القانون الحر ذو الطابع العالمي وأثره على العلاقات الخاصة الدولية

"دراسة تطبيقية للمنازعات التجارية والرياضية ذات العنصر الأجنبي"

دكتور

أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي

مدرس القانون الدولي الخاص, كلية الحقوق جامعة مدينة السادات

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَهُوَ ٱللَّهُ فِي ٱلسَّمَاوَاتِ وَفِي الأَرْضِ يَعْلَمُ سِرَّكُمْ وَجَهْرَكُم وَيعْلَمُ مَا تَكْسِبُون).

صدق الله العظيم

«سورة الأنعام/ 3

سبتمبر2022

الملخص

القانون الحر ذات الطابع العالمي وأثره على العلاقات الخاصة الدولية

"دراسة تطبيقية للمنازعات التجارية والرياضية ذات العنصر الأجنبي"

في ظل العولمة والانفتاح الذى شهدته دول العالم, وتزايد الحركة الاقتصادية بين الدول, ظهرت ممارسات قانونية ذات طبيعة خاصة دولية تتطلب قوانين خاصة تحكمها, نظرا لقصور الأنظمة ذات المصادر الوطنية, أو حتى الدولية على مواكبة هذا التطور النابع من ظهور مجتمع التجارة والرياضة على أرض الواقع وانعكاسهما على اقتصاديات الدول.

استلزم ذلك البحث عن قوانين خاصة لتحكم العلاقات القانونية الناشئة عنها, بحيث إن هذا العوار قد خلق نوعا من الفراغ القانوني, واستتبع البحث عن حلول مقبولة لسد هذا الفراغ, هنا كان الشاغل لدى الهيئات الفعالة, والكيانات المتخصصة بهذه الأنشطة هو خلق قواعد قانونية تعتبر بمثابة قانون يحكم طبيعة النشاط, فكان القانون الحر ذو الطابع العالمي بمثابة الحل الأمثل لكونه قانونا نوعيا متوافقا مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية, لدخوله كمنافس وبشدة لمناهج تنازع القوانين والقواعد الموضوعية.
وبالنظر للقواعد الحرة ذات الطابع العالمي يتضح أنها ترد في صورة بنود, أو شروط تعاقدية يتوافق عليها أطراف العقد الدولي, لتطبق على النزاع المحتمل نشوؤه بينهما, لذا فتطبيقها منبعه القوة التعاقدية والحرية لأطراف العقد في وضع ما يشاؤون من قواعد قانونية تحكم عقدهم, شريطة أن تتفق هذا القواعد مع القواعد الضرورية ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي, وهذا نابع من التطبيق المقيد للقانون الحر ذات الطابع الدولي, بحيث أن تطبيقه يجد مجالًا في صدد العلاقات الخاصة الدولية, ويجد صداه في النظم القانونية الداخلية بالإضافة للدور الفعال للتحكيم في تطبيق القانون الحر.

Free law of a global nature and its impact on international private relations

"An applied study of commercial and sports disputes with a foreign component"

سبتمبر2022

In light of globalization and openness in the countries of the world, and the increase in economic movement between countries, legal practices of a special international nature have emerged that require special laws governing them, given the limitations of systems with national sources, Or even internationalism to keep pace with this development stemming from the emergence of a community of commerce and sports on the ground and their reflection on the economies of countries.

This necessitated the search for special laws to govern the legal relations arising from it, as this anomaly created a kind of legal vacuum, and entailed the search for acceptable solutions to fill this void, here the concern of the effective bodies, And the entities specialized in these activities is to create legal rules that are considered as a law that governs the nature of the activity, so free law of a global nature was the best solution for it being a specific law compatible with the nature of international private relations, for its entry as a competitor and severely to the approaches to conflict of laws and objective rules.

In view of the free rules of a global nature, it is clear that they are presented in the form of clauses or contractual terms agreed upon by the parties to the international contract, to be applied to the potential dispute that arises between them, Therefore, their application comes from the contractual power and freedom of the parties to the contract to lay down whatever legal rules govern their contract, provided that these rules are consistent with the necessary rules of necessary application in the state of the judge, This stems from the restricted application of free law of an international character, so that its application finds room in the matter of international private relations, and finds its echo in domestic legal systems in addition to the effective role of arbitration in the application of free law.

المقدمة

في ظل العولمة والانفتاح الذى شهدته دول العالم, وتزايد الحركة الاقتصادية بين الدول, ظهرت ممارسات قانونية ذات طبيعة خاصة دولية تتطلب قوانين خاصة تحكمها, نظرا لقصور الأنظمة ذات المصادر الوطنية, أو حتى الدولية على مواكبة هذا التطور النابع من ظهور مجتمع التجارة والرياضة على أرض الواقع وانعكاسهما على اقتصاديات الدول.

استلزم ذلك البحث عن قوانين خاصة لتحكم العلاقات القانونية الناشئة عنها, بحيث إن هذا العوار قد خلق نوعا من الفراغ القانوني, واستتبع البحث عن حلول مقبولة لسد هذا الفراغ, هنا كان الشاغل لدى الهيئات الفعالة, والكيانات المتخصصة بهذه الأنشطة هو خلق قواعد قانونية تعتبر بمثابة قانون يحكم طبيعة النشاط, فكان القانون الحر ذو الطابع العالمي بمثابة الحل الأمثل لكونه قانونا نوعيا متوافقا مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية.

أولا: مفهوم موضوع البحث:

يدور موضوع البحث حول تحديد ودراسة القانون الحر ذو الطابع العالمي, ولمجالات إعماله في صدد العلاقات الخاصة الدولية في مجالي التجارة والرياضة الدوليين.

ثانيا: أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية هذه الدراسة في رسم معالم القانون الحر ذو الطابع العالمي, والاعتداد به كقانون لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي, لتأثر القانون بوجه عام سواء كان داخليا أو دوليا بفكرة الدولة بالمعنى القانوني الدقيق, من احتكار الأخيرة للسلطة السياسية مستندة بذلك على مبدأ السيادة, وهذا ما جعل الدولة منفردة دون غيرها بسلطة التشريع وحدها, دون مشاركة أية جهة أو كيان آخر لهذه السلطة. وهذا المعنى قد خالفه القانون الحر ذو الطابع العالمي, من إحداث تغيير جوهري وجذري في النظرية العامة للقانون, من امكانية وجود كيانات وهيئات عاملة في المجالات ذات التنظيم العالمي موازية لسلطة الدولة تعبر عن مجتمعات إنسانية جديدة تتخطى بدورها الدولة المركزية, مثل مجتمعات التجارة والرياضة, وإصدارها للعديد من القواعد القانونية القابلة للتطبيق على ما يتم من علاقات داخل هذه المجتمعات.

ومن هنا اكتسبت هذه الدراسة المتخصصة أهميتها, من تحديد معالم القانون الحر ذو الطابع العالمي, وبلورته كمنهج قابل للتطبيق على معاملات الحياة الخاصة الدولية سواء التجارية, أو الرياضية, يقابل كل من منهج قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية.

ثالثا: أسباب اختيار موضوع البحث:

ترجع أسباب اختيار الموضوع إلى قلة البحوث والدراسات القانونية التي تناولت القانون الحر ذو الطابع العالمي, لحداثته, وبالتالي ندرة البحوث والدراسات الأكاديمية التي عالجته, مما يتطلب تسليط الضوء عليه, لسد جزء من النقص في المكتبة القانونية.

رابعا: إشكالية موضوع البحث:

يثير موضوع القانون الحر ذو الطابع العالمي العديد من الإشكاليات, وبالتبعية نحاول تقنين هذه الاشكاليات في العديد من الأسئلة التي تعبر في مضمونها عن صعوبات موضوع البحث, والتي تتمثل في:

- هل للقانون الحر ذو الطابع العالمي مفهوم مستقل عن باقي القوانين أو القواعد القانونية التي تحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي؟
- ما الأمثلة التوضيحية للقانون الحر ذو الطابع العالمي؟
- هل يتمتع القانون الحر ذو الطابع العالمي بسمات وخصال تميزه عن غيره من القواعد القانونية؟
- كيف نشأ القانون الحر ذو الطابع العالمي؟ وهل ينشأ من المجرى المعتاد لإصدار القوانين من جانب الدولة أم لا؟
- ما مضمون ونطاق قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بفض تزاحم القوانين في حالة تسليمنا بوجود كيانات قد تشترك مع الدول في إخراج القانون الحر؟ وما وضع قواعد القانون الحر ذو الطابع العالمي منها؟
- هل يجوز تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي بصفة مطلقة, أو على العكس من ذلك هناك بعض القيود التي تحد من تطبيقه؟
- ما مدى التوافق بين قبول المشرع الداخلي لدولة ما للقانون الحر, والموافقة على أحكام قواعده؟ ما العقبات التي قد تقابل تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي باعتباره قانونًا عالميا لم يصدر عن طريق المجرى المعتاد لإصدار القوانين؟
- ما دور التحكيم في تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي؟

كل هذه الأسئلة تمثل في مجملها الصعوبات والإشكاليات التي يدور حولها موضوع البحث, ونحاول الإجابة عليها من خلال هذا البحث.

خامسا: خطة البحث:

نبدأ هذه الدراسة بمطلب تمهيدي نتناول فيه مدلول القانون الحر ذو الطابع العالمي, من خلال رسم معالم هذا القانون ورصد مفهومه, وما يتميز به من خصائص, بالإضافة لإلقاء الضوء على نشأته, ثم نستتبع ذلك بالمبحث الأول المتعلق بمنهجية تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي في العلاقات الخاصة الدولية, ومدى علاقة القانون الحر بمناهج فض تنازع القوانين, ثم آلية تطبيق القانون الحر النابعة من القوة التعاقدية لأطراف العقد الدولي, وأخيرا نتناول في المبحث الثاني نطاق تطبيق القانون الحر بين القضاء والتحكيم, وأثر كل من النظامين عليه. وذلك كله في إطار الدراسة التطبيقية لدور القانون الحر في المجالين التجاري والرياضي الدوليين, وفي النهاية خاتمة نوضح فيها النتائج التى توصلنا إليها والتوصيات.

وبناء عليه نقسم دراستنا على النحو التالي:

المطلب التمهيدي: مدلول القانون الحر ذو الطابع العالمي ونشأته.

المبحث الأول: منهجية تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي في العلاقات الخاصة الدولية.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي بين القضاء والتحكيم.

المطلب التمهيدي

مدلول القانون الحر ذو الطابع العالمي ونشأته

لرسم معالم القانون الحر ذو الطابع العالمي والوقوف على تحديد مدلوله, يتعين للوهلة الأولى رصد مفهومه, وما يتميز به من خصائص وسمات قد تميزه عن غيره من القوانين والقواعد التي تحكم منازعات الحياة الخاصة الدولية, بالإضافة لذلك القاء الضوء على كيفية نشأته والحقبة

التاريخية النابع منها هذا القانون وللظروف التي ساعدت على تكوينه وظهوره للوجود, وأخيرا عوامل نشأته سواء من قبل الاتحادات الاقليمية, آو المنظمات غير الحكومية.

الفرع الأول

ماهية القانون الحر ذو الطابع العالمي

نهدف من خلال هذه الجزئية إلى وضع تصور تحديدي للقانون الحر ذو الطابع العالمي, ولمجالات إعماله فى صدد العلاقات الخاصة الدولية, وتحديد سماته وخصائصه الرئيسة, وذلك لتمييزه عن غيره من النظم المتشابهة.

أولا: مفهوم القانون الحر ذو الطابع العالمي ومجالاته:

هناك استقلالية لمفهوم القانون الحر ذو الطابع العالمي يمكن توضيحها وإثباتها, يستتبع ذلك تعريف القانون الحر, فالقانون بوجه عام عبارة عن مجموعة من الأسس والقواعد التي تحكم المجتمع وتعمل على تنظيمه, حيث إنه لا يمكن للمجتمع العيش بنجاح إذا كان أفراده لا يخضعون لقوانين تحكمهم, لذا فالقانون هو الذى يضع القواعد التي تحدد حقوق وواجبات الأفراد, وهذه القواعد ملزمة قانونيا بحيث تستوجب الجزاء حال مخالفتها مهما كان مصدرها ودرجة عموميتها ونطاقها ([1]).

أما بالنسبة لمصطلح الحر, فقد جاء وصفا للقانون ليعبر في نهاية المطاف إلى مصدر القواعد التي تم إنشاؤها, وهذه القواعد متنوعة ومتعددة, وتتطور تطورا ملحوظا في مختلف القطاعات الخاصة لهذا القانون لإنشائه للوجود دون المرور بالمجرى المعتاد لإصدار القوانين بمعناها العام والشائع([2]), من السلطة التشريعية بالدولة, لذا فهذا المصطلح يشير إلى مصدر قانون غير تابع لدولة معينة, وغير خارج من مشرعها الوطني, وإنما له معنى أوسع من ذلك([3]).

([1]) وبهذا فالقانون بوجه عام مجرد معيار أو قاعدة ملزمة قانونًا, بغض النظر عن مصدرها (قاعدة عرفية أو أحكام قضائية), أو درجة عموميتها (عامة أو خاصة), أو نطاقها (قاعدة مطلقة , جامدة, مرنة..)
G. CORNU, (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, 11 ed, 2016, P.882.

([2]) القانون بمعناه العام والشائع, ينصرف لمفهوم القانون الوضعي المطبق والسائد في مجتمع ما, والذي يشمل في طياته كل قاعدة واجبة الاتباع سواء أكان مصدرها التشريع أو العرف, أما في المعنى الخاص والسائد أن لفظ

لذا فالقانون الحر ذو الطابع العالمي عبارة عن مجموعة من القواعد المكتوبة التي تم تطويرها من جانب إحدى المؤسسات أو الهيئات الفعالة المغايرة للدولة, وتهدف للتطبيق فيما يتعلق بنشاط معين, بغض النظر عن حدود الدولة.

ويستتبع ذلك مقولة بأن القانون الحر أصبح منافسا لقوانين الدول فيما يتعلق بنشاط معين, مثل قوانين الاتحادات الرياضية الدولية, وقوانين المجتمعات النوعية المتخصصة, مثل قانون التجارة الدولية..., فهذه الأنشطة لها بعد عالمي واجتماعي, وتعتبر من قبل قواعد السلوك التي تعتبر بمثابة مظهر من مظاهر القانون الحر ذو الطابع العالمي, وهذا على عكس الاتفاقات والعقود المبرمة بين شخصين محددين في مجال دولي, هذه هي القواعد التي تم تبنيها من قبل أطراف محددين لمعالجة موضوعات متعلقة بمحل الاتفاق ولا ترقى لكونها مبادئ عالمية تنشئ ما يسمى بالقانون الحر([4]).

لذا فمجال القانون الحر, يشمل أنشطة تصاغ في صورة قانون لم يصدر من جانب الدولة مع دولية النشاط, وذلك كقانون الاتحادات الرياضية الدولية Lex Sportiva الذى ينظم الحق الرياضي العابر للحدود "Le droit transnational du sport " , وهذا القانون عابر لحدود الدولة , ساهم في تكوينه عالمية النشاط, والمبادئ المتعلقة بهذا المجال والصادرة من هيئات التحكيم الرياضي وعلى رأسها محكمة التحكيم الرياضية "Tribunal arbitral du sport "([5]).

أيضا من أنواع أخرى للقانون الحر ذو الطابع العالمي قانون التجارة العابر للدولة "Lex maractoria" النابع من ممارسات التجارة العابرة للحدود, وترسيخ مجموعة من القواعد الملاءمة لطبيعة التجارة الدولية وتعزيز مصالح التجار ذاتهم, طالما تم إنشاؤها من خلال التنظيم الذاتي للجهات الفاعلة الخاصة و العامة. وهذا المعنى قد يختلف اختلافا كليا بين القانون الحر المتعلق بنشاط التجارة الدولية والاتفاقات المبرمة بين شركة متعددة الجنسية واتحاد نقابي دولي, فهذه

القانون يطلق على مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين, كمثال لذلك قانون الجنسية.

(3) **D. BUREAU**, Les sources informelles du droit dans les relation privées internationals, Thèse, université paris II, 1992, n 15. P.17.

(4) **M. – A. MOREAU,** " Negociation collective transnationale : réflexions à partir des accords – cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal", Dr. soc. 2009, P.93.

(5) **F. BUY, J. M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO,** Droit du sport, LGDJ, Manuels, 4 ed, 2015, n. 288, P.141, 142.

الاتفاقات تستفيد من طبيعة العقد الدولي الممتدة آثاره لأطرافه, وعدم السماح لامتداد الاتفاق المنعقد لجماعة أو طائفة التجارة ذات البعد الدولي آو المجموعة الدولية([6]).

ثانيا: خصائص القانون الحر ذو الطابع العالمي:

يتميز القانون الحر بمجموعة من الخصائص المستمدة من طبيعته الذاتية, من اعتباره قانونًا متخصصًا بنشاط معين, بالإضافة لكونه قانونًا عابرًا للحدود, وأخيرا بالنظر لحداثة القانون يترتب عليها الاختلاف في تحديده من قبل الفقه.

1- القانون الحر ذو الطابع العالمي قانون تخصصي بنشاط معين :

لقد أثر التطور الذى لحق بالنظام العالمي على الفكر القانوني والقواعد القانونية التي تحكم مجالات وانشطة متعددة لمجال التجارة والرياضة, ونظرا لوجود علاقة تبادلية بين المتغيرات العالمية وبين القواعد القانونية, فقد إتجه الفكر المسيطر إلى ضرورة تجاوز الدولة وهيمنتها من خلق قواعد قانونية لصالح ممارسات الجهات الفعالة في هذه الأنشطة والمهيمنين عليها, وعلى ما ينتج من تنظيماتهم المهنية من قواعد السلوك.

