الأول: ماهية المناهج المباشرة في فض تنازع القوانين.

المطلب الأول: مضمون منهج القواعد الموضوعية أو المادية في فض تنازع القوانين.

المطلب الثاني: مفهوم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في فض تنازع القوانين.

المبحث الثاني: آليات تطبيق المناهج المباشرة على المنازعات الخاصة الدولية.

المطلب الأول: التطبيق القضائي للمناهج المباشرة في المنازعات الخاصة الدولية.

المطلب الثاني: العلاقات التبادلية بين المناهج المباشرة والمنهج التقليدي في فض تنازع القوانين.

المبحث الأول
ماهية المناهج المباشرة في فض تنازع القوانين.

تمهيد وتقسيم:

يلزم أن نبين أن القانون الدولي الخاص وتصديه بمناهجه المختلفة لمستجدات الحياة المعاصرة لا يؤكد فقط أنه من أخصب مجالات الدراسات القانونية بإطلاق للرياضة الذهنية، بل يؤكد كذلك أن هذا الفرع من أفرع القانون قادر على أن يتفق عن فروع سابقات كاشفات عن تخصص نوعى منتظر وواعد، وهذا التخصص النوعي ليس بدعا من القول، فتاريخ القانون الدولي الخاص يبصر "بأن فجر هذا التخصص قد طلع فنجد مثلاً، القانون الدولي الخاص التجاري، القانون الدولي الخاص الإجرائي، القانون الدولي الخاص البحري، القانون الدولي الخاص النهري، القانون الدولي الخاص الجوي، القانون الدولي الخاص البيئي"[(1)].

ويقصد بالمناهج المباشرة في القانون الدولي الخاص منهج القواعد الموضوعية أو المادية، ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، لأنهما مناهج تعمل على تقديم حل مباشر للنزاع الخاص الدولي على عكس المنهج غير المباشر والمتمثل في منهج قاعد الإسناد، لذلك يجب التعرف عليهما، وبناء عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: مضمون منهج القواعد الموضوعية أو المادية في فض تنازع القوانين.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي" الإلكتروني – السياحي – البيئي"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٠.

المطلب الثاني: مفهوم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في فض تنازع القوانين.

المطلب الأول

مضمون منهج القواعد الموضوعية أو المادية في فض تنازع القوانين

تمهيد وتقسيم:

تتميز القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي بذاتية فريدة تبعد تمامًا عن الفكر التقليدي للقانون، فهو نتاج وجود مجتمع متماسك تقوم بين أعضائه علاقات ومبادلات لها خصوصيات وتنظيماتها، كما أن الحاجات الاجتماعية والاقتصادية الدولية يقابلها نظم قانونية مستقلة، حيث تتميز القواعد الموضوعية للقانون التجارة الدولية على سبيل المثال بالتضامن المتزايد بين رجالها، وممارسي عملياتها المتنوعة، ويعلم هؤلاء أن أحدهم ليس في غنى عن الأخر وأن علاقاتهم، وما ترتبه من أثار مالية واقتصاديه لا يتناولها القانون الصادر عن المشرع الوضعي، بل تستدعى قواعد ذاتية تتجه نحو المستقبل، وتستهدف أولا السلام بين الأطراف، وأكثر من العدالة الصماء للقانون، وأن الاستقرار والأمان للعلاقات التجارية الدولية لا يتأتيان إلا من قواعد من صنع الأوساط المهنية والنابعة تلقائيًا من خلال عملياتهم التجارية العابرة للحدود، وسوف نبين ماهية القواعد الموضوعية من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: التعرف بمنهج القواعد الموضوعية أو المادية.

الفرع الثاني: دوافع ظهور منهج القواعد الموضوعية أو المادية في القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول

التعرف بمنهج القواعد الموضوعية أو المادية

أولا: تعريف منهج القواعد الموضوعية أو المادية: يوجد العديد من المصطلحات لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية وجميعها تحوى نفس المعنى والمضمون فقد يطلق عليها "قانون عبر الدول"، أو " القانون اللا وطني"، أو" قانون فوق وطني"، أو" القانون التجاري بين الشعوب"، أو القانون العرفي عبر الدول"، أو" القانون الموضوعي للتجارة الدولية"، أو" القواعد الموضوعية عبر الدول" (١)، وقد اختلف بعض الفقهاء بين تسميتها إما بمنهج القواعد الموضوعية أو بمنهج القواعد المادية.

الاتجاه الأول: ذهب بعض الفقهاء من بينهم الفقيه الألماني G.Kegel وكل من الدكتور أحمد عبد الحميد عشوش، والدكتور محمد عبد الله محمد المؤيد، والدكتور أحمد عبد الكريم سلامة إلى ضرورة تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، ويستندوا في ذلك إلى أن القانون يقسم من ناحية مضمونه إلى قانون إجرائي أو قانون موضوعي، ويقسم القانون من ناحية نوع العلاقة والأشخاص المخاطبين به إلى قانون عام وقانون خاص، إلا انه في نفس الوقت لا يوجد تقسيمه للقانون كقانون مادي وقانون معنوي(٢).

(١) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٢٨٤ ٠

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية"، مرجع سابق، ص ٢٦٨ ٠

الاتجـــاه الثـــاني: ذهـــب جانـــب مـــن الفقهـــاء مـــن بيـــنهم Francesakis,Goldman,Kahn، والـدكتور جمـال محمـود الكـردي فـي تـسمية هـذا المـنهج بمـنهج القواعـد الماديـة فـي القـانون الـدولي الخـاص ولـيس مـنهج القواعـد الموضوعية، ويستندوا في ذلك إلى أن تسميتها بالقواعد الموضـوعية إلـى وجود نـوع من الخلط في مفاهيم القواعد القانونية بعضها البعض، كمـا أن مـصطلح مـنهج القواعد الماديـة دقيـق إلـى حـد مـا وحيـادي ومتفـق عليـه مـن طـرف غالبيـة الفقـه، وذلـك لأنهـا قواعـد وضـعت مـن أجـل تنظـيم العلاقـات الخاصـة الدوليـة علـى وجـه التحديـد دون غيرهـا مـن العلاقات[١].

وقد عرفها بعض الفقه بأنها "مجموعة القواعد الموضوعية أو الماديـة المستسقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، علـى نحو يجعل منـها قانـونًا خاصًا مستقلًا عن القانون الذى يحك-م الرواب-ط الداخليـــة البحتـــة" [٢].

بينمـا عرفهـا البعض الآخـر بأنهـا "مجموعـة القواعـد الموضـوعية أو الماديـة ذات المضمون الدولي والتي تطبق على العلاقات الخاصة والتي تعطى حلا مباشرا لموضـوع النزاع"[٣].

---

(١) د. محمـد بلاق، حدود مساهمة القواعد الماديـة في حل منازعـات عقود التجـارة الدوليـة، رسـالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبى بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٥ــ٢٠١٦م، ص٢٤ .

(٢) د. أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، ٢٠٠٤م، ص٥.

(٣)Benmbarek- lesaffre kenza, les règles matérielles de droit international privé, thèse, paris II,2017, p 9.

وترى الباحثة أنه بعيدًا عن الخلاف الفقهي حول التسمية سواء من ناحية أنه من الأفضل أن يطلق عليها منهج القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، أو يطلق عليها منهج القواعد المادية، فإنه يمكن تعريفها بأنها "مجموعة القواعد القانونية التي تعطى حل مباشر ينهى المنازعات ذات الطابع الدولي الخاص، وبالتالي فإنها قواعد قانونية سهلة التطبيق تنهى النزاع بشكل مباشر بعيدا عن منهج تنازع القوانين، وذلك لأنها حكم القانون لا البحث عن القانون الواجب التطبيق"(١).

ثانيا: الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية: اختلف بعض الفقهاء حول مدى إمكانية إضفاء الصفة القانونية على منهج القواعد الموضوعية أو المادية، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: "أصحاب الرأي المؤيد للصفة القانونية الكاملة لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية": يذهب جانب من فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصر إلى أن تطوير هذا القانون نحو تعدد المناهج أصبح لا سبيل لإنكارها، وما تمثله القواعد الموضوعية أو المادية كمنهج ضمن المناهج المباشرة لفض تنازع القوانين بمفهومه الواسع خير دليل على ذلك، كما أن الخلاف حول مدى تمتع هذه القواعد بالصف القانونية ليس في محله ولا معني له، فعلى سبيل المثال نجد أن قانون التجارة الدولي له وجود حقيقي لا يمكن نكرانه أيا كانت التسمية المعطاة له، فإن ممارسي التجارة الدولية لا يشعرون، وهم يخضعون لهذه القواعد بأنهم يتعاملون خارج إطار النظام القانوني المألوف، وأن هذه القواعد بمثابة مجموعة من المبادئ والأنظمة والقواعد التي تم استبقاؤها من كل المصادر التي تنمو باستمرار فرغم افتقار المبادئ القانونية إلى

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع " أصولًا ومنهجًا" مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولي، ١٩٩٦م، ص٤٩.

الاستقلال عن النظم القانونية الوطنية، إلا أن نشأتها داخل هذه النظم لا يحول دون الاعتداد بها في وسط المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال، فهي لا تستمد سلطتها من النظم القانونية الوطنية، بل من شعور المجتمع الدولي للتجار بضرورتها وهو ما تعبر عنه قرارات التحكيم(١).

كما أنه لا يمكن التعويل على الزامية وجود ترابط بين سلطة الدولة وبين القانون حيث أنه لا يمكن إنكار الصفة القانونية للقواعد العرفية التي اكتسبت صفه الإلزام بين المنظمات المهنية، خاصة أن النظر إلا أن القاعدة القانونية ما هي إلا تعبير على إرادة سلطة الدولة هو بمثابة تضييق لمجال الظاهرة القانونية، حيث يقصد بالسلطة مهتما تنفيذ القانون والرقابة على صحة تنفيذه، ووفقا لهذا الرأي يمكن للقواعد القانونية أن تنشأ في أي مجتمع بعيدا عن شكل الدولة.

الرأي الثاني: "أصحاب الرأي المنكر للصفة القانونية لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية": ذهب جانب من الفقهاء من بينهم الفقيه " L.PEYREFITTE" إلى نفي الصفة القانونية للقواعد الموضوعية أو المادية، ويستند إلى أن أي قاعدة قانونية لابد من وجود الجماعة، وهذه الصفة لا تتوافر في منهج القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص خاصة أنها قواعد نوعية خاصة بالتجارة الدولية، كما أن من خصائص القاعدة القانونية أنها لابد أن تكون مقترنة بجزاء يُجبر الأفراد على احترام هذه القواعد، وأن منهج القواعد الموضوعية خاصة قواعد القانون التجاري الدولي تفتقر لها لذلك الجزاء بدرجة أقوى إذا ما اقترن هذا الجزاء بتنفيذ أحكام التحكيم، بالإضافة إلى أن جميع القواعد الموضوعية قواعد مكملة أو ذات طابع تفسيري، لا يتم

(١) د٠ محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي " دراسة تأصيلية" دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٣٣١.

إعمالها إلا بناء على رغبة إرادة الأفراد المتنازعة، وبهذا لا يمكن أن يقوم نظام قانونى متكامل مجرد من القواعد الآمرة التي تهدف حماية المصالح العليا للمجتمع ودون مراعاة لإرادة الأفراد في تطبيقها، ذلك أن قواعد المكملة لا تعدوا في حقيقتها أن تكون مجرد " ترف قانونى" فهي لا تصلح كأساس لإنشاء نظام قانوني مستقل ومتكامل [١].

ويمكن الرد على أصحاب هذا الرأي أنهم قصروا عدم إضفاء الصفة القانونية على منهج القواعد الموضوعية أو المادية ذات النشأة التلقائية أو العرفية دون النظر إلى باقي مصادر منهج القواعد الموضوعية، كما أنهم وصفوا قواعد هذا المنهج بالقواعد المكملة التي يتوقف تطبيقها على إرادة الأطراف، إلا انه يمكن الرد على ذلك بان في بعض الأوقات تطبق القواعد المكلمة في غياب إرادة الأطراف وبأمر من المشرع ، كما أن هناك بعض القواعد الموضوعية ذات الطابع الآمر .

الرأي الثالث: " أصحاب الرأي المعتدل والذى يضفى الصفة القانونية غير الكاملة لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية: تبنى جانب من الفقهاء منهم"GOLDMAN"، "L.PAULSSON" موقف معتدل وهو أن "القواعد الموضوعية أو المادية تشكل نظامًا قانونيًا، ولكنه نظام قانوني غير كامل أو نظام قانوني كالجنين في دور التكوين حيث يشبه القواعد المادية للقانون التجارة الدولي بالجزر الصغيرة التي تشكل كل منها مجتمعًا خاصًا بمهنة أو تجارة معينة دون أن يكون هناك تضامنًا وتجانسًا فيما بينها مما يسمح بقيام مجتمع موحد للتجارة الدولية، ولهذا يصعب

(١) د٠محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص٣٣٣.

بالإخضاع الكامل لعقد من العقود لما يسمى بالقانون السائد في مجتمع التجارة الدولية ما دام أن هذا المجتمع لم يشكل نظامًا قانونيًا موحدًا ومتكاملًا " [١].

ويستندوا في رأيهم إلى أن منهج القواعد الموضوعية أو المادية لم يناقش كافة الموضوعات الخاصة بالعلاقات الخاصة الدولية، فلا بد من الرجوع إلى القانون الوطني للأفراد للوقوف على بعض المسائل، وذلك لكون منهج القواعد الموضوعية أو المادية منهج طائفي فقط، فلا تنظم في الواقع كافة المشكلات التي يمكن أن تثور في المنازعات الخاصة الدولية وتواجه ما ينشأ عنها من منازعات، فهي لا تشكل مجموعة قانونية كاملة، فمن الممكن أن تشتمل هذه القواعد على قواعد خاصة بتفسير العقد الدولي، ولكنها تخلو من معالجة مسائل أخرى كأهلية الأطراف، والتقادم المسقط، والفوائد التأخيرية. [٢]

ويؤكد على هذا الرأي أنصار القانون التجاري الدولي فيقرر الفقيه "FOUCHARD" إلى أنه " لا يمكن القول بأن القانون التجاري الدولي يشكل نظامًا قانونيًا بالمعني الدقيق لهذا الاصطلاح، أي مجموعة القواعد المترابطة الكاملة والمستقلة والتي تعطى كل جوانب النشاط الذى يريد أن يحكمه ومشتملا على قواعده الخاصة بالتفسير، وذات طبيعة تكمل ثغراته الحتمية إلى لا يمكن تلافيها"، ويناصرهم في هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة. [٣]

---

(١) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص٢٨٢

(٢) د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، " دراسة تحليلية مقارنة "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص٢٠٦ .

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٧٣ .

رأى الباحثة حول الطبيعة القانونية لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية: تُعد القواعد الموضوعية أو المادية قواعد قانونية بالإضافة إلى توافر خصائص القاعدة القانونية بها، ونصت التشريعات على تطبيقها، حيث نصت المادة (١٤٦٩) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على "يحسم المُحكم النزاع طبقًا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وفى حالة غياب اختيار الأطراف طبقًا للقواعد القانونية التي تبدو له ملائمة".

وهذه المادة تُعد سندًا تشريعيًا يجيز للمُحكم الدولي تطبيق القواعد القانونية التي يحتويها قانون التجارة الدولي، وتفسر هذه المادة تفسيرًا واسعًا بحيث يجوز أن يكون محل الاختيار إما قانون وطني معين، وإما القواعد القانونية التي يحتويها قانون التجارة الدولية ٠

كما نصت المادة(٣٩) من قانون التحكيم المصري على "١ــ تطبق 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، ما لم يتفق على غير ذلك٠

٢- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذى ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع ٠

٣- يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة ٠

٤ـ يجوز لهيئة التحكيم ـ إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ـ أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون ٠"

وبهذا فإن المشرع المصري يقر بوجود منهج مستقل للقواعد الموضوعية أو المادية لفض تنازع القوانين يمكن أن تكون قواعده محلًا لاختيار الأطراف، كما نجد أنه من وجهة نظر الرأي الرافض للصفة القانونية أنهم انتقدوا الصفة القانونية للقواعد الموضوعية مستندين إلى المفهوم التقليدي للقواعد القانونية بصفة عامة، كما أنهم لا يعترفون بأي قواعد إلا إذا كانت صادرة عن الدولة ٠

الفرع الثاني

دوافع ظهور منهج القواعد الموضوعية أو المادية في القانون الدولي الخاص

تعددت العوامل التي أدت إلى ظهور منهج القواعد الموضوعية، لكون القانون الدولي الخاص يستجيب إلى كافه التطورات والتغيرات التي تستجد في المجالات الخاصة الدولية، وخاصة في مجال التجارة الدولية، ويعتبر منهج قاعدة الإسناد هو العامل الأساسي للبحث عن قواعد موضوعية من شأنها إنهاء المنازعات الأجنبية ذات الطابع الخاص

أولا: عدم ملائمة المنهج التقليدي للفصل في المنازعات الخاصة الدولية: حيث إن منهج قاعدة الإسناد يتضمن قواعد وطنية ليس فقط بمعني أن الدولة هي التي تحددها أو تضعها، ولكن أيضا لأن مهمتها تحديد القانون الوطني الملائم للفصل في المنازعة الخاصة الدولية وبالتالي فهو لا يحكم فيها مباشرة، بينما منهج القواعد الموضوعية دولية القلب والقالب، تلائم الروابط الدولية، فهي مخلوقه من أجلها وتحل مباشرة مشكلاتها٠[1]

(١) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٣٩٠ ٠

بالإضافة إلى منهج قاعدة الإسناد منهج إرشادية فلا تقوم بإنهاء النزاع المثار ذو الطابع الدولي الخاص، بل ترشد إلى وجوب تطبيق قانون الدولة التي تبدو أنها وثيقة الصلة بالنزاع أكثر من غيرها، وتقوم بعملية المفاضلة بين هذه القوانين، ونظرا للاختلاف بين قواعد الإسناد في النظم المختلفة نظرا لاختلاف مفهوم ومدى تلك المصالح، هذا فضلا عن أن العلاقة قد لا تغطيها قاعدة إسناد واحدة بحيث يصبح من الضروري البحث عن قوانين أخرى تحكم باقي جوانب النزاع، مما يترتب على ذلك أثار غير محمودة في بعض مجالات الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي[١].

