

القانون التجاري الدولي حقيقة أم خيال؟ International Trade Law: Fact or Fiction?

*ط.د. جارونعيمة

جامعة محمد لمين دباغين سطيف - 2

djarounaima15@gmail.com

تاريخ النشر: 2022/10/13	تاريخ القبول: 2022/08/29	تاريخ الارسال: 2020/09/21
-------------------------	--------------------------	---------------------------

ملخص :

مع أن هناك أسبابا موضوعية تدعو إلى تحرير المعاملات التجارية الدولية من سلطان القوانين الداخلية، وضرورة إخضاعها للقانون عبر الدولي؛ إلا أن جانبا من الفقه ما زال ينكر على القانون التجاري الدولي الصفة القانونية.

يعد القانون التجاري الدولي حقيقة واقعية، وذلك لتوافره على العناصر الضرورية لقيام أي نظام قانوني معين، إلا أنه لا يزال في طور التكوين وفي بداياته، يشوبه بعض النقص والقصور الذي يمكن تكملته بموجب القوانين الوطنية من خلال منهج التنازع، وهو ما يبرز بوضوح العلاقة التكاملية بين كل من القانون التجاري الدولي، ومنهج التنازع. الكلمات المفتاحية: القانون التجاري الدولي، التحكيم التجاري الدولي، المحكم، التجارة الدولية، القانون الوطني.

Abstract:

On the one hand, several doctrines still deny the legal character of international trade law, although there is a need for international commercial transactions' liberalization from the domestic law enforcement and subject them to international law.

*المؤلف المرسل: جارونعيمة

On the other hand, international trade law is a fact for having the essential elements for a particular legal system establishment. However, international trade law is still evolving and marked by some shortcomings and deficiencies.

The latter can be enhanced by national laws through the contest approach. This clearly highlights the complementary relationship between international trade law and the approach of contest.

Keywords; International Trade Law, International Commercial Arbitration, Adjudicator, International Trade, National Law.

مقدمة:

في عالم تتزايد فيه المعاملات وتبادل السلع والخدمات، ومن أجل إشباع حاجيات الدول بمُختلف مراكزها الاقتصادية، وتدفق رؤوس الأموال بغية الاستثمار في مختلف المجالات في أنحاء العالم؛ توجَّب على المتدخلين في هذا المجال البحث عن الإطار القانوني السليم الذي يمارس فيه هذا النشاط، إضافة إلى تجهيز الأطراف المهتمة بمعالجة الوضع التجاري؛ بمنظومة من القواعد الكافية، لجريهم إلى بناء عقود مقبولة، وحل نزاعاتها بعيدا عن كل ما يعرقل تنفيذها، وفهم الأعمال التجارية وفهم الأشخاص الذين يمارسونها، وتنظيم الإدارة التجارية الدولية بين الدول، إذ بدأت المعاملات التجارية الدولية بالابتعاد التدريجي عن الخضوع للقوانين الوطنية للدول ذات العلاقة التعاقدية؛ لصالح قواعد ذات طابع مهني أو قواعد عرفية تحكمها، ولتنظيم قواعد التجارة عبر المجتمعات البشرية اعتمد الإنسان اعتمادا كلياً على العادات والأعراف التجارية للأقاليم التجارية، كما استحدثت فئات التجار في كل إقليم ومنطقة تجارية؛ مجالس واتحادات تجارة مركزية، تُعنى بتنظيم قطاع التجارة في تلك الأقاليم، وتطورت الأعراف والعادات لتواكب متطلبات واحتياجات التطور التجاري على المستوى الدولي، إلا أنه سرعان ما أدرك الإنسان صعوبة الاعتماد على الأعراف التجارية الدولية في تنمية حركة التجارة عبر الدول لعدة أسباب، تتمثل في صعوبة الإحاطة بهذه الأعراف وتباينها بنحو واضح من مكان لآخر، ومن قطاع لآخر داخل الإقليم الجغرافي الواحد، وأدرك المجتمع التجاري الدولي أهمية إيجاد تنظيم

قانوني دولي، على غرار التنظيم القانوني الداخلي لينظم ويحكم العمل التجاري عبر الأقاليم والدول، يطلق عليه "القانون التجاري الدولي".

ومع ذبوع النشاط التجاري بين الدول؛ إلا أن مفهوم القانون التجاري الدولي ما زال محل بحث ومناقشات، لتحديد معناه وماهيته، فحتى الآن لا يوجد تعريف موحد لهذا القانون¹، فكل محاولات تعريفه مجرد محاولات فقهية لا يمكن وصف أحدها بأنه الأحسن، كما أن الخلاف لم يقتصر على التعريف فقط؛ بل امتد إلى التشكيك في وجود مثل هذا القانون، إذ إن بعضهم قد شبهه بحرب الخنادق، وامتد الخلاف كذلك إلى مصادر هذا القانون، فلا يوجد اتفاق موحد على مصادره.

وعلى أن هناك أسبابا موضوعية تدعو إلى تحرير المعاملات التجارية الدولية من سلطان القوانين الداخلية، وضرورة إخضاعها للقانون العابر للدول؛ إلا أن جانباً من الفقه ظلّ ينكر عليها الطبيعة القاعدية، وخاصة الإلزام الذاتي والاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية، وعن نظام القانون الدولي العام.

إشكالية البحث: انطلاقاً مما سبق؛ يثور التساؤل عن مدى تشكيل القانون التجاري الدولي لنظام قانوني متكامل، قادر على أن يحكم المعاملات التي تجري في مجتمع التجار العابر للحدود، دون الحاجة إلى الاستعانة بالقوانين الوطنية، خاصة أمام قضاء التحكيم الذي يرى بأن هذا القانون هو الأكثر استجابة لمتطلبات التجارة الدولية، مقارنة بالقوانين الداخلية التي وضعت خصيصاً لحل المنازعات التجارية الداخلية، وليس الدولية.

منهجية البحث: للإجابة على هذه الإشكالية ومختلف التساؤلات الفرعية التي تندرج ضمنها؛ اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال بيان أهم الآراء الفقهية التي تتناول هذا القانون بالدراسة والتحليل، إضافة إلى تحليل مختلف القرارات الصادرة في هذا الشأن.

وللإجابة على هذه الإشكالية؛ ارتأينا اتباع الخطة التالية:

المبحث الأول: الاتجاه المُنكر لصفة النظام القانوني للقانون التجاري الدولي

المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لصفة النظام القانوني للقانون التجاري الدولي

المبحث الثالث: مدى كفاية قواعد القانون التجاري الدولي لحكم المعاملات التجارية

الدولية

المبحث الأول: الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني للقانون التجاري الدولي

ينكر بعضهم على القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي؛ قدرتها على تكوين نظام قانوني متكامل²، ويرى أن القانون التجاري الدولي قانون غير مستقل عن الأنظمة القانونية الأخرى، وقواعده إذن لا تشكل نظاما قانونيا، تبعا لمفهومه المعروف في النظرية الوضعية الاجتماعية للفقيه الإيطالي: Santi Roman، الذي يرى أن كل نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية، وعلى سلطة مؤثرة داخله، ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا الكيان، فالنظام القانوني عند الفقيه الإيطالي ليس مجموعة من القواعد القانونية فحسب؛ بل لا بد من وجود عنصرين آخرين هما: المجتمع المنظم والمتماسك، والسلطة التي تكفل حفظ ذلك النظام، والقول بوجود هذا الأخير دون توافر هذين العنصرين؛ هو قول يفتقر للصواب ويتعارض مع المنطق القانوني³.

في حين أن قواعد القانون التجاري الدولي هي قواعد سلوك محددة في مضمونها، ولا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعد ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، بالإضافة إلى أن قواعد هذا القانون لا تتضمن الجزاء الذي يكفل احترامها، فضلا عن عدم وجود سلطة تفرض هذا الجزاء⁴.