فاذا كانت القواعد القانونية لا يقتصر دورها على تجسيد المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها المجتمع([7]), وإنما يشكل أيضا الغطاء الذى يكفل لها تحقيق أهدافها, لذا ينبغي أن يكون هذا الغطاء متوافقا مع هذه المستجدات, متماشيا مع ما لحق المجتمع الدولي من متغيرات فى الشكل والمضمون, وحدا إلى إتجاه الفكر القانوني إلى تجاوز القواعد القانونية التقليدية, والبحث عن وسائل وقواعد قانونية تحقق نوعا من الملاءمة.

وهذا يحقق نوعا من العولمة القانونية([8]) تتمثل في الاستجابة لأماني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركات التجارة وغيرها من المجالات وتطبيق ما استقرت عليه من قواعد وأحكام, وهذا يستتبع خلق قانون مستقل بهذه الأنشطة, ينشأ عن قواعد السلوك التي تقررها عند تنظيم ما تقوم

---

(1) **M. A. MOREAU**, Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations, Dalloz, A droit ouvert, 2006, P. 341- 345.

([7]) وهذا ما يتطابق بالتعريف مع مبدأ الواقعية المقصود به التوافق بين كل من القانون والواقع الاقتصادي والاجتماعي, حيث يستمد القانون مضمونه من الظروف الواقعية للحياة وليس من ذاتيته, وبالتالي فينبغي أن يكون القانون متطورا وملاحقا لكافة الظروف والمتغيرات, انظر في هذا, **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**, القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية تطبيقية), دار النهضة العربية بالقاهرة, 1985, ص5

([8]) للنظر حول العولمة القانونية والوسائل التي تحققها, انظر في هذا:

FOUCHARD Philipe, L'arbitrage et la mondialisation de l'économie / in philosophie du droit économique, quell dialogue ?, Mélanges à l'honneur G. FARJAT, Ed FRIOH – ROCH, 1998, P.8 et s.

به من أنشطة, وقد ساعد هذا عدم ملاءمة القواعد الوطنية في تسوية منازعات التجارة العابرة للحدود من افتقادها لصفة الدولية من جهة, ومن جهة أخرى عدم استجابتها ومواءمتها لطبيعة النشاط, وكل هذا ترتب عليه القانون الحر المتفق مع طبيعة هذه الأنشطة والمجالات.

2- الطابع العابر للحدود سمة غالبة للقانون الحر ذو الطابع العالمي:

يتسم النشاط المنظم من قبل القانون الحر بأنه عالمي, يتم في أكثر من دولة , أي: أنه على حد تعبير الفقه قانون عابر لحدود الدول, أو متجاوز للحدود الوطنية([9]).

وإذا كانت العلاقات الدولية لا تقام بين الدول فقط, بل يمتد نطاقها للأفراد المتواجدين على إقليم الدول المختلفة في العلاقات الدولية الخاصة – والذى يكون أساس تنظيمها للقانون الدولي الخاص – فالطبيعة العابرة للحدود ناتجة عن تجاهل الحدود الجغرافية والسياسية بين الدول([10]), وهذا بالنظر لطبيعة النشاط في التصرف الذى يحكمه القانون الحر ذو الطابع العالمي, والذى يربط الجهات المعنية به والتخلي عن الحدود الجغرافية للدولة.

ومثال تدليلي لهذا, فقد يعتمد القانون الحر على طبيعة النشاط الذى يتم النظر فيه, كمثال لذلك, تقترح مبادئ اليونيدروا "Principes Undroit" قواعد بعقود التجارة الدولية متجاوزة في ذلك لحدود الدولة, أيضا لا يسعى الاتحاد الدولي لكرة القدم الفيفا "FIFA" إلى تنظيم قواعد كرة القدم بالنسبة لدولة معينة بالذات, بل ينظم كرة القدم بغض النظر عن الدولة التي تلعب فيها, كذلك مكافحة المنشطات تهدف لمنع المنشطات في الرياضة بغض النظر عن مكان وطبيعة النشاط الرياضي, وبالتالي فإن المصلحة الرئيسة لمدونات قواعد السلوك تكمن فى نطاقها العالمي العابر لحدود الدولة([11])

---

(1) Transnational : " Qui suppose le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par – dessus les frontière independamment de l'action des Etats", **G. CRONU, (dir.)**, Vocabulaire juridique... op.cit, P.1038. , **Ph. C. JESSUP**, Transnational law, New Haven, Yale University Press, 1956, P.2.

(2) **C. KESSEDJIAN**, " Codification du droit commercial international et droit international privé . De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales ", Rec. cours la Haye, vol. 300, 2002, P.79 – 308, spec. P.121.

(3) **A. SOBCZAK**, Réseaux de sociétés et codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises europeennes, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit social, 2002, P.143.

3- عدم دقة المصطلحات التي تدور حول القانون الحر ذو الطابع العالمي:

نظرا لوجود ظواهر قانونية جديدة تعمل خارج حدود الدولة, والتي تنبع من اختلاف النشاط وعالميته, فإن اختلاف الفقه حول تحديد هذه القواعد التي تم إنشاؤها خارج إطار الدولة ودون سيطرتها, ينظر إليه بعض الفقه على أنه قواعد عبر الوطنية ([12]), بينما ينظر إليه الفقه الآخر على أنه قانون فوق دولي "Metanational" ([13]), أو قانون عابر للحدود من أصل خاص "Droit uniforme transnational d'origine privée" , أو قواعد غير وطنية ذات نشأة خاصة "Règles transnationales substantielles d'origine privée" , أو قواعد المواد عبر الوطنية "Règles matérielles transnationales" ([14]).

و بالنظر لهذه المصطلحات وتعددها من قبل الفقه, نجد أن الاختلاف شكلي فقط دون الموضوع, وما نميل إليه من تسمية هذه القواعد الناشئة خارج سلطان الدولة "بالقانون الحر ذو الطابع العالمي", النابع من الحرية وعدم التقييد بالمجرى المعتاد لإصدار القوانين من جانب الدولة, لأنه يتم إصداره ونشأته من جهات معنية بتنظيم النشاط على مستوى فوق وطني مثل الاتحادات الإقليمية , أو تحت وطني مثل المنظمات غير الحكومية.

---

(4) " Pour les uns, les mots international, transnational, mondialsont synonymes et l'emploi de l'un poyr l'autre indifférent ; pour les autres. Les sens sont différentes et il y aurait une progression dans l'effacement des frontières nationales au regard du développement du phenomène economique ". par, **Ph. KAHN,** " Droit international economique, droit du développement, Lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des orders juridiques? " , in Mélanges Bertbold GOLDMAN. Le droit des relations economiques internationales , Litec, 1982, P.97.

(1) I. STRENGER, " La notion de lex mercatoria en droit du commerce international", Rec. Cours La Haye, vol. 227, 1991, PP. 207 – 355, spec. P.276.

([14]) للنظر حول الاختلاف اللفظي وموقف الفقه:

B. AUDIT, " Le choix des Principes d'undroit comme loi du contrat et le droit international prive", in mélanges Camille JAUFFRET – SPINOSI, Dalloz, Etudes – Mélanges – Travaux, 2013, P.13.

الفرع الثاني

نشأة القانون الحر ذو الطابع العالمي

للوقوف على حقيقة نشأة القانون الحر, ينبغي أولا التعرف على العوامل التي ساعدت على نشأت هذا القانون, ثم عملية إنشاء أو إخراج القانون الحر.

أولا: العوامل التي ساعدت على نشأة القانون الحر ذو الطابع العالمي:

هناك عدد من العوامل ساعدت على نشأة القانون الحر ذو الطابع العالمي تتمثل في:

1- عدم كفاية القوانين الوطنية للأنشطة المنفذة في السياق الدولي:

يظهر عدم كفاية القوانين الوطنية للتطبيق على الأنشطة موضوع الدراسة, من عدم مراعاتها لمصالح بعض مجالات النشاط, حيث إن المشرع الوطني في الغالب يسعى دائما لتحقيق مصلحة نظامه القانوني فقط دون الاهتمام بما يحدث في المجال الدولي, وخاصة العلاقات الخاصة الدولية التي تنظم مصالح التجارة الدولية, أو المصالح الاقتصادية, والعلاقات الرياضية.

وتعتبر القوانين الوطنية غير ملائمة في الغالب([15]), لأنها لا تخدم أوجه الأنشطة التجارية والرياضية, وهذه الأنشطة تجد صداها في القانون الحر وحده, على أساس أن القانون الأخير لم يتم إنشاؤه لخدمة العلاقات الداخلية البحتة, وإنما لخدمة علاقات دولية ذات طبيعة خاصة([16]).

وهذا ما ينعكس على إنشاء وتطوير القانون الحر ذو الطابع العالمي لسد النقص في التشريع الوطني, وعدم ملاءمة الأخير لاحتياجات هذه الأنشطة التي ينظمها القانون الحر, ومثال لهذا

([15]) يلاحظ دائما بالنظر للنظم القانونية الداخلية وعند تنظيم الدولة للعلاقات الخاصة الدولية ترجيح بين مصلحتين, إما مصلحتها الوطنية أو المصالح الخاصة, إلا أنه بالتعمق نلاحظ أن مصالح التجارة الدولية في بعض منها يعد انعكاسا لمصالح التجار الذين يشكلون فى نهاية المطاف سكان الدولة, وهذا ما يؤدي إلى الاختلاف في النظم القانونية ومدى تقدم الدولة في هذا الصدد.

(1) **M. Eric LOQUIN**, " Les regles materielles internationals", Rec. Cours la Haye, vol. 322, 2006, P.50.

فقد تلجأ محكمة التحكيم الرياضية لقواعد تتجاوز حدود ونظام الدولة وتطوير القواعد القانونية من قبلها على قدر الإمكان دون التقيد بنظام الدولة([17]).

2- غياب التدخل التشريعي للدولة في مجالات نشاط معين:

قد يظهر غياب التدخل الصريح من قبل مشرع الدولة في تقنين قواعد قانونية محددة, كالقواعد القانونية التي تحكم النشاط الرياضي, لعدم الاهتمام بتنظيم هذه القواعد المتعلقة بالأنشطة, وهذا ما حدث بالفعل, عند النظر في تاريخ القانون الرياضي, نلاحظ أن مع منتصف القرن التاسع عشر اجتمع اللاعبون في الرياضة بشكل تدريجي في شكل اتحادات على المستوى الوطني ثم الدولي, من أجل تنظيم المسابقات الرياضية بوجه عام, ثم نقل اللاعبين بين الأندية, ثم مكافحة المنشطات في الرياضة, كل هذا بصرف النظر عن تدخل الدولة ([18]).

ثانيا: عملية إنشاء القانون الحر ذو الطابع العالمي:

بالنظر لكيفية إنشاء القانون الحر, أو خلقه لحيز الوجود, يظهر من انشائه من قبل الاتحادات الإقليمية, أو من قبل المنظمات غير الحكومية, ويمكن تناول هذا على النحو التالي:

1- إنشاء القانون الحر ذو الطابع العالمي من قبل الاتحادات الإقليمية:

في هذا الصدد نتناول دور الاتحاد الأوربي في خلق وبلورة القانون الحر, بالإضافة لدور الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على النحو التالي:

أ- النظام القانوني للاتحاد الأوربي والرقابة المباشرة على القانون الحر:

الاتحاد الأوربي عبارة عن اتحاد فوق وطني, مما يعنى أن الدول الأعضاء تتنازل عن بعض حقوقها السيادية للاتحاد الأوربي ومؤسساته, وهنا تبدى الدول الاعضاء الثقة لما يصدره الاتحاد

(2) **F. LATTY**, La lex sportive : recbercbe sur le droit transnational, Martinus Nijhoff publishers, Etudes de droit international, 2007, P.167.

(3) **F. LATTY**, La lex sportive, op.cit, P.165. , **G. SIMON (dir.)**, Droit du sport. PUF, Themis, 1 ed. 2012, P.32.

الأوربي من قرارات, فبالنسبة لتعزيز التجارة الدولية عبر الحدود, يحاول الاتحاد الأوربي إصدار العديد من القواعد الموحدة بالمسائل التجارية داخل المجموعة الأوربية, خصوصا أن هذه الأعمال لها قيمة علمية عالمية واتجاه نحو الالتزام بها.

فمنذ الأزمة المالية لعام 2008 واجه الاتحاد الأوربي العديد من التحديات الخاصة بالتجارة الدولية , وكرس هذا فى استراتيجية بعنوان "التجارة للجميع" نحو سياسة تجارية و استثمارية أكثر فعالية, وقد شددت المفوضية الأوربية على أن السياسة التجارية للاتحاد الأوربي أكثر حزما لتحقيق الشفافية والعدالة في مجال التجارة الدولية, وهذا ما رحب به المجلس الوطني لحقوق الإنسان, بهدف حماية حقوق الإنسان في السياسة التجارية للاتحاد الأوربي.

وهذا كله نابع من مجال عمل المفوضية الأوربية بموجب معاهدة عمل الاتحاد الأوربي "TFEU" ([19]) , حيث يتمتع الاتحاد الأوربي بالاختصاص الحصري في مسائل السياسة التجارية المشتركة بموجب المادة (207) من معاهدة عمل الاتحاد الأوربي, وبعد موافقة مجلس الاتحاد ونيابة عن الدول الأعضاء, وبناء عليه فإن هناك العديد من القرارات الصادرة من الاتحاد الأوربي , مثل قرار 71/ 2015 بتاريخ 20 مارس 2015 المنوط به وضع القواعد الجديدة لعمل المنطقة الاقتصادية الأوربية ([20]).

بالإضافة لقرارات الاتحاد الأوربي, فقد شرع العديد من المفاوضات الثنائية, التي نتج عنها اتفاقيات تجارية مع شركاء من جميع قارات دول العالم, وبطبيعة الحال انعكست هذه القواعد النابعة من هذه الاتفاقيات الثنائية على عمل الاتحاد والدول المشتركة فيه ككل, ووضع قواعد قابلة للتطبيق خارج حدود الاتفاقات, وتعبر عن نهج الاتحاد الأوربي الجديد للتجارة والاستثمار, وتعبر أيضا عن المبادئ التي يقرها الاتحاد الأوربي فى التعامل مع الحواجز الجمركية وسياسة الانفتاح والتنمية المستدامة, والتي منها القرار رقم 2016/1 الصادر عن اللجنة المشتركة بين الاتحاد الأوربي وأيسلندا بتاريخ 17 فبراير 2016 فيما يتعلق بمفهوم المنتجات ذات المنشأ([21]) ,

---

(1) "TFEU" : Traité sur le fonctionnement de l'Union europeenne.

(1) DECISION DU COMITE MIXTE D L'EE NO 71/ 2015 du 20 mars 2015 modifiant le protocole 4 (Regles d'origine) de l'accord EEE "Espace Economique Europeen" [2016/754].

وقد تضمن القرار على (39) مادة لتنظيم العمل داخل المنطقة الاقتصادية الأوربية من وضع شروط عامة (م2) وما يتعلق بالإعفاء من الرسوم الجمركية (م14) , ومبدأ الاقليمية (م11), والتعاون الدولي (م32) , وكيفية تسوية المنازعات (م35) , والعقوبات (م36).

(2) DECISION N 1/2016 DU COMITE MIXTE DU ISLANDE du 17 février 2016, modifiant la protocole n 3 à l'accord entre la communanté économique européene et la

كذلك القرار رقم 749/ 2017 بين الاتحاد وكندا لمعالجة المعاملة الوطنية للسلع ووصولها للأسواق, ورفع الحواجز الجمركية, وتسوية ما ينتج عن الاستثمارات المتعلقة بالتجارة عبر الحدود, وتنظيم الأحكام المتعلقة بالدخول والإقامة الخاصة بالأشخاص الطبيعيين لأغراض مهنية وغيرها([22]).

أما بالنسبة لدور الاتحاد الأوربي في مجال الرياضة الدولية, فقد يتمتع الاتحاد الأوربي بالاختصاص أيضا بالمسائل الرياضية, وهذا بموجب معاهدة عمل الاتحاد الأوربي "TFEU", ويتم هذا تحت سيطرة محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوربي, حيث ساهمت الأخيرة في تطبيق القانون الحر من خلال حكم Koch et Warlave في عام 1974, حيث كانت القاعدة التي سنها الاتحاد الدولي للدراجات "UCI" ([23]) تنص في إطار بطولة العالم بوجوب أن يكون المدرب من نفس جنسية المتسابق, وقد طعن على هذا أمام المحكمة لكونها قاعدة غير متوافقة مع مبدأ عدم التمييز وحرية التنقل, والتي يحميها القانون الأوربي([24]).

أيضا ما اصدرته محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوربي في عام 2010 بموجب حكم "Bernard" , حيث كان لاعب كرة يسمى "espoir" يرغب فى مغادرة نادية الفرنسي, والانضمام للنادي الإنجليزي, وقد طالب النادي الفرنسي بتعويضات مالية لكونه النادي الذى قام بتدريب اللاعب من البداية, وقد قررت محكمة العدل الأوربية باعترافها بوجود نظام يسمح بتعويض النادي الأساسي عندما يوقع اللاعب عقدا مع نادٍ آخر, بشرط أن يكون نظام التعويض قادرا على ضمان تحقيق الهدف المذكور, وألا يتجاوز ما هو ضروري لتحقيق هذا الهدف, أي "تناسب التعويض مع الأضرار التي أصابت النادي الأساسي"([25]) , وهذا على عكس ما هو ثابت بقضاء محكمة النقض الفرنسية من رفض أن يقوم لاعب كرة القدم بتعويض نادية التدريبي([26]).