وهذا ما دفع الفقيه "BATIFFOL" إلى وصف منهج قاعد الإسناد بالمنهج المشوه أو الزائف لأنه يؤدى إلى تطبيق قواعد داخلية وضعت أساسًا لحالات داخلية على أوضاع دولية "، بل والأكثر من ذلك وصف الفقيه "Y.LOUSSOUARN" منهج قاعدة الإسناد بلعبة الشطرنج [٢].

كما أنه لو طبق كل قاضى وطني قانون دولته على نزاع يتسم بالطابع الدولي المطروح أمامه، ذلك من شأنه إتاحة الفرصة للمدعى لاختيار القانون الذى يتفق مع مصلحته طريق الاختيار للمحكمة التي يُرفع إليها النزاع ستحدد مباشرة القواعد التي سوف يتم بمقتضاها الفصل فيه، وبذلك يكون قد تركنا للمدعى سلطة اختيار القواعد التي تحكم دعواه، وهو أمر واضح الإجحاف بمصلحة الطرف الأخر في الدعوى أي المدعى عليه وذلك يتنافى مع استقرار المعاملات الخاصة ذات الطابع الدولي[٣].

---

(١) د٠أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، س١٩٩٩، ص١١ ٠

(٢) د٠أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين"دراسة مقارنه"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩م، ص١٤

(٣) د٠ جمال محمود الكردي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنه ١٩٩٥، ص١٧ ٠

وهذا ما دفع للتساؤل إلى كيفية قيام القاضي الوطني غير المتخصص في المنازعات الخاصة الدولية تطبيق هذا المنهج الصعب غير المباشر، وبالتالي فمن السهل تحريفه، نتيجة لعدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيقه، فيتم تطبيق هذا القانون في معظم الأحيان بطريقة مخالفة، الأمر الذى يؤدى في النهاية إلى مسخ هذا القانون، كما أن مجال التجارة الدولية إلى نوع من الأمان القانوني، وتوقع الحلول الأمر الذى لا يوجد في قواعد التنازع[1].

وهذا ما دفع بعض الفقه من بينهم الفقه الألماني G.Kegel إلى تقسم القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص إلى قواعد موضوعية تكميلية، وقواعد موضوعية أساسية، ويقصد بالقواعد الموضوعية التكميلية في القانون الدولي الخاص بأنها مجموعة من القواعد الموضوعية الجديدة للحالات أو القضايا التي يكون فيها تطبيق القانون الذى تختاره قاعدة الإسناد تطبيقا مرضيًا، وبهذا فإنه لا تلغ أو تحييد قواعد الإسناد ولا تستبدل بقانون موضوعي متطور بصورة متحررة، وإنما هو تطوير للحول القانونية الموضوعية وإدخالها ضمن قواعد الإسناد، وبهذا فإنها تُعد قاعدة ملحقة بقاعدة التنازع وتهدف إلى تطوير وتصحيح وجهات النظر في الحلول التي لم تقم على أساس قانونى، بينما يقصد بالقواعد الموضوعية الأساسية والتي نحن بصددها بأنها القواعد التي تعطى حل مباشر للنزاع بعيدا عن قاعدة التنازع ويضم هذا الاتجاه فقهاء القانون التجاري الدولي، حيث دعوا إلى ضرورة مراجعة المفاهيم التقليدية للقانون لكى لا تطول حالة الفوضى التي يعانيها المجتمع والقانون الدولي حيث أن رجال الأعمال والمهتمين بالتجارة قد وجدوا حلولهم في مكان أخر يتضمن عقودهم شروطًا نموذجيه يعهدون بها

(1) Horatio Muir watt, perspectivisme et ajustement, in discourse sur les méthodes du droit international privé, des formes juridiques de l'unilatéralité éd LGDJ, 2020, P 387.

إلى التحكيم ، فإذا لم يكن من المتوقع أن يحترم القضاء هذه التعهدات والعقود، فان المحكمين سيفعلون ذلك بالتأكيد من خلال كثرة تطبيقها لمواكبة التطورات في المعاملات التجارية الدولية[١]

ثانيا: التقدم التكنولوجي الملحوظ في العلاقات الخاصة الدولية: ومما لا شك فيه أن ظهور أنماط وابتكارات تكنولوجية حديثة أحدثت آثارها في كافة المجالات، حيث أضحت المعاملات الخاصة الدولية تحمل تعقيدات كبيرة تحتاج إلى قواعد جديدة وملائمة تعتمد على الأبعاد الاجتماعية للعلاقات أكثر من الاعتماد على القواعد التقليدية، بالإضافة إلى الترابط الوثيق بين التعاملات التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص والعلاقات الدولية العامة وأن الأولى خاضعة بالضرورة لتأثير التغيرات السياسي والاجتماعية الدولية، وهذه عوامل التي من شأنها سهلت في ظهور منهج القواعد الموضوعية أو المادية وعددت من مصادره ومجالاته مما كسب قواعده عالمية أو شبه عالمية القبول والتطبيق[٢].

ثالثا: تدخل الدولة في العلاقات الخاصة الدولية: فمن بين عوامل ظهور منهج القواعد الموضوعية أو المادية خروج الدولة عن الدور التقليدي بل تدخلت في الحياة الخاصة فتظهر بمظهر الفرد في التعاملات الدولية الخاصة، مما أدى إلى ظهور مشكلة في فض المنازعات التي تكون الدولة طرف فيها بوصفها أحد أطراف العلاقة الخاصة الدولية، ونجد ذلك بشكل واضح في مجال الاستثمارات، وتخوف المستثمرين من ردود أفعال الدول المستثمر فيها مما ينعدم فيها الثقة والأمان في التعامل، لذلك حرصت بعض

(١) د٠ أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص٧.

(٢) د. صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة ذي قار العلمية ، مج ١٠، عدد٣، ٢٠١٥، ص١١.

الدول على إصدار قواعد موضوعية خاصة بالاستثمار تطبق بعيدا على قواعد الإسناد حتى يشعر المستثمر الأجنبي بالأمان والاستقرار في المعاملة[١].

وعلى الرغم من الدولة تعتبر مجرد طرف تعاقدي في العقود المبرمة بينها وبين المتعاملين الأجانب إلا أنها تبقى محتفظة بصفة الطرف غير العادي وهذا من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، الإخلال أيضا بالحياد الذى يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية التي يمكن عرض النزاع عليها في حال نشوءه[٢].

بل وأصبح المتعاقدين مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها في اطار عقود الدولة يشترطون على ضرورة تضمين شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما لتفادي اعتبارات السيادة والحصانة القضائية التي تميز تعاملات الدولة من أجل بعث الأمان في نفوس المتعاقدين[٣]

رابعا: الطبيعة المميزة لهذه القواعد ودوليتها كان لها دور كبير في ظهور منهج مستقل في القانون الدولي الخاص: فطبيعة هذه القواعد حققت نوع من اليقين القانوني للأفراد فأصبحوا على دراية بأحكام القواعد الموضوعية التي سوف تتطبق على المنازعات الخاصة الدولية وتوقع الحلول، وتلك من أهم متطلبات العلاقات الدولية الخاصة وعلى وجه الخصوص في مجال المعاملات التجارية الدولية المعاصرة والمعقدة

(١) د٠ محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي " دراسة تأصيلية" ، مرجع سابق، ص١٢٨.

(٢) د٠ أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٣) د٠ منى محمود مصطفي، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر، ودور المُحكم في تسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص٧.

المتشابكة لاتسامها بسرعة الإيقاع وتطلب نوع من الأمان واليقين القانوني وتستخدم إذن إطارًا قانونيًا يحقق السرعة والأمان، كما أن هذا المنهج يتسم بالواقعية لمواجهة التغيرات المستمرة في الحياة الخاصة الدولية [١].

المطلب الثاني
مفهوم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في فض تنازع القوانين

تمهيد وتقسيم:

لقد أضحى منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، من المناهج التي تحتل مكانًا بارزًا في مجال النظرية العامة للتنازع الدولي للقوانين، ولما كان القانون ظاهرة اجتماعية يعكس جوانب الحياة في المجتمع يسايرها ويتناسق معها، فقد كان من اللازم تطويع القانون ليواجه التدخل الاقتصادي، وكان لابد للمشرع في ظل التدخل أن يدعم قواعده التشريعية بالصفة الآمرة، بحيث يمتنع على الأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها، كما أن القانون الدولي الخاص لا يعدو أن يكون مرآة تنعكس عليها حالة القانون الداخلي، مما يستوجب إيضاح معايير تحديد هذه القواعد، ومدى صحة تناول هذه المعايير على القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي، ونقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مضمون منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

الفرع الثاني: معيار تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.

---

(١) د٠ سامي عبد الله، الاتجاه الحديث نحو خلق تنظيم موضوعي ينطبق مباشرة على العقد الدولي الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ص٥٧٢.

الفرع الأول

مضمون منهج القواعد ذات التطبيق الضروري

أدى التطور الملحوظ في المعاملات التجارية الدولية وازدهارها ونمو العلاقات الخاصة الدولية، إلى تدخل الدولة في إصدار تشريعات بصورة لم تكن مألوفة، وظهور بعض الاتجاهات والآراء تنادى بمناهج جديدة ومستقلة تحاول تفادي آليات عمل منهج قاعدة الإسناد المعقدة، كان من أبرزها منهج القواعد ذات التطبيق الضروري إلى جانب منهج القواعد الموضوعية أو المادية، وبالتالي يمكن القول أن "ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ارتبط بظهور المذهب الاشتراكي الذى ينظر أولًا إلى المجتمع، والحد من حقوق وحريات الأفراد بالقدر اللازم لحماية المصلحة الجماعية أو العامة"[(١)].

وكان لابد للمشرع الوطني أن يدعم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري بالصفة الآمرة بحيث يمتنع على الأفراد الاتفاق على مخالفته قواعده، وتلك القواعد لازمها أفكار حديثة ظهرت كفكرة النظام العام الاقتصادي، وفكرة النظام العام الاجتماعي الذى يجسد الصفة الآمرة والضرورية للقواعد التي يضمها المشرع في مجال قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، ولا نغال بالقول أن تدخل الدولة في مجال الحياة الخاصة الدولية، أضحى من سمات التطور الحالي للقانون الدولي الخاص[(٢)].

ومن بين هذه القوانين تلك التي تنظم الرقابة على النقد، وسعر الصرف، وعمليات البنوك، وأسعار الفائدة وقيود الاستيراد والتصدير، والجمارك، بالإضافة إلى القوانين

(١) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، د٠س٠ن ، ص٢٠ ٠

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٥ ٠

الخاصة بحماية المستهلك، كما نجد التدخل أيضا في المجال الاجتماعي من خلال قوانين تنظيم العمل وقوانين التأمين الاجتماعي، وحماية القاصر وغير كاملي الأهلية ونجد ذلك في التشريع المصري خاصة في المواد (٢/١١) من القانون المدني المصري والخاصة بصحة التصرفات المالية التي تنعقد في مصر وترتب أثارها فيها، وأيضا المادة (١٤) من نفس القانون التي تقرر سريان القانون المصري على رابطة الزوجية إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج[1].

أولا: تعريف منهج القواعد ذات التطبيق الضروري: تعددت المصطلحات والمسميات التي تُطلق على هذا المنهج والتي من خلالها يمكن استخلاص تعريف شامل لهذا المنهج يحدد خصائص قواعده[٢].

الاتجاه الأول: ذهب جانت من الفقهاء خاصة الفقه الفرنسي من بينهم" BATIFFOL,DESPAGNET " إلى ضرورة تسمية هذا المنهج" بمنهج قواعد البوليس والأمن "، ويستندوا في رايهم إلى نص المادة (١/٣) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤م فقد نصت على أن " قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم"، بالإضافة إلى أن الغرض والهدف الرئيسي من هذا المنهج هو إقامة النظام على إقليم الدولة، وتطبق داخل حدودها ولا تمتد خارج الإقليم الوطني.

الاتجاه الثاني: ذهب جانب آخر من الفقهاء خاصة الفقه اليوناني من بينهم الفقيه " FRANCESCAKIS" إلى ضرورة تسمية هذا المنهج " بمنهج القواعد فورية التطبيق أو ذات التطبيق المباشر"، ويستند في رايه إلى أن هذا الاصطلاح يبرز اختصاص قانون

(١) د٠ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧٧٤ ٠

(2)Vareilles-Sommières (P), Lois de police et politiques législatives, Rev. crit. DIP 2011. p207 ٠

القاضي بالفصل في المنازعات الخاصة الدولية بطريقة مباشرة دون اللجوء إلى منهج قاعدة الإسناد، بل ويعالج الانتقادات الموجه إلى الرأي الأول، بأن هناك من القواعد فورية التطبيق لا يمكن وصفها بأنها من قوانين البوليس والأمن، ونجد مثالا لذلك نص عليه المشرع الفرنسي حينما جعل كل قواعد القانون البحري الفرنسي ذات تطبيق مباشر وذات اختصاص إقليمي يتم تطبيقه على كافة عمليات النقل البحري المتجهة من وإلى الموانئ الفرنسية لغرض توسيع نطاق تطبيق القانون البحري، فمثل هذا القول قد لا يعنى أن كل قواعده تدخل ضمن قواعد البوليس والأمن، وإن كانت بعض أحكامه تعد حقًا من قواعد البوليس، إلا أنه لا يجب تعميم الحُكم على بقية القواعد الأخرى.

الاتجاه الثالث: ذهب بعض الفقهاء من بينهم "MANCINI, WEISS" إلى ضرورة تسمية هذا المنهج " بمنهج قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي"، ويستندوا في رأيهم إلى أن الهدف الأساس من هذا المنهج هو المحافظة على سيادة النظام العام على الإقليم الذى تسرى عليه، كما أنها تهدف إلى التوجيه إلى ما هو يمس الصالح العام.

الاتجاه الرابع: ذهب بعض الفقهاء خاصة الفقه الإيطالي من بينهم منهم"MALINTOPPI" إلى ضرورة تسمية هذا المنهج " بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد تأمين المجتمع" ويستندوا في رأيهم إلى أن هذا المنهج يقصد منه حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع الوطني، ويعتبر هذا الاصطلاح جامع يشمل قواعد البوليس التي يطبقها القاضي مباشرة وغيرها، كما أنها قواعد ضرورية من حيث التطبيق من أجل حماية التضامن الاجتماعي لمجتمع بلد القاضي، وتطبيقها لا يقتصر فقط على الإقليم بل خارجه طالما كان ضروريًا لإدراك أهدافها.[1]

(1) Jean Babiste Racine, Droit èconomique et lois de police, Rev. International de droit économique, 2010, t. 24, no 1, p. 61.

الرأي الذى أرجحه: هو مُسمى القواعد ذات التطبيق الضروري، وذلك لأن هناك قواعد فورية التطبيق مالا يمكن وصفها بأنها قوانين البوليس والأمن، كما أن قواعد النظام العام من شأنها توسع من اختصاص قانون القاضي مما يؤدى إلى إعاقة حركة التجارة الدولية، كما أن مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري يوضح درجة الإل-زام التي تنطوي عليها، وشروط تطبيقها، مما يُقلل الدفع بالنظام العام.

وبالتالي ومن خلال الاتجاهات المختلفة حول تسمية هذا المنهج والهدف من كل تسمية تناول بعض الفقه تعريف قواعد هذا المنهج بأنها " القواعد التي قد تُلازم تدخل الدولة التي ترمى إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية، والضرورية، الاقتصادية، والاجتماعية للدولة[١]، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها سواء أكانت وطنية، أم ذات طابع دولي" [٢].

إلا أنه أن هذا التعريف ومعظم تعريفات القواعد ذات التطبيق الضروري بمختلف مسمياتها أغفلت القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري وركزت على القواعد التي تكون جزءًا من قانون القاضي فحسب، وكان الأفضل لهذه التعريفات التطرق إلى هذه القواعد ذات التطبيق الضروري في القوانين الأجنبية وهدف تطبيقها، وهذا ما دفع بعض الفقه يمكن القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها" القواعد التي يكون تطبيقها ضروريًا بالنظر إلى الهدف الذى وضعت من أجله سواء أكانت جزءً من قانون القاضي أم جزءً

(1)Francq(S), Règlement Rome I : obligations contractuelles – Mars 2013 (actualisation : Juin 2016), Dalloz, p199.

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٥٧ ٠

مـن القـانون الأجنبـي وسـواء انطبقـت هـذه القواعـد مباشـرة أم بمقتـضى مـنهج قاعـدة الإسناد" [١].

ثانيا: الخلاف الفقهي حول مدى إمكانية منهج القواعد ذات التطبيق الضروري تشكيل منهج مستقل: حيث اختلف الفقهاء في هذا الشأن بين رأى منكر على هذه القواعد خصوصيتها وبين مؤيد لها، ليتطور الخلاف إلى حد المناداة بعدم التوسع في إعمال هذه القواعد داخل النظام القانوني للدولة، لما يؤدى إليه ذلك من إعاقة لحركة التجارة الدولية التي تنمو عبر الحدود، وكذا الإضرار بالتنسيق بين الأنظمة القانونية ووحدة الحلول التي يصبوا إليها القانون الدولي الخاص، ورغم ذلك لم يؤثر هذه الاختلافات في إجماع الفقه حول حقيقة وجود هذه القواعد واعترافه بأنها تمثل منهجا مستقلًا ومتميزًا لحل مشاكل التنازع الدولي للقوانين، فهي تمثل إلى جانب منهج القواعد الموضوعية نتاج تطور القانون الدولي الخاص نحو تعدد المناهج الذى أصبح حقيقة لا يمكن إنكارها، حيث أن كلا المنهجين يعملان على تلافى عيوب منهج التنازع التقليدي كل في اتجاههم الخاص[٢].

الفـرع الثاني: معيـار تحديد القواعـد ذات التطبيـق الضـروري

يُقصد بمعيار تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري "البحث عن الضابط أو المناط الذى يمكن بمقتضاه تمييز القواعد التي تندرج تحت هذا المنهج عن غيرها هذا النوع من القواعد القانونية، والبحث عن العناصر المميزة لهذه القواعد، والتي تقود

(١) د٠ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٢٢٦ ٠

(٢) د٠صفوت أحمد عد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٨٢_٢٨٣

القاضي إلى تطبيقها مجرد توافر الشروط اللازمة لذلك، وبغض النظر على القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد"[١].