المطلب الأول: الركن القاعدي

انطلاقا من مفهوم النظام القانوني؛ توصل هذا الاتجاه إلى نفي هذه الصفة عن القانون التجاري الدولي لأسباب عديدة، منها ما يتعلق بافتقارها لعنصر العمومية والتجريد، وأخرى تتعلق بعنصر الجزاء، وهو ما يطلق عليه الركن القاعدي للقانون التجاري الدولي

أولا: صفة العمومية والتجريد

من خصائص القاعدة القانونية أنها عامة ومجردة، ذلك أنها لا تخص شخصا معينا بذاته، أو واقعة محددة بذاتها، وإنما تستدعي مجموعة من الشروط يؤدي توافرها في شخص محدد، أو واقعة معينة؛ إلى خضوعه لهذه القاعدة.

وبما أن القانون التجاري الدولي جاءت قواعده في الأصل لخدمة وتغليب مصالح الدول المتقدمة، ومشروعاتها على حساب الطرف الضعيف اقتصاديا في العلاقات التجارية الدولية؛ فهذا يعني أن هذه القواعد غير سابقة للخلق ولم تأت بصورة مجردة، وإنما جاءت لصنع عدالة

عرجاء ومشوهة تحابي أحد أطراف العلاقة العَقْدية، وهو ليس أي طرف وإنما هو الطرف القوي اقتصاديا، هذا الأخير هو من يصنع القواعد ويملي لتطبيقها، ومنها يتكون قانونه.⁵ وبهذه المثابة فإن فكرة القانون التجاري هي في الحقيقة فكرة هلامية، تمنح المحكم الدولي فرصة إصدار قرار تحكُّمي وليس تحكيميا، فهذه القواعد ليست إلا أداة لتغليب مصلحة الطرف القوي على الطرف الضعيف، وبصرف النظر عن مدى استجابتها لمقتضيات التعامل التجاري الدولي.⁶

يؤكد أنصار هذا الاتجاه عدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار المهنيين والفنيين في الوسط التجاري؛ قد أسفر عن وجود عادات خاصة بكل طائفة تعبر عن مصالحها المتعارضة⁷، حيث تتميز هذه العادات بطابعها الفني المتخصص أكثر من اتسامها بالطابع القانوني⁸، كما أن اختلاف هذه العادات من عقد لآخر حسب طبيعة العقد، وكذا اختلافها من مهنة لأخرى، أو حرفة لأخرى؛ يفقدها صفة العموم والتجريد، ويجردها إذن من الطابع القانوني.⁹ و يرى جانب من الشُّراح أن العادات التجارية والمهنية، التي يطبقها المحكمون في المنازعات الدولية؛ لا تعدو أن تكون مجرد عادات اتفاقية ذات أصل تعاقدية، وهي لا تلزم المتعاقدين على هذا النحو إلا بوصفها شروطا تعاقدية تضمَّنهما العقد، وهو ما ينفي عنها صفة العموم والتجريد التي تتمتع بها قواعد القانون.¹⁰

كما يؤكد أصحاب هذا الرأي أن تكرار الأخذ بهذه الشروط التعاقدية لا يؤدي إلى منحها صفة العموم، التي تتمتع بها القواعد العرفية، نظرا لاختلاف الصيغ المستخدمة في هذا الشأن بحسب نوع العقد الذي أدرجت به، على نحو يصعب معه القول بتحول هذه الشروط إلى قواعد عامة.¹¹

بل حتى ولو استقر العمل على الأخذ بشرط موحد؛ فإن تكرار العمل بمقتضاه قد لا يرقى به مع ذلك إلى مصاف قواعد القانون التجاري، فشروط الثبات الزمني للقانون المختار والمدرجة في عقود الاستثمار مع الدول الإفريقية في الستينات، والذي ظن بعضهم أنها قد غدت قاعدة من القواعد العرفية الدولية¹²؛ قد لاقت اعتراض هذه الدول ذاتها في مرحلة لاحقة، بحيث يصعب القول بتحولها من مجرد شروط عَقدية؛ إلى قواعد عرفية مستقرة من قواعد القانون التجاري. وهكذا يرى هذا الاتجاه أن القواعد التي يُعَدُّها بعضهم قواعد قانونية؛ بأنها ليست كذلك، لأنها وبكل بساطة قواعد ذات منهج متجدد، تخلق من أجل الانطباق على شخص معين أو واقعة

معينة بذاتها، فهي لا تعدو أن تكون سوى حلول ذاتية، ولم تأت لمواجهة حالات غير متناهية كما هو معروف فيما يخص القواعد القانونية، وهذا ما ينفي عن قواعد ذلك القانون صفة التجريد، وبالنتيجة: صفة العموم¹³.

ثانيا: عنصر الجزاء

إن البحث في مدى القوة الملزمة للأحكام الموضوعية، التي يتكون من مجموعها ما يسمى بالقانون التجاري؛ يعد من الموضوعات الدقيقة التي شغلت اهتمام فقه القانون الدولي الخاص المعاصر¹⁴.

إن النظام القانوني لا يُتصوّر وجوده بغير القواعد الآمرة، فهذه القواعد هي التي تنظم المجتمع، وتحدد تصرفات أعضائه، ولذلك فإن هذه القواعد تعد جوهر التنظيم في المجتمع، وبناء عليه فإن الحدود التي يستطيع فيها مجتمع التجار سن القواعد الآمرة هي الحدود التي يمكن أن يشكل فيها هذا المجتمع نظاما قانونيا، أما قواعد هذا القانون والتي تتكون من العقود النموذجية، والعادات المقننة، والشروط العامة؛ فإنها لا تعد قواعد أمرة، بل هي في أفضل الأحوال تعد قواعد مفسرة أو مكملة¹⁵، فالحقيقة التي يعترف بها الجميع ولا ينكرها أحد؛ هي أن قواعد هذا القانون قواعد مكملة لا تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا، بحيث تُطبّق بارادة الأطراف، وفي إطار مجتمع التجار ورجال الأعمال، كالعقود النموذجية والشروط العامة، وعليه فلا وجود لقواعد أمرة خاصة بالتجارة الدولية في ظل مجتمع متنافر ومتنافس، ينقصه التنظيم الحقيقي الذي يعطيه الوحدة¹⁶.

وعلى هذا النحو تعد العقود النمطية، والشروط العامة وسائر العادات التجارية؛ مجرد اقتراحات أو صيغ قانونية معروضة على رجال التجارة الدولية، الذين لهم حرية قبولها أو رفضها، وهي لا تلزمهم ما لم يتفق هؤلاء على اتباعها، وحتى في هذه الحالة فإن مصدر إلزام العادات التجارية يرجع لكونها قد أضحت جزءا من العقد، وتتمتع كسائر بنوده بقوة ملزمة، أي أن قوتها الملزمة لا تتأتى من ذاتها وإنما من العقد¹⁷.

إضافة إلى هذا؛ فلا بد للنظام القانوني أن تقترن قواعده بجزاء يكفل لها احترامها وبقائها، وقواعد القانون التجاري الدولي ليست مصحوبة بأي جزاءات، وذلك أمر طبيعي بالنظر لكونها مجرد قواعد مكملة، فالجزاء يتقرر لمخالفة القاعدة الآمرة، ولا يوجد جزاء للقاعدة المعدة لتكملة النقص في الشروط التعاقدية، أما الجزاءات التي يتكلم عنها المدافعون عن القانون

التجاري الدولي؛ فهي جزاءات يجري أعمالها ضد المتعاملين الرافضين لتنفيذ حكم التحكيم، وعليه تكون القاعدة الآمرة الوحيدة هي احترام حكم المحكمين، بيد أن وجود قاعدة أمرة واحدة مصحوبة بجزاءات مهنية خاصة؛ لا يكفي لتكوين نظام قانوني¹⁸.