République d' Islande, relatif à la définition de la notion de "Produits originaires" et aux méthodos de coopération dministrative [2016/386].

وقد وضع تحديد قواعد المنشأ المعمول بها وكيفية تسوية المنازعات (م2) , والتغيرات التى تطرأ على البروتوكول (م3).

(1) Décision n 2017 – 749 DC du 31 juillet 2017 Accord economique et commercial global le canada, d'une part, et l'Union europpeene et ses Etats.

(2) "UCI" : Fédérationin ternationale de cyclisme .

(3) CJCE, 12 déc. 1974, n 36/74, malrave et kocb, spéc. points 1 a 3.

(1) CJCE, 16 mars 2010, n C – 325/08, Bernard, spéc. points 49 et 50.

(2) Cass., soc. 6 oct 2010, n 07 – 42. 023, RDT 2008. 729, obs. D. JACOTOT.

ب-**الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان ورقابتها غير المباشرة على القانون الحر:**

يظهر موافقة الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان "HER" ([27]) على القانون الحر ذو الطابع العالمي والأخذ به, وتطبيقها للقانون العالمي لمكافحة المنشطات "Code mondial antidopage" وذلك من خلال اتفاق القانون العالمي لمكافحة المنشطات لعام 2015 Code mondial antidopage de 2015 مع أحكام الاتفاقية EHR , وأن الأحكام المتعلقة بضوابط مكافحة المنشطات , التي تم تنفيذها على فترات طويلة, أو في جميع الأماكن لا تنتهك خصوصية الرياضيين, وهذا ما توافقت عليه محكمة النقض الفرنسية على أن القيد المفروض من القانون العالمي لمكافحة المنشطات من إلزام فرض مكان على الرياضيين الذين يشكلون جزءا من المجموعة المستهدفة, لا يشكل قيدا على حرية التنقل لهم ويتوافق مع ما قررته الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان([28]).

2- إنشاء القانون الحر ذو الطابع العالمي بواسطة المنظمات غير الحكومية:

بالنسبة للأنشطة المتعلقة بالتجارة الدولية وتطبيق القانون الحر, فهناك مجالا لتنظيم البيع الدولي للبضائع "La vente internationale de marchandises" من خلال توزيع التزامات البائع والمشتري, وهذا ما يتم من قبل غرفة التجارة الدولية "CCI" ([29]) في القطاع المصرفي لسن قواعد موحدة تتعلق بالاعتمادات المستندية, والتحصيل, والضمانات التعاقدية, أيضا يتم إصدار العقود القانونية النموذجية المخصصة لتجارة منتجات الحبوب من قبل جمعية تجارة الحبوب والأعلاف "GAFTA" ([30]), بالإضافة لهذا فهناك عقود أخرى مخصصة لمقايضات التخلف عن السداد, والتي تم إنشاؤها من خلال منظمة مهنية "الاتحاد الدولي للمقايضات والمشتقات ISDA " ([31]), ايضا قواعد Vente CAF وقواعد Incoterms التى أصدرتها غرفة التجارة الدولية, والتى تنتج عن الاستخدامات التجارية, ومبادئ اليونيدروا Unidroit.

---

(3) "EHR" : La Convention européenne des droit de l'Homme.

(4) Cass., 1 er, 16 oct. 2013, n 13- 15. 146, D.2013. 2750, note B. BRIGNON ; D. 2014. 396, obs. Ch. DUDOGNON.

(1) "CCI" : La chambre de commerce internationale.

(2) "GAFTA" : La Grain and Feed Trade Association

E. LOQUIN, Les règles materielles internationales...op.cit, P.89 et s.

(3) "ISDA" : L'international Swaps and Derivatives Association.

أما بالنسبة لأنشطة الرياضة الدولية ودور المنظمات غير الحكومية في إنشاء القانون الحر كمثال الاتحادات الرياضية الدولية, فتتميز العلاقة الداخلية (بين الاتحادات الرياضية الدولية والاتحادات الرياضية الإقليمية) بالتسلسل الهرمي للسلطة والتبعية, من فرض الاتحادات الرياضية الدولية للقانون الحر ذو الطابع العالمي, سواء على أعضائها, أو الاتحادات الرياضية الإقليمية, ومن هذا ما يقوم به الاتحاد الدولي لكرة اليد من فرض عقد موحد على الاتحادات الوطنية عن كيفية تنظيم المسابقات, وإقامة الفرق الرياضية والمسئولين عنها, إلى تنظيم المؤتمرات الصحفية, وبالتالي ينظم هذا الاتحاد الدولي النشاط التعاقدي المستقبلي للاتحادات الوطنية المنتسبة له, ويفرض عقودا تحتوى على قواعد قانونية ملزمة لإعادة بث الأحداث الرياضية , بالإضافة لهذا يشرف الاتحاد الدولي لكرة اليد على العقود التجارية في هذا الصدد والمبرمة بينه وبين الشركات الوطنية([32]).

وهذا نابع من العلاقات بين الاتحاد الدولي والاتحادات الوطنية, وهذا ما يسهل عملية التعاقد, بأنها ليست متعددة الأطراف ويقلل احتمالات التفاوض, من قيام الاتحاد الدولي بعمل منفرد يلتف بموجبه الشخص إلى وضع قانوني تم إنشاؤه من خلال كونه عضوا في مجموعة موجودة مسبقا سواء كان (جمعية – شركة – اتحاد...), وهذا ما يسمح للاتحاد الدولي بفرض قواعده, وبالتالي على جميع الاتحادات التابعة له سواء كانت وطنية, أو قارية الامتثال لهذه القواعد.

وبالتالي يمكن للاتحادات الرياضية الدولية من فرض إرادتها على جميع الاتحادات والهيئات التابعة له ويمكنه من إجبارها على هذا, واحترام القانون الحر ذو الطابع العالمي, دون أن يكون لدى الاتحادات الوطنية التابعة له إمكانية التفاوض على هذه القواعد فيما يتعلق بمحتواها.

ويظهر أيضا القانون الحر من خلال الإشراف الصارم على عقود توظيف الرياضيين "Contrats de travail des sportifs", وتحويلات الرياضيين بين الأندية من قبل بعض الاتحادات الرياضية, وهذا ما يمثل في نهاية المطاف تأثير الرياضة على الاقتصاد والتجارة, فينظم الاتحاد الدولي لكرة القدم على سبيل المثال ممارسة مهنة الوكيل الرياضي, بالإضافة لهذا يتم إدراج بنود تحكيم خاصة في العقود المقدمة للرياضيين, مما يتيح عقد الاختصاص لمحكمة التحكيم الرياضية([33]).

---

(1) **F. LATTY**, Le Lex sportive....op.cit, P.148 – 149. " Outre les stipulations relatives aux droits de retransmission, la fédération internationale de handball encadre les contrats commerciaux – sponsoring, etc. – conclus entre le fédérations nationales et les entreprises.

(1) **F. BUY, J. M. MARMAYOU, D. PORRACHIA, F. RIZZO**, Droit du sport....op.cit, P.372.

المبحث الأول

منهجية تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي في العلاقات الخاصة الدولية

نظرا لوجود كيانات أخرى متمثلة في الاتحادات الاقليمية والمنظمات غير الحكومية ظهرت على ساحة المجتمع الدولي بجانب الدول, وإصدارهما معا للقوانين الصالحة للتطبيق على منازعات الحياة الخاصة الدولية, وبالتالي فهذه الكيانات اشتركت مع الدول بمقتضى سلطتها السياسية مصاحبة سلطة التشريع, مما أثار التساؤل معه حول مضمون ونطاق قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين, لأن نطاق التنازع تحول من تنازع بين قوانين دول إلى تنازع بين قوانين وتشريعات كيانات مغايرة للدول ذاتها, وهذا يستتبع التساؤل عند ترجيح إعمال القانون الحر ذو الطابع العالمي على المنازعات الخاصة الدولية, هل يطبق بصفة مطلقة أم هناك بعض الموانع التي من شأنها التقييد من تطبيقه؟ وهذا ما سوف نتناوله خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول

مناهج فض تنازع القوانين وعلاقتها بالقانون الحر ذو الطابع العالمي

مناهج فض تنازع القوانين, هي المناهج المنوط بها فض التزاحم بين أكثر من قانون لحكم العلاقة الخاصة الدولية, وإذا كان الفكر القانوني قد كشف عن مناهج لفض تنازع القوانين, والتي منها المنهج الرئيس الأصيل لفض تنازع القوانين بشأن العلاقات الخاصة الدولية, والمتمثل في منهج قاعدة التنازع "mèthode de la règle de conflit" , فإنه يوجد في الوقت ذاته مناهج جديدة أضحت تنافس بشدة خطيرة هذا المنهج الرئيس([34]), والتي منها القواعد الموضوعية أو المادية, والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي.

وفى إطار بحثنا هذا يقتضي أولا إلقاء النظر على القواعد الموضوعية أو المادية, وتحديد نقاط التفرقة بينها وبين القواعد الحرة ذات الطابع العالمي, ثم تحديد نطاق التنازع بين كل من قاعدة التنازع والقاعدة الحرة.

الفرع الأول

منهج القواعد الموضوعية والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي

لتحديد التفرقة بين منهجي القواعد الموضوعية أو المادية والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي, ينبغي الوقوف على حقيقة ومدلول القواعد الموضوعية.

([34]) للنطر حول تعدد مناهج فض تنازع القوانين:

H. BATIFFOL, La pluralisme des mèthodes en Droit international privé, Rec. cours la Haye, 1973. t. II, vol. 139, P.79 et s. , **P.Louis – LUCAS**, conflits de mèthodes en matière de conflits de lois, clunet, 1956, P. 774 et s., **B. AUDIT**, le caractère fonctionnel de la règle de conflit "sur la crise de conflits de lois", Res – cours la Haye, 1984, T- III, vol. 186, P.216 et s.

أولا: مدلول القواعد الموضوعية او المادية:

للوقوف على حقيقة القواعد الموضوعية, يستلزم الدراية بطبيعة هذه القواعد, ووظيفتها فى إعطاء الحل المباشر للعلاقات الخاصة الدولية, فقد تداول الفقه مصطلحات ذات مدلولات مختلفة في شأن تحديد هذه القواعد, نتيجة لاختلاف موقف هؤلاء الفقهاء من هذه القواعد, فمنهم من يرى في هذه القواعد الموضوعية نظاما قانونيا كاملا ومستقلا عن أي نظام قانوني داخلي, ويطلق على أصحابه النظرية الموسعة, أو الاتجاه الموضوعي الاساسي, ومنهم من ينظر لهذه القواعد من خلال تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص, ويطلق على أصحابه: النظرة المضيقة, أو الاتجاه الموضوعي أو المادي التكميلي.

1- النظرة الموسعة او الاتجاه الموضوعي الأساسي([35]):

يركز أنصار هذا الاتجاه في تصورهم للقواعد المادية أو الموضوعية على مصدر هذه القواعد وكيفية نشأتها, فبالنسبة لنشأة القواعد الموضوعية, فتتميز بنشأتها التلقائية في جماعة تعاونية, منها التي تحكم مجتمع التجار, مما يجعلها تنافس القواعد القانونية الوطنية الصادرة من المشرع الوطني, لكونها قانونا من خلق الأفراد, جاءت لتحكم العلاقات ذات الطابع الدولي الخاص, لذا يطلق أنصار هذا الاتجاه تسميات عديدة للقانون الموضوعي للتجارة الدولية, مما يجعله يختلط بالقانون الدولي العام, ومن هذه التسميات القانون التجاري المشترك بين الشعوب, أو قانون الشعوب, أو قانون عبر الدول, أو قانون عرفي عبر الدول, او قانون غير وطني, أو القواعد عبر الدولية, وبالنظر لهذه المصطلحات يتبين استقلالية هذا القانون الموضوعي عن القوانين الوطنية([36]).

وبالنسبة لمصدر القواعد الموضوعية, فهي تستند إلى القانون بمعناه الواسع, وليس مقتصرا على ما تسنه الدول من قوانين, فتضم القواعد المادية قواعد الاتفاقيات الموحدة, والقوانين التي تسنها الدول لوضع حلول مباشرة لتنازع القوانين, بالإضافة لمفاهيم أخرى قد لاتعد قواعد قانونية وفقا للنظرية العامة للقانون.

([35]) راجع في ذلك:
GERHARD Kegel, the crisis of conflict of law, R.C.A.D.I, II, P.259.

([36]) **د/ صفوت احمد عبد الحفيظ احمد**, دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص, بدون دار نشر, 2000, ص224

وهكذا ينتهى أنصار النظرة الموسعة, أو القانون الموضوعي الأساسي "قانون التجارة الدولية الذى يقوم على تجنب منهج التنازع, أو قواعد الإسناد" إلى تأكيد استقلالية القواعد الموضوعية, كقانون خاص يحكم منازعات أو علاقات مجددة بالذات, ويبتعد عن المناهج التقليدية للقانون الدولي الخاص, والقائمة على قواعد الإسناد([37]).

2- النظرة المضيقة, أو الاتجاه الموضوعي, أو المادي التكميلي([38]):

ينظر إلى القواعد الموضوعية أو المادية نظرة مساوية لقواعد الإسناد التقليدية, حيث أثبت أن مقنني القانون الوضعي قد اخفقوا في السيطرة, وملاحقة التطور في المعاملات الدولية, ليس فقط لأنهم لا يرغبون في هذا, ولكنهم غير قادرين على ملاحقة التطور السريع في المعاملات الدولية, بالإضافة لبعدهم عما يتم من تصرفات ومعاملات دولية, جعلهم بمنأى عن تصور الحلول والقواعد الملائمة للمشكلات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

والقواعد الموضوعية عند هذا الاتجاه تتسم بسمتين: الأولى: خصوصية هذه القواعد بالنسبة للمنازعات الخاصة الدولية, فهذه القواعد خلقت لتحكم المنازعات ذات الطبيعة الدولية, على عكس قواعد الإسناد التي من خلق المشرع الوطني. الثانية: التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية دون حاجة إلى منهج التنازع التقليدي, وبصرف النظر عن القانون المختص بمقتضي هذا المنهج([39]), ووفقا لهذا فالقواعد الموضوعية أو المادية شرعت للتطبيق المباشر على منازعات معينة بالذات, لتكملة النقص والقصور في قواعد الإسناد التقليدية([40]).

([37]) ازاء التطورات الهائلة التى حدثت في مجال التجارة الدولية, خصوصا بعد الحرب العالمية الثانية, أصبح القانون التجاري الدولي يجتهد ثانيا محاولا الظهور مستقلا بنفسه, كقانون مهني دولي, أي كقانون غير وطني, وسوف تكون فرصته في تحقيق استقلاليته أكبر, لو ترك يحيا بعيدا عن إدخاله في إطار القانون الدولي الخاص لكل دولة, ولو تحقق له هذا, فسوف يكون بمثابة قانون خاص دولي, أو قانون دولي خاص تجاري يحل في المدي البعيد محل القانون الدولي الخاص نفسه. في سبيل تطور واستقلالية القواعد الموضوعية كقانون خاص بمجتمع التجارة, انظر الى, **د/ صفوت احمد عبد الحفيظ احمد**, المرجع السابق, ص224, 225.

([38]) **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**, الاصول في التنازع الدولي للقوانين, دار النهضة العربية بالقاهرة, 2003, ص263

Kegel (G.), op.cit, P.238, 251.

([39]) **د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد**, المرجع السابق, ص 226

([40]) **د/ أشرف وفا محمد**, المبادئ العامة لتنازع القوانين في القوانين المقارنة, دار النهضة العربية بالقاهرة, الطبعة الاولى, 2004, ص49 وما بعدها

وبالنظر للاختلاف الفقهي السابق من تحديد مضمون القواعد الموضوعية من تبني نظرة موسعة وأخرى مضيقة, إلى الاختلاف في تبني تعريف لهذه القواعد الى كونها "مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلا, او المعدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع, أو يتفاداه في علاقات خاصة ذات طابع دولي([41]), أو أنها "القواعد التي تضع مباشرة تنظيما خاصا ومستقلا عن كل قانون داخلي لبعض العلاقات القانونية, بالنظر إلى صفتها الدولية"([42]).

وعلى هذا فالقواعد الموضوعية أو المادية تأخذ في الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية, أي: أنها قواعد مناسبة للعلاقة الدولية ذات العنصر الأجنبي, كما أنها تتلاشى الصعوبة في قواعد التنازع الممثلة في عملية التكييف وتحديد القانون الواجب التطبيق, لذا فتتسم بالسهولة في التطبيق. أيضا باعتبارها قواعد مباشرة محددة المضمون والهدف, دولية واضحة المعالم سهلة التطبيق, قوية الصلة المباشرة بينها وبين القاضي, تحقق مصلحة العلاقات الخاصة الدولية ومصلحة الدول ذاتها.