وتظهر أهمية معيار تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري في حالة عدم نص المشرع الوطني صراحة على هذا النوع من القواعد، وبهذا يمكن القول أن هناك معيارين لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري وهما كالآتى:٠

المعيار الأول "في حالة النص صراحة على هذه القواعد": تظهر ذلك عندما يُفصح المُشرع عن إرادته في أن القانون الذى وضعه يعد من القوانين ذات التطبيق الضروري، حيث يكشف المشرع عن إرادته في تطبيق هذه القوانين على كافة المراكز التي تدخل في إطار سريانها المكاني دون حاجة لإعمال قواعد الإسناد المزدوجة، حتى لو كانت هذه القوانين تقضي إلى اختصاص قانون أجنبي في شأن المركز المطروح على القاضي الوطني[٢].

فعادة ما يحدد المشرع للقوانين والقواعد نطاقًا مكانيًا يقوم على الإقامة، أو التوطن، أو محل تنفيذ العمل، أو محل إصدار السند أو جنسية الشركة التي أصدرته، وهى معايير يثبت بمقتضاها الاختصاص لقانون القاضي وقواعده ذات التطبيق الضروري في نطاق أوسع، وبدرجة غير مألوفة، وعلى نحو لا يمكن تحقيقه عن طريق قاعدة الإسناد العادية، وهذا ما نجده في التشريعات الجنائية، والتشريعات الضريبية، وتشريعات العمل والتأمينات الاجتماعية، ويظهر ذلك أيضا في نص المادة (١٤) من القانون المدني المصري، والتي تؤكد على ضرورة تطبيق أحكام القانون المصري

(١) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، مرجع سابق، ص٥١ ٠

(٢) د٠هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٨٤٥ ٠

الخاصة بالأسرة، والزواج على كل رابطة زوجية، سواء في تكوينها، وآثارها أم انقضائها، إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج[١].

إلا أن هذا المعيار تعرض للعديد من الانتقادات منها :ـ

١- أن المشرع عندما يضع القاعدة القانونية لم يكشف عن طبيعة القانون الذى يضعه، وبالتالي عن نطاق تطبيقه المكاني، ويصعب مد حُكم هذا القانون على العلاقات الخاصة الدولية[٢].

إلا أنه من وجهه نظري يمكن القول أن القاضي عند الفصل في النزاع المعروض أمامه يقوم أولا بتفسير القاعدة القانونية قبل تطبيقها، للوقوف على طبيعة النص القانوني الواجب التطبيق، حيث يعمل القاضي الوطني في كل الأحوال على تحقيق وحماية الأسس الاقتصادية، والاجتماعية، لمجتمع دولته، ومن يقوم بتحديد القواعد التي تدخل ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري من عدمه

٢- أن الأخذ بهذا المعيار على إطلاقه يؤدي إلى التوسع في تطبيق قانون القاضي، حيث تعمل القواعد ذات التطبيق الضروري على استبعاد قاعدة الإسناد، وهذا أمر لا يثير مشكلة، لأن القاضي مُلزم في جميع الأحوال بالانصياع إلى أوامر مشرعه، ولكن الأمر يختلف إذا كانت القاعدة القانونية المطلوب تحديد طبيعتها منتمية إلى نظام قانوني أجنبي غير مختص بمقتضى قاعدة الإسناد، حيث أن هناك ما يُلزم القاضي الوطني في هذا

---

(١) تنص المادة (١٤) من القانون المدني المصري على أنه " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج "

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، مرجع سابق، ص٥٧ ٠

الفرض بالانصياع للتحديد التشريعي لنطـــاق تطبيق القاعـــدة الأجنبية، ومن ثـــم يفقد هذا المعيـــار محـــل البحـــث فاعليتـــه[١].

إلا أنه من وجهه نظري يمكن القول أن القاضي الوطني عندما يفصل في المنازعة الخاصة الدولية مُلزم بأن يكون على دراية كاملة بالقوانين الأجنبية المرشحة لحُكم النزاع المعروض أمامه، وما يتعلق بها بقواعد ذات التطبيق الضروري وغيرها٠

المعيـار الثـاني "فـي حالـة عـدم الـنص عليهـا صـراحة": وفـى هـذا المعيـار يكـون دور القاضـي الـوطني فـي تحديـد ماهيـة القواعـد ذات التطبيـق الـضروري صـعب للغاية، حيث تعددت وجهات نظر الفقه في تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري من بينها:٠

الاتجاه الأول " أصحاب مبدأ الإقليمية": ذهب جانب من الفقهاء إلى أن البحـــث عـــن هـــذه القواعـــد يكون مـــن خـــلال النظـــر لفكـــرة مبدأ الإقليمية، حيث ينظر القاضـي الـوطني طبقًا لهذا الـرأي علـى أسـاس أن القواعد ذات التطبيـق الـضروري ذات تطبيق إقليمي، فإن الإقليمية تصبح معيارًا للكشف عن هذه القوانين وتحديدها، فالقواعد ذات الطبيعة الإقليمية في قانون القاضي من القواعد ذات التطبيق الضروري التي يتعين تطبيقها على المراكز التي تدخـــل في نطـــاق سريانها الإقليمي دون حاجـــة لإعمال منهـــج التنازع[٢].

---

(١) د٠ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٨٤٨ ٠

إلا أنه من وجهه نظري يمكن القول أن القاضي الوطني مُلزم بأن يكون على دراية كاملة بالقوانين الأجنبية المرشحة لحُكم النزاع المعروض أمامه، وما يتعلق بها بقواعد ذات التطبيق الضروري وغيرها٠

(٢) د٠ محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي " دراسة تأصيلية" ، مرجع سابق، ص١٣٠.

فاذا تبين للقاضي الوطني أن قاعدة معينه في قانونه إقليميه التطبيق فهو يتصدى لإعمالها على كافه الوقائع والتصرفات القانونية التي تتم في إقليم الدولة، أو على الأشخاص المقيمين فيها أو الأموال الموجودة بها على حسب الأحوال دون النظر بما قد تشير به قواعد الإسناد من اختصاص القانون الأجنبي، فالإقليمية بهذا تعتبر شيء مضاد لمنهج قاعدة الإسناد وهذا ما قرره البعض" أن العلاقة ما بين الإقليمية والتنازع كالعلاقة بين الماء والنار، فإما أن يطفئ ماء الإقليمية لهيب التنازع، وأما أن يتمكن هذا اللهيب من تبخر مبدأ الإقليمية" [1].

إلا أن هذا الاتجاه الاعتماد على فكرة مبدأ الإقليمية في نطاق القانون الدولي الخاص وعلاقته قد تعرض للنقد، كونها فكرة غامضة، لعدم تحديد مضمون الإقليمية تحديدًا دقيقًا، وهذا ما قرره بعد الفقه في أن " تحديد مضمون القوانين ذات التطبيق الضروري من خلال فكرة مبدأ الإقليمية فلا يكون إلا تحديد مضمون الماء بعد الجهد بالماء" فهي فكرة غامضة عن طريق اللجوء لفكرة أكثر غموضًا[2].

وعلى فرض استطاع القاضي تحديد نطاق ومضمون فكرة مبدأ الإقليمية، فليس كل قانون إقليمي يعد من قبيل القوانين ذات التطبيق الضروري فقانون موقع المال مثلا لا يعد من قوانين ذات التطبيق الضروري على الرغم من طابعه الإقليمي، كما أنه من الممكن أن تكون القاعدة ذات تطبيق ضروري وممتدة خارج الإقليم، وهذا قرر بعض الفقهاء إلى القول بشأن مبدأ الإقليمية " أنني أشعر بالمعاناة في كل مرة أسمع فيها حديثًا عن مبدأ الإقليمية في القانون الدولي الخاص"[٣]

---

(١) د٠ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٨٥٠ ٠

(٢) د٠أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٨٧ ٠

(٣) د٠أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري، ومنهجية تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج ٢٤، ع٢،١، ١٩٨٢م، ص١٤

الاتجاه الثاني " أصحاب فكرة النظام العام ": حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى أن البحث عن القواعد ذات التطبيق الضروري يكون من خلال النظر لفكرة النظام العام، فيعتبر القاضي الوطني أن القواعد ذات التطبيق الضروري داخل إقليم الدولة هي في حقيقتها قواعد آمره تتعلق بالنظام العام، فكل من الاصطلاحين مترادفين، حيث تسعى قواعد التطبيق ذات التطبيق الضروري أو قواعد النظام العام إلى صيانة المبادئ الأساسية للجماعة الوطنية(١).

كما حرص بعض الفقه على إبراز التفرقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري التي تقوم على فكرة النظام العام من ناحية وبين الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص من ناحية آخرى، فتختلف طريقة إعمال كل منهما حيث أن الدفع بالنظام العام يعد وسيله لاستبعاد القانون الأجنبي الذى تشير قواعد الإسناد باختصاصه خاصه إذا تبين للقاضي أن هناك تعارض مع المصالح الحيوية للدولة، أما في القواعد ذات التطبيق الضروري يقوم القاضي بتطبيقها مباشرة دون اللجوء إلى قاعدة الإسناد، كما يختلف توقيت إعمال كلا منهما فالقواعد ذات التطبيق الضروري تطبيق مباشرة دون النظر إلى قاعدة الإسناد أي قبل إعمالها، أما الدفع بالنظام العام يكون بعد تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد والنظر إلى القانون المسند إليه(٢)

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد حيث أن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لا يمكن خلطها بالقواعد ذات التطبيق الضروري، ولا يجوز استخدمها كفكرة مسندة

(1) M. N. Jobard Bachellier, ordre public en droit International privé, Jurisclasseur 2008, p543.

(2) Kerstin Ann – susann Schafer, Application of mandatory rules in the private international law of contracts, thesis, university of cap town, 2020, p10.

تقضى إلى تطبيق القانون الأجنبي، كما أن هذا المعيار يعبر عن روح التطرف الوطني فهو بمثابة إهـــدار لقاعــدة الإسنـــاد[١].

الاتجاه الثالث " أصحاب فكرة هدف هذه القواعد": يذهب جانب من الفقهاء إلى أن البحث عن هـــذه القواعـــد مـــن خـــلال البحث عن هـــدف هـــذه القواعـــد، إلا أن أصحاب هذا الاتجاه انقسموا إلى قسمين على النحو التالي:

القسم الأول: يعتبر فيه القاضي الوطني أن القواعد ذات التطبيق الضروري، هي التي تسعى إلى تحقيق مصلحة الدولة التي أصدرتها، دون النظر إلى مصلحة الفرد، ويعيب هذا الجانب عجزها عن تفسير الاتجاه نحو تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بالرجوع إلى فكرة المصلحة، كما أن فكرة المصلحة في حد ذاتها فكـــرة غامضة تتـــرك مجـــالًا واسعًا لتفسير القاضي الوطنـــي للقاعدة القانونية حسبمـــا يشاء[٢].

القسم الثاني: يذهب القاضي الوطني إلى فكرة تنظيم الدولة، حيث تُعد القواعد ذات التطبيق المباشر، هي القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي للدولة[٣]، حيث أن تدخل الدولة لتنظيم مسألة يجعل من غير المقبول السماح بتطبيق قانون أجنبي في شأنها، لأن طابع التنظيم نفسه لا يُطيق تدخـــل القانـــون الأجنبـــي، وأن فكرة "تنظيم الدولة" هذه لا تصلح إلا أن تكون مجرد علامة أو نقطة انطلاق للقاضي في كشفة عن القواعد ذات التطبيق الضروري[٤].

---

(١) د٠ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٨٩ ٠

(٢) د٠خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٢٣٠ ٠

(3)Sommières (P), Lois de police et politiques législatives, Rev. Crit. DIP 2011.p 207

(٤) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، مج٤٠، ١٩٨٤م، ص٣٨.

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى الانتقاد حيث أن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بالرجوع إلى فكرة تنظيم الدولة، يعنى أن جميع القوانين التي تصدرها الدولة من القوانين ذات التطبيق المباشر، لأن جميعها غرضها تنظيم المجتمع، كما أنها بذلك توسع من القوانين ذات التطبيق الضروري فلا تقتصر على القانون الخاص، بل يجعله يمتد ليشمل كافه القوانين الصادرة في مجال روابط القانون الإداري والجنائي[١].

الاتجاه الرابع "أصحاب فكرة مضمون ونطاق تطبيق هذه القواعد":

يذهب جانب من الفقهاء إلى أن البحث عن هذه القواعد يكون من خلال النظر لفكرة مضمون ونطاق تطبيق هذه القاعدة حيث يتضح من الاتجاهات السابقة عجزها عن تحديد وتكييف القواعد ذات التطبيق الضروري، وأن جميعها مجرد تعريف وصفي لا يكشف عن الأسباب التي من أجلها تُفرض بعض القواعد القانونية التي يتم تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية بغير اللجوء إلى منهج قاعدة الإسناد، وبهذا فإن هذا الاتجاه يدور حول وظيفة هذه القواعد دون النظر إلى المعيار الشكلي أو فكرة الإقليمية، أو فكرة النظام العام، أو فكرة المصلحة، أو فكرة تنظيم الدولة وذلك كل معيار من هذه المعيار له انتقادات، وبهذا يتعين فإنه يلزم النظر إلى هذه القواعد بصورة عقلانية[٢].

فهناك من تبنى معيارًا "غائيا "قوامه الاعتماد على الغاية الاجتماعية، والتي ترمى إلى حماية النظام العام أو مصلحة الجماعة، ومنهم من تبني معيار "عضوي أو

---

(١) د٠أحمد عبد الكريم سلامه، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، مرجع سابق، ص٦٧ ٠

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص٢٥٧.

مادي" قوامه فكرة تنظيم الدولة، والتي يكون احترامها ضروريًا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، وهناك معيار "وظيفي" يجمع بين المعيارين السابقين الغائي والعضوي[١].

الرأي الذى ترجحه الباحثة في معيار تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري: إن البحث عن معيار محدد لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري من خلال الاتجاهات السابقة قد تصلح سندًا في موضوع دون موضوع آخر، وبهذا يقوم القاضي الوطني عند النظر في النزاع المعروض أمامه بتفسير القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وذلك من خلال تكييفه لوقائع النزاع، وذلك كما قلنا سابقا أن القاضي الوطني يقوم أولا بتفسير القاعدة القانونية ثم يقوم بتكييف وقائع النزاع، وبهذا يتعين عليه أن يكون على دراية كاملة بكافة القوانين المُحتمل تطبيقها على النزاع المعروض أمامه على حد سواء، دون التأثر بالنزعة الوطنية، فيجب أن يكون مُلمًا بقواعد النظام العام الدولي، والقواعد الدولية الآمرة، والقواعد ذات التطبيق الضروري، والقواعد الموضوعية أو المادية، وذلك لأنها قواعد تطبيق مباشرة دون الحاجة إلى اللجوء إلى قواعد إسناد، وبهذا فإن معيار تحديد وتوصيف القواعد ذات التطبيق الضروري يختلف من حالة إلى آخري، وهو ما يبين أنه لا يوجد معيار محدد للقواعد ذات التطبيق الضروري.

(١) د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٨٨١ .

المبحث الثاني

آليات تطبيق المناهج المباشرة على المنازعات الخاصة الدولية

تمهيد وتقسيم:ـــ

من المعروف أن القاضي الوطني والمحكم التجاري الدولي عند الفصل يقوم بتطبيق أكثر القوانين ملائمة للحكم النزاع الخاص الدولي وفقا للمنهج التقليدي غير المباشر، إلا أن الأمر يختلف في حالة وجود قواعد موضوعية أو مادية خاصة بموضوع النزاع فتطبق بطريقة مباشرة دون اللجوء إلى منهج قاعدة الإسناد ، بالإضافة إلى أنه يختلف أيضا لضمان تنفيذ الحَكم وعدم مخالفته للقواعد ذات التطبيق الضروري الواردة في القانون الوطني أو الأجنبي، لذلك سوف نبين دور القاضي الوطني أو المُحكم الدولي فى تطبيق المناهج المباشرة وحالات تطبيقها سوء الحالات غير المباشرة أو المباشرة، موضحين العلاقة بين المناهج أثناء تطبيقها على النزاع الخاص الدولي، وذلك من خلال تقسيم هـذا المبحث إلى مطلبين علـى النحـو الآتي:ـــ

المطلب الأول: التطبيق القضائي للمناهج المباشرة في المنازعات الخاصة الدولية.

المطلب الثاني: العلاقات التبادلية بين المناهج المباشرة والمنهج التقليدي في فض تنازع القوانين.

المطلب الأول
التطبيق القضائي للمناهج المباشرة
في المنازعات الخاصة الدولية

تمهيد وتقسيم:ـــ

تعتبر المناهج المباشرة في القانون الدولي من القواعد الواجبة التطبيق بمجرد توافر شروط تطبيقها على النزاع المعروض سواء على القاضي الوطني أم المُحكم الدولي، وبهذا فإنه يتعين على القاضي الوطني أو المُحكم الدولي عند تطبيق هذه القواعد أن يكون مُلمًا بهذه المناهج سواء في قانونه أم في القانون الأجنبي، وسوف نتعرض لها من خلال تقسيمها على النحو الآتي:-

الفرع الأول: تطبيق القاضي الوطني للمناهج المباشرة على المنازعات الخاصة الدولية.

الفرع الثاني: تطبيق المُحكم التجاري الدولي للمناهج المباشرة على النزاع التحكيمي.

الفرع الأول
تطبيق القاضي الوطني للمناهج المباشرة
على المنازعات الخاصة الدولية

أولا: تطبيق القاضي الوطني لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية: أن العلاقة أو الصلة بين القاضي الوطني ومنهج القواعد الموضوعية أو المادية تكون مباشرة تمام كما هو الحال في قضايا القانون الداخلي فكما يطبق القاضي الوطني قواعد قانونه على المنازعات الداخلية مباشرة، فالقاضي الوطني يطبق منهج القواعد الموضوعية مباشرة

على المنازعات الخاصة الدولية، فليس هناك وسيلة وسيطة بين القاضي والقانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع[١].