إذ يلاحظ الفقه المناهض للقانون التجاري الدولي؛ تخلف عنصر الجزاء اللازم لقيام القاعدة القانونية، وهو عنصر يحتاج لوجوده وتقديره إلى السلطة العامة، ولا يقصد من تعبير السلطة جعلها المصدر الوحيد للقانون، إذ لا تلازم بين وجود القانون والسلطة، كما لا يقصد بها الشكل التقليدي الذي ترسخ في الأذهان عن الدولة أو البناء الإداري لأجهزتها، وإنما يقصد بها -في نطاق النظام القانوني- وجود آلية مهما كانت بدائية لتنفيذ القانون والرقابة، والضمان والعقوبات، وإلا كان ذلك إنكاراً لقانونية القواعد التي تنشأ على هامش قانون الدولة كالقواعد العرفية¹⁹.

وعلى هذا النحو؛ يخالف هذا الفقه الحديث المفهوم التقليدي الذي يربط بين الدولة والقانون، ولا يتصور وجود هذا الأخير إلا في إطار المجتمعات الداخلية للدول المختلفة، حيث يكفي في نظر هذا الفقه لتكوين القاعدة القانونية أن تنتمي إلى مجتمع منظم، حتى ولو لم يكن مجتمعاً داخلياً لدولة معينة، على أساس أن صناعة القانون لم تعد حكراً على الدولة²⁰.

المطلب الثاني: الركن المؤسسي

يؤكد الفقه المناهض لنظرية القانون التجاري الدولي؛ على تخلف الركن الثاني الواجب توافره للقول بوجود نظام قانوني، والمتمثل في الركن المؤسسي أو العضوي، على أساس أن هذا الأخير لا يتوافر إلا حيث نكون أمام جماعة متماسكة منسجمة ومنظمة بنحو كافٍ، وهو فرض يغيب في واقع ما يسمى بمجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود²¹.

إذ إن القول بوجود نظام قانوني يفترض وجود مجتمع منظم بالقدر الكافي من الوحدة، والتماسك والتضامن بين أعضائه، ومن الصعوبة إمكان القول بتوافر عنصر التنظيم في مجتمع التجار، فهذا المجتمع يفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانوني، ويكشف الواقع العملي عن وجود العديد من التنظيمات الصغيرة في مجال التجارة الدولية، ويرجع افتقاد مجتمع التجار للتماسك والتضامن بين أعضائه، وانعدام التجانس بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية؛ ليس فقط إلى الاختلاف والتنازع في المصالح والأهداف بين التجمعات المهنية المتعددة؛ بل أيضاً إلى الاختلاف والتنازع في المصالح والأهداف بين الدول، فالوسط الذي تنمو فيه التجارة

الدولية يعد متسعا ومتنوعا بحيث يكون من المشكوك فيه أن يستطيع هذا الوسط تشكيل إطار لمجتمع أو لجماعة تحوز الحد الأدنى من التنظيم، على غرار النماذج الأخرى للأنظمة القانونية²².

كما يضيف بعضهم القول بأنه إذا كان مجتمع البائعين والمشتريين قد اتسم في الماضي بكونه مجتمعا صغيرا ومتجانسا، يضم عددا غير كبير من التجار؛ فإن اتساع نطاق التجارة والمعاملات الاقتصادية في العصر الحديث قد أدى إلى زيادة هائلة في عدد الممارسين لهذا النشاط، والمنتمين إلى دول متعددة تتباين أنظمتها القانونية، مما جعل من العسير استخلاص مبادئ مشتركة يمكن لها أن تحكم العلاقات المتنوعة القائمة بين أعضاء هذا المجتمع الدولي، الذي فقد على هذا النحو طابعه المتجانس بعد أن كان يتمتع به في البداية²³.

إن الواقع الحالي للعلاقات التي تجري بين رجال الأعمال الدوليين؛ ينبئ بلا شك عن وجود تعددية كبيرة في الأوساط التجارية لمجتمعهم، وهي تعددية تقوم على التنافس الشديد بين أعضائه نتيجة اختلاف مصالحهم، حيث يؤكد الفقيه Lagarde على أن الوسط الاجتماعي الذي تتطور فيه التجارة الدولية متسع جدا، ومنقسم بصورة تدعو إلى التشكيك في قدرة هذا الوسط على تكوين إطار لرابطة، لها حد أدنى من التنظيم²⁴، بالإضافة إلى انعدام التوازن أو على الأقل اختلاله بين هؤلاء، وهو ما يؤدي في النهاية إلى صياغة قواعد بمعرفة المشروعات الكبرى، أو المنظمات المهنية التي تهمين عليها هذه المشروعات²⁵، وهو ما جاء على لسان الفقيه Goldman حينما صرح أن الخبرة الواقعية للتجارة تظهر بوضوح في خضوع المشروعات الصغيرة للقواعد التي تقررها المشروعات العملاقة، ومن جهة أخرى فإن غالبية المشروعات لو أرادت المشاركة في الحياة التجارية الدولية؛ لكان عليها تبني العقود النموذجية الصادرة عن المشروعات أو المنظمات الأكثر قوة في فرعها التجاري²⁶، فضلا عن أن الحلول التي تُستقى من قواعد هذا القانون تترجم بعمق موازين القوى المختلفة من الناحية الواقعية بين أطراف هذه العقود، وأن هذه القواعد تؤدي في حالات ليست بالقليلة إلى اختلال التوازن في العقود الدولية التي تنطبق عليها، لأنها تعكس فقط مصالح الأفراد الذين يهيمنون على وضعها وابتداعها²⁷.

إن كان هذا هو الحال فيما يخص المجتمع التجاري العادي؛ فإن الأمر لا يختلف عنه فيما يتعلق بمجتمع التجارة الإلكترونية، إذ يرى أنصار نفي صفة النظام القانوني عن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني للأنترنت؛ أنه لا يمكن الجزم بوجود مجتمع متناسق ومنسجم لكل

المتعاملين مع شبكة الأنترنت، قادر في حد ذاته على خلق قواعد سلوكية ملزمة لهم، بل هو مجتمع تتعارض مصالح أشخاصه من ناحية؛ ومن ناحية أخرى فإن الدول غير متعاونة في هذا الشأن، إذن هو يتكون من مجموعة لا يسودها الانسجام الذي يولد قواعد سلوك ملزمة²⁸، كما لا يمكن الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول، فالمتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية هم أشخاص حقيقيون من لحم وعظم ودم، لهم مواطن حقيقية، ويدفعون التزاماتهم المالية من خلال حسابات حقيقية لدى مصارف لها أماكن معروفة، كما أن الوسائل الفنية المستخدمة في الاتصال تتمركز في أقاليم دول محددة، وعليه فمن الممكن أن تخضع العقود المبرمة من خلال تلك الوسائل؛ لقوانين تلك الدول، حسب ما تحدده قواعد تنازع القوانين، فإذا كانت شبكة الأنترنت هي إحدى مظاهر العولمة التي تعمل على إلغاء الحدود بين جميع الدول، لخلق قرية كونية صغيرة؛ فإن ذلك لا يعني تراجع القوانين الوطنية الناتجة عن أعمال منهج تنازع القوانين، أو أنها أصبحت غير قادرة على تنظيم مشكلات العالم الافتراضي²⁹.

ومما لا شك؛ فيه أن الانقسام القائم على مستوى تجمعات رجال الأعمال، من شأنه التأثير أيضا على المؤسسات التي من المفروض أن تتولى تحقيق التنظيم والانسجام داخل ذلك المجتمع، ولا شك أن مؤسسة قضاء التحكيم ستكون هي أول من تأثر ويتأثر بهذا الانقسام وغياب ذلك الانسجام³⁰.