ثانيا: التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي:

تتبين الخطوط الفاصلة بين كل من القواعد الموضوعية أو المادية والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي على أساس مصدر القواعد, والتمييز القائم على النظام القانوني على النحو التالي:

1- المعيار الأول للتمييز القائم على أساس مصدر القواعد:

يتم إنشاء القواعد الموضوعية أو المادية من قبل كيانات ذات سيادة ممثلة في الدول, سواء كان مصدر القاعدة الموضوعية التشريع الداخلي للدولة, أو عن طريق الأحكام القضائية ممثلة في السوابق القضائية, أو بشكل مشترك من خلال اتفاقية دولية, وبالتالي فهذه القواعد التي تحكم مباشرة العلاقات الدولية الخاصة, والتي لا تجد مصدرها في نصوص المعاهدات فحسب, وإنما في صورة أرساها التشريع والقضاء في مختلف الدول وفى عدة مسائل ليخلق منها تنظيما قانونيا وطنيا معدا لحكم العلاقات والمعاملات الدولية, ويختلف بالتبعية عن مثيله المعد لحكم العلاقات الداخلية. ولكن هذا الاختلاف نسبي, بل قد تتعايش هذه القواعد المادية مع القواعد الداخلية,

---

([41]) **د/ محمد عبد الله محمد المؤيد**, منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية (دراسة تأصيلية), دار النهضة العربية بالقاهرة, 1998, ص 39

([42]) انظر رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة من الباحث, **أشرف شوقي مسيحة**, القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية, مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية, 2008, ص 134

وعلى سبيل المثال في فرنسا المادة (1582) وما يليها من القانون المدني تتفق مع اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع, والتي تشكل القانون العام للبيع الدولي ومأخوذة منها.

وبالتالي فالقواعد الموضوعية أو المادية للقانون الدولي الخاص هي قواعد تصدرها دولة, أو مصدر ذات سيادة, وتكون مخصصة بشكل رئيس لحكم معاملات ذات طبيعة دولية, والتي توفر حلا فوريا ومباشرا لحكم النزاع.

وهنا يتبين الفارق الجوهري بين القواعد الموضوعية والقواعد الحرة, فالقواعد الموضوعية هي التي أنشأتها الجهات الفعالة العامة ذات السيادة ممثلة في الدولة ومؤسساتها([43]), أما القواعد الحرة, فهي التي سنتها الجهات الفعالة الخاصة, أو غير الحكومية كالاتحادات الإقليمية, أو المنظمات غير الحكومية.

أضف إلى هذا, أن صفة الجمع لمسمى القواعد الموضوعية يعطى إيحاء لدى البعض عن تنوع هذه القواعد مما يجعلها غير متجانسة([44]), فعلى سبيل المثال القواعد الموضوعية التي أنشأتها اتفاقية فينا بشان البيع الدولي للبضائع, والقواعد الجوهرية التي أنشاتها واستقرت عليها محكمة النقض الفرنسية, قد لا تبدو بمثابة عمل متماسك, بل قد يوجد اختلاف بينهما في بعض الامور. وهذا عكس القواعد الحرة "مبادئ اليونيدروا Principes Unidroit , أو قواعد الانكوترمز Incoterms , أو لائحة صادرة عن اتحاد رياضي دولي Un règlement édicté par une fédération sportive international" فهذه قواعد متماسكة ومتناسقة صادرة بصدد تصرفات قانونية موحدة, سواء كانت تجارية, أو رياضية لا يختلف بشأنها أحد, ومتفقة مع العلاقات الخاصة الدولية لكونها صادرة من منبع متفق مع هذه العلاقات في الطبيعة الدولية, بالإضافة لاتفاقها معها في طبيعة النشاط الناتج عن هذه الممارسات التجارية و الرياضية.

وبالتالي فالقواعد الحرة هي مجموعة القواعد المكتوبة والمطورة من جانب واحد من قبل جهات فعالة غير حكومية, تهدف إلى التطبيق فيما يتعلق بالنشاط الذى يتم النظر فيه, وبشكل مستقل عن حدود الدولة.

2- المعيار الثاني للتمييز القائم على أساس النظام القانوني:

(1) **D. BUREAU et H. MUIR WATT,** Droit international privé, t. I, partie générale, 3 éd., PUF, thémis, 2014, P.635 et s.

(2) **Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES – SOMMIERES**, Droit international privé, Dalloz, précis, 10 ed., 2013, P.77. , E. LOQUIN, Les règles.....op.cit, P.23.

تحديد المسألة المتعلقة بتطبيق القواعد الموضوعية أو المادية للقانون الدولي الخاص يسمح بوضع معيار ثانٍ يميزها عن القواعد الحرة, وهي ناتجة من عدم اليقين فيما يتعلق بأساليب تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص, فتنطبق هذه القواعد على العلاقات الخاصة الدولية وتتنافس مع قواعد التنازع أو الإسناد في حالتين: الاولى: القواعد الموضوعية أو المادية التي أنشأتها الاتفاقيات الدولية, فتحدد كل اتفاقية دولية شروط تطبيقها, وعلى سبيل المثال, بالنظر لاتفاقية جنيف المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البر لم تتعرض لقواعد التنازع الداخلية بصدد إعمالها, بحيث نصت المادة الأولى منها على أن تنطبق الاتفاقية على أي عقد لنقل البضائع بالطرق البرية بواسطة المركبات, عندما يكون مكان شحن البضائع والمكان المعد للتسليم أو التفريغ – على النحو المبين في العقد – في بلدين مختلفتين, أحدهما على الأقل في دولة متعاقدة([45]), وبهذا فقد اكتفت اتفاقية جنيف لتطبيقها على النزاع بأن يكون أحد البلدين (مكان الشحن أو التسليم) من الدول المتعاقدة فى الاتفاقية. وهذا على عكس اتفاقية فينا "La convention de Vienne (CVIM)" فمجال تطبيقها إذا كان الأطراف من دولتين موقعتين على الاتفاقية, يكون تطبيقها فوريا, أما إذا كان أحد الأطراف ممثلة في دولة لم توقع على الاتفاقية, ففي هذه الحالة تنطبق الاتفاقية بشرط أن يكون قانون الدولة الموقعة على الاتفاقية مختص بحكم المسألة.

الحالة الثانية: فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية أو المادية التي أنشأتها الدولة من جانبها فقط, ففي هذه الحالة يتم إنشاء القواعد الموضوعية من خلال النظر في خصوصية العلاقات الدولية, مما يعني ضمنيا صياغة قانون موضوعي يطبق فورا على منازعة ذات طبيعة خاصة دولية, وبالتالي فيشكل أهمية التطبيق الفوري للقواعد الموضوعية, والتي اعتمدتها الدولة من جانبها في الأسبقية والأولوية على قواعد تنازع القوانين باعتبارها اكثر القوانين عدلا وأنسبها, ولكونها تتفق مع توقعات الأطراف([46]).

---

(1)« La présente Convention s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route à titre onéreux au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins estun pays contractant. Il en est ainsi quels que soient le domicile et la nationalité des parties » (article 1er).

(1) **Y.LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES – SOMMIERES**, op.cit, P.77- 78., **A. FERRER – CORREIA**, "Les problèmes de condification en droit international privé", Rec. Cours La Haye, vol. 145, 1975, P.57- 203.

أما القواعد الحرة فهي تتلاشى المشكلة السابقة من كونها لا تتنافس مع قواعد تنازع القوانين داخل الدولة, فهي خارجة عن إطار الأنظمة القانونية للدولة, ولكنها تنطبق نتيجة للقوة التعاقدية النابعة من موافقة الأطراف على هذا التطبيق للقواعد الحرة على المنازعة الدولية الخاصة, ولكونها بمثابة قواعد عقدية مدمجة في العقد الرئيس بصورة شروط أو بنود تعاقدية.

الفرع الثاني

منهج قاعدة التنازع والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي

يعتبر منهج قاعدة التنازع المنهج الرئيس الأصيل لفض تنازع القوانين بشأن العلاقات الخاصة الدولية, هنا ينبغي الوقوف على مدى ملاءمة قاعدة التنازع لمنازعات الحياة الخاصة الدولية النوعية المرتبطة بنشاط متجانس , ومدى علاقتها بالقواعد الحرة من خلال الآتي:

اولا: صعوبات تطبيق قواعد الإسناد على المنازعات الخاصة الدولية النوعية:

من منازعات الحياة الخاصة الدولية النوعية والمرتبطة بنوعية النشاط المتجانس مجالات التجارة الدولية, أو العابرة للحدود والرياضة الدولية, وهنا نطرح التساؤل حول مدى صلاحية ومواءمة قواعد الاسناد لحكم منازعات التجارة العابرة للحدود و الرياضة الدولية؟

للإجابة على هذا ينبغي الوقوف على حقيقة قواعد الاسناد ذاتها وما يعتريها من نقص وعوار, والتي منها وضع حلول داخلية لمسائل دولية, وتعقيد أستخدام منهج التنازع, وفَقْد منهج التنازع للوظيفة الوقائية, كما أن منهج التنازع قد يقود لانعدام الأمن القانوني, ويمكن توضيح هذا فيما يلي:

1- وضع حلول داخلية لمسائل ذات طابع دولي:

منهج تنازع القوانين لا يقدم حلا مباشرا للنزاع, بل يشير فقط إلى القانون الواجب التطبيق من خلال التركيز المكاني للعلاقة محل النزاع, واعتبار المكان الذي يرتبط به أكثر الروابط وثوقا, واختيار قانون هذا المكان ليحكم العلاقة القانونية.

وانطلاقا من اعتبار قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة إرشادية, حيث لا تعطي حلا موضوعيا للنزاع, فهي ترشد فقط إلى القانون الأقرب صلة, والذي يعطى الحل النهائي للمسألة المثارة حول

العلاقة ذات الطابع الدولي, وهذا القانون هو في النهاية قانون داخلي وضع خصيصا لحكم العلاقات الوطنية الداخلية, ووفق لهذا, فإن قاعدة التنازع تتجاهل عن عمد طبيعة العلاقات الخاصة الدولية([47]).

كما أن القواعد القانونية الداخلية المنوط بتحديدها قاعدة التنازع, غير كفيلة بتنظيم العلاقات ذات الطبيعة الدولية, لأنها لم توضع أصلا لها, وأن منهج التنازع منهج زائف وغريب, لأنه يفتقد الروح الدولية, والمنطق يقضي بأن تدويل الروابط القانونية يستلزم تدويل القواعد التي تحكمها([48]).

2- شدة تعقيد المنهج القائم على قاعدة التنازع:

يؤدي تعقيد هذا المنهج إلى صعوبة استخدامه, ويعد الفقيه Prosset أكثر الفقهاء قسوة في إظهار هذا النقد, حيث ينعت منهج تنازع القوانين – بلغة لم تألفها الدراسات القانونية – بأنه "مستنقع كئيب, يسكنه علماء غريبو الأطوار, يدرسون مسائل غامضة, مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي على الفهم"([49]).

ويشبه البعض هذا المنهج بلعبة الشطرنج, ويتساءلون كيف يمكن لقضاة غير متخصصين في مشاكل القانون الدولي الخاص تطبيق هذا المنهج؟ واذا كان هذا هو الحال بالنسبة للقضاة, فإن الأمر يعدو أكثر صعوبة بالنسبة للمتقاضين, أو بالنسبة للأفراد.

والتعقيد ناتج من أن إعمال منهج قاعدة التنازع يتطلب القيام بمجموعة من العمليات الفنية المعقدة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع, منها تفسير ضابط الإسناد, والتكييف القانوني للمسألة, ثم تحديد القاعدة واجبة التطبيق, كل هذا من الصعوبة على

([47]) **د/ أحمد عبد الحميد عشوش**, تنازع مناهج تنازع القوانين, مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية, 1988, ص 18

([48]) **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**, القانون الدولي الخاص النوعي, دار النهضة العربية بالقاهرة, الطبعة الأولي, ص42

([49]) **د/ أحمد عبد الحميد عشوش**, المرجع السابق, ص14

شخص غير متخصص القيام به, وتستلزم رجالا متخصصين في مناهج تنازع القوانين, للقيام بالعمليات الفنية المعقدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية([50]).

3- فقد منهج التنازع للوظيفة الوقائية:

يأخذ جانب من الفقه على قاعدة التنازع فقدها للصفة الوقائية, ويقصد بها الحيلولة دون وقوع النزاع بين الأفراد, وتمثل هذه الوظيفة المفقودة في ظل منهج التنازع أحد خصائص القانون الحر ذات الطابع العالمي, ويشير البعض الآخر في هذا الصدد, إلى أن قاعدة التنازع قاعدة لا فائدة لها, باعتبار قاعدة تنازع القوانين لا تحقق الوقاية من حدوث النزاع, فهي قاعدة لا تظهر فاعليتها إلا أمام القضاء, فهي لا يعلمها إلا القضاء, ولا شك أن قاعة كهذه تنعدم فائدتها قبل وقوع النزاع, وهو أمر يثير الكثير من القلق, وقد يدعو إلى هجرها من قبل أطراف العلاقة ذات الطابع الدولي([51]).

4- منهج التنازع يقود الى عدم إمكان توقع الحلول, وانعدام الأمن القانوني:

قواعد الإسناد لا تكفل تحقيق عنصر الأمان القانوني, حيث يؤدي إعمالها في بعض الأحيان إلى نتائج غير مرغوب فيها, فكل ما تهتم به قاعدة التنازع هو تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن تلقي بالا إلى نتائج إعمال هذا القانون.

ثانيا: التحول من التنافس بين قواعد التنازع والقواعد الحرة للتعايش:

ترتب على صعوبات تطبيق قاعدة التنازع السابقة بصدد منازعات الحياة الخاصة الدولية النوعية الممثلة في النشاط التجاري الدولي والرياضي الدولي إلى منافسة وبشدة للقواعد الحرة ذات التطبيق العالمي لقواعد الإسناد, ولكن سرعان ما يتحول هذا التنافس لتعايش بين المنهجين, ومن هنا نتعرض أولا للتنافس بين قواعد التنازع والقواعد الحرة ثم للتعايش بينهما.

([50]) للنظر حول عناصر قاعدة التنازع وصعوبة إعمالها, **د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي**, دراسات في القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي), بدون دار نشر, 1990, ص225 الى 228

([51]) **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**, المرجع السابق, ص 43

1- التنافس بين قواعد التنازع والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي:

يرجع التنافس بين كلتا القاعدتين الى منهجية قواعد التنازع ذاتها وقوامها على تطبيق قانون الدولة, أو المكان الذي ترتبط به العلاقة القانونية أكثر من غيرها, وبالتالي فالعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي, لا يكون لها هذا الوصف إلا إذا اتصلت بأكثر من دولة واحدة في عناصرها القانونية الممثلة في الأشخاص أو الاطراف, الموضوع أو المحل, السبب أو الباعث, أي: الواقعة المنشئة لها, والغالب عملا أن أوجه اتصال العلاقة بالدول تختلف قوة ووزنا, بحيث يمكن ترجيح الدولة التي ترتبط بها العلاقة القانونية أكثر من غيرها, ويكون قانون هذه الدولة هو الأكثر مناسبة وملاءمة للتطبيق على العلاقة المذكورة([52]).

وهذا المنهج نما وتطور بفكر الفقيه سافيني "SAVIGNY" , والمسمى بمنهج قاعدة التنازع, وتقوم بغرضها الرئيس من خلال فض التزاحم بين قوانين متعددة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي, عن طريق وضعها للقواعد التي تسند العلاقة إلى قانون دولة معينة أقرب للنزاع, بناء على أن هذه الدولة تمثل إما موطن أحد الطرفين, أو جنسية أحد الطرفين, أو مقر إبرام أو تنفيذ العلاقة القانونية, او موقع المال محل العلاقة القانونية([53]).

وبالتالي فقاعدة الاسناد أو التنازع قاعدة قانونية من صنع المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي, عن طريق مجموعة من الضوابط, التي يمكن وصفها بأنها تقوم على فكرة التركيز الإقليمي للعلاقات القانونية داخل اقليم دولة معينة, للوصول إلى النتيجة المرجوة من اعتبار قانون هذه الدولة هو القانون الواجب التطبيق.

وهذا ما يوصلنا الى أزمة التنافس بين قواعد التنازع والقواعد الحرة, لكون قواعد الإسناد المنهج الأصيل لحل تنازع القوانين, بالإضافة لكونها صممت اساسا لفض التنازع بين قوانين دول ذات سيادة تتمحور بين فكرتين أساسيتين, فكرة إقليم الدولة (قانون موقع المال, قانون مكان النشأة أو

([52]) **د/ أحمد عبد الكريم سلامة** , علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولا ومنهجا", مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة, الطبعة الأولي, 1996, ص 18

([53]) للنظر حول مدلول قاعدة الاسناد:

J.P. NIBOYET, Cours de droit international privé francais, paris, sirey, 2 eme ed, 1949, p.349., Paul GRAULICH, Principe de droit international privé, paris, librairie, Dalloz, 1961, P.27., Bernard AUDIT, droit international privé, ECONOMICA, 3 ed, 2000, P.82 et s., **Sandrine Clavel,** droit international privé, HYper cours, Dalloz, 2009, P.45, 46.

التنفيذ, قانون بلد الابرام, قانون الموطن) وفكرة الجنسية. أما القواعد الحرة ذات الطابع العالمي فتقوم على فكرة مغايرة, أساسها أنها لا تستند للقانون الصادر من الدولة بصفتها كيانًا ذات سيادة, وإنما للقانون بوجه عام باعتباره مجموعة من القواعد المكتوبة الصادرة من جانب إحدى المؤسسات, أو الهيئات, أو الجهات المغايرة للدولة, والممثلة في الاتحادات الإقليمية والمنظمات غير الحكومية, والمراد به تطبيقه فيما يتعلق بنشاط معين يتجاوز حدود الدولة ليخرج للعالمية.