فالقاضي الوطني ينظر إلى منهج القواعد الموضوعية أو المادية على أنها ذات خلق تلقائي وهذا يعنى آمرين:

الأمر الأول: أنها قواعد تلقائية الصدور والصدور، لأنها تم تقنينها دون المرور بالقنوات الرسمية لسن القوانين بكافة مراحلها المعروفة في الأنظمة القانونية المختلفة

الأمر الثاني: أنها قواعد تلقائية التطبيق أنى أنها لا تحتاج إلى تدخل سلطة عامة لتطبيقها كما أنها لا تحتاج في بعض الأحيان إلى منهج قاعدة الإسناد لإسباغ الشرعية على تطبيقه

وتوجد عدة إشكاليات حول قيام القاضي الوطني بتطبيق منهج القواعد الموضوعية أو المادية على المنازعات الخاصة الدولية منها:

١- في حالة عدم وجود قاعدة موضوعية أو مادية في القانون الوطني: فالقاضي الوطني المطروح عليه النزاع الخاص الدولي ، والذي لا يتضمن قانونه قواعد موضوعية أو مادية لا يلتزم بتطبيقها إلا من خلال منهج قاعدة الإسناد، وبالتالي فالقواعد الموضوعية أو المادية في القانون الدولي الخاص لا تنطبق بداهة إلا من خلال منهج التنازع، وبهذا يرى جانب من الفقه أن أسلوب القواعد الموضوعية لم يعد منهجا قائما بذاته، لأن تطبيقه يتوقف في معظم الحالات على إعمال منهج

(١) د. أشرف شوقي مسيحة: القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٨، ص١١٠.

قاعدة الإسناد، ولذلك أُطلق عليه وصف "أسلوب" وليس وصف "منهج"، كونه استثناء في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة.

٢- أما بخصوص القواعد الموضوعية أو المادية الاتفاقية، فيؤخذ على القواعد الموضوعية الموحدة التي تنشئها الاتفاقيات الدولية، بأنها لا تسري أحكامها إلا على الدول الأطراف فيها، أما الدول غير المنضمة للاتفاقية لا تسري عليها، ومن جانب آخر فلا يوجد تنظيم شامل لكافة العلاقات الخاصة الدولية، فنجد على سبيل المثال اتفاقية فيينا ١٩٨٠ الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع، فإنها لا تسري إلا على الدول الأطراف فيها فقط، وعلى الأحكام والمسائل المحددة فقط[١].

٣- أما بخصوص القواعد الموضوعية أو المادية ذات النشأة العرفية، وما تتضمنه من أحكام عرفية وعادات نشأة في ظل الأوساط التجارية أو ما يعرف بمجتمع التجار الدوليين، فأنها لا تتمتع بصفة الإلزام في التطبيق على المنازعات الخاصة الدولية أمام القاضي الوطني، وبالتالي فالقواعد بهذا المفهوم ليس لها قوة النظام القانوني الكامل، لأنها تعد قواعد مكملة يتوقف تطبيقها على إرادة المتعاقدين، خاصة أن النظام القانوني يتطلب وجود جماعة وتنظيم، وجوهر التنظيم لا يقوم إلا بوجود القواعد القانونية الأمرة، بالإضافة إلى أن منهج القواعد الموضوعية لا تقترن بجزاء يترتب على عدم تنفيذها، وهذا ما يجعلها عديمة الفاعلية وخصوصا أمام المحاكم الوطنية.

٤- يرى بعض الفقهاء أن منهج القواعد الموضوعية أو المادية يعطى للقاضي الوطني سلطة تقديرية ويفتح الباب أمامه لإمكانية تقديم حلول تتفق وقناعته الشخصية أو

(١) د. سمير خليفي، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزى وزو، ٢٠١٨، ص١١٢.

أفكاره المهنية إلى لا تتفق مع صحيح القانون، بالإضافة إلى أن تطبيق القاضي لهذا المنهج يمثل إلى حد كبير خطر من ناحية تنفيذ الأحكام الصادرة بناء على هذه القواعد في الخارج، وبالتالي فمستقبل التنفيذ غير مضمون[١].

٥- كما أن منهج القواعد الموضوعية أو المادية خاصة ذات المصدر التشريعي الداخلي يفتقد إلى حد كبير إلى العدالة لأنها لا تؤدي إلى اتساق الحلول خاصة أن كل مشرع أو قاض في كل دولة يضع القواعد الموضوعية دون اللجوء إلى وقع قواعد مشتركة بين الدول عن طريق الاتفاقيات الدولية يجعل هناك اختلاف في الحلول للعلاقات الدولية القائمة ، وبالتالي تفتقد إلى نوع من الأمان والاستقرار القانوني[٢].

ثانيا: تطبيق القاضي الوطني لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري:

تهدف القواعد ذات التطبيق الضروري إلى حماية التنظيم السياسي، والاجتماعي والاقتصادي للدولة، وبهذا فإن القاضي الوطني عليه عبء تفسير وتحليل مضمون هذه القواعد لبيان مدى توافر شروط ونطاق تطبيقها على النزاع المعروض أمامه، على اعتبار أن عملية التفسير عملية أولية للقاضي الوطني، خاصة أن هذه القواعد تطبق مباشرة دون الحاجة إلى قاعدة الإسناد[٣].

(1) P. Mayer, la protection de la partie faible en droit international privé, in la protection de la partie fuible dans les rapports contractuelles, paris, éd. LGDJ, 1996,p845.

(2) Christopher straglini, lois de police et justice Internationale, Dalloz 2001,p1114.

(3) Eyal zamir, A theory of mandatory rules typology, policy and design, Texas law Rev 2019, vol 99.p35.

١- تطبيق القاضي الوطني للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه الوطني: لا توجد مشكلة في تطبيق القاضي للقواعد ذات التطبيق الضروري إذا كان منصوص عليها في قانونه، حيث أنه ينبغي على القاضي الوطني أن يذعن لإرادة مشرعه دون أن تكون له سلطة تقديرية في شأن مدى توافر شروط، وأهداف، ومضمون، ونطاق تطبيق هذه القاعدة[١].

وتظهر خطورة تطبيق هذا المنهج في حالة عدم نص المشرع صراحة عليه في قانونه الوطني، خاصة ميل القضاة إلى تطبيق قانونهم الوطني، وهو ما يدفعه إلى التوسع في تطبيق هذه القواعد من أجل تطبيقها، وذلك في ظل غياب معيار دقيق لتحديد هذه القواعد، وقد دار خلاف بين الفقهاء حول هذه النقطة بغرض عدم التوسع في تطبيقها مما يؤدى إلى إهدار منهج الإسناد نفسه[٢].

الاتجاه الأول: ذهب لأصحاب هذا الاتجاه إلى قصر تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري على القواعد الذى نص المشرع عليها صراحة في القانون دون غيرها، وهذا تطبيق للقاعدة العامة المعروفة التي تقول " إن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه".

الاتجاه الثاني: بينما ذهب هذا الجانب من الفقهاء إلى قصر تطبيق هذه القواعد على القواعد المنصوص عليه في قانونه أو في المعاهدات الدولية وذلك حفاظًا على النظام العام الدولي.

---

(1) Adeleng chong, the public policy and mandatory rules of third countries in International contracts, Singapore school of law Rev. 2006.p142.

(٢) د٠على الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري(قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ع٧، ٢٠١٥م، ص٨ ٠

الاتجاه الذى أرجحه يدور حول تخويل القاضي سلطة واسعة في تطبيق هذه القواعد ولو لم تكن منصوص عليها في قانونه، حيث يقوم القاضي باستخلاصها من الإرادة الضمنية للمشرع مستعينا بوسائل التفسير المتعارف عليها في قانونه، وبالتالي إذا ساوره شك حول طبيعة النص القانوني الواجب التطبيق كان عليه أن يحدد وحسب المبادئ العامة لقانونه، كي يصل إلى النطاق السليم في تطبيقه.

٢- تطبيق القاضي الوطني للقواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي:

ثار خلاف حول إمكان القاضي الوطني تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي، وما هو سند تطبيقه لمعيار هذه القواعد، وما هو نطاق تطبيقها، وأيضا في حالة وجود أكثر من قاعدة ذات تطبيق ضروري في أكثر من قانون متعلق بالنزاع المعروض أمامه[1].

الرأي الأول: ذهب جانب من الفقه إلى إخراج القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي من دائرة تطبيقها حيث اتخذ نفس موقف قواعد القانون العام الأجنبي، حيث تظل تلك القواعد حبيسة في إقليم الدولة التي أصدرتها، ولا يتصور تطبيقها أمام قضاء دولة أخرى، وبهذا فإن القاضي الوطني يكون غير مُلزم بتطبيق القوانين ذات التطبيق الضروري من تلقاء نفسه، إلا أن هذا الرأي يخلط بين مسائل القانون العام بالقانون الخاص على نحو يصعب معه الفصل بينهما نتيجة لمبدأ تدخل الدول، كما أنه يميل لفكرة الإقليمية[٢].

(١) Jacop Dolinger, Application, proof and International of foreign law, a comparative study in private International law, Arizon Journal of International and comparative law 2019,p69.

(2) Dedeurwaerder (E. F), Les clauses attributives de juridiction dans les relations commerciales établies, RTD com. 2018. p1083.

الرأي الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القاضي الوطني لا يكون مُلزم بتطبيق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري إلا إذا تمسك بتطبيقه أحد الخصوم، وذلك لأنه منهج لا يجب أن يتم تطبيقه بطريقة آلية[١].

الرأي الذى ترجحه الباحثة: هو أن القاضي الوطني مُلزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري حتى ولو لم يتمسك به أحد الخصوم، وذلك لأن القاضي الوطني يبحث على أكثر القوانين مناسبة لحُكم النزاع من خلال تطبيق القوانين المتعلقة بالنزاع المعروض، فإذا وجد القاضي الوطني قاعدة ذات تطبيق ضروري في القانون الأجنبي فإنها تكون أولى بالتطبيق، وذلك بعد أن يتأكد القاضي الوطني من شروط، ومضمون، ونطاق تطبيقها، على ألا تخالف هذه القاعدة النظام العام في دولته، ويخضع الخطأ في تطبيق هذه القواعد إلى رقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانون.

ولا توجد مشكلة إذا كان هناك قاعدة ذات تطبيق ضروري في أي من قانون القاضي والقانون الأجنبي، ولكن المشكلة الحقيقية إذ كان هناك أكثر من قاعدة ذات تطبيق ضروري في أكثر من دولة، إلا أن القاضي الوطني يستطيع تجاوز هذه المشكلة بأن يقوم بتطبيق القاعدة التي تؤدى إعمالها إلى إرضاء المصالح التي تسعى إليه هذه القواعد[٢].

إلا أن هناك تفرقه إذا كانت هناك قاعدة ذات تطبيق ضروري في قانون القاضي، وقاعدة ذات تطبيق ضروري في القانون الأجنبي، هنا يرجح تطبيق القاعدة

---

(١) د. منير عبد المجيد، وسيلة تحديد قوانين البوليس ذات التطبيق الفوري الأجنبية، بحث منشور مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، ع٤، ٢٠٠٠، ص٢٢٩.

(2) Peruzzetto(S), Distribution, Décembre 1999 (actualisation : Octobre 2010), Dalloz, p138.

الضرورية في قانونه، أما إذا كان هناك أكثر من قاعدة ذات تطبيق ضروري في بلدين مختلفتين، هنا يقع على عبء تطبيق القاعدة الأكثر اتساقا بالنزاع والتي تراعى مصالح الدول بعضها البعض، وتحافظ على النظام العام في كافة الدول، بالإضافة إلى أن تطبيقها يضمن تنفيذ الحكم.[١]

الفرع الثاني
تطبيق المُحكم التجاري الدولي للمناهج المباشرة على النزاع التحكيمي

أولا: تطبيق المُحكم التجاري الدولي للقواعد الموضوعية أو المادية: يعتبر التحكيم التجاري الدولي نظام قضائي إرادي يحسم المنازعات على نحو يضمن بقاء استمرار التعامل بين أطرافه، ولو كان ذلك على حساب التطبيق الجامد لقواعد القانون، فهو ليس حارسًا على نظام قانوني وطني معين، وليس هناك سلطة نظامية عليا تلزمه بتطبيق هذا القانون أو ذلك، ومن ثم يستطيع في سبيل تحقيق غايته، وتفادي قواعد قانون الدولة التي قد تكون غير ملائمة، كما أنه ليس له قانون قاض تخاطبه أحكامه، وتحدد له الاختصاص التشريعي لهذا القانون، أو ذاك بموجب قواعد تنازع القوانين، فالأساس الاتفاقي للتحكيم يعطيه حرية حركة بين القوانين التي يرغب في الانتقاء من بينها وتطبيقها، وبالتالي يمكن القول بأن منهج القواعد الموضوعية أو المادية يعتبر بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمُحكم التجاري الدولي، وتطبيقه يكون بمجرد اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع[٢].

(١) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، تنازع المناهج في قوانين البوليس" قوانين الضبط"، بحث منشور في المجلة القانونية بكلية الحقوق، جامعة الخرطوم، مج ١٥، عدد٧، ٢٠٢٣، ص١٥٩٤.

(٢) د. نادر محمد محمد إبراهيم: مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادية الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٠، ص٢٥.

بالإضافة إلى أن هذا المنهج يكون له الأولوية في التطبيق أمام المُحكم، ويلعب منهج قاعدة الإسناد دور احتياطيًا لا تبدو أهميته إلا عند عدم وجود قواعد موضوعية مباشرة ، فالمُحكم التجاري الدولي لا يلتزم بتطبيق قاعدة إسناد محددة يمكن أن تؤدى إلى تطبيق قانون وطني معين بالذات، ولا يسهر على احترام القواعد الآمرة في نظام قانونى معين بل يطبق القواعد الملائمة للعلاقات الخاصة الدولية مثل القواعد الموضوعية أو المادية والمنصوص عليها في قانون التجارة الدولية[1] ، ويقوم المُحكم الدولي بتطبيق منهج القواعد الموضوعية أو المادية بطريقة مباشرة، وأيضا من الممكن أن يطبقها بطريقة غير مباشرة

أولا: تطبيق المحكم التجاري لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية بطريقة مباشرة: فالأصل في تطبيق هذه القواعد أنها تطبق مباشرة، دون حاجة إلى إرشاد من قبل منهج قاعدة الإسناد، ما دامت موجودة في النظام القانوني للدولة، وبمطالعة الأنظمة القانونية للدول نجدها في الوقت الحالي لا تخلو من وجود قواعد موضوعية أو المادية بل والأكثر من ذلك سعت الدول إلى العمل على توحيد هذه القواعد الموضوعية لمواكبة التطورات في المعاملات الخاصة الدولية من أجل تطبيقها على المنازعات الناشئة على هذه المعاملات بعيدا عن المنهج التقليدي غير المباشر، ويقوم المُحكم الدولي بتطبيقها مباشرة بمجرد طرح النزاع عليه[2]

ثانيا: تطبيق المُحكم التجاري لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية بطريقة غير مباشرة: يرى جانب من الفقهاء أن منهج القواعد الموضوعية أو المادية لا يمكن تطبيقه

(١) د. أسامه أحمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المُحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للطباعة، عمان، ٢٠٠٨، ص١٢٤.

(2) p. kinsch. L, autolimitation implicite des norms de droit International privé, Rev. critiq. D.I.P. 2003,p672.

علـى النـزاع التحكيمـي إلا بمقتـضى مـنهج قاعـدة الإسـناد والمتمثلـة فـي قـانون إرادة الأطـــراف فـي العقـــد الدولـــي. ولا يُفهم أن حاجـة هـذه القواعـد الموضـوعية لقاعـدة الإسناد يعنى أن تلك القواعد تدخل في منازعه مع القوانين الداخلية، بل إن المقصود من ذلك هو مجرد استعارة تلك القواعد الموضوعية لقواعد الإسناد الموجودة في هـــذه القوانيـــن الأخيـــرة كي نجـــد سنـــدًا لتطبيقهـــا[١].

ويذهب جانب من الفقهاء إلى أن إرادة المتعاقدين في العقد الدولي هي في حد ذاتها قاعدة موضوعية خاصة بالعلاقات الدولية وليست قاعدة إسناد، وأن القاضي يطبقها بطريقة مباشرة على منازعات العقود التي تطرح أمامه طالما عبر عن ذلك المتعاقدان[٢].

إلا أن هذا الرأي تم انتقاده من جانب من الفقه من بينهم الدكتور "أحمد عبد الكريم سلامة" مستندا إلى أن قانون سلطان الإرادة يتم إعماله وفقا للتكييف، وهذا لا يتفق مع القاعدة الموضوعية التي تحكم مباشرة في موضوع النزاع أما قانون الإرادة قانون لا يعطى حلًا مباشرًا للنزاع، بل يظل قانون غير مباشر أو إرشادي، وبهذا فإنه قاعدة إسناد[3].

ويبرر بعض الفقهاء أن المحكم لا يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية إلا بناء على إرادة المتعاقدين، بحجه أنه حتى وإن أصبحت منهج القواعد الموضوعية أو المادية قادر

---

(١) د. فيلالي فؤاد، فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية من طرف المحكم الدولي وأسسها ، بحث منشور في المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، المغرب، العدد٤، ٢٠١٣، ص١٣.

(2) Gérard (F), Le Rôle de la Règlement des Règle de Conflit dans Rapports Internationaux, Paris, 1971, P2550

(٣) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠م، ص ١٥٣

على حُكم وتنظيم المنازعات الخاصة الدولية العقود الدولية، إلا أن تلك القواعد ما هي إلا قواعد مُكملة لا تنطبق بقوة سريانها، بل لابد، وأن يُقرر الأطراف وإرادتهم الصريحة أو حتى الضمني-ة، رغبتهم في سريان أحكامها[1].

إلا أن بعض الآخر من الفقهاء يخالف الرأي السابق من بينهم الدكتور "هشام على صادق" بحجه أنه يخالف النظريات العامة في القانون وينكر دور القواعد القانونية المكملة وقدرتها على السريان الذاتي مستلزما لتطبيقها أن يعلن الأفراد عن إرادتهم في هذا التطبيق صراحة أو ضمنا، فالقواعد المكملة تتمتع بالقوة الملزمة شأنها شأن القواعد الآمرة، مما يحتم على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه، ما لم يستبعدها الأطراف، وبالتالي فتطبيق القواعد المكملة لا يحتاج لتمسك الأفراد بها، لأن شرط تطبيقها هو عدم استبعاد الأفراد لحكمها، والقول بغير ذلك يتضمن إنكارًا للصفة القانونية لمنهج القواعد الموضوعية أو المادية، وجعلها المثابة في حكم العادات والشروط الاتفاقية التي تنزل منزلة الشروط العقدية[2]

وأن قانون الإرادة له دور كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق، والذى أعطي للمُحكم التجاري الدولي حرية أوسع في استنباط هذه الإرادة من قرائن صارت متعددة في غياب الإرادة الصريحة، هذا التوسع في إعمال مبدأ سلطان الإرادة لاسيما الإرادة الضمنية يؤدى في نظر البعض، إلى استبعاد منهج التنازع، بحيث يمكن فض منازعات التجارة الدولية بتفسير بسيط للعقد، وذلك استنادًا على الإرادة الضمنية للأطراف في

(1) Gerhard wagner, Mandatary contract law: functions and principles in light of proposal for a directive on consumer rights, research gate. Net 2020, viewed on 19/3/2024.