فقد توصل مناصرو نظرية القانون التجاري الدولي؛ إلى أن غياب الوحدة والانسجام في مؤسسات التحكيم يبدو محسوسا على مستوى مجموع القرارات الصادرة عن المحكمين الدوليين، ما دام أن كل قرار يصدر دون الأخذ بعين الاعتبار الأحكام الأخرى الصادرة عن المؤسسة نفسها أو مؤسسات تحكيم أخرى، وحتى على مستوى مؤسسة التحكيم الواحدة يلاحظ الفقه تعدد الاتجاهات والرؤى؛ على نحو يجعل من هذه المؤسسة تطبق حلولاً مختلفة في مسائل متشابهة، وهذا ما يبدو واضحا في نموذج التحكيم المؤسسي، والمتمثل في تحكيم غرفة التجارة الدولية، إذ لا تملك هذه الأخيرة قائمة معينة ومحددة للمحكمين، وعمل المحكمة في اختيارهم مرتبط بتفويض خاص من الأطراف، أو عند تقصيرهم في الاختيار في المواعيد المقررة، ومن ثمة فإنه من الصعب القول بوجود استمرارية في مواقف هؤلاء المحكمين، مما يعني غياب اتجاهات محددة وموحدة لدى قضاء هذه الهيئة، وفيما يتعلق بجهات التحكيم المختلفة على المستوى الدولي، وعن العلاقة فيما بينها؛ يلاحظ بأن هذه المؤسسات قد نشأت في أوساط قانونية

مختلفة، ومما لا شك فيه أن كل مؤسسة من هذه المؤسسات إنما تعدُّ نفسها ممثلاً للأجهزة العضوية لنظام قانوني وحيد له صفة العموم، هو مجتمع رجال الأعمال العابر للحدود، وهو ما يجعلنا أمام أنظمة قانونية عبر دولية متعددة بتلك المؤسسات، في حين أن الحديث عن قواعد معيارية يحتاج بالدرجة الأولى إلى تنظيم واحد، وليس أمام سلسلة من التنظيمات المحلية والإقليمية المتعارضة والمتنافسة³¹.

وبما أن قضاء التحكيم هو قضاء غير منسجم، يفتقد لوحدة التوجهات؛ فمن الطبيعي أن تكون القواعد الصادرة عنه مختلفة، ومفتقدة للتماسك والوحدة المفترضة في القواعد المعيارية، كما أن عدم وجود محكمة عليا للتحكيم التجاري الدولي؛ سيؤكد النتيجة السابقة نفسها، أي تكريس انعدام الوحدة في قرارات التحكيم، وعليه استحالة التوصل لبناء نظام قانوني موحد ومنسجم³².

إضافة لما سبق؛ فقد وجه الفقه العديد من الانتقادات إلى تطبيق قانون عبر دولي على موضوع النزاع، تمثلت فيما يلي³³:

1- أنه قانون يعتريه الكثير من الغموض والنقص، وأنه نظام غير شامل وغير مدون في نصوص يعلمها الكافة، كما أنه لا يخضع لرقابة قضاء أعلى منه درجة، وعليه يتعذر الإمساك بقواعده وتحديداتها.

2- أن محتوى هذا القانون فضفاض وغير مؤكد، وغامض في تطبيقه وغير محدد في نطاق تطبيقه، ويترتب على ذلك رجوع المحكم الدولي إلى تطبيق نُظُم قانونية أخرى، مما يفتح المجال للنظر الشخصية، وهو قانون مجرد من المحتوى في القانون الوضعي، أيا كانت قيمتها المحتملة.

3- أن تطبيق قانون عبر الدول على موضوع النزاع، دون اتجاه إرادة الأطراف إلى اختياره اتجاه غير سليم، إذ إن قضاء التحكيم قد طُبِّقَ هذا القانون بسبب وجود العقد في فراغ قانوني، أما في حالة اتجاه إرادة الأطراف لاختيار قانون معين يحكم العقد؛ فيجب أن تحترم إرادتهم بتطبيق هذا القانون دون غيره، بما في ذلك قانون عبر الدول، حتى ولو كان إعمال هذا القانون بقصد تكملة قانون الأطراف أو تفسيره.

4- أن تطبيق هذا القانون على عقود الدولة ذات الطابع الدولي؛ أمر منتقد، ذلك أن هذا القانون يطبق على العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة، وتخرج عقود الدولة ذات الطابع الدولي من نطاق تطبيقه، بوصفها سلطة عامة كما هو شأن عقود التنمية واستغلال الثروات الطبيعية، فهذا القانون قد نشأ ليحكم المعاملات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصين، وهو ما يمكن أن يمتد تطبيقه إلى العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها شخصاً عادياً، أما تلك العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها كذلك، وحيث يتعلق ذلك بعمليات إنتاجية طويلة المدى، تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للدول النامية؛ فإنه يصعب التسليم بانطباق قانون عبر الدول على هذه العلاقات، التي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية³⁴.

وفي هذا الصدد؛ يضيف الدكتور محمد عبد العزيز علي بكر: "لا نرى مانعاً من تطبيق قانون التجار على عقود الدولة، ولكن في حالة الاختيار الصريح أو الضمني فقط، من قبل أطراف العلاقة التعاقدية، أما في حالة انعدام الاختيار فيمكن اللجوء إلى فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، ولا نقر تطبيقه على كافة عقود الدولة بصفة مطلقة، وإنما في الحالات السابقة فقط، وعادة ما يكون ذلك فقط في الحالات التي تتعاقد فيها الدولة كالأشخاص الخاصة³⁵.

5- أن قانون عبر الدول لا يعدو أن يكون سوى خرافة يعمل على فرضها الطرف القوي، في نطاق روابط التجارة الدولية على الأطراف الضعفاء، الذين لا يملكون إلا الموافقة على ذلك.

6- أن الفقه الغربي مدفوعاً من قبل أوساط رجال الأعمال؛ يعمل على استبعاد قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، والعمل على استبداله بنظام قانون مشترك في وضعيته، يتكون من المبادئ العامة للقانون تارة؛ ومن القانون المهني تارة أخرى، بل إن بعض الفقهاء لم يُخفِ قناعته بأن اللجوء إلى التحكيم يتجاوز القوانين الوطنية، لكي يتحلل المحكمون الدوليون نهائياً من القواعد الوطنية، ويفصلوا في النزاع وفقاً للعدالة.

- كما أضاف بعضهم انتقادات أخرى تمثلت فيما يلي :³⁶
- 7- إن هذا القانون ليس له مصادر قانونية خاصة به، بل إن مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى، كما أنه لا يشتمل على معيار تتحدد -على أساسه بنحو واضح- القواعد التي يستعيرها من الأنظمة القانونية الأخرى، ولا يحوز كذلك آليات خاصة به لتوقيع الجزاءات، على من يخالف قواعده .
- 8- إن هذا النظام القانوني لا يحقق للأطراف المتعاقدة الأمان القانوني المطلوب، فحتى يتوافر الأمان القانوني؛ يجب أن يتحقق اليقين في القانون، بمعنى أن تكون قواعده القانونية واضحة ومحددة، هذا في حين أن أنصار القانون العابر للدول لم يوضحوا على سبيل التحديد- قواعد هذا القانون، ولم يبينوا طبيعة هذه القواعد، ولا ضابط أعمالها بما يبعد قانون عبر الدول؛ عن دائرة اليقين القانوني .
- 9- وإذا كان جيسوب³⁷ قد حدد ضابط الاختيار، بأن تكون القاعدة أكثر اتساقا مع العقل والعدل؛ فإن التساؤل الذي يثور هو: من أين يستمد القاضي هذه الحرية، و هذه السلطة السيادية؟ وهل يستمد القاضي هذه الحرية في الاختيار طبقاً لمفاهيمه الشخصية للحق والعدل؟
- 10- إضافة لهذا؛ فإن قانون عبر الدول لم يكن محل تطبيق، سواء من المحاكم الدولية أو الوطنية، أو محاكم التحكيم، كما أن مجتمع القانون الدولي في دورة انعقاده بأوسلو عام 1977 قد رفض إدراج قانون عبر الدول؛ ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز للأطراف الاختيار بينها.