لذا فالقواعد الحرة لا تقوم على نفس فكرة قواعد التنازع من فض تزاحم القوانين, وإنما تقوم على أساس مغاير متمثل في توحيد القواعد القانونية المكتوبة لتقديم حلول ذاتية من طبيعة النزاع القائم, مما يجعله قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة, صادرًا من جهات فعالة منشغلة بطبيعة النزاع والمعاملات ذات الطابع العابر للحدود, وبهذا فالقواعد الحرة ذات الطابع العالمي تتميز بسمتين رئيستين عن قواعد التنازع, الأولى: أنها تتلافى الاختلاف الناتج عن تباين القوانين الوطنية, والذى قد يعوق حركة التجارة الدولية والارتقاء بمستوى الرياضة العالمية. ثانيا: أن صانعي القانون الوضعي قد اخفقوا في السيطرة على هذا التطور, لكونهم غير قادرين على ملاحقة التطور في مجالي التجارة والرياضة الدوليين, لبعدهم عن واقع هذه الأنشطة([54]).

وهذا ما يثير في نهاية المطاف للمنافسة الشرسة بين قواعد التنازع والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي, لاختلاف منهج إعمالهما على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

2- التعايش والتكامل بين قواعد التنازع والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي:

نحاول في هذا الصدد البحث عن آلية للتعايش المشترك بين قواعد التنازع والقواعد الحرة, ونفترض هنا افتراضًا قانونيًا منبعه التحول من فكرة التوطن بين الدول لفكرة التوطن المجتمعي, وهذا مفاده احداث تغيير في النظرية العامة للقانون من كون القانون مصدره الدولة إلى كون القانون ذات مصدر مشترك بين الدولة والجهات الفعالة في النشاط المتعلق بعلاقة دولية من جهات وكيانات فوق وطنية, كالاتحادات الاقليمية وجهات تحت وطنية ممثلة في المنظمات غير

([54]) **د/ احمد عبد الكريم سلامة**, المرجع السابق, ص 263

الحكومية, كالاتحادات الرياضية. وبالتالي توطين العلاقة في المجتمع كبديل عن التوطين في الدولة, وهذا يدعم فكرة الإسناد إلى المجتمع بدلا من الدولة في العلاقات الخاصة الدولية([55]).

ويستتبع هذا التوسع بقدر الإمكان في فهم القانون المراد تطبيقه على العلاقات ذات العنصر الاجنبي, بأن القانون ليس ضروريا أن يكون مرتبطًا بدولة معينة, بل ارتباطه بمجتمع يربط الدول, بالإضافة لكيانات وجهات آخرى فوق وطنية وتحت وطنية مغايرة للدولة, وهذا ينتج عنه إمكانية تطبيق القواعد الحرة ذات الطبيعة العالمية لكونها صادرة من جهات شاغلها الرئيس نوعية النشاط الذي يدور حوله المنازعة ذات العنصر الأجنبي, وسواء كانت هذه المنازعة منازعة تجارية, أو رياضية عابرة لحدود الدولة الواحدة.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذه الجزئية, والمتمثل عند نظر القاضي على سبيل التدليل لمنازعة تجارية أو رياضية ذات عنصر أجنبي, فهل تنساق المحكمة لتطبيق قواعد الإسناد الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق, أم على العكس من هذا يمكن للقاضي تطبيق القواعد الحرة ذات الطابع العالمي والالتفات جانبا عن المنهج التقليدي؟

في **عقدنا الشخصي** للإجابة على هذا التساؤل, ينبغي على المحكمة وضع القواعد الحرة ذات الطابع العالمي بعين الاعتبار وإعطاؤها الأولوية والأسبقية على قواعد التنازع, بحيث لا تنساق المحكمة وراء التخمين وفق إسناد, أو معيار معد سلفا إلى تطبيق قانون تجهله كما تجهل مضمونه ومحتواه, فهو إسناد أعمى قد يؤدى الى عدم الوصول الى تحقيق الحل الكافي والمرضي للنزاع, فبدلا من أن تبحث المحكمة عن أنسب قاعدة تطبقها على النزاع, فقد أدى بها الأسلوب التقليدي في تنازع القوانين إلى البحث عن أنسب اختصاص تشريعي دون اعتداد بمضمونه.

وبالتالي فعلى المحكمة البحث عن أنسب القوانين تطبيقا على العلاقة والاعتداد بأوفق قواعد تحقق الملاءمة في الموضوع, هنا يقع على عاتق المحكمة اختيار القواعد الحرة ذات الطبيعة العالمية بناء على مبدأ التفضيل, ولكونها أوفق وأقدر القواعد لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي, للأسباب الآتية:

([55]) مثال للتحول من توطين العلاقات في الدولة لتوطينها مجتمعيا, من استخدام القضاء الفرنسي لهذه الفكرة في قضايا الإنترنت, لتفرض اختصاصها القضائي والتشريعي على النزاع, فقد استخدمت فكرة الارتباط بالمجتمع الفرنسي باعتبار الفعل الضار وقع في فرنسا, انظر في هذا **د/ حسام أسامة شعبان**, التنازع الكوني للقوانين في القانون الدولي الخاص ما بعد الحداثة (نحو نهاية منهج التنازع السافيني), دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية, 2016, ص 99 وما بعدها.

1- القواعد الحرة ذات الطابع العالمي هي قواعد تم إنشاؤها واخراجها للوجود بمقتضي كيانات وجهات متخصصة في ذات النشاط المعني, وبالتالي فهي أقدر على معرفة وسائل وآلية حل المنازعات الناجمة عنها.

2- القواعد الحرة بمثابة قواعد طائفية ونوعية, أي: أنها قواعد تم توجيهها إلى طائفة و تخاطب فئة معينة من الأشخاص (مجتمع التجار, أو مجتمع الرياضيين), بالإضافة لكونها نوعية, فهي قواعد مكفولة تنظم نوعًا محددًا من المعاملات والممارسات, تنشأ وتثور في مجال التجارة الدولية والرياضة الدولية.

3- الأخذ في الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية, بأن تدويل القواعد القانونية لتتلاءم مع تدويل العلاقة, وهذا عكس قواعد التنازع, حيث يتبين أن قاعدة الإسناد تحدد قانونا داخليا لدولة معينة من بين القوانين المتزاحمة لتسند إليه العلاقة محل النزاع, بيد أن القانون المسند إليه, والذى سيحكم العلاقة ذات الطابع الدولي, هو قانون داخلي خلق خصيصا لحكم العلاقات الوطنية الداخلية وليس العلاقات الدولية.

4- أهم سبب في إضفاء مبدأ التفضل من وجهة نظري, أن القواعد الحرة ذات الطابع العالمي أساسها اتفاق أطراف المنازعة ذات العنصر الأجنبي عليها, ووضعها في صلب العقد المبرم بينهما والمنظم للعلاقة الخاصة الدولية, في شكل بنود أو شروط في العقد الدولي, مما يعطى تأكيدًا من قبل الأطراف على تطبيقها.

وبناء على ما سبق, نرجح مبدأ التفضيل كأساس لتطبيق القواعد الحرة ذات الطابع العالمي على منازعات العنصر الأجنبي النوعية, على اندماج هذه القواعد في العقد الدولي, ولكن ينبغي على القاضي قبل التطبيق التأكد على عدم مخالفة القواعد الحرة للقواعد الضرورية ذات التطبيق الضروري في دولته, وهذا ما نتناوله لاحقا.

المطلب الثاني

آلية تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي

بالنظر للقواعد الحرة ذات الطابع العالمي يتضح أنها ترد في صورة بنود, أو شروط تعاقدية يتوافق عليها أطراف العقد الدولي, لتطبق على النزاع المحتمل نشوؤه بينهما, لذا فتطبيقها منبعه القوة التعاقدية والحرية لأطراف العقد في وضع ما يشاؤون من قواعد قانونية تحكم عقدهم, شريطة أن تتفق هذا القواعد مع القواعد الضرورية ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي, وهذا نابع من التطبيق المقيد للقانون الحر ذو الطابع الدولي.

الفرع الأول

التطبيق المميز للقانون الحر ذو الطابع الدولي

لكي يتم السماح للأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على منازعاتهم, ينبغي أن نكون أمام عقد دولي وليس داخليا, ففي العقد الدولي تختلف النظم القانونية, وهذا يستتبع مزيدًا من الحرية للأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تلائمهم في حدود المنازعة الخاصة الدولية, على عكس العقد الداخلي والذي يخضع للنظام القانوني الوطني للعقد, فأطرافه تتقيد بالقواعد التابعة للنظام الأخير.

أولا: الطابع الدولي للعقد:

الطابع الدولي للعقد يمنح الأطراف الحرية في اختيار القانون المراد تطبيقه, مما أدى إلى البعد قدر المستطاع عن قوانين الدولة, والتى يحتمل أن تكون قابلة للتطبيق في غياب الاختيار, والسماح للأطراف بتطبيق بعض القواعد القانونية التي تتفق مع طبيعة عقدهم الدولي, ولكن في هذا الصدد, تثور صعوبة متعلقة بشأن تحديد مفهوم ومدلول العقد الدولي, فقد وجدت عدة معايير لتحديد العقد الدولي, وإبراز صفته الدولية, وهذه المعايير تتمثل في المعيار الاقتصادي, والمعيار القانوني, والمعيار المزدوج.

المعيار الأول: المعيار الاقتصادي, يستلزم تطبيق هذا المعيار ثلاث مراحل, تتمثل في: الأولى, تضمين العقد لعملية ذهاب وإياب لرؤوس الأموال والخدمات عبر حدود الدول, بأن يعتبر العقد دوليا إذا تضمن حركة مد وجزر للقيم الاقتصادية عبر الحدود, أو بين دولتين, أو أكثر, فالعبرة بالمضمون الاقتصادي للعقد ذاته بخروج ودخول للقيم الاقتصادية بين الدول واعتباره دوليا, وتخفيفًا للمعيار الاقتصادي فقد اكتفى بحركة في اتجاه واحد فقط, أي دخول, أو خروج للسلعة أو القيمة, أو الخدمة لاعتبار العقد دوليا([56]).

أما المرحلة الثانية: فتتمثل في تجاوز العقد النطاق الاقتصادي الداخلي, بأن تحديد دولية العقد عن طريق الاعتماد على تجاوز العقد ذاته لحدود الاقتصاد الداخلي للدولة, وبالتالي لا تعتمد الصفة الدولية للعقد على محل إقامة أطراف العقد, أو مكان إبرامه, وإنما على حركة رؤوس الأموال التي تتجاوز الاقتصاد الوطني([57]), بينما آخر مرحلة تتمثل في ارتباط العقد ارتباطا وثيقا بمصالح التجارة الدولية([58]).

([56]) **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**, القانون الدولي الخاص النوعي (المرجع السابق), ص156

(1) **POMMIER (J.C.)**, Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris Economica, 1992, P.148 et s.

([58]) ورد ارتباط العقد ارتباطا وثيقا بمصالح التجارة الدولية, في حكم محكمة النقض الفرنسية لعام 1931, والذي يتضمن أن العقد الدولي هو هذا العقد الذي يرتبط بمصالح التجارة الدولية, ولكن ما قرره الحكم السابق ليس تعريفا بقدر ماهو سلوك لإضفاء الدولية على العقد, وهذا ما يضفي على المعيار المرونة, ويعتمد على تحليل

المعيار الثاني: المعيار القانوني, ويقوم هذا المعيار على التفرقة بين العقد الوطني الذي لا تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني, والعقد الدولي الذى تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني, وتجاوز هذه العناصر حدود الدولة الواحدة من اعتباره دوليا([59]).

وبناء عليه يعتبر العقد دوليا إذا كان سبب إبرامه, أو تنفيذه, أو بالنظر إلى موطن الأطراف, أو جنستهم يرتبط بأكثر من نظام قانوني, وينتج عن هذا توليد التزامات متبادلة بين الأطراف ناتجة عن العقد, وارتباطها بأكثر من قانون.

وبالنظر للعناصر القانونية السابقة, فقد تتوافر الصفة الدولية للعقد باجتماع عدة عناصر مرتبطة بأكثر من نظام قانوني, وقد يصبح العقد دوليا بالنظر لدخول عنصر أجنبي واحد في العقد, كاتحاد أطراف العقد في الجنسية مع إبرام أو تنفيذ العقد في دولة أخرى([60]), لذا فالعقد ينبغي أن يرتبط بأنظمة قانونية مختلفة, كأن يكون أطرافه من دول مغايرة, أو إبرامه أو تنفيذه في دول مختلفة, وقد تم النص على المعيار القانوني من خلال الاتفاقيات الدولية وإقراره([61]).

المعيار الثالث: المعيار المزدوج, ويقوم بتكييف دولية العقد, على الجمع بين كل من المعيار القانوني والاقتصادى([62]), لتداخل العلاقات الاقتصادية والقانونية في العقود الدولية, فإذا كان المعيار الاقتصادي يتعلق بحركة ذهاب وإياب للأموال والخدمات عبر الحدود, والمعيار القانوني

لكافة الظروف المتعلقة بالعقد, للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز حدود النظام القانوني الداخلي, للنظر حول تفاصيل الحكم :

R.C.D.I.P, 1931, P.230.

(3) **PIERRE LALIVE**, tendances et méthodes en droit international privé, R.C.A.D.I, 1977- 11, P.16.

(1) **KASSIS (A.)**, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, paris, L.G.D.J, 1993, N. 17, P.25; **GOURION (P.A). et PEYRARD (G.)**, Droit du commerce international, P.152, N.148.

([61]) من امثلة للاتفاقيات الدولية : اتفاقية لاهاي المبرمة في 22 ديسمبر 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع فى مادتها الأولى, حيث نصت على أن "تحدد الاتفاقية الحالية القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع, عندما يكون للأطراف مؤسسات فى دول مختلفة", واتفاقية فينا لعام 1980, حيث نصت المادة الاولى منها على أن "تنطبق هذه الاتفاقية على عقود البيع المبرمة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة", كذلك اتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو 1980بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

(3) **POMMIER (J.G.)**, Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel...op.cit, P.141, N. 139.

يتعلق بارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني واحد, فمن الجائز أن يتصل العقد الدولي باقتصاد أكثر من دولة مع تطبيق النصوص القانونية لأكثر من دولة على العقد([63]).

وفي عقدنا الشخصي, أن المعيار المزدوج ناتج من عمومية المعيار القانوني واحتوائه للمعيار الاقتصادي, وبالنظر للعملية التعاقدية, فإن المعيار الاقتصادي يضفي على العقد الطابع الدولي من خلال عنصر وحيد متعلق بمكان تنفيذ العقد فقط, بيد أن المعيار القانوني يشمل كافة عناصر دولية العقد المتعلقة بالأطراف والمحل والسبب.

وبالتالي فالمعيار المختلط يعتبر أكثر المعايير اتفاقا حول تحديد دولية العقد, والذي يستتبع منح الأطراف حرية في اختيار القانون المراد تطبيقه والبعد قدر المستطاع عن قوانين الدولة, وإمكانية تطبيق القواعد الحرة ذات الطابع العالمي الصادرة من قبل كيانات لا تعد دول ذات سيادة.

ثانيا: ممارسة الحرية التعاقدية ذات أهمية في اختيار النظام القانوني:

تتنازع القوانين في المسائل التعاقدية, وهذا يفترض مجموعة من القوانين الواجبة التطبيق تقع في أنظمة قانونية مختلفة, إلا أن الحرية التعاقدية للأطراف قد تسمح بممارسة الاختيار للقانون المناسب الذي يخضع له العقد, لذا فالأطراف يتمتعون بالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق من بين جميع قوانين العالم ويمارسون من خلالها اختيارهم([64]).

وبالتالي فالقوة التعاقدية لأطراف العقد الدولي([65]), وما تمليه من اختيار للشروط والبنود التعاقدية, والتي من بينها قواعد القانون الحر ذات الطابع العالمي, ينتج عنها جعل هذه الحرية أداة

([63]) وقد اخذت بالمعيار المختلط او المزدوج, اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع, حيث أعطت للعقد الوصف الدولي من خلال المعيار القانوني, واتصال العقد بأكثر من نظام قانوني, وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية لاهاي لعام 1986 بشأن البيع الدولي للبضائع, حيث مزجت بين كل من المعيار الاقتصادي والقانوني في تحديد العقد الدولي.

(1) **P. MAYER, et V. HEUZE**, Droit international privé, montchrestion, Domat – Droit prive, 11 éd, 2014, n. 743.; **D. BUREAU et H. MUIR WATT**, Droit international prive, t. II, partie spéciale, 3 éd, PUF, thémis, 2014, P.412.

([65]) للنظر حول مبدأ الحرية التعاقدية لاطراف العقد الدولي:

D. BUREAU et H. MUIR WATT, op.cit, P.438.; **H. MUIR WATT**, "Le principe d'autonomie entre liberalisme et neoliberalisme" , in M. FALLON, P.LAGARDE, S. POILLOT – PERUZZETTO (dir), La matière civile et commericale, socle d'un code europeen de droit international prive?, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009, P.77.; **J.M. JACQUET**, "Le principe d'autonomie entre consolidation et evolution", in

لاستبعاد قوانين الدول بإرادة الأطراف المتعاقدة ذاتها, فالأطراف أنفسهم قد ينحوا القوانين التى لا تناسبهم جانبا, وبالتالي فالاستقلالية المميزة للعقد الدولي تسمح بالتنصل من قاعدة التنازع في المسائل التعاقدية([66]).

وفي هذا الصدد يشير السيد M. Eric LOQUIN "أن مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف تتعلق باختيار القانون الأكثر ملاءمة للعقد الدولي, الذي يعتزم الاطراف التعاقد عليه"([67]), وبالتالي فالأطراف يمكنهما التخلي عن القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع, وإعطاء امتيازات للحرية التي يمنحها العقد لاستيعاب القواعد التى أنشأتها, أو ترغب فيها الجهات الفعالة المنشغلة في المجال أو النشاط, وهذا من شأنه إبراز الطابع التعاقدي على القانون الحر ذات الطابع العالمي([68]).