(2) leg aus, le sort de la thèoris des clauses spèciales d, application de lois de police en droit des contrats, Rev Dalloz, 2006,p250.

تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي، وهو ما يتجلى بصورة واضحة في قضاء التحكيم التجاري الدولي، بحسبان أن أساس الاختيار هو في قاعدة مادية خاصة بالتحكيم الدولي، وليس في قاعدة وطنية تخضع بصورة تقليدية كل عقد إلى قانون دولة(١).

كما أن توقف تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على إرادة الأفراد المتعاقدين وفقًا للرأي السابق يُعد إختيارًا ماديًا، وليس إختيارًا تنازعيًا، يتم بواسطة قاعدة إسناد، كما يدعي أنصاره، لأن قواعد الإسناد تشير إلى اختصاص قانون معين يحكم العقد، ولا تكتفي بإنزال القواعد المختارة منزلة الشروط العقدية، كما في حالة الاختيار المادي(٢).

ثانيًا: تطبيق المُحكم التجاري الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروري: يلزم أن نبين أن تطبيق المُحكم التجاري الدولي لمنهج لقواعد ذات التطبيق الضروري بطابع خاص لاعتبارات معينة منها:.

١ـ **غياب قانون اختصاص المُحكم التجاري الدولي**: فعدم وجود قانون داخلي يُقيد المُحكمين أسوة بالقاضي الوطني يجعلهم غير ملزمون بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري لدولة معينه، خاصة أن المُحكم التجاري الدولي ليس لديه قانون داخلي يسهر على حراسته كما هو الحال بالنسبة للقاضي الوطني، وعلى هذا الأساس تكتسب كافة القواعد ذات التطبيق الضروري التي تريد الانطباق على النزاع المعرض أمام المحكمين الصفة الأجنبية(٣).

---

(1) Mayer (P) & Fouchard (P) & Gaillard (E) & Goldman (B), Traité de l'arbitrage commercial international. Rev. crit. DIP 1996.P 835

(٢) د.محمد بلاق، حدود مساهمه القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٧٢

(3) Moreau(B) &Glucksmann(É) &Feng(P) ,Arbitrage international , Juin 2016 (actualisation : Août 2017), Dalloz,p350.

فالقاضي الوطني الحارس الأول لنظامه القانوني، وبالتالي يتطلع دائمًا إلى تطبيق قواعده الآمرة خاصة قواعد البوليس، فهي إذا قواعد أساسية ولها مكانتها في النظام القانوني الوطني، وعلى العكس من ذلك قد لا تلعب نفس الدور في حل منازعات العقود الدولية أمام قضاء التحكيم بسبب غياب قانون اختصاص للمُحكم الذى يفرض عليه إعمال تلك القواعد(١).

وبمعنى أخر يمكن القول أن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري يتمتع بخصوصية أمام المحكمين، خاصة أن قضاء التحكيم الدولي لا يتقيد فيه بأحكام القانون الدولي الخاص بدولة معينه، فهو يرجع أحيانا لما يسمي بالتطبيق الجامع لأنظمة القانون الدولي الخاص المحيطة بالنزاع، أو لمبادئ القانون الدولي الخاص بصفة عامة دون التقيد بنظام دولة محددة بالذات، أو للمبادئ التي استقر عليها العمل في التحكيم الدولي المستسقاة من العقود النموذجية ولوائح الشركات بالإضافة إلى المبادئ العامة والتي يمكن أن تعد في مجموعها جزءً من القانون التجاري المعاصر تقوم إلى جانب ما يتضمنه هذا القانون من أحكام موضوعية لتنظيم التجارة الدولية(٢).

٢ - **طابع التحكيم الاتفاقي**: يستمد المُحكم الدولي سلطاته واختصاصاته بالفصل في النزاع المعروض عليه من إرادة أطراف النزاع، وبالتالي فهو لا يمتلك كمبدأ عام الخروج عن هذه الإرادة أو الإخلال بتوقعاتها المشروعة، ويعتبر هذا سببًا في تردد المُحكمين في تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي استبعدها الأطراف صراحة أو

(١) د٠ محمد إبراهيم علي، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠٠١م، ص٩٢ ٠
(٢) د٠ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٠٠٩ ٠

لم يتوقع هؤلاء تطبيقها[١]، خاصة عدم وجود قانون اختصاص للمُحكم الدولي من ناحية في الوقت التي يتعين عليه احترام توقعات الأطراف من ناحية آخرى[٢].

٣- **صعوبة تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري أمام المُحكمين**: لا توجد مشكلة عند تطبيق المُحكمين للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمى للقانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد التي طبقها المُحكم التجاري الدولي للوصول إلى قاعدة القانون الواجب التطبيق، في القانون الذى اختاره أطراف النزاع، حيث تُعد القواعد ذات التطبيق الضروري جزءً منه استنادًا إلى فكرة الإسناد الإجمالي للقانون الواجب التطبيق[٣].

ويقوم المُحكم الدولي في سبيل تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، خاصة عند عدم وجود قانون مختار من قبل الأطراف أن يبحث في القوانين التي من شأنها لها صلة بموضوع النزاع المعروض عن هذه القواعد، وفى حالة عدم وجود قواعد منصوص عليها صراحة في القوانين يقوم المُحكم الدولي بتفسير القاعدة القانونية في كافة القوانين المتعلقة بالنزاع المعروض، ويبحث عن معايير تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري خاصة أنها قواعد وطنية[٤].

---

(1) Hascher (D), Arbitrage du commerce international, Janvier 2005 (actualisation : Février 2018), Dalloz, p130.

(٢) د٠ علاء حسين على شبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية " دراسة مقارنة "، بحث منشور في مجلة آداب ذى قار، كلية الآداب، جامعة ذي قار، العراق، ع ٢١، ٢٠١٧م، ص٣٦٢ ٠

(٣) د٠ السالك كروم، حدود إعمال المُحكم لقواعد النظام العام كمظهر من مظاهر الاستقلالية، بحث منشور في المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، المغرب، ع٢، ٢٠١٦م، ص٤١ ٠

(٤) د٠ هادى سليم، التحكيم والقواعد الآمرة، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، لبنان، ع١١، ٢٠١١م، ص١٨١ ٠

فيجب على المُحكم الدولي في مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري غير المنصوص عليها في القوانين ذا الصلة بموضوع النزاع أن يتأكد من أن هناك صلة يرونها وثيقة بينها، وله في هذه الحالات وأسوة بالقاضي الوطني أن يتأكد من مشروعية المصلحة التي تقتضى إعمال القاعدة ذات التطبيق الضروري وهو ما قد يلتزم أن يضع في اعتباره طبيعة القاعدة ذات التطبيق الضروري المزمع إعمالها، وموضوعها، والنتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها، وتبرز الخصوصية في هذا الموضع، ونظرًا لعدم وجود قانون اختصاص داخلي للمُحكم يدفعه عند تقديره لمشروعية المصلحة التي تفرض تطبيق قاعدة، للاستجابة لبعض الاعتبارات السياسية أسوة بالقاضي الوطني، إلا أنه لم يعد من المتصور أن تكون الاعتبارات السياسية محلًا لاهتمام المُحكم التجاري الدولي لعدم تقدير الاعتبارات السياسية التي قد تدعوه إلى إقرار شرعية تفسير القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمى لدولة آخري من عدمه[١].

وتعتبر كافة القواعد ذات التطبيق الضروري في حُكم القواعد الأجنبية بالنسبة للمُحكم الدولي وهو ما يزيد صعوبة المشكلة المترتبة على التنازع الإيجابي بين هذه القواعد، لأن المحكمين لا يملكون قانون اختصاص يرجح القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونهم، وإنما يقوم المحكمون بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمى لقانون الدولة التي يوقع تنفيذ حكم التحكيم فيها، والتي سيرفض قضاؤها غاليا الأمر بتنفيذ الحُكم لو أن الحُكم تجاهل القواعد الآمرة في قانونها، مما يجرد الحُكم التحكيمي من فاعليته، إلا أن هذا يعد مصادرة على المطلوب، وبهذا فإن المُحكمون

(١) د٠ علاء حسين على شبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٦٦

يقومون بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الذى يتوقع تطبيقه على النزاع المعروض، مع مراعاة احترام توقعات الأطراف[١].

ويعتبر السبيل الوحيد لتطبيق المُحكم الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروري هو اعتناق المنهج الأحادي واحترام إراداتها في الانطباق، بشرط أن تكون هناك صلة معقولة بين مضمون هذه القاعدة، وأهدافها، ونطاق تطبيقها، كما أن احترام توقعات الأطراف له أهمية عند تصدى المُحكمين لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، فيكون من الطبيعي أن تستمر هذه الأهمية أيضا عند التصدي لحلول التنازع بين هذه القواعد، فاحترام توقعات الأفراد هو أساس حلول التنازع بين القواعد ذات التطبيق الضروري أمام المحكمين خاصة في مجال عقود التجارة الدولية[٢].

ويبدو قضاء التحكيم في مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري أكثر تحررًا من قضاء الدولة، خاصة أن المحكمين عند تطبيقهم للقاعدة القانونية على النزاع المعروض لا ينظرون إلى النظام العام لدولة معينه بقدر ما ينظرون للنظام العام الدولي الذى يهدف إلى حماية القيم الإنسانية المشتركة.

الرأي الذى ترجحه بشأن تطبيق المُحكم الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروري:

تعتبر إرادة أطراف النزاع هو حل لمدى سلطة المُحكم التجاري الدولي في تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، فلا يجوز للمُحكمين تطبيق القواعد ذات التطبيق

---

(1)Andrew Barraclough, Jeff waincymer, Mandatory rules of law in International commercial arbitration, Melbourne Journal of International law, 2005, vol. 6.p23.

(٢) د٠ علاء حسين على شبع، المرجع السابق، ص٣٧٨ ٠

MAYER (P), Lois de police, Décembre 1998 (actualisation : Mars 2009) Dalloz, p41.

الضروري التي تنتمى لقانون دولة أجنبية غير الدولة التي تم الاتفاق على تطبيق قانونها على أساس أن هذا سيتضمن بالضرورة جزئيا استبعاد لقانون العقد مما يعرض حُكم التحكيم للبطلان، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم المصري في المادة (١/٣٩) من حرية الأطراف في اختيار القواعد التي يرونها ملائمة لعقدهم، كما أن نص المادة (٥٣/ د) من نفس القانون تجرد المحكمين من سلطة إعمال القواعد ذات التطبيق الض-روري التي لا تنتمى لقانون الإرادة ٠

المطلب الثاني
العلاقات التبادلية بين المناهج المباشرة والمنهج التقليدي في فض تنازع القوانين

تمهيد وتقسيم:ـــ

أصبح تعدد مناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر حقيقة واضحة يصعب إنكارها بل إن الوضع الراهن للقانون الدولي الخاص، ومدي تطور العلاقات الخاصة الدولية في جميع المجالات يتطلب تطورًا في النظم القانونية أيضا لمواكبة هذا التطور، ونجد ذلك واضحًا في مناهج قواعد القانون الدولي الخاص، وتنقسم اتجاهات مناهج القانون الدولي الخاص إلى مناهج تقليدية غير مباشرة وتتمثل في منهج قاعدة الإسناد، ومناهج مباشرة وتتمثل في منهج القواعد الموضوعية أو المادية، منهج القواعد ذات التطبيق الض-روري، ويجب توضيح علاقة هذه المناهج بعضها البعض خاصة في مجال تطبيقها، وبن-اء عليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي :ـــ

الفرع الأول: المقارنة بين المناهج المباشرة والمنهج التقليدي في تنازع القانون.

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول العلاقة بين المناهج المباشرة والمنهج التقليدي فض التنازع المباشرة.

الفرع الأول

المقارنة بين المناهج المباشرة والمنهج التقليدي في تنازع القانون

تعطى المناهج المباشرة والمتمثلة في القواعد الموضوعية أو المادية، والقواعد ذات التطبيق الضروري حلًا مباشرًا في النزاع الخاص الدولي المطروح، بينما المنهج التقليدي غير المباشر والمتمثل في قواعد الإسناد لا يفصل في موضوع النزاع بشكل مباشر، وإنما يتكفل ببيان القانون الذى يطبق على موضوع النزاع أي أنه منهج إرشادي، ومن هنا سنوضح بداية أوجه التشابه والاختلاف بين هذه المناهج.

أولًا: أوجه التشابه والاختلاف بين منهج القواعد الموضوعية أو المادية ومنهج قاعدة الإسناد:

١- أوجه التشابه بين المنهجين:

أ- يختص كلا المنهجين بالفصل في النزاع ذو الطابع الخاص الدولي، وليس لهما علاقة بالمنازعات الوطنية البحتة.

ب- إن كل من المنهجين متشابهين من حيث المنشأ، حيث أن منهج قاعدة الإسناد ذو نشأة عرفية منذ فقه نظرية الأحوال، ولا زالت تحتفظ بأصالتها في العديد من النظم القانونية المعاصرة، وكذلك الحال في القواعد الموضوعية هي في غالبها

ذات نشأة عرفية، فعلى سبيل المثال نجد القواعد الموضوعية الخاصة بالتجارة الدولية[١].

ج - يهدف منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية أو المادية إلى إيجاد تنظيم مناسب وملائم للمنازعات الخاصة الدولية، ففكرة التنظيم أو الحل الملائم يختلف مداها وتصور مصدره، فقاعدة الإسناد ترى أن الحل الملائم يتوفر بجانب القانون الوطني لدولة معينة ترتبط بها العلاقة محل النزاع، بوثيق الصلة، بينما نجده في القواعد الموضوعية أو المادية فيما تحتويه من أحكام خاصة تطبيق مباشرة[٢].

٢- **أوجه الاختلاف:** يوجد العديد من الاختلافات بين المنهجين من بينها:

أ- تعتبر منهج قاعدة الإسناد منهج إرشادي ومحايد، بمعنى أنه لا يقوم بإنهاء النزاع المُثار ذو الطابع الدولي، بل يرشد إلى وجوب تطبيق قانون الدولة التي تبدو أنها وثيقة الصلة بالنزاع أكثر من غيرها، ويقوم بعملية المفاضلة بين هذه القوانين بحياد وموضوعية متجردة في السعي إلى تلبية مصالح وواجبات الدولة ذاتها، أو مصالح أحد الأطراف في الروابط الخاصة ذات الطابع الدولي[٣]، على عكس منهج القواعد الموضوعية أو المادية فإنه يقدم حلًا مباشرًا للنزاع، فهو من أهم خصائصه المميزة، فالمضمون الموضوعي أو التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية كما أوضحنا سابقا "يعطى حُكم القانون في المسألة وليس البحث عن

(١) د. محمود محمد ياقوت، قانون الإدارة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق "دراسة تحليلية وتطبيقية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٨.

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٥٠

(٣) د٠جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، مجلد ٢٦، عدد ٢، ٢٠٠٢، ص٢٣٩ ٠

القانون" وليس أي القوانين يُسند إليه حكم المسألة، مما يصون توقعات الأفراد، والاحترام لتوقعات الأفراد من أهم أهداف القان-ون الدولي الخاص[١].

ب - يتميز منهج القواعد الموضوعية أو المادية في القانون الدولي الخاص عن غيرها من المناهج الآخرى بما تقدمه من حلول للنزاع، وتأخذ في الاعتبار خصوصية العلاقات الخاصة الدولية، وبهذا الخصوصية صارت الوسيلة الفعالة والوحيدة دون سواها في هذا الخصوص، فعلى سبيل المثال نجد منهج القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية لا يخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص من ممارسي التجارة الدولية، وفى نوع معين من المشكلات الدولية[٢].

ج ـ يُعد القانون الواجب التطبيق وفقا لمنهج قاعدة التنازع قانون داخلي، وُضع ليحكم العلاقات الداخلية[٣]، وبهذا فإنه لا يناسب إعماله لعلاقات ذات طابع دولي، فأغلبية القوانين الوطنية لا تقدم حلول تلائم مقتضيات العلاقات الخاصة الدولية في الوقت الحاضر، هذا ما يستلزم وجود قواعد قانونية مستقلة تختص بالمنازعات الخاصة الدولية، وذلك لكون القواعد الداخلية وُضعت أصلًا لحكم وتنظيم الروابط والعلاقات الداخلية، لأنه من الاستحالة العملية أن تغطى قواعد القانون الداخلي كافة المعاملات الخاصة الدولية نظرًا لاتساعها وتعقيدها[٤].

---

(١) د٠ سامي عبد الله، الاتجاه الحديث نحو خلق تنظيم موضوعي ينطبق مباشرة على العقد الدولي الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص٤٠٨.

(٢) د٠ محمد السيد عرفة، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٢٥٥ ٠

(٣) د٠أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، مرجع سابق، ص١١ ٠

(٤) د. مصطفى محمد مصطفي الباز، منهج قواعد التنازع فى فض المنازعات الدولية الخاصة "دراسة انتقادية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مجلد ٥٠، عدد١، ٢٠٠٨، ص١٢٢.

ثانيًا: أن منهج قاعدة الإسناد لا يُطبق إلا في حالة وجود نزاع معروض أمام القضاء، وبهذا فهي أداة لا يعلمها إلا القضاء وهذا يُفقدها الوظيفة الوقائية، التي هي وظيفة أولية لقواعد القانون بوجه عام، وهذا في حد ذاته كفيل بإظهار عجزها، كما أنه من الممكن تحريفه ويقود إلى نتائج غير المتوقعة، خاصة في تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق[١]، على عكس منهج القواعد الموضوعية أو المادية فإنها توفر نوع من الأمان واليقين القانون للأفراد، وذلك لكونهم على دراية بالقواعد المطبقة على النزاع الخاص بهم، والسرعة والأمان وتوقع الحلول من أهم متطلبات العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، فالسهولة والوضوح والعلم المُسبق بهذه القواعد يحقق لأطراف العلاقة والقضاة والمُحكمين معرفة حكم القانون ومضمون الحل الواجب التطبيق في المسألة[٢].