والحقيقة الراسخة التي لا يمكن تجاوزها ونفيها؛ هي وجود قواعد وعادات وأعراف للتجارة، سواء في عاداتهم المهنية أو قواعدهم المكتوبة، أو ضمن القانون عبر الدولي، حيث إنه يحكم تلك العقود وجود مجال تطبيقه في أحكام التحكيم الدولية، التي تميل إلى التحرر من هيمنة القوانين الوطنية إلى المجال الرحب لهذه العادات والأعراف، إذ إنَّ القوانين الوطنية في تطبيقها على عقود الدولة ذات الطابع الدولي؛ أصبحت مواقف موروثة، ولم تعد تسير حاجات المعاملات الدولية.

المبحث الثاني: الاتجاه المناصر للقانون التجاري الدولي

يعد هذا الفريق من الفقه هو المؤسس الحقيقي لنظرية قانون التجار، حيث تناول بالشرح والتحليل عادات التجارة الدولية، بوصفها المصدر الأول للقانون التجاري الدولي، موضحاً الأسس القانونية التي تقوم عليها هذه العادات، وتابعه في ذلك العديد من الفقهاء، مدعين لِحُجَجِهِ وبراهينه؛ بالنحو الذي يؤكد أن عادات التجارة الدولية تعد قواعد قانونية³⁸. يرى أنصار هذا الفريق؛ أن القانون التجاري الدولي يمثل نظاماً قانونياً، إذ تتوفر فيه العناصر اللازمة لنشأة النظام القانوني، فمن ناحية أولى فإن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يشكلون مجتمعاً منظماً ومتماسكاً، ومن ناحية ثانية فإن هذا المجتمع تتوفر لديه المؤسسات التي تعمل على احترام وتطبيق قواعده القانونية، ومن هذه المؤسسات هيئات التحكيم حيث يعد التحكيم سلطة قضائية حقيقية، تعمل على غرار السلطة القضائية الدولية، ومن ناحية ثالثة فإن قواعد هذا القانون تقتزن بجزاءات متنوعة، يفرضها عند رفض تنفيذ أحكام التحكيم التي طبقت عادات وأعراف التجارة الدولية، مما حوّل الكثير منها من مجرد عادات اتفاقية، إلى أعراف ملزمة³⁹.

المطلب الأول: الركن القاعدي

على خلاف ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول؛ يرى أنصار هذا الرأي أن قواعد القانون التجاري الدولي تتمتع بخاصية العموم والتجريد، إضافة إلى توافرها على عنصر الجزاء.

أولاً : صفة العموم والتجريد

يفترض في القاعدة القانونية أن تخاطب الأشخاص، دون أن تقصد شخصاً محدداً بعينه، وأن تعالج الوقائع دون أن تُعنى بواقعة معينة بعينها، إلا أنه لا ينبغي فهمُ صِفَةِ العموم للقاعدة على أنه يجب اعتياد جميع الناس على متابعتها، بل يكفي أن تخصص القاعدة في مهنة أو طائفة معينة، أو في نوعٍ يكون محل التعامل⁴⁰، فالقواعد عبر الدولية هي قواعد عامة ومجردة، سواء كان مصدرها الأعراف الدولية، أو المبادئ الدولية، أو قواعد العدالة، وذلك على أساس أنها تستند في وجودها على الممارسات العملية للمتعاملين الدوليين، لذلك فهي تتلاقى مع حاجيات الحياة الاجتماعية في مجتمع رجال الأعمال العابر للحدود، كما أنها جاءت لخدمة مصالح التجارة الدولية بصفة عامة، وبِغَضِّ النظر عن المركز الاقتصادي التي يوجد فيها أعضاؤه⁴¹.

فتواترُ العمل على اتباع العادات التجارية التي نشأت في مجتمع التجار، ورجال الأعمال العابر للحدود، سواء تقنّنت في الشروط العامة للعقود النمطية، أو لم تُقنّن بعد، قد أدى مع مرور الوقت إلى تحويل هذه العادات من مجرد عادات اتفاقية إلى أعراف ملزمة، فأضحت على هذا النحو ذات مضمون عام ومجرد، الأمر الذي يُضفي عليها في النهاية الصفة القانونية⁴²، والتحكيم القائم على أساسها تحكيما بموجب القانون وليس وُدِّيًا⁴³. وهو ما يغني عن خضوع عقود التجارة الدولية لقانون دولة ما، ويفرض على المحكم تطبيق هذا النظام من تلقاء نفسه، تطبيقا مباشرا، ويسري عليه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون⁴⁴.

كما أن اختلاف هذه الأعراف والعادات، سواء باختلاف الأوساط المهنية أو التجارية التي تشكلت في إطارها، أو باختلاف نوع العقود داخل إطار الحرفة أو المهنة الواحدة؛ لا يحد من عموميتها، فهي قواعد عامة ومجردة وإن كانت نوعية، تختلف باختلاف نوع السلعة المتعامل فيها، وباختلاف قواعد هذا التعامل، مما أدى إلى استقرار العمل بها وتطبيقها على نحو مُطّرد، بوصفها قواعد معيارية من خلق جماعات التجار الدولية، فتحوّلت من سوابق قضائية إلى قواعد مجردة، تمنح المحكم سلطة تطبيقها من تلقاء نفسه، متى تهيأت المسألة محل النزاع لهذا التطبيق، ليغدو قراره وفقا لها طليقا إلا من البنية القانونية لتلك العادات⁴⁵، بل إن التعداد الكبير للجماعات التجارية والمهنية الدولية؛ لا يمنع أن هناك حداً أدنى من المصالح المشتركة بين هذه الجماعات، مما يدفع أعضائها إلى التعاون فيما بينهم، بما يكفي للقول بوجود مجتمع مستقل للبائعين والمشتريين عبر الحدود⁴⁶.

ثانيا: عنصر الجزاء

يؤكد أنصار القانون لتجاري الدولي؛ أنه إذا تطلب في كل قاعدة حتى تصبح قانونية؛ أن تكون صادرة عن سلطة؛ فإن هذا سيؤدي إلى إنكار الصفة القانونية للعرف أو القاعدة العرفية بمعنى آخر، إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن السلطة التي تميز النظام القانوني؛ موجودة في مجال التجارة الدولية، وأبدوا اعتراضهم على أن عادات التجارة الدولية ليست صادرة عن سلطة⁴⁷.

ثم كشف هذا الرأي من الفقه عن طبيعة هذه السلطة، وتسائل أصحابه: إذا كان حقا أن العادات التجارية الدولية ليست صادرة عن سلطة؛ فذلك ليس صحيحا، إذ إن هذه السلطة ليست السلطة العامة، فإنه يصبح كافيا أن تكون هذه السلطة هي السلطة المهنية، ويؤكد الفقه على طبيعة هذه السلطة أنها مهنية، حيث يؤكد أنه توجد سلطات طائفية تعمل على تنظيم

المهنة، وتفرض القواعد التي تخلقها على أعضائها، ليس هذا فحسب؛ بل يؤكد الفقه على النشاط التشريعي لهذه السلطة⁴⁸.

فمن ناحية السلطات التي تسهر على وضع قواعد هذا القانون، وتطبيقها وفرض جزاء على من يخالفها، إذ إن مجتمع التجارة الدولية له مؤسساته التي تسهر على العمل على خلق واحترام قواعده، كما أن له قضاءه الخاص الذي يعمل على فرض جزاءات عند مخالفة قواعده، فالتحكيم أصبح بلا شك سلطة قضائية، تساعد على تقوية استقلال المجتمع التجاري الدولي⁴⁹.