ولكن يلاحظ في هذا الصدد, عند قيام أطراف العقد الدولي باختيار قواعد القانون الحر ذات الطابع العالمي, لا يشترط هذا إعادة نسخة مرة أخرى, ومثال لهذا لا يشترط بالضرورة إعادة نسخ مبادئ اليونيدروا, أو لوائح الاتحاد الرياضي الدولي بالكامل في العقد, بل يكتفي فقط بمجرد الإشارة لهذه القواعد أو النصوص, بشرط ان يتم تحديدها بدقة, وهذا على عكس الحالة, التي ينص فيها العقد الدولي على بعض القواعد الحرة, على سبيل المثال مواد مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالمشقة, فهذه الصياغة الجزئية للقواعد الحرة من شأنها تطبيق هذه المواد فقط دون الباقي.

الفرع الثاني

التطبيق المقيد للقانون الحر ذو الطابع العالمي

Mélanges Hélène GAUDEMET – TALLON, Dalloz, Etudes – Mélanges – Travaux, 2008, P.727 et s.

(2) **P. DE VAREILLE – SOMMIERES**, "Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats", in Mélanges Pierre MAYER, Lextenso, 2015, P.869 et s.

(3) "sélectionner la loi la plus favorable au modèle juridique [que les parties] entendent contractualiser, c'est- à- dire la plus déréglementée", par **E. LOQUIN**, "Les règles matérielles internationals", Rec. cours la Haye, vol. 322, 2006, PP. 9- 242, spéc. P.109.

(4) **B. AUDIT**, "Le choix des principes d'unidroit comme loi du contrat et le droit international privé" in Mélanges Camille JAUFFRET- SPINOSI, Dalloz, Etudes- Mélanges- Travaux, 2013, P.13.

تناولنا سابقا, دور إرادة الأطراف في العقد الدولي لتطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي, ولكن هذه الإرادة قد تحد منها وتقيدها بعض القواعد الإلزامية بالدولة, والتي منها القواعد ذات التطبيق الضروري.

فبالنظر لفكرة القواعد ذات التطبيق الضروري, فلم تظهر للوجود إلا بعد النصف الثاني من القرن الماضى, على يد الأستاذ Francescakis في أطروحته للدكتوراه, تحت عنوان "نظرية الإحالة وتنازع الانظمة في القانون الدولي الخاص"([69]), وقد ارتبطت ظهور هذه القواعد ببروز دور الدولة في التدخل في المجال الاقتصادي والاجتماعي للأفراد, تحقيقا لأغراض منها حماية الصالح العام([70]).

ويقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري "القواعد التي تلازم تدخل الدولة والتى ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية, والضرورية, والاقتصادية, والاجتماعية للجماعة, والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبغيه السياسة التشريعية, وتكون واجبة التطبيق في كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها, أيا كانت طبيعتها, وطنية أم ذات طابع دولي([71]), أو أنها "قواعد آمرة واجبة التطبيق بصفة دائمة, بغض النظر عن القانون الذى يختاره الأطراف, أو تشير إليه قواعد تنازع القوانين"([72]).

وبالنظر للقواعد ذات التطبيق الضروري, فتهدف بصفة رئيسة إلى حماية الصالح العام في المجتمع, دون أن تراعي أي قدر للعلاقة ذات الطابع الدولي, أو دون مراعاة لدولية العلاقة([73]), بحيث ينطبق منهج هذه القواعد على كافة العلاقات التي تدخل في مجال سريانها بغض النظر

---

(1) **Francescakis (Ph)**, Ta théorie du Renvoi et les conflits de systemesen droit international privé, Ed sirey, 1958.

([70]) ويظهر دور الدولة في التدخل في المجال الاقتصادي في العلاقات العقدية, أو التجارية, وعمليات البنوك, وامتداد التدخل أكثر من هذا إلى النشاط الاجتماعي, من خلال قوانين تنظيم العمل, وقوانين التأمين الاجتماعي وغيرها, وامتد تدخل الدولة من النطاق الداخلي إلى نطاق العلاقات الخاصة الدولية بوصفه قانون العلاقات الخاصة الدولية, وهذا المبدأ جاء معبرًا عن انتصار الفكر الاشتراكي في مقتبل هذا القرن, انظر في هذا, **د/ هشام على صادق,** القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, دار الفكر الجامعي , بالإسكندرية, 2001, ص771. 774 .

([71]) **د/ أحمد عبد الكريم سلامة,** القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص, دراسة تحليلية انتقاديه, دار النهضة العربية بالقاهرة, 1985, ص 59 وما بعدها إلى ص 72

(1) **Mayer (P.),** Les lois de police étrangères, Clunet, 1981, P.227 ets.

([73]) **د/ محمد عبد الله محمد المؤيد,** منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية (دراسة تأصيلية), دار النهضة العربية بالقاهرة, 1998, ص67

عن طبيعتها, وطنية كانت في جميع عناصرها, أم ذات طابع دولي([74]), بحيث ترمي لحماية المصالح الحيوية للمجتمع, وتطبق قواعدها بمجرد وجود صلة جدية بين العلاقة محل النزاع والنظام القانوني لدولة القاضي([75]).

لذا فقد يحرص مشرعو الدول على تقنين القواعد ذات التطبيق الضروري, من أجل حماية السياسة العامة في الدولة, ووضع ضوابط تؤدي إلى تحقيق العدالة في العلاقات الخاصة, حيث إن منهجية هذه القواعد تقتضي التدخل مباشرة لإقرار الحل المناسب للمنازعة المطروحة أمام القاضي, بغض النظر عن وجود تنازع قوانين من عدمه.

وقد يميل جانب من الفقه([76]) إلى تسمية هذه القواعد بقوانين البوليس, انطلاقا من الهدف الأساسي والغاية المرجوة في حماية السياسة التشريعية للدولة وتدخلها المباشر والفوري لتحقيق هذا الهدف.

وقد تواترت الأحكام القضائية على تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري, أو القواعد الحمائية, دون أن تحدد مضمونها أو مدلولها, وانما طبقتها باعتبار الغاية منها, وهذا يقارب ما أكده السيد M. Pierre GOTHOT "بأن قوانين الأمن المدني من المستحيل تحديدها لكونها لا تتعلق بمسألة, أو موضوع تستهدف تحديده, بل بالوظيفه التي تؤديها في الدولة"([77]), وهذا ما سارت عليه النظم القانونية الداخلية من عدم وضع تعريف جامع مانع لهذه القواعد بقصد تسهيل مهمة القاضي في تطبيق هذه القواعد, واكتفت بتضمين قوانينها ببعض القواعد الآمرة, والتى تهدف إلى حماية مصالحها العامة, والمتمثلة في نظامها السياسي, والاجتماعي, والاقتصادي, وهذا ما يقتضي إعماله على كل حالة تدخل في مجال تطبيقها, أيا كان القانون الواجب التطبيق سواء كان قانون مصدره الدولة, أم قواعد قانونية مصدرها كيانات فعالة في النشاط الدولي مغايرة للدولة ذات سيادة, والتي منها القوانين الحرة ذات الطابع العالمي, وبالتالي يمكن استبعاد تطبيق القانون

([74]) **د/ يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي**, النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, 1989, ص 255

([75]) **د/ محمد عبد الله محمد المؤيد**, مرجع سابق, ص466

(1) **S. POILLOT PERUZZETTIO**, ordre public et lois de police dans les texts de réference, in collection : la matière civile et commerciale, socle d'un code Europeen de droit international privé, peris, Dalloz, 2009, P.93 ets.

انظر في هذا, **د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل**, عقد التوزيع الحصري (المرجع السابق), ص204

(2) "Car ce n'est ni la matière ni l'objet qu'elles visent qui les caracterisent, mais bien la function qu'elles remplissent dans l'Etat", Par **P. GOTHOT**, "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", Rev. crit. DIP 1971, 1, 209 et 415, spéc. P.234.

لصالح القواعد الآمرة التي تنطبق مباشرة على النزاع, لحماية السياسة التشريعية للدولة في كافة المجالات.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي بين القضاء والتحكيم

نهدف من هذا المبحث, تحديد نطاق تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي في صدد العلاقات الخاصة الدولية ونقصد بها, مدى صلاحية تطبيق القانون الحر في صدد النظم القانونية الداخلية وتحديد قواعده التي تصلح للتطبيق, ومدى التناغم بين قبول المشرع الداخلي لدولة ما للقانون الحر والموافقة على أحكامه وقواعده, أم على العكس من هذا سوف يقابل تطبيق القانون الحر

ذو الطابع العالمي العديد من العقبات, لكونه قانونًا عالميا لم يصدر عن طريق المجرى المعتاد لإصدار القوانين سواء دولية أو داخلية, بالإضافة لذلك, نتعرض لمحور آخر متمثل في دور التحكيم في تطبيق القانون الحر, ولكثر تطبيقات القانون الحر, فسوف نقتصر مجال تطبيق هذا القانون على إطار التجارة الدولية والرياضة الدولية.

المطلب الأول

تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي في بعض النظم القانونية الداخلية (القانون الفرنسي)

بالنظر لموقف النظام القانوني الفرنسي من تطبيق القانون الحر, نتعرض أولا لموقف القضاء الفرنسي من تطبيقه, حيث مر تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي بالعديد من المراحل, بداية من رفض القضاء الفرنسي لتطبيقه, إلى السماح بتطبيق القانون الحر في المجالات المتعلقة بالتجارة العابرة للحدود, والرياضة الدولية, كل هذا انعكس على عمل المشرع الداخلي ووجد صداه عند إصدار التشريع الداخلي والتطبع بالقانون الحر.

الفرع الأول

المبدأ رفض النظام القانوني الفرنسي للقانون الحر ذو الطابع العالمي

- **الحقبة التاريخية لنظرة القضاء الفرنسي للقانون الحر ذو الطابع العالمي "عدم قبول القانون الحر من قبل القضاء الفرنسي"**

النظام القانوني لا يمكن أن يوجد بمجرد وجود عدد معين من القواعد حتى ولو كانت تتعلق بالقانون ذاته, فينبغي أن تكون هذه القواعد قد وضعت وسنت من قبل السلطة التي لها صلاحية وضعه وتقنينه, وأن يتم ضمان تطبيقه عن طريق العقوبات التي تصدرها وتنفذها هذه السلطة([78]).

وهذا يتنافى مع القانون الحر ذو الطابع العالمي من عدم وجود سلطة تقوم بوضعه وتطبيقه, وفوق كل شيء ينظر إلى أنه لا يوجد مجتمع عالمي متماسك له احتياجات وسلوكيات مشتركة يمكن أن ينسب له هذا القانون, وبالتالي فهو ليس قانونًا أو حتى مجموعة من القواعد, بل مجرد استخدامات متفرقة([79]).

وبالنظر للقضاء الفرنسي, فهناك بعض الأحكام النادرة التي ترفض صراحة تطبيق القانون الحر, ففيما يتعلق بمجال الرياضة الدولية, وعلى الأخص الاتحادات الرياضية, فقد تم تفويضها من قبل القانون الفرنسي بممارسة وظيفة شبيهة بالوظيفة العامة, وبهذا تقع ضمن اختصاصات القضاء الإداري .

أولا: عدم قبول المحاكم القضائية للقانون الحر ذو الطابع العالمي:-

على الرغم من كون الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي قيد التطوير, إلا أن الأحكام التي ترفض القانون الحر ذو الطابع العالمي تعتبر نادرة, ومن الأحكام القضائية, فقد أكدت محكمة النقض في حكمها Sud Cargos ([80]) أنه يجوز للأطراف الخروج بحرية عن قواعد "Vente CAF" , وقواعد "Incoterms" التي اصدرتها غرفة التجارة الدولية, والتي تنتج فقط عن الاستخدامات التجارية, وهذا بمناسبة العقد المبرم بين شركة "PTE : profilés et tubde l'Est" بصفتها بائع, وشركة "STEG" الشركة التونسية لكهرباء الغاز بصفتها مشتريًا, عقدا توريد أنابيب فولاذية, وقد تم تكليف شركة Compagnie d'Entrément et du Transport (CAT) , وكيل الشحن بعمليات نقل البضائع من مصنع Joeuf بتونس.

(1) **B. GOLDMAN**, "Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria", in Melanges pierre LALIVE. Etudesde droit international, Helbing & Lichtenhahn, 1993, P.247.

(2) Ibid, P.247.

(3) Cass., com., 2 oct. 1990, n 88-17. 506, société Sud Cargos. Comp.

بيد أن شركة CAT كانت ملزومة بضمان البضائع للنقل البحري, وأن تتعهد لشركة PTE بوصول الانابين على النحو المتفق عليه, إلا أن النقل تم على ستة مراحل, وأسندت مرحلتان منها لصالح شركة Sud Cargos , وقد تم ملاحظة ضرر عند الوصول, تتبعه مطالبة شركة PTE بإصلاح الضرر الذى أصابها والتعويض عنه, وأن شركة CAT متعهدة بضمان شركة Sud Cargos .

بيد أن محكمة النقض رأت أن رفض تطبيق القانون الحر على النزاع فى غياب إشارة صريحة من قبل الأطراف, فهذه القواعد غير إلزامية والمرجع فيها الاتفاق, أو القوة التعاقدية التي تمنح هذا القانون الإلزامية وتجعله حتميا, وهذا ما نصت عليه المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي, والتي تقتصر آثارها على أطراف العقد فقط ([81]) , وهذا ما يفسر رجوع محكمة النقض لقواعد Incoterms لتحديد مكان التسليم عندما يوجد بند خاص في عقد البيع يجسد اتفاق الأطراف, وعليه فإذا كان هناك اتفاق بين كل من شركة "PTE" وشركة "CAT", فهذا لا يسرى على الغير "Sud Cargos", والتي لا تعتبر طرفا في العقد المبرم بين الشركتين, وهذا إعمالا لكون العقد لا يلزم إلا أطرافه([82]).

بالإضافة لهذا, فهناك سوابق قضائية ترفض إلغاء العقود التي يبرمها الرياضيون لعدم انتسابهم إلى اتحاد رياضي دولي, أو انتهاك لائحة صادرة عن الاتحاد, وتشير الاحكام القضائية الى

(1) Article 1134: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent etre revoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise, Elles doivent etre executes de bonne foi".

(1) Attendu que, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 7 juillet 1988), la société Profilés et tubes de l'Est (PTE), qui avait conclu avec la Société tunisienne de l'électricité et du gaz (STEG) un marché portant sur la fourniture de tubes d'acier, a confié à la société Compagnie d'affrètement et du transport (CAT), commissionnaire de transport, les opérations de transport de la marchandise de son usine de Joeuf à Sousse (Tunisie) ; que la société CAT s'était engagée à assurer la marchandise pour le transport maritime et à remplacer toute fourniture manquante ou défectueuse après constat contradictoire entre elle-même et la société PTE de l'état des tubes au départ et à l'arrivée ; que le transport a été effectué en six traversées dont deux ont été confiées à la société Sud Cargos ; que des avaries ont été constatées à l'arrivée et ont fait l'objet d'un rapport ; qu'assigné en paiement du reliquat des frais de transport par la société CAT, la société PTE lui a elle-même demandé la réparation des dommages qu'elle estimait avoir subis ; que la société CAT a appelé notamment en garantie la société Sud Cargos ; Par, https://www.legifrance.gouv.fr

رفض تقييم صحة هذه العقود من قبل القانون الحر, فلا يوجد نص قانوني داخلي يشترط لصحة العقد أن يكون الطرف المتعاقد عضو في الاتحاد الدولي لكرة القدم على سبيل المثال([83]).

ثانيا: عدم قبول المحاكم الإدارية للقانون الحر ذو الطابع العالمي:-

اختصاص القضاء الإداري نابع من الوظيفة التي تقوم بها بعض الاتحادات الرياضية المتعلقة بالخدمة العامة, وهذا ما يجعلها متعلقة بعمل المدونة العالمية لمكافحة المنشطات "Le code mondial antidopage" التي أفرزتها العولمة الحديثة, باعتبارها قانونًا موحدًا مشتركا بين الدول والمنظمات المنشأة في عالم الرياضة ([84]).

وعلى الرغم من عالمية مدونة مكافحة المنشطات في الرياضة التي وقعت عليها ما يقرب من مائتي دولة حول العالم, إلا أن هذا لا يجعلها إلزامية بالنسبة للدول الموقعة عليها, ولكنها تتطلب اتخذ تدابير اخرى, وهذا ما أكد عيه مجلس الدولة الفرنسي على عدم وجود أثر مباشر لقانون مكافحة المنشطات العالمي في النظام القانوني الفرنسي, إلا إذا نص عليه الأخير, أي نقل القانون العالمي في صورة تشريع داخلي, وهذا لإحداث تأثير في النظام القانوني الفرنسي.

وتطبيقا قضائيا لهذا, في تاريخ 2009/10/23 أصدر مجلس الدولة الفرنسي الحكم رقم 321554([85]) , وتعود وقائع الدعوى بأن السيد M. Zviad A يطالب مجلس الدولة بإلغاء القرار الصادر في 15 مايو 2008 والذى قضت بموجبه الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات, بمنعه من المشاركة لمدة عامين في المسابقات والأحداث الرياضية المصرح بها من قبل اتحاد السباحة الفرنسية.