ثانيًا : أوجه التشابه والاختلاف بين منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

١- **أوجه التشابه:** يعتبر التشابه الوحيد بين قواعد الإسناد، والقواعد ذات التطبيق الضروري أنهما قواعد وضعية داخلية من وضع أو صنع السلطة المختصة في كل دولة.

(١) د.محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص١٥٠.

(٢) د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١٧٣؛ د.محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص٧٧.

٢- أوجه الاختلاف:

أ- إن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، يكون واجب التطبيق بمجرد أن يتحقق القاضي من وجودها، واتصال النزاع المعروض بمجال سريانها، بعض النظر عن طبيعة هذا النزاع سواء كان وطني، أم دولي، بينما منهج قاعد الإسناد فيقوم بإرشاد القاضي لأكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع المعروض أمامه، ويشترط أن يكون النزاع خاص دولي أي أن قاعدة الإسناد لا تفصل في النزاع المعروض[١].

ب - يهدف منهج قواعد الإسناد إلى العمل على المفاضلة بين القوانين التي تعرض حلولها لحُكم المسألة محل النزاع من أجل هدف مهم هو إيجاد حل مناسب وملائم يحقق الأمان القانوني، والعدالة لعلاقات الأفراد عبر الحدود، بينما القواعد ذات التطبيق الضروري تهدف إلى حماية وتأكيد فعالية النظام القانوني الوطني، وإدراك الأهداف المحددة للسياسة التشريعية، فالهدف هو الصالح الوطني بغض النظر عن مصلحة المعاملات أو العلاقات الخاصة الدولية[٢].

ج - يركز منهج قاعدة الإسناد على العنصر الأجنبي التي تحتويه العلاقة محل النزاع، ثم يعمل على بيان حالات اختصاص القانون الأجنبي، وحالات اختصاص القانون الوطني بغض النظر عن النتيجة التي يقود إليها الإسناد، بمعنى أن منهج قاعدة الإسناد لا يهتم بالمضمون الموضوعي للحل النهائي للنزاع، على عكس منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فهو لا يهتم بالعنصر الأجنبي

(١) د٠ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص٧٨.

(٢) د٠ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٦٥ ٠

والطبيعة الدولية للمسألة المعروضة، وذلك من أجل توسيع دائرة الاختصاص للقانون الوطني، أي أنه ينظر إلى المضمون المادي أو الموضوعي لها وبالحل النهائي للنزاع [١].

د - يقود منهج قاعدة الإسناد بالقفزة في الظلام، فلا يعرف القاضي مسبقًا طبيعة الحل في القانون الأجنبي المُسند إليه باعتباره أنسب القوانين لحكم النزاع المعروض[٢]، وبالتالي لا بد من البحث عن صمام أمان ضد مخاطر تطبيق هذا الأخير خاصة مع الدفع بالنظام العام الذى يستبعد بمقتضاه ذلك القانون إذا تعارضت أحكامه مع المبادئ والأسس الاقتصادية والاجتماعية لمجتمع دولة القاضي، على عكس منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فلا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام لكون القانون المُطبق هو قانون القاضي وليس قانون أجنبي، وبهذا فإنه يقلل من فرص استعمال الدفع بالنظام العام وما يترتب عليه من فرص التعايش المشترك بين النظم القانونية[٣].

حيث تُعد فكرة النظام العام بمفهومها الشائع في منهجية تنازع القوانين بمثابة دفع أو استثناء على تطبيق القاضي للقانون الأجنبي الذى عينته قاعدة الإسناد الوطنية، اعتدادًا بأن أحكام هذا القانون الأجنبي تتنافر مع الأحكام الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع الأعلى في بلده، أما فكرة النظام العام في منهجية القواعد ذات التطبيق الضروري فنقطة البدء هي النظر إلى هذه القوانين المقول بضروريتها باعتبارها متعلقة بالنظام العام، أي

---

(١) د٠ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص٨٥ ٠

(2) sabine cornloup, l, application de lois étrangère Rev. I. de droit comparé, 2014,p621.

(٣) د٠ أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٤٦ ٠

تتمتع بقوة نفاذ خاصة أو غير عادية في النظام القانوني الوطني بحيث يتعين تطبيقها بصورة ضرورية ومباشرة على المسألة القانونية المعروضة، بمعنى أن طابع النظام العام في هذه القوانين إنما يلحقها بصورة مسبقة ومباشرة [١].

ثالثا: أوجه التشابه والاختلاف بين المناهج المباشرة بعضهم البعض والمتمثلة في منهجي القواعد الموضوعية أو المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري ٠

١- أوجه التشابه

أ- ارتبط ظهور المناهج المباشرة عادة بالقصور في المنهج التقليدي غير المباشر المتمثل في قواعد الإسناد، وذلك لمعالجة القصور الذى تكمُن في افتقاد منهج قاعدة الإسناد للصفة الدولية، لأنه يؤدى إلى عقد الاختصاص إلى قانون داخلي لا يتلاءم مع طبيعة العلاقة ذات الطابع الدولي وخصوصيتها مما أدي إلى ضرورة وجود قانون خاص يحكم العلاقات الخاصة الدولية[٢]٠

ب- إن مضمون المنهجين يتضمنان حلولًا موضوعية مباشرة ويعطيان حلًا مباشرًا[٣]، مع التحفظ في أن القواعد الموضوعية ذات مضمون دولي، بينما القواعد ذات التطبيق الضروري ذات مضمون وطني[٤]٠

---

(1) pascal varilles sommière, lois de police et politiques législatives, Rev. critiq DIP, 2011, no 2,p936.

(٢) د٠ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٦٠ ٠

(٣) سعيدة حمومة، أعمر حميطوش، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ٢٠١٤ ـ٢٠١٥م، ص٧٦ ٠

(٤) د٠ محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص ٤٦٦ ٠

٢- أوجـــه الإختـــلاف

أ- إن منهج القواعد الموضوعية لا يسرى إلا على العلاقات الخاصة الدولية، وذلك لأن قواعده وضعت خصيصًا لهذه العلاقات لتتلاءم معها ولتستجيب لخصوصيتها، وبهذا فإنها لا تنطبق على العلاقات الداخلية البحتة، بينما القواعد ذات التطبيق الضروري وضعت أصلًا وإبتداءًا لتنظيم الروابط الداخلية، وإن كان مراعاة طبيعة قواعده الآمرة يقتضى تطبيقها أيضا على العلاقات الدولية الخاصة بسبب هدف هذا المنهج وغايته، ويعد هذا الفارق الجوهري بين منهج القواعد الموضوعية أو المادية وبين القواعد ذات التطبيق الضروري[١].

ب- أن هدف منهج القواعد الموضوعية هو حماية مصالح العلاقات الخاصة الدولية، التي لا يعني بها القانون الداخلي أو يعطى حلًا ملائمًا بشأنها من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، بينما هدف منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو حماية النظام أو المجتمع الداخلي دون أن يراعى أي قدر لطبيعة نوع العلاقة، بل وتسرى على كل العلاقات التي تمس مصالح تلك الدول، ولو أدى ذلك أي الأضرار بالعلاقات الدولية الخاصة[٢].

جـ - أن مصدر منهج القواعد ذات التطبيق الضروري الوحيد هو التشريع الوطني، في وطنية المنشأ والهدف وعلى القاضي تطبيقها بصورة مباشرة على العلاقة التي تدخل في مجال سريانها المكاني بغض النظر عن طبيعة العلاقة، فهي وضعت أساسًا لحكم العلاقات الداخلية، ولكن نظرًا لغاياتها، فإنها تسرى على

---

(١) د٠ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص ٢٦١.

(٢) د٠محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص ٤٦٦ ٠

الروابط والعلاقات كافة حتى ولو كانت دولية، بينما تتعد مصادر منهج القواعد الموضوعية أو المادية، مصادر دولية ذات مصدر اتفاقي أو عرفي [١].

د - أن أسلوب تطبيق منهج القواعد الموضوعية يكون في الحل الموضوعي لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، ويطبق مباشرة على النزاع دون أية واسطة غالبًا، بينما أسلوب منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في التطبيق يكون من أجل حماية المصالح الحيوية للدولة حيث تطبق قواعده بمجرد وجود صلة جدية وثيقة بين العلاقة محل النزاع وبين النظام القانوني للدولة القاضي[٢]، بالإضافة إلى أن القواعد ذات التطبيق الضروري تكون لها الأولوية والأسبقية سواء على القواعد الموضوعية أم على قواعد الإسناد إذ يجب على القضاة أو المُحكمين أن يبحث أولا عن هذه القواعد في قانونه لمعرفة ما إذا كانت تريد الانطباق فإذا لم يجدها اتجه إلى القواعد الموضوعية أو المادية[٣].

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول العلاقة بين المناهج المباشرة والمنهج التقليدي غير المباشر في فض تنازع القوانين

أصبح تعدد مناهج تنازع القوانين أمر حقيقي لا يمكن إنكاره، وأن كل منهج من هذه المناهج له من الأهمية التي تستدعى دراسة كاملة مستفيضة خاصة بعد ثبوت عجز قواعد الإسناد.

---

(١) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٦١ ٠

(٢)د. عنايات عبد الحميد ثابت، ذاتية أو عدم ذاتية (قواعد تأمين المجتمع)، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد٤٨، سنة ١٩٩٢م٠، ص١٠٧ ٠

(٣) د٠ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٦٢ ٠

أولًا: علاقة منهج القواعد الموضوعية أو المادية بمنهج قاعدة الإسناد:
اختلف الفقه حول مدى إمكانية تطبيق منهج القواعد الموضوعية أو المادية مستقلًا عن منهج قاعدة الإسناد، إلى رأيين على النحو التالي

الرأي الأول: أن العلاقة بين المنهجين في التطبيق علاقة تنافسية: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن هناك" عداء قائم بين المنهجين في مجال التطبيق إلى درجة أن منهج القواعد الموضوعية يقصى أو يستبعد القانون الواجب التطبيق الذى تحدده قواعد الإسناد، بالإضافة إلى أنه يقصى وسيلة تعيين ذلك القانون أي منهج قاعدة الإسناد ذاته"[١].

وترجع حدة المنافسة بين المنهجين في التطبيق إلى شمولية اختصاص القواعد الموضوعية المجال الذى يُطبق فيه مما يؤدى إلى إقصاء منهج قاعدة الإسناد تمام في هذا المجال، لاسيما تحت ستار صعوبة تحديد القانون الذى ترشد إليه قواعده أو عدم كفاية توطين العلاقة متى تبين استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، فالقواعد الموضوعية المستمدة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تنطبق مباشره على العلاقة الخاصة الدولية لم تأت من فراغ، بل كانت حصيلة دراسات واسعة ومقارنات متعمقة بالنظم الوطنية والدولية المختلفة ومحاولات موفقة للتقرب بينهما، واختيار حل ملائم لتلك العلاقات لتستجيب لها، ومن ثم مواجهة ومهاجمة التنازع في مهده واقتلاعه من جذوره، وبهذا فإن منهج القواعد الموضوعية يضيق الخناق على منهج قاعدة الإسناد، ويظهر مثالبه، وعدم ملائمته لحاجات العلاقات الخاصة الدولية، ويضعه في أزمة لا يستطيع تجاوزها[٢].

(١) د٠ محمد طارق، منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة دكتورة، كلية الحقوق، جامعة فاس، المغرب، ٢٠١٢، ص٨٩.

(٢) د٠ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٩ ٠

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى عدة أسانيد من بينها الآتي:

١- يستند هذا الرأي على فكرة استقبال التنظيم القانوني والتي من شأنها نقل تنظيم قانوني مُعين من عمل الغير إلى تنظيم القاضي، وإعماله بعيدًا عن تدخل قاعدة الإسناد، وقد ظهرت في القضاء الفرنسي بخصوص تطبيق القواعد الموضوعية التي وضعها القضاء نفسه، كصلاحية شرط الذهب، واستقلال شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وصحة ارتباط الدولة في اتفاق التحكيم، كون هذه القواعد قد تم استقبلها وإدماجها في النظام القانوني الفرنسي وصارت جزءً من القانون الفرنسي وواجبة التطبيق، بالأفضلية على أي قانون آخر[١].

ويمكن الرد على هذا المبرر أن فكرة استقبال التنظيم القانوني أضعف من أن تبرر التطبيق الاستقلالي للقواعد الموضوعية، دون الاستعانة بقاعدة الإسناد، ففضلًا عن أن تلك الفكرة خيالية وليست حقيقية، وذلك لأنها لا تصلح كمبرر لتطبيق منهج القواعد الموضوعية وحدها، وذلك لأن القواعد الموضوعية ليست قواعد قانونية كاملة وإنما هي عادات اتفاقية، وأن الاستقبال يكون بين نظامين قانونين مستقلين وهذا غير متحقق في شأن القواعد الموضوعية، كما أنه على فرض اعتبار القواعد الموضوعية تشكل نظام قانوني كامل، فإن استقبالها في النظام القانوني الوطني الذى يلتزم به القاضي الوطني أو المُحكم التجاري الدولي حسب قواعد التنازع يستلزم وسيلة فنية معينة، يتم بمقتضاها إدخالها في ذلك النظام القانوني للقاضي الوطني أو المُحكم الدولي، كما أن المستقر لدى الفقه أن فكرة الاستقبال بوجه عام هو أن قاعدة التنازع هي التي تنهض باستقدام القواعد المراد استقبالها في النظام القانوني للقاضي الوطني أو المُحكم الدولي[٢].

---

(١) د.أحمد محمد أمين الهواري: عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطه دبى، الإمارات،مج٢٠١٢،٢٠، ص١٤٢.

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية " دراسة تأصيلية انتقادية "، مرجع سابق، ص ٤٣٠ ٠

٢- أن تطبق القواعد الموضوعية أو المادية تطبق مباشرة دون حاجة إلى إعمال منهج التنازع، لأنها تندرج في نظام قانوني يشكل في عناصره الجوهرية قانونًا ذا تطبيق مباشر أو فوري، ومن ثم فهي لا تحتاج إلى سند أو مبرر لتطبيقها، إذ أنها وبمجرد دخول المنازعة في نطاق تطبيقها تكون واجبة التطبيق سواء أكان القاضي الوطني أم المُحكم الدولي، وبمعنى أخر يتم هجر قاعدة الإسناد بالتطبيق المباشر أو الفوري للقواعد الموضوعية الخاصة بالتجارة الخارجية ومنهج تطبيقها الذاتي، بالشكل الذى يجعل استبعاد إليه قواعد التنازع يتم بطريقه أوتوماتيكية[١]، فنجد على سبيل المثال أن القواعد الموضوعية أو المادية التي أرستها غرفة التجارة الدولية بباريس، بشأن الاعتمادات المستندية، وتحصيل الأوراق، لا تحتاج كي تُطبق إلى النص عليها صراحة في الوثائق العقدية، أي قاعدة الإسناد المستمدة من الإرادة، وذلك لأن تلك القواعد تتأتى من مصدر أصلي للقواعد[٢] .

ويمكن الرد على المبرر بأن تطبيق منهج القواعد المباشرة بمعزل عن منهج قاعدة التنازع من أهم أسباب خصوصية هذا المنهج واستقلاله في حل مشكلات العلاقات الخاصة الدولية، لكن ذلك لا يجعل القواعد المادية بعيدة عن قاعدة الإسناد إذ أن هذه الصفة في القواعد المادية لا تنفى اعتمادها بشكل أو بآخر عن قواعد الإسناد لاستكمال النقص والقصور الذى يعتريها في مختلف مصادرها، وهى إن لم تطبق بمقتضى منهج قاعدة الإسناد، فإنها سوف تحتاج إلى هذه القاعدة في إيجاد قانون وطني لحكم ما نقص من مسائل في العلاقات الخاصة الدولية أو تفسير بعضها، هذا فضلًا على أن صياغة

(١) د٠ محمد بلاق ، حدود مساهمه القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٣٤

(2) Kerstin Ann- susann shafer, Application of mandatory rules in the private International law of contracts, thesis, university of cop town, 2020.p142.

النصوص التي تبرر التطبيق المباشر للقواعد المادية تدل بشكل صريح وبارز على الصفة الاحتياطية والتكاملية لعادات التجارة الدولية وأعرافها إلى جانب القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد[١].

٣- أن القواعد الموضوعية أو المادية تخول للأطراف حرية اختيار القواعد التي تنظم الرابطة العقدية، وهى قاعدة تندمج بالشروط التعاقدية، ولا يُعنى ذلك أنه لا توجد قواعد موضوعية آمرة بل هناك مجموعة قواعد موضوعية آمرة يطبقها المُحكم الدولي إذا اصطدمت معها قواعد قانونية اختارها الأطراف[٢]

ويلزم أن نوضح أن إرادة الأطراف ليست الأساس أو السند الوحيد أو المطلق لتطبيق القواعد الموضوعية تطبيقًا بل يجد أساسه في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، ونجد مثال لذلك المادة (٣/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة١٩٩٤م والتي تنص على أنه "يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة"، واتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠م قد نصت صراحة على أن " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقرت عليها التعامل بينهما، واتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١م بشأن التحكيم التجاري الدولي التي أخذت بالمبدأ نفسه وألزمت المحكمين بأن يأخذوا بعين الاعتبار ما هو مشروط بالعقد وما هو متبع من العادات التجارية، وهو ما سار على نهجه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذى وضعته الأمم المتحدة في عام ١٩٨٥م بنصه على أنه" في جميع الأحوال تفصل

(١) د٠خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٢٠

(2)Sixto sanchez Lorenzo, choice of law and overriding rules in International contracts after Rome I, yearbook of private International, 2010 vol 12.p62.

هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتباره العادات المتبعة في هذا النوع من النشاط التجاري المنطقة على المعاملة"[١]

ويدعم هذا الرأي القضاء في كثير من أحكامه، حين أكد اعتبار أحكام المعاهدات الدولية من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص التي يتعين إعمالها مباشرة في حدود المسائل محل التوحيد للدول المتعاهدة، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع، وأبرز مثال لذلك اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤م في شأن الأحكام الموضوعية التي تحكم البيع الدولي للمنقولات المادية، ويذهب الفقيه Bauer إلى القول بأن القواعد المادية الاتفاقية هي واحدة من المناهج المتصلة بالتوحيد القانوني تهدف إلى استبعاد قواعد التنازع، لأن هذه النتيجة هي الطابع المميز للقانون الدولي الخاص المادي.[٢]

الرأي الآخر: **أن العلاقة بين المنهجين في التطبيق علاقة تعايش وتجاور**:
يري أصحاب هذا الاتجاه من بينهم Batiffol,Loussouarn,Goldman أن تعدد مناهج القانون الدولي الخاص، أصبح حقيقة تقتضى التعاون والتعايش بين أساليب أو مناهج تنظيم العلاقات الخاصة الدولية حتى تتحقق الملائمة والعدالة الاقتصادية، وتُعد العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور أو تعايش وليست علاقة عداء أو منافسة، خاصة وأن إدخال منهج القواعد الموضوعية في منافسة مع منهج قواعد الإسناد من شأنه أن يؤدى إلى نتائج غير عادلة بالنظر لانعدام التكافؤ بين المنهجين، حيث أن المنهج

(١) د. محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٣٥ .

(٢) د. محمد بلاق، حدود مساهمه القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٣٠

الأول هو منهج غير كامل يعجز في وضعه الراهن للتنظيم العقود الدولية الخاصة بمفرده[١].

ويدعو هذا النقص في القواعد إلى تكملته بالرجوع إلى القوانين الوطنية التي تحددها قاعدة الإسناد، وهذا التكامل يجسد التجاور والتعايش بين المنهجين، ففي بعض المنازعات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية يمكن في ذات الوقت أن يطبق القاضي الوطني أو المُحكم الدولي القواعد الموضوعية على نقاط معينه من النزاع، ويظل باقي المسائل من اختصاص قانون وطني معين يحدده منهج قاعدة الإسناد، وبهذا فإنه يكون هناك تطبيق لقاعدة الإسناد وللقواعد الموضوعية في نفس الوقت، ونجد ذلك مثلا في النظر في أهلية التعاقد، وعيوب التراضي، وتقادم الالتزامات وسلطات أجهزة، وممثلي الشركات التجارية في إبرام العقود الدولية[٢].

كما أن المتأمل في تطبيق منهج القواعد الموضوعية أو المادية يجد أنها تُطبق جنبا إلى جنب مع القوانين الوطنية المعينة بموجب منهج قاعدة الإسناد، لذلك فإن علاقة التكامل بين المنهجين هي الأقرب إلى الواقع وتؤيدها النصوص التشريعية والأحكام القضائية وحتى الاتفاقيات الدولية، لذلك فإن القواعد الموضوعية إذا كانت تحاول أحيانا أن تنافس قاعدة الإسناد، فإنها في أحيان أخرى كثيرة تتجاور أو تتعايش معها، ويحدث هذا التعايش عندما لا تستطيع الصمود في مواجهتها فتطلب يد العون منها كي تحدد لها الأحوال التي تسرى فيها أو تفتح لها باب الدخول أمام القاضي الوطني أو المُحكم الدولي، كي تحكم ما يلائمها من علاقات[3].

---

(١) د٠محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٣٣٨ ٠

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية " دراسة تأصيلية انتقادية "، مرجع سابق، ص ٣٩٥ ٠

(3)Benmbark- lesaffer Renza, les réglés matérielles de droit International privé, thèse, paris II, 2017.p112.

كما ذهب بعض الفقهاء إلى أنه في منازعات العقود التجارية الدولية تكون الأفضلية والتقدم لمنهج القواعد الموضوعية، فهي الأكثر ملائمة لطبيعة تلك العقود، ولا تأتى قواعد القانون الوطني المختص وفقا لقاعدة الإسناد إلا في مرتبة تالية، وبالتالي يكون الغرض من تطبيق القواعد الوطنية، هو الرقابة على مبادئ منهج القواعد الموضوعية أو المادية[١].

ولا يتأتى إعمال منهج قاعدة الإسناد كما قرره البعض إلا في الأحوال التي يتبين فيها عدم وجود تنظيم موضوعي خاص بالمعاملات الدولية، أي لا وجه لإعمال هذه القواعد إلا في حالة الفروض التي تسكت فيها قواعد القانون الدولي الخاص المادي عن إعطاء حل للنزاع[٢].

ويبدو أن التكامل والتعايش بين المنهجين قد نتج عنه ميلاد منهج جديد لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية في نطاق القانون الدولي الخاص أطلق عليه الفقه حديثً القواعد المختلطة، أو قواعد التنازع ذات الصفة الموضوعية، أو قواعد التنازع الموجهة، فهو منهج يستخدم مزيج من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في ثوب جديد[٣].

الرأي الذى ترجحه الباحثة: أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تعايش وتجاور وليست علاقة تنافسية وعداء ويؤكد ذلك التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وذلك أن الغرض من القواعد القانونية عمومًا هو الوصول إلى الأمان القانوني في المعاملات

(١) د٠أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٩٧ ٠

(٢) د٠هشام على صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٢٩ ٠

(٣) د٠ جمال محمود الكردي، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٠١ ٠

وبمجرد تطبيق القواعد الموضوعية بجوار قواعد التنازع، وتعويض النقص في كلا المنهجين، يؤدى في النهاية إلى تطور العلاقات الخاصة الدولية.

ثالثاً: العلاقة بين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قواعد الإسناد: اختلف الفقهاء في بيان العلاقة بين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعدة الإسناد في التطبيق إلى رأيين على النحو التالي:

الرأي الأول: أن العلاقة بين المنهجين في التطبيق علاقة تنافسية: يذهب بعض الفقهاء مثل "FRANCESCAKIS " إلى أن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري منهج منافس لمنهج قاعدة الإسناد، وهذه المنافسة رد فعل لمغالاة دور منهج قواعد الإسناد في حل مشكلات تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية، ووجود قواعد ذات التطبيق الضروري يؤدى إلى إقصاء واستبعاد قاعدة الإسناد من المجال التي تُطبق فيه هذه القواعد[1].

وبهذا فإن القواعد ذات التطبيق الضروري يكون لها الأولوية في التطبيق والإعمال على قاعدة الإسناد، فعلى القاضي أن يقوم أولا بالبحث في قانونه ففي حاجة وجود قواعد ذات تطبيق ضروري، وتدخل المنازعة في مجال سريانها، طبقها مباشرة دون اللجوء لقاعدة الإسناد، ولذلك يُطلق على قواعد منهج القواعد ذات التطبيق الضروري أنها قواعد مُقصية أو مُبعده، وأن منهج قاعدة الإسناد من الممكن أن يختفي بفضل منهج البوليس أو التطبيق الضروري[2].

---

(١) د. عيد عبد الحفيظ، حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين، بحث منشور في المجلة الأكاديمية، الجزائر، مج١٠، عدد٣، ٢٠١٩، ص٣٦٠.

(2)Thomas G. Guedi, The theory of Lois de police, a functional trend in continental private International law, comparative analysis, with modem American theories, Americ Journ, comparative law 1999,p120.

الرأي الآخر: أن العلاقة بين المنهجين في التطبيق علاقة تعايش وتجاور: حيث يرى البعض مثل" الدكتور فايز الحاج شاهين، الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة" إلى أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور وتعايش، وأنه لا يمكن الخلط بين عمليتين مستقلتين، وإن كانتا متتابعتين الأولي وهى تحديد القانون الواجب التطبيق، والثانية إعمال تلك القانون وتطبيقه، ففي المرحلة الأولي فإن العملية الذهنية تظل واحدة، فالقاضي يقوم بتحديد نطاق عمل القاعدة محل التساؤل، يمكن الكلام عن أولوية تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، وتأخير منهج قواعد الإسناد، وفى المرحلة الثانية فهناك تجاور وتعايش بين المنهجين فلكل منهما نطاق إعماله[1].

ونجد أن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري على بعض جوانب العقد الدولي مثلًا، لا يعنى أن القاضي الوطني لا يلجأ إلى منهج قاعدة الإسناد ولا يطبق قانون الإرادة مطلقًا، ففي خصوص ذلك العقد يكون من المتصور تطبيق إحدى القواعد الضرورية بجانب قانون الإرادة أو قانون العقد، فعلى سبيل المثال إذا كانت القاعدة ذات التطبيق الضروري تحدد حدًا أقصي لسعر الفائدة في عقد قرض لا يجوز تجاوزه ١٠% مثلا فإنه يتعين تطبيقها على جميع العقود التي يؤدى بمقتضاها مبلغ القرض إلى المقرض في إقليم الدولة التي تنتمى إليها هذه القاعدة، ولو كان القانون الذى يختص بحكم العلاقة العقدية بمقتضى منهج قاعدة الإسناد قد حدد سعرًا أعلى للفائدة بزيادة عن ١٥%، وعلى ذلك يبطل الشرط العقدي الذى يتضمن سعرًا للفائدة قدرة ١٣% مثلا لأنه تجاوز الحد الأعلى المقرر في قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري على الرغم من سعر الفائدة على هذا النحو لا يخالف قانون العقد، أما إذا كان سعر الفائدة المقرر بمقتضى

(١) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص٨٩ ٠

قانون العقد يقل عن الحد الأعلى في القاعدة ذات التطبيق الضروري ٩% مثلا فإن هذا القانون هو الذى يتعين تطبيقه دون الاهتمام بمضمون القاعدة ذات التطبيق الضروري، وعلى ذلك يبطل الشرط العقدي المحدد لسعر الفائدة ١٠% على الرغم من أنه لا يخالف قاعدة البوليس[1].

كما نجد أيضا التجاور والتعايش بين المنهجين في حالة إذا كان قانون القاضي يحكم بصدد دعوى نفقة زوجية، النظام القانوني للنفقة الوقتية باعتبارها قواعد ذات تطبيق ضروري، فهذا لا يُعنى تطبيقه على الطلب الأصلي بالنفقة العادية الذى يظل خاضعًا للقانون الذى يحكم آثار الزواج كما تقضى بذلك قاعدة الإسناد، وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في حُكم صادر لها في ١١ ابريل١٩٢٣م بصدد النفقة المستحقة للزوجة فقررت وحيث أنه توجد مصلحة أدبية وإنسانية في أن تستطيع المرأة ... الحصول على الإعانة الضرورية لبقائها فإنه لا يكون هناك محلًا للبحث عما إذا كانت المرأة الروسية الجنسية تستطيع أن تطلب وفقا لقانونها الوطني من زوجها السابق نفقة، وحيث أن قوانين النفقة من النظام العام وكان السيد ريابونشيسكى وزوجته موجودين حاليًا على الإقليم الفرنسي، فإن القانون الإقليمي يكون واجب التطبيق عليهم، وهنا طبقت القانون الفرنسي القواعد ذات التطبيق الضروري طالما توافرت الرابطة اللازمة لذلك بين النزاع والقانون الفرنسي دون النظر إلى قاعدة الإسناد [٢].

الرأي الذى ترجحه الباحثة: أن التعايش بين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعدة الإسناد أصبح حقيقة تؤكدها المبادئ العامة في القانون الدولي

(1) Benjamin sengel, les lois se police en matière contractuelle, master, université Grenoble 2017,p52.

(٢) د٠أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، مرجع سابق، ص٨٢ ٠

الخاص المعاصر والتي يتعين على القضاء المصري إعمالها طبقا لنص المادة(٢٤) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه" تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص"[١] .

ثالثا: العلاقة بين المناهج المباشرة بعضها البعض والمتمثلة في منهج القواعد الموضوعية أو المادية، ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري: أختلف الفقهاء حول العلاقة بينهما في التطبيق إلى فريقين على النحو التالي:

الرأي الأول: أن العلاقة بين المنهجين في التطبيق علاقة تنافسية : يتفق منهج القواعد الموضوعية مع منهج القواعد ذات التطبيق المباشر كما أوضحنا سلفاالمباشرة، المنهجين ذات مضمون موضوعي مباشر، وعدم حاجتهما إلى منهج قاعدة إسناد، مما يجيز للقضاء التصدي لتطبيقها على نحو مباشر في أغلب الأحوال، إلا أنهما مختلفان من حيث الهدف، إذ أن هدف القواعد ذات التطبيق المباشر حماية المصالح الوطنية ذات الطبيعة الاقتصادية والاجتماعية، وتسرى على العلاقات كافة التي تمس المصالح التي تحميها، ولو كانت ذات طابع دولي، في حين أن هدف القواعد الموضوعية مراعاة متطلبات التجارة الدولية وحاجاتها وخصوصيتها بهدف تنشيط التج-ارة وازده-ارها، وبهذا لا يوجد بين المنهجين أي جامع إلا شيء واحد، وبالتالي فإن القواعد ذات التطبيق الضروري تسعى إلى عدم إفساح المجال لأى تنظيم ذي مضمون دولي أيا كان مصدره وطنياً أو دولياً، وتحاول أن تستأثر بحكم العلاقة ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالعلاقة الدولية[٢].

(١) المادة (٢٤) من القانون المدني المصري

(٢) د٠ حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، الجامعة الأردنية، ١٩٨٠م، ص٧ ٠

ويظهر وجه التنافس في كثير من الجوانب العملية خاصة أمام قضاء التحكيم الدولي، الذى يعد أقل حرصًا من القضاء الداخلي على رعاية المصالح العامة التي تهدف القواعد ذات التطبيق الضروري إلى إدراكها، وذلك لأن القواعد الموضوعية تعتبر قانون القاضي بالنسبة للمُحكم التجاري الدولي، ومن ثم رفضت بعض أحكام التحكيم إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري عندما ظهر أن إعمالها سيؤدى إلى الإخلال باليقين القانوني للأطراف، حيث أن المحكمون لا يعتبرون حراسًا على الأنظمة القانونية الداخلية[١].

فنجد على سبيل المثال في حُكم التحكيم المستأنف الصادر من غرفة التجارة الدولية في القضية رقم ١٥١٢ وتتخلص وقائع النزاع في العقد المبرم بين بنك باكستاني وشركه هندية تعهد فيه البنك الباكستاني بضمان المدفوعات المستحقة للشركة في باكستان، وقد رفض البنك تنفيذ التزامه بالضمان استنادا إلى المراسيم الباكستانية التي حظرت الدفع لأى طرف هندي بسبب العداء السياسي بين الهند وباكستان، واعتبر البنك أن الدفع غير قانوني، وهذه قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنطبق على النزاع المطروح ،علمًا بأن القانون الهندي يعد القانون الواجب التطبيق ويعتبر العقد صحيحا، وقد حكم المحكمون لصالح الطرف الهندي إعمالًا لقانون العقد بما تضمنه من قواعد ذات تطبيق مباشر، وتجاهلوا القواعد ذات التطبيق الضروري الباكستانية التي تؤدى إعمالها إلى مفاجأة للمتعاقدين وهو ما لا يجوز.[٢]

(١) د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٧١ .

(٢) د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص ٤٦٨ .

كما يوجد العديد من التشريعات، والاتفاقيات، ولوائح هيئات التحكيم، تلزم هيئة التحكيم بمراعاة القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي، ونجد أيضا قضاء التحكيم التجاري الدولي يتصدى لتطبيق هذه القواعد الموضوعية، كونها وضعت من أجل تنظيم الروابط الخاصة الدولية، وفى محاولة لإفلات العقد الدولي من نطاق تطبيق القوانين الوطنية البحتة، لتخضعه بصفة أساسية للأحكام الموضوعية للقانون التجاري الدولي(١)، لذلك يذهب الفقه الراجح إلى عدم التوسع في هذه القوانين التي تؤدى إلى التوسع في مجال إعمال قانون القاضي، لأن ذلك يؤدى إلى تعارضها مع وحدة الحلول، فقد ذهب بعض الفقه بالقول بأن الاختلاف بين القواعد الموضوعية من ناحية والقواعد ذات التطبيق المباشر من ناحية أخرى هو بمثابة " الاختلاف ما بين الخير المرغوب " القواعد الموضوعية" والشر الضروري " القواعد ذات التطبيق الضروري" الذى لا يجب تشجيعه(٢).

وبهذا فإنه من غير المتصور أن تخضع العلاقات الخاصة الدولية لكافة القواعد الآمرة في قوانين الدول المرتبطة بالعلاقة، وإنما يجب التفرقة بين القواعد الآمرة ذات الطابع النسبي، والقواعد الآمرة ذات الطابع المطلق، وأن قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري تندرج تحت مسمي قواعد الآمرة النسبية، لذا نجد الدول ترخص لقضائها أن يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية التي تجيز اشتراط الدفع بالذهب وشرط التحكيم، فالقاضي الوطني أو المُحكم الدولي يستبعد تطبيق القواعد الآمرة الواردة في القانون الداخلي استنادًا إلى القاعدة الموضوعية التي تقرر واستقلال شرط التحكيم، مع

(١) د٠ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧٧٤ــ٧٩٩ ٠

(٢) د ٠ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٨٥ ٠

أن هذه القواعد التي تحظر الاتفاق تُعد من قوانين البوليس وتجعل الاتفاق على هذا الدفع باطلًا بطلانًا مطلقًا إذا ورد في عقـــود القانـــون الداخلـــي[١].

الرأي الآخـــر: أن العلاقة بين المنهجين في التطبيق علاقة تعايش وتجاور: حيث ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تكامل وتعايش، يطبق كل منهما في مجاله مع مراعاة تفوق منهج القواعد الموضوعية إذا كانت قواعده من القواعد ذات التطبيق الأمر المطلق أو النظام العام المطلق أو الحقيقي، بحيث إذا تنازع المنهجان على حُكم العلاقة استبعد منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وطُبق منهج القواعد الموضوعية، وعلى وجه الخصوص إذا كانت ذات مصـــدر وطنـــي أو ذات طابـــع دولـــي[٢].

كما يتوجب على القاضي الوطني رغم أهمية الاعتبارات الخاصة باليقين القانوني في مجال عقود التجارة الدولية ألا يتجاهل القواعد ذات التطبيق الضروري الآمرة في الدولة التي ترتبط بالعقد الدولي، والتي تهدف إلى حماية مصالح جماعية لا يجوز إغفالها فضلًا عن حماية الطرف الضعيف بالعقد، ذلك أن تجاهل هذه القواعد تحت ستار احترام إرادة المتعاقدين وتوقعاتهم، قد يغرى هؤلاء بالغش نحو القانون بل والإفلات بالعقد من مجال سلطان القواعـــد الآمـــرة[٣].