أما الجزاء فيؤكد هذا الاتجاه الفقهي؛ بأن قواعد القانون التجاري الدولي تتمتع بالجزاء الذي يُسيغ عليها طابع الإلزام، الذي تتميز به قواعد القانون نتيجة شعور المتعاملين بالزاميتها، وبأن مخالفتهم لها هي مخالفة لما يجب أن يكون عليه الحال في المجتمع الدولي لرجال الأعمال⁵⁰.

فإذا كان الفقه التقليدي، قد رأى أن القاعدة التي لا تقتزن بوسائل القهر العام الذي تباشره الدولة؛ لا تعد قاعدة قانونية، ويستجيب هذا النظر إلى الفقه الذي لا يتصور وجود القانون بعيدا عن الدولة، ويبدو أن أنصار هذا الاتجاه قد بالغوا في الربط بين فكرة النظام القانوني والدولة؛ على نحو لم يُتصور وجوده دونها، وقد أدى هذا الربط إلى حصر مفهوم النظام القانوني في مجال ضيق، يقتصر على مجتمع الدولة بالمفهوم الحديث، هذا التفسير يصعب قبوله، لأنه يعني أن الدولة هي الكيان الاجتماعي الوحيد القادر على تكوين نظام قانوني، وهو قول يتنافى مع الفكر الراجح الذي يقرر وجود فكرة النظام القانوني؛ ما دام قد توافر لها عنصر التنظيم والقاعدة، فبجانب مجتمع الدولة توجد مجتمعات أخرى قد تكون داخل مجتمع الدولة ذاتها، كالمجموعات المهنية والشركات والنقابات والمهن الحرة، هذه المؤسسات تضع قواعد أمره خاصة بها لها خصائص القاعدة القانونية، وتضع كذلك جزاءات تطبق على من يخالف أحكامها، وقد تكون المجتمعات الأخرى دولية، كالمجتمع الدولي الذي يضم الدول أعضاء الأسر الدولية⁵¹.

لكن هذا الربط بين القانون والجزاء المادي غير ضروري، خاصة أن الجزاء في القاعدة القانونية ولزومه لها؛ هو أمر ما زال محل خلاف ونظر في الفقه⁵².

فالجزاء إذن خارج عن القاعدة القانونية، وليس ركنا فيه، إذ إن هناك قواعد قانونية معترفًا بها ما لم ينكر أحد طبيعتها، ومع ذلك لا تتمتع بالجزاء الذي يكفل احترامها، مثل قواعد القانون الدستوري والقانون الدولي، فالجزاء عنصر إضافي لفعالية القاعدة القانونية، وليس عنصرا لوجودها، ومع ذلك يكفي في هذا الصدد الشعور النفسي الكامن، والوعي السائد لدى

المهنيين ومجتمع التجار، باتباع تلك القواعد التي خوطبوا بأحكامها، واستقر الإيمان في نفوسهم بأنها قد صارت مُلزمة، أو أنها اكتسبت طابع الإلزام فأصبحت راسخة في نفوسهم، يعترفون بوجودها، ويخضعون تلقائياً لها، ويعملون على احترامها بما يُضفي عليها طابع القانون الملزم، على نحو يتحقق معه نظام الهيكل القانوني، الذي يمكن أن يتحقق في مجتمع معين، ولو لم يتمثل في شكل الدولة⁵³.

إضافة لذلك؛ فإن قواعد القانون الدولي العام قد أثارت مثل هذا الجدل، لعدم وجود سلطة للمجتمع الدولي يمكنها أن توقع مثل هذا الجزاء عند مخالفة قواعده، ومع ذلك لم يقل أحد بأن أحكام هذا القانون لا تشكل نظاماً قانونياً، ولا يقصد بهذا القول الفصل بين القانون والجزاء، وإنما نعني أن فكرة الجزاء باتت غير قاصرة على القهر والإجبار، فقد تكون طبيعة الجزاءات مادية (تقديم الأطراف لضمان مالي سالف، يتحمل عبء دفعه الطرف الذي يرفض تنفيذ الحكم، الصادر عن جهات التحكيم طواعية، وكذا قيمة التعويض التي قد يحكم بها القضاء، كالتعويض عن الضرر الذي أصاب أحد الأطراف)، وقد تكون لها طبيعة أدبية (نشر أسماء الأطراف الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمين، الفصل من الاتحادات الدولية المهنية أو التجارة التي ينتهي إليها نشاطه، أو إسقاط بعض حقوق العضوية، أو حرمانه من خدمة التحكيم الطائفي مستقبلاً)، حسبما يتفق وطبيعة المجتمع والأشخاص المتعاملين⁵⁴.

وواضح أن مثل هذه الجزاءات؛ تعد كافية للقول باتصاف القواعد عبر الدولية بصفة الإلزام، حتى وإن كانت ليست شبيهة بتلك التي توقعها الدولة في نطاق مجتمعها، إلا أن هذا لا ينفي عنها تلك الصفة، ما دام أنها جزاءات فعالة، تتلاءم مع طبيعة العلاقات القائمة في المجتمع لرجال الأعمال، ومن شأنها توفير الأمان القانوني وزرع الثقة في الوسط الاقتصادي، وهذا ما يكفل لها في النهاية الطبيعة الوضعية التي أصبح يستحيل إنكارها⁵⁵.

المطلب الثاني: الركن المؤسسي

إن التعداد الكبير للجماعات التجارية والمهنية الدولية؛ لا يمنع أن يكون هناك حد أدنى من المصالح المشتركة بين هذه الجماعات، مما يدفع أعضائها إلى التعاون فيما بينهم، بما يكفي للقول بوجود مجتمع مستقل للبائعين والمشتريين عبر الحدود، وهو ما يؤكده الواقع العملي للروابط والممارسات التي تجري بين المتعاملين الدوليين⁵⁶.

وعلى هذا النحو؛ يخالف هذا الفقه الحديث المفهوم التقليدي الذي يربط بين الدولة والقانون، والذي لا يتصور وجود قواعد القانون إلا في مجتمع سياسي منظم، يخضع لسلطة عليا تصدر عنها هذه القواعد، وهو ما لا يَصْدُقُ إلا على المجتمعات الداخلية للدول المختلفة، إلا أن هذا القول لم يَعدُ صحيحاً على إطلاقه، إذ يكفي في نظر الفقه الحديث أنه لتكوين القاعدة القانونية بوصفها قاعدة سلوك؛ أن تنتهي إلى مجتمع منظم، ولو لم يكن مجتمعاً داخلياً لدولة معينة⁵⁷، على أساس أن صناعة القانون لم تعد حكراً على الدولة⁵⁸.

وهكذا؛ يؤكد جانب من الفقه الحديث على وجود المجتمع الدولي للبائعين والمشتريين من التجار، ورجال الأعمال المتعاملين عبر الحدود، إذ يشعر أعضاء هذا المجتمع المتضامن -والذي أصبح حقيقة لا يمكن إنكارها- بأهمية وضرورة القواعد التي تحكم معاملاتهم في إطاره، حتى يمكن لهم إدراك مصالحهم المشتركة، كما يرى بعضهم أن هذا المجتمع الدولي للمتعاملين قد أصبح بالفعل مجتمعاً منظماً، له مؤسساته التي تفرض الجزاء عند مخالفة قواعده العرفية المستقرة ذات النشأة التلقائية، فهذه القواعد لم تعد بحاجة إلى اعتناق المتعاقدين لها في اتفاقيهم، حتى يلتزموا بأحكامها وفقاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وإنما هي تتمتع بقوة الإلزام الذاتي التي تفرض على القاضي والمحكم بصفة خاصة؛ تطبيقها من تلقاء نفسه، مع خُلُوِّ العقد من أي إشارة لأحكامها، مثلها في ذلك مثل القواعد العرفية التي يفترض في القاضي والمتعاملين؛ العلم بها⁵⁹.