وهذا بعد لقاء دوري الدرجة الأولى لكرة الماء كان فريق Choisy le Roy يتنافس مع فريق Taverny, في 3 نوفمبر 2007 تعرض السيد M. A الحاصل على ترخيص من الاتحاد

---

(2) **F. BUY, J. M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZOO**, Droit du sport, LGDJ, manuels, 4 ed. 2015, P.154.

- انظر لحكم محكمة استئناف "La cour d'appel d'Aix"

"Il y a lieu tout d'abord de constater la régularité du contrat de mandat dont il était soulevé en premiére instance, la nullité pour défant d'affiliation à la FIFA En effet, aucune disposition legale ou reglementaire ne conditionne la validité du contrat à la qualité de licencié par la FIFA".

CA Aix, ch. civ. 11, 17 avr. 2002, n 00/14683, Association Proform Conseil/ Souloy.

(1) Le code mondial antidopage: 2021/ AGENCE MONDIALE ANTID OPAGE.

(2) Conseil d'Etat, 2 ème et 7 ème sous – sections réunites, 23/10/2009; 321554, Mentionné dans les tables du recueil lebon.

الفرنسي للسباحة لرقابة مكافحة المنشطات, والتي بدورها كشفت نتائجها عن وجود مادة منشطة "La présence de benzoylecgonine, métabolite de la cocaine" بتعاطها اللاعب, والمحظورة بموجب المادة (L. 232 – 9) من قانون الرياضة, وترتب على هذا أنه بقرار من الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات في الاتحاد الفرنسي بتاريخ 15 مايو 2008 فرضت على M. A عقوبة المنع من المشاركة لمدة عامين في المسابقات والأحداث الرياضية التي ينظمها أو يصرح بها اتحاد السباحة, وقد اسست قرار المنع بموجب المادة (L. 232–22) من قانون الرياضة([86]). وبناء عليه فان السيد M. A يطالب بإلغاء قرار الوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات, ولكن تم الرد على طلبه بالرفض من قبل مجلس الدولة الفرنسي, وما يخصنا في هذه الجزئية أن هذا الحكم قد أقر نتيجة متعلقة بأن "أحكام القانون العالمي لمكافحة المنشطات في الرياضة, لا يحدث إثاره بين الدول, وبالتالي بالأفراد المرتبطين بالأنشطة الرياضية, ولا يمكن الاستناد اليها بشكل مفيد وفعال في حالة عدم وجود أي اشارة من قانون الرياضة الفرنسي, وبالتالي لا يمكن للسيد A. M الاستفادة بشكل مفيد من أحكام المادة (10.5.2) من القانون العالمي لمكافحة المنشطات, والذى ينص على امكانية تخفيض فترة التعليق أو الحرمان في ظروف استثنائية, بحجة أن عقوبة حظر المشاركة لمدة عامين في المسابقات أو الأحداث الرياضية التي ينظمها, أو يوافق عليها اتحاد السباحة الفرنسي الذى اعلنته وكالة مكافحة المنشطات الفرنسية غير متناسب مع القانون العالمي لمكافحة المنشطات([87]).

---

(1) Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à l'issue de la rencontre du championnat de première division de water-polo opposant, le 3 novembre 2007, l'équipe du club de Choisy le Roy à celle du club de Taverny, M. A, titulaire d'une licence de la fédération française de natation et qui avait participé à cette rencontre, a été soumis à un contrôle antidopage, dont les résultats ont fait ressortir la présence de benzoylecgonine, métabolite de la cocaïne, à une concentration estimée à dix nanogrammes par millilitre ; que cette substance, qui appartient à la classe des stimulants, figurent sur la liste des produits interdits en vertu de l'article L. 232-9 du code du sport ; que, par une décision du 29 février 2008, l'organe disciplinaire d'appel de la fédération française de natation a infligé à M. A la sanction de l'interdiction de participer pendant un an aux compétitions et manifestations sportives organisées ou autorisées par la fédération ; que l'Agence française de lutte contre le dopage, se saisissant des faits sur le fondement du 3° de l'article L. 232-22 du code du sport, a infligé à M. A, par la décision du 15 mai 2008, la sanction de l'interdiction de participer pendant deux ans aux compétitions et manifestations sportives organisées ou autorisées par la fédération française de natation ; que M. A demande l'annulation de la décision de l'Agence française de lutte contre le dopage ;... par, https://www.legifrance.gouv.fr/

(1).....Les appendices, en tant que tels, ne créent aucune obligation contraignante en droit international pour les Etats parties ; qu'il en résulte que les stipulations du code

بالإضافة لهذا, فقد أسس مجلس الدولة الفرنسي رأيًا حول تمتع الاتحادات الرياضية الدولية بالشخصية القانونية, فقد كان موقفه بالسلب من عدم تمتع الاتحادات الرياضية الدولية بالشخصية القانونية بموجب القانون الدولي, وبالتالي لا يمكن لهذه الاتحادات وضع قواعد ملزمة للدول([88]).

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه Association Brest – Armorique, وتدور وقائع هذا الحكم بنقل لاعب مصدق عليه من قبل الاتحاد الدولي لكرة القدم (FIFA), لا يعفى الاتحاد من احترام اللوائح الرياضية المعمول بها في فرنسا, وبالتالي فعمل الاتحاد الدولي لا يشكل عملا قانونيا بموجب القانون الدولي ملزما للاتحاد الفرنسي. وهذا ما ورد في الحكم بأنه بموجب المادة (5) من النظام الأساسي للاتحاد الفرنسي لكرة القدم من أنه يشكل داخل الاتحاد هيئة تسمى الدولي الوطني لكرة القدم, تكون مهمتها إدارة أقسام الاتحاد ومخولة بالسيطرة على نقل اللاعبين بموجب عقد احترافي, بالإضافة لتنظيم بطولات الدرجة الاولى والثانية نيابة عن الاتحاد. وإنه بموجب المادة (25) من اللوائح الإدارية لدوري كرة القدم الوطني , يمكن للأندية أن يكون لها فقط لاعبان أجنبيان كحد أقصى من غير مواطني المجموعة الاقتصادية بموجب العقد المبرم, ولا يمكن الخروج عن هذا.

إلا إن Association Brest – Armorique قد اشتركت بموجب عقد احتراف رياضي مع لاعبين محترفين ليسوا من مواطني الجماعة الاقتصادية الاوربية, إلا إنه بعد هذا طالبت جمعية Brest – Armorique من الدوري الوطني لكرة القدم تأهيل السيد X...cabanas لاعب

---

mondial antidopage, qui constitue le premier appendice de la convention internationale contre le dopage dans le sport, ne produisent pas d'effets entre les Etats ni, par voie de conséquence, à l'égard des particuliers et ne peuvent donc pas être utilement invoquées, à défaut de tout renvoi du code du sport, à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une décision individuelle ou réglementaire ; qu'ainsi, M. A ne peut pas utilement se prévaloir des stipulations de l'article 10.5.2. du code mondial antidopage, qui prévoient la possibilité d'une réduction de la période de suspension en cas de circonstances exceptionnelles, pour soutenir que la sanction d'interdiction de participer pour une durée de deux ans aux compétitions ou manifestations sportives organisées ou agréées par la fédération française de natation prononcée par l'agence française de lutte contre le dopage présente un caractère disproportionné ; qu'en outre, eu égard aux circonstances de l'espèce, et notamment aux concentrations de substances interdites constatées lors du contrôle et au fait que M. A, qui pratique le water-polo en compétition à un niveau national, ne pouvait ignorer que la consommation d'une pareille substance était interdite avant de participer à la rencontre de water-polo du 3 novembre 2007, la sanction prononcée par l'agence n'est pas disproportionnée ;...Par https://www.legifrance.gouv.f

(1) **F. LATTY**, La lex sportive...op.cit, P.487- 488.

الجنسية الباراجواي, فجاء الرفض من الاتحاد الوطني لكرة القدم, بأنه ملتزم بالقواعد الذي يسنها, وهذا ما أكده المجلس الفيدرالي للاتحاد الفرنسي لكرة القدم في اجتماعه بتاريخ 21 فبراير 1988, بأن موافقة الاتحاد الدولي لكرة القدم من انتقال هذا اللاعب من نادى "America de Cali" الى نادى "Brest Armorique FC" وإخطار اتحادي باراغواي وفرنسا بهذا, لا يعد إلزاما عليهم, ولم يكن هناك أي شك من إعفاء الاتحاد الدولي لكرة القدم (FIFA) من احترام اللوائح الصادرة عن الاتحاد الفرنسي لكرة القدم, والتي لا يوجد نزاع في شرعيتها, والتي تنطبق في فرنسا على مشاركة اللاعبين الأجانب في البطولات([89]) .

الفرع الثاني

قبول القانون الحر ذو الطابع العالمي من قبل النظام القانوني الفرنسي

يظهر قبول القانون الفرنسي للقانون الحر من محورين, يتمثل الأول في قبول القضاء الفرنسي للقانون الحر, بينما المحور الثاني يتمثل في انعكاس موقف القضاء الفرنسي في قبوله للقانون الحر على النظام القانوني الفرنسي ككل, وتطبيقه للقانون الحر ذو الطابع العالمي, وذلك على النحو التالي.

أولا: القضاء الفرنسي وقبوله للقانون الحر ذو الطابع العالمي:

قبول القضاء الفرنسي للقانون الحر ذو الطابع العالمي له وجهان, الاول: استنادا لمبدأ إرادة الاطراف في تطبيق القانون الحر. أما الوجه الثاني, فيتمثل في إمكانية تطبيق القانون الحر على وجه مستقل عن إرادة الأطراف, ويمكن توضيح هذا على النحو التالي:

أ- إرادة الأطراف المرجع في تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي:

(1) CE, 2/6 SSR, du 12 mai 1989, n97144, Association Brest – Armorique, inédit au recueil lebon.
Considérant qu'aux termes de l'article 5 des statuts de la Fédération française de Football : "Il est constitué, au sein de la fédération, un organisme intitulé "ligue nationale de football", chargé de gérer sous son contrôle les sections des associations ... autorisées à utiliser des joueurs sous contrat professionnel et d'organiser en son nom le championnat de première et seconde division" ; qu'aux termes de l'article 25 du règlement administratif de la ligue nationale de football : "les clubs ne peuvent avoir au maximum sous contrat que deux joueurs étrangers non ressortissants de la Communauté Economique Européenne" ; que ledit règlement ne prévoit aucune possibilité de dérogation aux dispositions précitées ;..Par, https://www.legifrance.gouv.fr

يرجع تطبيق القانون الحر في هذه الحالة على إضفاء الطابع التعاقدي على تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي, وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها "Olympique Lyonnais" الصادر في 14 نوفمبر 2010 ([90]), والذى تدور وقائعه حول شركة (OL) Olympique Lyonnais, نادى كرة قدم فرنسي أعطى تفويضا في 15 مايو 2002, للسيد X... وكيل اللاعبين الهولنديين, للتدخل بمناسبة انتقال السيد Mohamadou Y , إلا أن شركة (OL) لم تدفع مكافأة الوكيل X...., مما دفع الوكيل X... والشركة Cer x... players Agent BV إلى رفع دعوى أمام المحكمة التجارية في ليون للمطالبة بدفع المبالغ المستحقة, ترتب عليه أن قامت الشركة (OL) بإثارة دفع بعدم اختصاص المحكمة لصالح لجنة وضع اللاعبين بالفيفا "La commission du statut du joueur de la FIFA" وهذا وفقا لنص المادة (2/22) من لوائح الفيفا التي تحكم نشاط وكلاء اللاعبين والصادرة بتاريخ 10 ديسمبر 2000, والتي تنص على أن أي نزاع ينشأ بين وكيل لاعب ونادٍ لا ينتمى الى نفس الاتحاد الوطني, يجب تقديمه الى لجنة وضع اللاعبين في الفيفا, ولما كان النزاع بين وكيل لاعب هولندي, ونادى كرة قدم فرنسي, من قيام الأخير بعدم دفع العمولات للوكيل, فتختص اللجنة المنبثقة من الفيفا, ويتمثل هذا الاختصاص من الطبيعة الإلزامية للرجوع إلى هذه الهيئة غير الحكومية في أي نزاع دولي بين النادي ووكيل اللاعبين, وبالتالي فإن محكمة ليون التجارية تكون غير مختصة من الناحية القانونية والفنية للبت ونظر النزاع المعروض عليها([91]).

وهنا نلاحظ أن العقد المبرم بين الأطراف في نقل اللاعب بين الأندية الرياضية يرتب التزامات متقابلة على عاتق أطرافه نابعة من القانون الطليق الذى ترتبه لوائح الفيفا, ومن أهم هذه الالتزامات عند حدوث نزاع ينبغي اللجوء للجنة غير حكومية تابعة لاتحاد FIFA , والتي يكون لها أثر سلبي على اختصاص القضاء الوطني من حظر تسوية الأمور الرياضية خارج سلطانها ونفوذها, والبعد عن أية محكمة أخرى, وبالتالي فهذه اللجنة تكون مختصة بالفصل في تسوية الفواتير المستحقة, والمتأخرات المالية على نادى كرة القدم الفرنسي لصالح وكيل اللاعب والشركة التي تدعم نشاطه.

---

(1) Cass., 1re, 4 nov. 2010, n° 09-14.607, D. 2010. 2655, obs. X. DELPECH

(2) Attendu que la société Olympique lyonnais (OL) a donné mandat, le 15 mai 2002, à M. X..., agent néerlandais de joueurs, d'intervenir à l'occasion du transfert de M. Mahamadou Y... ; que l'OL n'ayant pas payé deux des factures relatives à la rémunération de l'agent, M. X... et la société Ger X... Players Agent BV, créée par lui, ont saisi le tribunal de commerce de Lyon d'une demande en paiement ; que l'OL a soulevé l'incompétence de la juridiction étatique au profit de la commission du statut du joueur de la FIFA..., par, https://www.doctrine.fr

وبالتالي فإن الأطراف قد اتفقوا فيما بينهم على الخضوع للوائح الفيفا, وهى قواعد غير حكومية خارجة عن النظام الفرنسي, وتحرير هذا في عقدهم مما يعطى الأولوية لتطبيق القانون الحر النابع من قواعد الفيفا, من استبعاد القضاء الفرنسي وتطبيق قضاء خاص, أو تحكيم منصوص عليه داخليا في اللائحة, أيضا استبعاد تطبيق القانون الفرنسي لصالح اللوائح الداخلية للاتحاد([92]).

ب-تطبيق القانون الحر ذات الطابع العالمي دون الرجوع لإرادة الأطراف:-

يظهر جلى تطبيق القانون الحر بدون الرجوع أو الاستعانة بالإرادة التعاقدية للأطراف, من خلال استخدام مبادئ اليونيدروا "Principes Unidroit" المصممة خصيصا لتوفير الحلول لمشاكل التجارة الدولية, وتطبيقا لهذا, فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 فبراير 2015 حكمها Gabo ([93]), والتي من خلاله طبقت أحكام ومبادئ اليونيدورا المتمثلة في تحديد المشقة أو الإرهاق في تنفيذ الالتزام التعاقدي لأحد المتعاقدين في العقد التجاري الدولي, والتي قننتها المادة (2/6-2) من مبادئ اليونيدروا على أن المشقة أو الإرهاق في التنفيذ يعرف بأنه "حالة تشكل إحداث تغيير بشكل أساسي في المنافع المتحصل عليها المتعاقدان في العقد الدولي, بشرط حدوثها بعد إبرام العقد, على أن يأخذ في الحسبان الأحداث الخارجة عن إرادة الطرف المتضرر, وألا يتحملها بمفرده", بالإضافة لهذه فقد اعتمدت أيضا محكمة النقض الفرنسية بالمادة (2/6-3) من مبادئ اليونيدروا والتي تنص على أنه "يجوز للطرف المتضرر أن يطلب فتح المفاوضات".

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه المفاهيم والأسس المقررة من مبادئ اليونيدروا عند تعرضها للنزاع, والذى تدور وقائعه حول عقد مؤرخ في 12 فبراير 2001, تتعهد من خلاله شركة Dupiré Invicta Industrie الصناعية بتزويد شركة Gabo بأجهزة التدفئة التي تسوقها في بولندا وسلوفاكيا, إلا أن شركة ...Duprié رفضت تنفيذ العقد بحجة زيادة تكلفة المواد الخام, مما يجعل تنفيذ التزامها بتسليم الأجهزة بالأسعار المتفق عليها مرهقا.

وبما أن الإرهاق نابع من تزايد تكلفة المواد الخام بشكل كبير, بما يتجاوز ما كان يمكن أن يتوقعه الاطراف, إلا أن محكمة الاستئناف عند عرض الأمر عليها قضت ([94]) بأن الزيادة الاستثنائية في تكلفة المواد الخام لا تشكل حالة من حالات المشقة أو الإرهاق التي تستتبع

(1) M. PELTIER, Cab. dr. sport, D. 2011, P.489 – 491.
(2) Cass., com., 17 fév. 2015, n 13- 20. 230, RDC, 2015/3, P.458 et s.
(1) Décision attaquée. cour d'appel de Reims, du 04 septembre 2012.

التعذر في تنفيذ الالتزام, وأن الزيادة في تكلفة المواد الخام من حيث أهميتها لا تتجاوز المخاطر العادية للزيادة في المواد الخام التي تتحملها شركة Dupire Invicta , وبالتالي لا تقع حالة مشقة أو إرهاق من قبل هذه الشركة, وعليها عدم التذرع بالإرهاق لتتعذر عن تنفيذ التزامها التعاقدي([95]).