---

(١) د٠ عنايات عبد الحميد ثابت، إطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص٧

(٢) د٠ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٧٤ ٠٠

(3)Avasilencei (C), La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain : une nouvelle forme en attente d'un contentieux, Rev. Crit. DIP 2012.p 247٠

الرأي الذى ترجحه الباحثة : أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تكامل وتعايش، خاصة أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي باعتبار أن القواعد الموضوعية ناتجة في اغلبها عن اختيار الأطراف لها، فيقوم المُحكم التجاري الدولي بتطبيقها بعد التأكد من عدم مخالفتها للنظام العام المطلق، وبالتالي تكون الأولوية في التطبيق للقواعد الموضوعية، على عكس إذا كان النزاع أمام القاضي الوطني، فإنه يطبق القواعد ذات التطبيق الضروري أولا لحماية سياسة الدولة التشريعية بغض النظر عن أطراف النزاع، وبهذا فإن العلاقة علاقة تعايش وتجاور يعمل كل من المنهجين في مجاله.

الخاتمة

نظرًا للتطورات الملحوظة في المجتمع الدولي وفى طبيعة ونطاق المعاملات التي تجرى بين الأفراد داخل ذلك المجتمع لم يعد المنهج التقليدي للقانون الدولي الخاص غير المباشر والمتمثل في قاعدة الإسناد متلائم مع الأوضاع الجديدة، مما أدى إلى ظهور مناهج تعمل على مواكبة التطورات في العلاقات الخاصة الدولية، وذلك من خلال إيجاد حل مباشر دون اللجوء إلى منهج قاعدة الإسناد.

وقد قمنا بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين تناولت من خلالها بيان ماهية المناهج المباشرة في القانون الدولي الخاص سواء أكان منهج القواعد الموضوعية أو المادية، أم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، وأوضحت الخلاف الفقهي حول اكتساب هذه المناهج للصفة القانونية الكاملة والمستقلة عن منهج قاعدة التنازع .

وتناولت كيفية كقيام القاضي بتطبيق المناهج المباشرة والعقبات التي تواجه القاضي في ذلك، كما أوضحت أيضا آليات تطبيق المحكم التجاري الدولي للمناهج المباشرة ، خاصة أن المحكم التجاري الدولي ليس له قانون يحكمه.

وفى النهاية تناولت العلاقة التبادلية بين المناهج المباشرة وغير المباشرة في القانون الدولي الخاص ودورهم في تسوية المنازعات الخاصة الدولية، وأوضحت الخلاف الفقهي حول نوعية هذه العلاقة بينهم وسوف نوضح ما توصلنا اليه من نتائج وتوصيات كالآتي:

النتائج

١- أنه على الرغم من الخلاف الفقهي حول تسمية منهج القواعد الموضوعية أو المادية سواء من ناحية أنه من الأفضل أن يطلق عليها منهج القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، أم يطلق عليها منهج القواعد المادية، فإنها مجموعة القواعد القانونية التي تعطى حل مباشر ينهى المنازعات ذات الطابع الدولي الخاص، بعيدا عن منهج تنازع القوانين، وذلك لأنها حكم القانون لا البحث عن القانون الواجب التطبيق.

٢- يتمتع منهج القواعد الموضوعية أو المادية بالصفة القانونية الكاملة بالإضافة إلى أن قواعده توافر فيها خصائص القاعدة القانونية، ونصت التشريعات المختلفة على تطبيقها، وقد تعددت العوامل التي أدت إلى ظهورها لكون القانون الدولي الخاص يستجيب إلى كافه التطورات والتغيرات التي تُستجد في المجالات الخاصة الدولية، ويعتبر عجز وعدم ملائمة منهج قاعدة الإسناد للفصل في المنازعات الخاصة الدولية هو العامل الأساسي للبحث عن قواعد موضوعية من شأنها إنهاء المنازعات الأجنبية ذات الطابع الخاص بصفه مباشرة.

٣- تظهر القواعد ذات التطبيق الضروري بروح الأنانية التي لا تبتغى الدولة من ورائها إلا تحقيق مصالحها غير عابئة بمصالح الدول الآخرى، وتسرى على العلاقات كافة التي تمس هذه المصالح ولو كانت دولية في حين أن هدف القواعد الموضوعية هو مراعاة خصوصية العلاقات الخاصة الدولية بهدف تنشيط حركة المعاملات وازدهارها عبر الحدود بل تحاول القواعد ذات التطبيق الضروري أن تتناسى الصفة الدولية للعلاقات التي تدخل في مجال سريانها ٠

٤- يوجد فرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري التي تقوم على فكرة النظام العام وبين الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، من ناحية طريقة إعمال كل منهما حيث أن الدفع بالنظام العام يعد وسيله لاستبعاد القانون الأجنبي الذى تشير قواعد الإسناد باختصاصه خاصه إذا تبين للقاضي أن هناك تعارض مع المصالح الحيوية للدولة، أما في القواعد ذات التطبيق الضروري يقوم القاضي بتطبيقها مباشرة دون اللجوء إلى قاعدة الإسناد، ومن ناحية أخرى يختلف توقيت إعمال كلا منهما فالقواعد ذات التطبيق الضروري تطبيق مباشرة دون النظر إلى قاعدة الإسناد أي قبل إعمالها، أما الدفع بالنظام العام يكون بعد تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد والنظر إلى القانون المسند إليه

٥- لا يوجد معيار محدد لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، وبهذا يتعين على القاضي الوطني القيام بتفسير القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وذلك من خلال تكييفه لوقائع النزاع، وأن يكون مُلمًا بقواعد النظام العام الدولي، والقواعد الدولية الآمرة، والقواعد ذات التطبيق الضروري، والقواعد الموضوعية أو المادية في كافة القوانين المحتمل تطبيقها والتي لها صلة بموضوع النزاع المطروح.

٦- القاضي الوطني مُلزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري حتى ولو لم يتمسك به أحد أطراف النزاع، فإذا وجد القاضي الوطني قاعدة ذات تطبيق ضروري في القانون الأجنبي فإنها تكون أولى بالتطبيق، على ألا تخالف هذه القاعدة النظام العام في دولته، ويخضع الخطأ في تطبيق هذه القواعد إلى رقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانون، إلا أنه إذا كانت هناك قاعدة ذات تطبيق ضروري في قانون القاضي، وقاعدة ذات تطبيق ضروري في القانون الأجنبي، هنا يرجح تطبيق القاعدة الضرورية في قانونه.

٧- إن منهج القواعد الموضوعية أو المادية يعتبر بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمُحكم التجاري الدولي، وتطبيقه يكون بمجرد اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع، فليس له قانون قاض تخاطبه أحكامه، وتحدد له الاختصاص التشريعي لهذا القانون، وهذا ما جعل أيضا لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري خصوصية أمام المُحكمين، لعدم التقيد بأحكام القانون الدولي الخاص بدولة معينه.

٨- تُفسر العلاقة بين مناهج القانون الدولي الخاص المباشرة والمنهج التقليدي غير المباشر بأنها علاقة تعايش وتجاور، ويطبق كل منهج في مجاله دون أو يتعارض مع تطبيق المناهج الآخرى.

التوصيات

١- نوصى بضرورة النص صراحة على طبيعة القاعدة القانونية ومدى كونها قاعدة ذات تطبيق ضروري أم لا وذلك لتعدد معايير تحديدها، مما يسهل على القاضي الوطني أو المحكم الدولي تطبيقها وعدم الدخول في مسالة تعارض الأحكام ومخالفة قواعد النظام العام.

٢- نوصى بضرورة تكثيف التعاون الدولي والحث على إبرام اتفاقيات دولية يكون هدفها تحليل وتجميع لكافة القواعد الموضوعية أو المادية أيا كان مصدرها، وبحث كيفية تناولها الفصل في المنازعات الخاصة الدولية وأيضا المسائل التي تناولتها والتي أغفلتها وذلك من أجل وضع قواعد موضوعية إلى حد ما موحدة يطبقها القاضي الوطني أو المُحكم التجاري الدولي مباشرة دون اللجوء إلى منهج قاعدة الإسناد.

٣- ضرورة عقد الكثير من المؤتمرات والندوات لكل من القضاة والمحكمين والمهتمين بدراسة القانون، يكون الغرض منها تبادل الخبرات القانونية وبيان

كيفية تناول التشريعات المختلفة المناهج المباشرة للقواعد الموضوعية أو المادية، وأيضا للقواعد ذات التطبيق الضروري، وبيان كافة الاتفاقيات الدولية المنظمة والموحدة للقواعد الموضوعية، للاستفادة منها حتى يستطيع القضاة والمحكمين تحديد معايير التفرقة بين القواعد لكى يسهل عليهم تطبيقها في العلاقات الدولية الخاصة.

٤- ضرورة العمل على تبنى فكرة النظام العام العابر للدول من أجل التغلب على القواعد ذات التطبيق الضروري القائمة على معيار النظام العام الداخلي

المراجع[1]

أولا: المراجع العامة

أبو العلا على أبو العلا النمر: مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولي، ١٩٩١م.

أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع " أصولًا ومنهجًا" مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولي، ١٩٩٦م.

ـــــــــــــــ: قانون العقد الدولي(مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠م.

ـــــــــــــــ : القانون الدولي الخاص النوعي" الإلكتروني ــ السياحي ــ البيئي"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

جمال محمود الكردي: القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م

حمزة حداد: قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، الجامعة الأردنية، ١٩٨٠م.

صلاح الدين فوزي: المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

محمد السيد عرفة: المنطق القانوني والبحث العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

(١) يتم ذكر المراجع وفقا للترتيب الأبجدي مع حفظ الألقاب العلمية للمؤلفين

محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.

ـــــــــــــــ : قانون الإدارة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق "دراسة تحليلية وتطبيقية"، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

منى محمود مصطفي، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر، ودور المُحكم فى تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٠م.

ثانيا: المراجع المتخصصة

أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين "دراسة مقارنه"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩م،

أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.

ـــــــــــــــ **:** القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقيه، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

أسامه أحمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المُحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للطباعة، عمان، ٢٠٠٨م.

خليل إبراهيم خليل: تكامل مناهج تنازع القوانين " دراسة تحليلية مقارنة "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥م.

سامي عبد الله: الاتجاه الحديث نحو خلق تنظيم موضوعي ينطبق مباشرة على العقد الدولي الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦ م.

عنايات عبد الحميد ثابت: إطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.

محمد إبراهيم علي: القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

محسن شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.

محمد السيد عرفة، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م.

محمد عبد الله المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي " دراسة تأصيلية "، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.

نادر محمد محمد إبراهيم: مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادية الدولي، منشأة الإسكندرية، ط٢، ٢٠٠٠م.

هشام على صادق: القانون الواجب على عقود التجارية الدولية، دراسة تحليلية ومقارنه للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون مع إشارة خاصة لموقف المشرع المصري سواء في التقنين المدني أو قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة

١٩٩٤م في ضوء التطورات المعاصرة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

ثالثا: الرسائل العلمية

١ـ رسائل الماجستير

أحمد مهدى صالح: القواعد المادية في العقود الدولية، "دراسة مقارنه " رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه بغداد، العراق، ٢٠٠٤م.

سعيدة حمومة، أعمر حميطوش: القيود الواردة على حرية الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ٢٠١٤ ـ٢٠١٥م.

٢ـ رسائل الدكتوراه

أشرف شوقي مسيحة: القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٨م.

سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م.

سمير خليفي: القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزى وزو، الجزائر، ٢٠١٨.

محمد بلاق: حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبى بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٥ـ٢٠١٦م.

محمد طارق : منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة دكتورة، كلية الحقوق، جامعة فاس، المغرب، سنة٢٠١١ ـ٢٠١٢م٠

رابعا: الأبحاث والمقالات العلمية

أبو العلا النمر: نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جماعة عين شمس، عدد٢، ٢٠٠٢م.

أحمد عبد الكريم سلامة : القواعد ذات التطبيق الضروري فى القانون الدولي الخاص، بحث منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، مج٤٠، ١٩٨٤م

أحمد قسمت الجداوي: نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري، ومنهجية تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المجلد ٢٤، العدد١،٢، ١٩٨٢م.

أحمد محمد أمين الهواري: عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطه دبى، الإمارات،المجلد٢٠،ع٢٠١٢.

السالك كروم، حدود إعمال المُحكم لقواعد النظام العام كمظهر من مظاهر الاستقلالية، بحث منشور فى المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، المغرب، ع٢، ٢٠١٦م.

جورج حزبون حزبون: قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث والموضوعي، مجلة الحقوق، الكويت، مجلد ٢٦، عدد ٢، ٢٠٠٢م

صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة ذي قار العلمية ، مج ١٠، عدد٣ـ ٢٠١٥م.

عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: تنازع المناهج في قوانين البوليس" قوانين الضبط"، بحث منشور في المجلة القانونية بكلية الحقوق، جامعة الخرطوم، مج ١٥، عدد٧، ٢٠٢٣،

علاء حسين على شبع: مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري فى عقود التجارة الدولية " دراسة مقارنة"، بحث منشور فى مجلة آداب ذى قار، كلية الآداب، جامعة ذي قار، العراق، ع ٢١، ٢٠١٧م.

على الهادي الأسود: العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري(قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد فى القانون الدولي الخاص، بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ع٧، ٢٠١٥م،

عنايات عبد الحميد ثابت: ذاتية أو عدم ذاتية (قواعد تأمين المجتمع)، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد٤٨، سنة ١٩٩٢م٠

عيد عبد الحفيظ، حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين، بحث منشور في المجلة الأكاديمية، الجزائر، مج١٠، عدد٣، ٢٠١٩.

فيلالي فؤاد: فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية من طرف المحكم الدولي وأسسها، بحث منشور في المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، المغرب، العدد٤، ٢٠١٣م.

محمد طارق : القانون الخاص الدولي بين التشكيك والمصداقية، بحث منشور في مجلة القانون المغربي، عدد٢٣، ٢٠١٤.

مصطفى محمد مصطفي الباز: منهج قواعد التنازع فى فض المنازعات الدولية الخاصة "دراسة انتقادية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مجلد ٥٠، عدد١، ٢٠٠٨م

منير عبد المجيد: وسيلة تحديد قوانين البوليس ذات التطبيق الفوري الأجنبية، بحث منشور مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، ع٤، ٢٠٠٠م.

هادى سليم: التحكيم والقواعد الآمرة، بحث منشور فى مجلة التحكيم العالمية، لبنان، ع١١، ٢٠١١م٠

خامسا: المراجع الأجنبية

١ــ المراجع الإنجليزية

Adeleng chong, the public policy and mandatory rules of third countries in International contracts, Singapore school of law Rev. 2006.

Andrew Barraclough, Jeff waincymer, Mandatory rules of law in International commercial arbitration, Melbourne Journal of International law, 2005, vol 6.

Avasilencei (C), La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain : une nouvelle forme en attente d'un contentieux, Rev. Crit. DIP 2012.

Eyal zamir, A theory of mandatory rules typology, policy and design, Texas law Rev 2019, vol 99.

Francq(S), Règlement Rome I : obligations contractuelles – Mars 2013 (actualisation : Juin 2016), Dalloz,.

Gerhard wagner, Mandatory contract law: functions and principles in light of proposal for a directive on consumer rights, research gate. Net 2020, viewed on 19/3/2024.

Sixto sanchez Lorenzo, choice of law and overriding rules in International contracts after Rome I, yearbook of private International, 2010 vol 12.

Thomas G. Guedi, The theory of Lois de police, a functional trend in continental private International law, comparative analysis, with modem American theories, Americ Journ, comparative law 1999.

Jacop Dolinger, Application, proof and International of foreign law, a comparative study in private International law, Arizon Journal of International and comparative law 2019.

Kerstin Ann – susann Schafer, Application of mandatory rules in the private international law of contracts, thesis, university of cap town, 2020.

Moreau(B) &Glucksmann(É) &Feng(P) ,Arbitrage international, Juin 2016 (actualization : Août 2017), Dalloz.

٢- المراجع الفرنسية

Benmbark- lesaffer Renza, les réglés matérielles de droit International privé, these, paris II, 2017.

Benjamin sengel, les lois se police en matière contractuelle, master, universite Grenoble 2017.

Christopher straglini, lois de police et justice Internationale, Dalloz 2001

David Dreyfus (J), L'« élément exorbitant », critère de qualification des contrats entre personnes publiques, AJDA 2003.

Dedeurwaerder (E. F), Les clauses attributives de juridiction dans les relations commerciales établies, RTD com. 2018.

Gérard (F), Le Rôle de la Règlement des Règle de Conflit dans Rapports Internationaux, Paris, 1971

Hascher (D), Arbitrage du commerce international, Janvier 2005 (actualisation : Février 2018), Dalloz.

Horatio Muir watt, perspectivisme et ajustement, in discourse sur les méthodes du droit international privé, des formes juridiques de l'unilatéralité èd LGDJ, 2020.

Jean Babiste Racine, Droit économique et lois de police, Rev. International de droit économique, 2010, t. 24, no 1,

Kerstin Ann- susann shafer, Application of mandatory rules in the private International law of contracts, thesis, university of cop town, 2020.

leg aus, le sort de la théorisé des clauses spéciales d, application de lois de police en droit des contrats, Rev Dalloz, 2006.

Lagarde (P), Droit du commerce international, Rev. crit. DIP 2006.

Mayer(P), la protection de la partie faible en droit international privé, in la protection de la partie fuible dans les rapports contractuelles, paris, èd. LGDJ, 1996.

MAYER (P), Lois de police, Décembre 1998 (actualisation : Mars 2009) Dalloz. **Mayer (P) & Fouchard (P) & Gaillard (E) & Goldman (B),** Traité de l'arbitrage commercial international. Rev. crit. DIP 1996

M. N. Jobard Bachellier, ordre public en droit International privè, Juris classeur 2008.

Peruzzetto(S), Distribution, Décembre 1999 (actualisation : Octobre 2010), Dalloz.

p. kinsch. L, autolimitation implicite des norms de droit International privè, Rev. critiq. D.I.P. 2003.

sabine cornloup, l, application de lois étrangère Rev. I. de droit comparé, 2014.

pascal varilles sommière, lois de police et politiques législatives, Rev. critiq DIP, 2011, no 2.

Sommières (P), Lois de police et politiques législatives, Rev. Crit. DIP 2011.

Vareilles-Sommières (P), Lois de police et politiques législatives, Rev. crit. DIP 2011.