وإذا رجعنا إلى مختلف الأنظمة القانونية الوطنية، سواء الغربية كانت أم العربية؛ وجدناها في مجملها تعترف للقانون التجاري الدولي بالصفة القانونية، إمّا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

المبحث الثالث : مدى كفاية قواعد القانون التجاري الدولي

لحكم المعاملات التجارية الدولية

أصبح وجود القانون التجاري الدولي حقيقة يشهد بها واقع التعامل، بين التجار ورجال الأعمال عبر الحدود، كما تشهد بها ساحات قضاء مؤسسات التحكيم الحريضة على أعمال قواعده وتطبيق أحكامه، إذ لم يعد من المفيد إنكار الصفة القانونية للأعراف المهنية والتجارية، التي استقر عليها العمل بالفعل داخل هذا المجتمع، فالحياة وواقعها العملي أقوى من النظرية، بل إن الواقع قد يسهل تنظيمه خارج إطار القانون، فيما لو لم يكن القانونيون على مستوى

مسؤوليتهم، وأصروا على إنكار هذا الواقع، مستترين وراء مبادئ نظرية لم تعد تلائم ما يفرضه تطور الحياة الخاصة الدولية⁶⁰.

لكن المشكلة لم تعد تتعلق بمدى تمتع القانون التجاري الدولي بصفة النظام القانوني؛ وإنما تخطّتها إلى البحث في مدى كفاية هذه القواعد، لحكم جميع المنازعات الناتجة عن المعاملات التجارية الدولية.

المطلب الأول : القانون التجاري الدولي قانون غير كامل

مع اعتقاد أنصار القانون التجاري الدولي، بأنه يشكل نظاما قانونيا؛ إلا أنهم يعترفون أنه نظام ناقص وغير كامل، ويرجع ذلك في نظرهم إلى عدة أسباب :

1- هناك العديد من المسائل التي لا يوجد لها حلول في قواعد القانون التجاري الدولي، ومن ثمة يكون التجاء المحكمين إلى قانون وطني؛ أمراً لا مفر منه في هذه المسائل، ولو بصفة جزئية، خاصة عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد، حيث يقر بعضهم أنه - حتى في البيوع الدولية، والاعتماد المستندي الذي استقرت فيه الأعراف الدولية على قواعد محددة-؛ فإن هذه الأعراف ما تزال قاصرة فيما يتعلق ببعض المسائل، وهو ما يؤكد بأن القول بوجود العقود الدولية المتحررة تماماً من سلطان القوانين الداخلية؛ هو أمر خاطئ، فهناك مجالات سككت فيها قواعد القانون التجاري الدولي عن تقديم الحلول، خاصة ما تعلق منها بأهلية الأطراف وصحة رضاهم، ومسائل التقادم وتمثيل الأشخاص المعنوية وغيرها.

2- إن استقلال هذا القانون ليس كلياً، حيث يبدو من الصعب للمحكم في إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم بعد صدوره؛ أن يتجاهل النصوص الأمرة في القانون المختص، فعلى أن المجتمع الدولي للتجار يتمتع بدرجة كبيرة من الاستقلال في صياغة القواعد الخاصة به؛ إلا أنه تظل هناك حاجة ماسة للقانون الوطني لا يمكن للأطراف المتعاقدة التغاضي عنها، فكل ما يمس عن قرب السياسة الاقتصادية ولوائح النقد الدولي، والأنظمة الضريبية والجمركية للتجارة الدولية، وكل مسائل القانون التجاري التي

تعدُّها الدول من النظام العام مثل قوانين النقل، والبنوك والتأمين، والشركات؛ أنه لا يمكن أن تخضع بطبيعتها إلا لقانون وطني معين⁶¹.

3- كذلك فإن عدم تقنين الكثير من العادات والأعراف السائدة في مجال التجارة الدولية، بالإضافة إلى عدم تسبيب أو نشر أحكام المحكمين التي تطبق هذه الأعراف والعادات؛ هو من بين الأسباب الرئيسية لصعوبة الكشف عن مضمون قواعد القانون التجاري الدولي، وتيسير علم الجميع بأحكامها، وتلك محددات قد تؤثر بالسلب على سرعة استقرار هذه القواعد، واكتمال نموها، بما يسمح بتكوين نظام قانوني متكامل، على غرار الأنظمة القانونية الوطنية، التي تملك السلطة العامة فيها وسائل القهر اللازم، لفرض القوانين التي تحكم مجتمعاتها الداخلية⁶².

مما سبق؛ يتضح لنا أهمية القانون التجاري الدولي لما له من فاعلية في تنظيم وتوجيه المعاملات التجارية الدولية بنحو أنجح مما تُقيِّمه القوانين الوطنية التي لم تعالج إلا العقود التقليدية، وظلَّت متخلفة عن ملاحقة الأنماط الحديثة للعقود الدولية، غير أن هذا القانون مازال في بداياته الأولى، فهو كالجنيين في طور التكوين، يَشوبُه النقص والقصور فيما يتعلق بكثير من المسائل التي تثور في نطاق العلاقات التجارية الدولية⁶³. ولهذا يُشير الفقه بضرورة سد الثغرات في الأحكام الموضوعية للقانون التجاري الدولي، عن طريق الرجوع إلى القوانين الداخلية للدول المختلفة، ولا يتأتى هذا الوضع إلا بالالتجاء إلى قواعد الإسناد، وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه، ومن هنا بقيت الحاجة إلى منهج التنازع.

المطلب الثاني: علاقة القانون التجاري بمنهج التنازع

يثور السؤال في هذا الصدد عن: علاقة منهج القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي بمنهج التنازع، وهل يتمتع المنهج الموضوعي بالأولوية على منهج التنازع، أم أن هذا الأخير على العكس هو الذي يتقدم في التطبيق على الأول؟

الأصل أن تطبق هيئة التحكيم القواعد القانونية التي اتفق عليها المتعاقدون، صراحة أو ضمناً، وذلك إعمالاً لمبدأ قانون الإرادة، الذي يتيح لهم مثل هذا الاختيار في ميدان عقود التجارة الدولية، وعليه فلو اختار الأطراف قواعد قانون وطني معين ليحكم العقد المبرم بينهم؛ تعيَّن على

المُحكّم تقديم ما اتفق عليه هؤلاء، إذ لا يمكن تفسير اتجاههم لحل نزاعاتهم إلى قضاء التحكيم؛ على أنه اختيار منهم لإخضاعها للقواعد التي نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجار، ورجال الأعمال العابر للحدود، ولكن ومع ذلك فإن قواعد القانون التجاري الدولي لا تفقد صفتها القانونية في هذه الحالة، وتبقى قائمة لتكملة ما اتفق عليه الأطراف من قواعد، إذ تؤدي في هذه الحالة عمل القواعد المكملة لأحكام القوانين الوطنية⁶⁴.

إلا أنه يمكن أن يختار الأطراف تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي، أو يطبق المُحكّم هذه القواعد لتركز المنازعة في النظام عبر الدولي، أو غيرها من الأسباب التي تدعو لتطبيقها، وفي هذه الحالة أيضا يكون المحكم بحاجة إلى قواعد وطنية تسد النقص، الذي قد يشوب أحكام القانون التجاري الدولي، خاصة في ظل عدم تشكيل هذا الأخير لنظام قانوني متكامل، وبهذه الطريقة؛ فإن إعمال المُحكّم لقانون الإرادة لا ينال من تطبيق قواعد قانونية، تنتهي لنظام قانوني غير ذلك الذي اختاره المتعاقدون، مما يجيز له في الأخير تكملة النقص الذي قد تعاني منه أحكام أحدهما، بموجب الأحكام الواردة في النظام الآخر، وهو ما يؤكد وجود تعايش بين النظامين القانونيين اللذين تنتهي إليهما تلك القواعد، وكل ذلك خدمة لمصالح التجارة الدولية والاستجابة لمقتضياتها⁶⁵.

الخاتمة :

إن القانون التجاري الدولي حقيقة واقعية ملموسة وقائمة، وليست أبدا نتاج آراء الفقهاء والمُنظّرين، فمع أن قواعده لم تُعْطَ بعدُ كافة مجالات التجارة الدولية؛ إلا أن هذا لا ينفي عنه صفة النظام القانوني، إذ لم يعد من المفيد إنكار الصفة القانونية للأعراف المهنية والتجارية التي استقر عليها العمل بالفعل، داخل مجتمع التجار ورجال الأعمال عبر الحدود، كل ما في الأمر أن هذا القانون لا يزال في مقتبل شبابه، وهو يتطور خطوة بخطوة، خاصة أن التجارة الدولية في تطور مستمر، كما أن أنصار هذا القانون -وإن اعترفوا له بصفة النظام القانوني-؛ إلا أنهم يعترفون أنه لم يشكل بعدُ النظام القانوني المتكامل، وأنه يشوبه بعض النقص والقصور الذي لا بُدَّ من سدِّه، عن طريق الرجوع للقواعد الوطنية، من خلال منهج التنازع، وهو ما يوضح العلاقة التكاملية بين كل من القانون التجاري الدولي ومنهج التنازع، لكن هذا لا يعني أن القوانين الوطنية في منأى عن هذا القانون، بل كانت مُجَبَّرة على مُسايرة مختلف التحولات والتغيرات الاقتصادية، مساهمةً بذلك في إرساء قواعد القانون التجاري الدولي، لذلك كان لزاما على

الجميع أن يعمل يدا واحدة، من أجل الرُقِّي بهذا القانون، والوصول به إلى الهدف المنشود، خاصة أنه قد هبَّ الدهرُ على التجارة الدولية الكلاسيكية، التي حَلَّت محلَّها التجارة الإلكترونية، وما يَنْجُم عنها من منازعات، تستدعي أن يكون لها قانون خاص بها يحكمها، هو قانون التجارة الإلكترونية la lex electronica .

الهوامش:

¹ عرفه بعضهم أنه: " مجموعة القواعد الموضوعية والمادية المستقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيمًا قانونيًا وحلولًا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، على نحو يجعل منها قانونًا خاصًا مستقلًا عن القانون الذي يحكم الروابط البحتة "، أو هو "قانون يتكون من مجموعة قواعد غير وطنية، مستمدة من العادات المهنية وأحكام التحكيم الصادرة في مجال التجارة الدولية، التي تضع المبادئ العامة لحل المنازعات الدولية ". نقلا عن: د/ مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون سنة نشر، ص 260.

² Pierre Mayer, driot international privé, 2ème édition et 4 édition montchrestin 1991, p 20

³ د/ بن أحمد الحاج: قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، 2017، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان 2016، ص 138.

⁴ د/ محمد أحمد علي المحاسنة: تنازع القوانين في العقود الإلكترونية: الطبعة الأولى، 2013، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ص 205.

⁵ د/ بن أحمد الحاج: المرجع السابق، ص 139.

⁶ المرجع نفسه.

⁷ د/ صالح جاد المزلوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008، ص 201.

⁸ د/ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، 2013، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 161.

⁹ د/ هشام علي صادق: عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 196.

¹⁰ د/ منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 48.

¹¹ د/ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000، ص 231.

¹² Philippe Khan: lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l'expérience française in le contrat économique international, Bruxelles – Paris 1975 P 171 .

¹³ د/ بن أحمد الحاج: المرجع السابق، ص 140.

¹⁴ Philippe Khan: la vente commerciale internationale, thèse, Dijon, Sirey 1961, p 367

¹⁵ طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 217

¹⁶ محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 205.

¹⁷ د/ محمد محمود ياقوت: المرجع السابق، ص 321.

¹⁸ طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 218.

¹⁹ د/ بن أحمد الحاج: المرجع السابق، ص 140

²⁰ Fouchard Phillipe: l'arbitrage commercial international, thèse, Dijon, 1965, p 599

- ²¹ د/ بن أحمد الحاج : المرجع السابق ، ص 144.
- ²² طه أحمد علي قاسم : المرجع السابق ، ص 217.
- ²³ د/ هشام علي صادق : عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 249.
- ²⁴ Paul Lagarde : approche critique de la lex mercatoria in le droit des relations économiques internationales ,étude offertes à Goldùan,Paris 1982 ,p135
- ²⁵ د/ بن أحمد الحاج : المرجع السابق ، ص 144.
- ²⁶ **Goldman Berthold** : lalex mercatoria dans les contrats et l arbitrage internationaux réalité et perspectives ,JDI ,1979,p188
- ²⁷ د/ محمد أحمد علي المحاسنة ، المرجع السابق ، ص 206.
- ²⁸ د/ حمودي محمد ناصر : العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، الطبعة الأولى ، 2012 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص 498.
- ²⁹ د/ محمد احمد علي المحاسنة : المرجع السابق ، ص 205.
- ³⁰ د/ بن أحمد الحاج : المرجع السابق ، ص 146.
- ³¹ المرجع نفسه. ص 146
- ³² المرجع نفسه. ص 146
- ³³ د/ مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 271.
- ³⁴ د/هاني محمود حمزة : النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، الطبعة الأولى ، 2008 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ص 495.
- ³⁵ نقلا عن : د/ هاني محمود حمزة ، المرجع السابق ، ص ، 495.
- ³⁶ طه أحمد علي قاسم ، المرجع السابق ، ص 208 وما بعدها .
- ³⁷ المرجع نفسه ، ص 209.
- ³⁸ د/ وائل حمدي أحمد : حسن النية في البيوع الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2012. ص 121.
- ³⁹ **Fouchard Phillipe** : Op . Cit ; p 466
- ⁴⁰ د/ منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 49.
- ⁴¹ د/ بن أحمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 150.
- ⁴² **Goldman Berthold** :Op ;Cit ; p214
- ⁴³ د/ وفاء مزيد فلحوط : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، 2008، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ، ص 867.
- ⁴⁴ د/ منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 49.
- ⁴⁵ د/ محمد إبراهيم محمود : دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية ، م الطبعة الأولى ، 2013 ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص 54.
- ⁴⁶ د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ص 250.
- ⁴⁷ د/ وائل حمدي أحمد : المرجع السابق ، ص 124.
- ⁴⁸ المرجع نفسه ، ص 124، 125.

- ⁴⁹ د/ محمد أحمد علي المحاسنة ، المرجع السابق ، ص 208.
- ⁵⁰ د/ بن أحمد الحاج ، المرجع السابق ، ص 155.
- ⁵¹ د/ صالح جاد المنزلاوي : المرجع السابق ، ص 210.
- ⁵² د/ محمود محمد ياقوت : الرجوع السابق ، ص 322. بخصوص الاختلاف حول الجزاء أنظر د/ وفاء مزيد فلهووظ : المرجع السابق ، ص 867.
- ⁵³ د/ منير عبد المجيد : المرجع السابق ، ص 51.
- ⁵⁴ د/ صالح جاد المنزلاوي : المرجع السابق ، ص 214.
- ⁵⁵ د/ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 207.
- ⁵⁶ د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ : المرجع السابق ، ص 250.
- ⁵⁷ د/ هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 165.
- ⁵⁸ المرجع نفسه .
- ⁵⁹ المرجع نفسه .
- ⁶⁰ د/ هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 169.
- ⁶¹ طه أحمد علي قاسم : المرجع السابق ، ص 216.
- ⁶² د/ هشام علي صادق /: عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 287.
- ⁶³ د/ أحمد محمد علي المحاسنة ، المرجع السابق ، ص 209.
- ⁶⁴ د/ هشام علي صادق : عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 290.
- ⁶⁵ د/ بن أحمد الحاج : المرجع السابق ، 188.