وعند عرض الأمر على محكمة النقض عام 2015, أكدت على حكم محكمة الاستئناف وأيدته, واستندت في هذا على تحديد مفهوم ومدلول المشقة أو الارهاق في تنفيذ الالتزام على مبادئ اليونيدروا وفقا للمادة (2/6-2), (2/6-3), بالإضافة لهذا فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية على اعتبار مبادئ اليونيدروا تشكل مدونة للعقود الدولية, والتي اشترك في وضعها عدد لا يستهان به من الدول, ومنها فرنسا وبولندا, مما يمنحها سلطة أكبر من مبادئ قانون العقود الأوربي, أيضا مبادئ اليونيدروا المصممة لتوفير حلول لمشاكل التجارة الدولية لها مجال أوسع من مجال اتفاقية فينا المؤرخة في 11 ابريل 1980([96]).

ثانيا: انعكاس موقف القضاء على القانون الفرنسي بشأن تطبيق القانون الحر:

أثر الوضع السابق على عمل المشرع الفرنسي بقيامه بدمج قانونه الداخلي وتعديله بانتظام, لجعله متوافقا ومتناغما مع أحكام القانون الحر ذو الطابع العالمي, ومثال لهذا, ما يتعلق بمجال الرياضة الدولية, فقد قامت الحكومة الفرنسية بالتوقيع على الاتفاقية الدولية لمكافحة المنشطات ([97]), والتي أعدت تحت رعاية منظمة اليونسكو, ويظهر من نص المادة الثالثة من الاتفاقية على أن "تتبنى الدول الموقعة على الاتفاقية الإجراءات المناسبة على المستوى الوطني والدولي, والتي تتفق مع المبادئ المنصوص عليها في المدونة", لهذا فقد بدء المشرع الفرنسي بطريقة غير

---

(1) la cour d'appel a énoncé que la société Dupiré Invicta industrie « assumait le risque que l'exécution de sa prestation devienne plus onéreuse » ; qu'en ne recherchant pas si l'augmentation du coût des matières premières, par son importance, n'excédait pas les risques normaux d'augmentation des matières premières assumés par la société Dupiré Invicta industrie, et ne constituait dès lors pas un cas de hardship...

(2) que les principes d'Unidroit forment un code des contrats internationaux proposé par une organisation internationale interétatique dont sont membres la France et la Pologne qui leur confère une autorité plus importante que les principes du droit européen des contrats auxquels la société D2I se réfère également dans ses conclusions mais qui ne représentent qu'une oeuvre doctrinale en comparaison ; que les Principes d'Unidroit, conçus pour fournir des solutions aux problèmes du commerce international, ont un domaine plus vaste que celui de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 limité à la vente internationale qu'ils servent ainsi à interpréter et à compléter comme énoncé dans leur Préambule ;

(1) Convention international contre le dopage dans le sport.

مباشرة في دمج قانونه الوطني, وتطبيع احكامه بالمدونة العالمية لمكافحة المنشطات, والتي تعتبر من قبل القانون الحر ذو الطابع العالمي.

وعليه فإن الاتفاقية الدولية لمكافحة المنشطات الموحاة من المدونة العالمية لمكافحة المنشطات, ألزمت كافة الدول الموقعة عليها بتعديل نظامها القانوني الداخلي, سواء كانت قوانين, أم لوائح, أم ممارسات إدارية, وهذا وفقا للمادة الخامسة من الاتفاقية([98]).

وبهذا تتعهد الدول الموقعة على الاتفاقية الدولية بتعديل قوانينها الداخلية لجعلها متوافقة مع لائحة حرة ليست نابعة عن طريق الدول, ومتمثلة في القانون العالمي لمكافحة المنشطات, وهذا ما سلكه المشرع الفرنسي في تعديل قانون مكافحة المنشطات الفرنسي, ليتوافق مع أحكام المدونة العالمية لمكافحة المنشطات, ومن هذه القوانين القانون رقم (405- 2006) الصادر في 5 إبريل 2006 والمتعلق بمكافحة المنشطات وصحة الرياضيين([99]).

(2) art. 5 : « En conformité avec les obligations inscrites dans la présente Convention, chaque État partie s'engage à adopter des mesures appropriées. Ces mesures peuvent comprendre des lois, des règlements, des politiques ou des pratiques administratives ».

(1) L. n° 405-2006 du 5 avr. 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la santé des sportifs.

L. n° 2008-650 du 3 juil. 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants.

L. n° 2012-158 du 1er fév. 2012 visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs.

المطلب الثاني

تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي من قبل التحكيم الدولي

إن التطور المتسارع في الممارسات القانونية ذات الطبيعة الخاصة الدولية منذ القرن الماضي, قد أظهر معه قصورًا في الأنظمة ذات المصادر الوطنية على مواكبة هذا التطور, وظهر على أرض الواقع مجتمع التجارة والرياضة الذي يبحث عن قوانين خاصة به لتحكم العلاقات الناشئة عنه, بحيث إن هذا القصور قد خلق شبه فراغ قانوني يحكم مجالات هذه الأشطة, مما استتبع معه البحث عن حلول مقبولة تضع تقنينا من جانب التجمعات المهنية, يتوافق مع هذه المجالات والأنشطة, فكان القانون الطليق بمثابة الحل الأمثل, ولكن سابقا تناولنا القضاء – وبالتحديد القضاء الفرنسي – كآلية لتطبيق القانون الحر, ويأتي الآن الدور على القضاء الخاص المتمثل في التحكيم, ودوره في بلورة وترسيخ القانون الحر ذو الطابع العالمي.

الفرع الأول

التحكيم الدولي ودوره في بلورة القانون الحر ذو الطابع العالمي المتعلق بالنشاط التجاري

شهدت التجارة الدولية تطورا ملحوظا في السنوات الأخيرة, وهذا راجع الى التطور المشهود على مستوى الإنتاج, ومستوى التكنولوجيا المستخدمة في هذا المجال, بالإضافة لرغبة الدول في الانفتاح على الاسواق الخارجية وجلب الاستثمارات, كل هذا استتبع ظهور حركة متسارعة ونموًا كبيرًا على مستوى التجارة الدولية, وظهور انواع جديدة من المعاملات التجارية, بالإضافة لظهور أنماط جديدة للعقود المطبقة على المجال والنشاط التجاري.

ونتيجة لهذا التطور الملحوظ في قطاع التجارة الدولية, برزت على الساحة نزاعات وخلافات وانصب التفكير حول حلها, وقد يتم تضمين هذه النزاعات من قبل أطرافها إفساح المجال للتحكيم التجاري الدولي كطريق خاص من القضاء المختص بالنزاع, وهنا يثار التساؤل حول دور التحكيم التجاري الدولي في ترسيخ وبلورة القانون الحر المنظم لمجال التجارة الدولية.

للإجابة على هذا, ينبغي الوقوف حول شروط التحكيم التجاري الدولي وما يقابله من عراقيل تعوقه, أيضا مدى تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي أمام التحكيم الدولي.

أولا: شروط التحكيم التجاري الدولي وما يقابله من صعوبات:

تبرز الأهمية العملية للتحكيم التجاري الدولي من دوره في المساهمة في الحفاظ على استقرار المعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية, والحفاظ على نظام التجارة الدولية خصوصا من تسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية في وقت وجيز, والمساهمة في بث الثقة في نفوس المتعاملين في مجال التجارة الدولية([100]) , ولكن على الرغم من هذا توجد العديد من الصعوبات المتعلقة بالتحكيم في إطار التجارة الدولية وعقودها, وأهمها كيفية تفعيل التحكيم كآلية من آليات تسوية الخلافات لجعله يلعب الدور المنوط به, وأيضا مسألة القانون الواجب التطبيق بخصوص اتفاق التحكيم, وهل يمكن الاستغناء عن القواعد القانونية الصادرة من قبل النظم القانونية الداخلية أو الدولية لصالح القانون الحر ذو الطابع العالمي.

أ- شروط التحكيم التجاري الدولي:

يأتي اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي, بحيث يكون مستقلا استقلالا قانونيا تاما, ويكون بمنأى عن أية آثار محتملة لعدم صحة التصرف القانوني, وهذا ما يجعل أطراف العلاقات التجارية الدولية يميلون دائما إلى إحالة نزاعاتهم إلى التحكيم لاتصافه بالعالمية, وبهذا فمضمون التحكيم التجاري الدولي أنه اتفاق بين الأطراف على طرح المنازعات أمام هيئة التحكيم للفصل فيه وفقا لأحكام قانون معين يتم الاتفاق عليه, أو وفقا لقواعد تضعها هيئة التحكيم ذاتها, بأن يترك أمر تعيين هذه القواعد لتتم من قبل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع([101]).

ويترتب على هذا آثار من أبرزها, نزع ولاية القضاء العادي على نحو يجعل المحاكم الوطنية غير مختصة بنظر النزاع, وأيضا التزام الأطراف بهذا الاتفاق كتعيين هيئة التحكيم وغيرها من المسائل, وما يهمنا في هذا المقام, الآثار المترتبة على العمل بالتحكيم التجاري الدولي, فنجد ما

([100]) للنظر حول التحكيم بصفة عامة ومميزاته:

د/أبو زيد رضوان, الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي, دار الفكر العربي بالقاهرة, 1981, ص35, **د/ أحمد عبد الكريم سلامة**, التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية, دار النهضة العربية بالقاهرة, 2006, ص19 , **د/ محمود السيد عمر التحيوي**, الطبيعة القانونية لنظام التحكيم, منشأة المعارف بالإسكندرية, 2003, ص1

(1) **Philippe fauchard**, L'arbitrage international en feance, Revue de l'arbitrage, 1981, P.387, 388.

يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق, وفقا لمبدأ الإرادة ألا يضمن العقد الدولي أمورًا تخالف النظام العام, أو من شأنها التحايل على قاعدة الإسناد في دولته, وهذا نابع عن حرية الإرادة في مجال التحكيم التجاري الدولي.

وعلى هذا, فتحديد القانون الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي, يتم على مستويات ثلاثة وفقا لإرادة الأطراف, المستوى الأول: إعمال المنهج التنازعي, أو اعمال قاعدة الإسناد, وتطبيق القانون الداخلي لدولة ما. أما المستوى الثاني, فإعمال القواعد المادية, أو الموضوعية. اما المستوى الثالث, فتطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي النابع من ممارسات حياة التجارة الدولية, والممثل في مبادئ اليونيدروا "Unidroit" , والتي تعد بمثابة مبادئ عامة لقانون العقود لاستخدامها في عالم التجارة الدولية, فتنص ديباجة مبادئ اليونيدروا على أنه يجوز الاتفاق من قبل الاطراف على تطبيق هذه المبادئ عند الفصل في النزاع, وبالتالي فهي تشكل قواعد حرة تنطبق على كل من العقد وآلية تسوية الخلافات الناشئة عنه, وتساهم أيضا في تذليل العقبات التي قد تواجه وسيلة تسوية هذه النزاعات.

ب-صعوبات التحكيم التجاري الدولي أساسا لتفعيل القانون الحر ذو الطابع العالمي:

إذا كان التحكيم التجاري الدولي قد اكتسب استقلالية خاصة به كنظام صار تدعيمه من معظم الأنظمة القانونية, فإن هذه لا يقلل من أهمية الصعوبات التي قد تواجه نظام التحكيم به, وبالتالي تفعيله لحل النزاعات المترتبة على ممارسات التجارة الدولية([102]).

ومن الصعوبات التي قد تواجه التحكيم التجاري الدولي الاختلاف حول تشكيل هيئة التحكيم لا سيما من ناحية تعارض وجهات نظر الأطراف المتنازعة, وأيضا صعوبة أخرى تتمثل في إشكالية التسليم بالتحكيم التجاري الدولي, نظرا لكونه يعد قضاء خاصًا موازيا لقضاء الدولة, مما قد يلحق ضررا بسيادة الدولة من الناحية الاقتصادية, لأن الواقع العملي أثبت أن اللجوء للتحكيم قد يكون من شأنه الافلات من قواعد التشريع الوطني للدول النامية, ومثال لهذا شرط التحكيم الذى يرد في عقود الاستثمار, وما يريده المستثمر من فرض شروطه فحسب, بل يسعى للجوء لنظام التحكيم ليحميه من قواعد التشريع الوطني, ويجعله وسيلة فعالة لاستبعاد تطبيق هذه القواعد.

([102]) **د/ محمود الكيلاني**, عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا, دراسة تطبيقية, دار الفكر العربي بالقاهرة, 1995, ص513, 514.

وهذا ما يتلاقاه القانون الحر ذو الطابع العالمي, لكونه قانونًا تم إخراجه للوجود ليتوافق مع ممارسات التجارة الدولية وعاداتها المتعارف عليها, والتي أقرتها سواء صراحة أم ضمنيا كل من الدول والأطراف في مجال التجارة الدولية.

ومن الصعوبات أيضا التي تعترض إعمال التحكيم التجاري الدولي, تلك التي تواجه إعمال منهج التنازع التقليدية, وهذا راجع بالأساس لصعوبة إلحاق اتفاق التحكيم بطائفة من طوائف الإسناد التقليدية, لأن مسألة تحديد طائفة أو طوائف الإسناد التي يتعين إسناد اتفاق التحكيم إليها قد يثير العديد من التساؤلات, كما هو الحال في إطار القانون الدولي الخاص, إذ من الممكن إما أن تحدد عددًا من طوائف الإسناد التي يمكن إلحاق اتفاق التحكيم بها, أو على العكس من هذا يمكن أن نميز بين العديد من طوائف الإسناد المحددة على نحو يسمح باختيار عناصر الاسناد الاكثر ملاءمة, والذى قد يؤدي لتجزئة القوانين المحتملة التطبيق على الجوانب المختلفة لذات المسألة, فلم يعد من الصحيح إخضاع إجراءات التحكيم على سبيل المثال لقانون دولة مقر التحكيم بالضرورة, فللأطراف أن تخضع هذه الإجراءات للقانون أو لقانون آخر.

أيضا من الصعوبات حول اختيار المنهج الكفيل لحل مسألة القانون الواجب التطبيق, فإذا كانت حل هذه المسألة بواسطة منهج تنازع القوانين, فإنه يتعين تكييف اتفاق التحكيم تكييفا عقديا مستقلا به, وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي من خلال إعمال منهج التنازع([103]) غير أن هناك صعوبة تكمن في عدم كفاية ضوابط الإسناد المقترحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم, لأن الصعوبة لا تطرح عندما يقوم الأطراف المحتكمين بتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم, لكن في حالة غياب هذا التعيين من قبل الأطراف يتعين إضفاء أهمية حول عناصر الإسناد المتعددة والقدرة على تعيين القانون الواجب التطبيق, إذ يتم تعيين القانون الذى تتصل به المسألة المعروضة على المنازعة, وهذا كله يتلاقاه إعمال القانون الحر ذو الطابع العالمي.

ثانيا: تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي أمام التحكيم التجاري الدولي:

نظرا للتطور الكبير التي يشهده قطاع التجارة الدولية من جهة, وازدياد حجم المنازعات المرتبطة بها من جهة أخرى, ظهر التحكيم وأبرز دوره في حسم هذه المنازعات, لأن منازعات التجارة

([103]) **د/ حفيظة السيد الحداد**, الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي, منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت, 2004, ص180

الدولية ليست حكرا على القضاء وحده, بل يعاونه في هذا التحكيم الدولي لحسم هذه المنازعات, وقد يستخدم في هذا آلية متمثلة في القانون الحر لتوافقه مع عادات وتقاليد التجارة الدولية, وبالتالي يبذل التحكيم التجاري الدولي جهدا كبيرا في ترسيخ وبلورة القانون الحر وتأكيد وجوده وتحديد مضمونه المبهم. فهذا القانون أصبح يمتلك القدرة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية ووضعها الطبيعي أمام التحكيم, وبالتالي لا يمكن إغفال الدور الذى يؤديه في عدة مراحل, سواء مرحلة التفاوض, أم إبرام العقد, أم التنفيذ, وهذا نابع من كون بعض العقود التي لم تألفها التشريعات الوطنية, ولم تخصص لها تنظيما خاصًا بها, تاركة بهذا المجال لمجتمع التجارة من أجل تنظيمها بشكل تلقائي([104]).

وبالتالي فالتحكيم التجاري الدولي له دور مهم في تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي وترسيخ أحكامه, وذلك على النحو التالي.

أ- القانون الحر ذو الطابع العالمي بمثابة نهج وشريعة للمحكم:

إن التحكيم التجاري الدولي يولى اهتماما كبيرا للقواعد النابعة عن ممارسات التجارة , وتلك التي تصدرها المنظمات المهيمنة, فعدم وجود قانون اختصاص للمحكم هو السبب الرئيس في إعطائه الحرية الكاملة في تبني أية قاعدة قانونية, سواء كان مصدرها فوق وطني أم تحت وطني, كالقواعد الصادرة من المنظمات غير الحكومية والهيئات([105]).

فالخبرة والتخصص التي يتمتع بها المحكم يجعله على دراية بهذه القواعد الحرة, فإذا كان المحكم مقيدًا بما اختاره أطراف النزاع التحكيمي من قواعد, إلا أن هذا التقييد ما هو إلا مبدأ عام يرد عليه استثناء من شأنه إعطاء المحكم الحرية في تناغم النزاع مع القواعد القانونية المطبقة عليه, والتي من بينها القانون الحر.

لذا فاختيار الأطراف المحتكمون لقانون معين لا يغلق الباب أمام هيئة التحكيم لتطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي, فتطبيقها له ينتج منه الاختيار الموضوعي للقانون الواجب التطبيق ,

---

([104]) مثال لذلك, الاعتمادات المستندية التي تختص غرفة التجارة الدولية بتنظيمها عن طريق إصدار بعض النشرات, والتي منها الصادرة عام 1993.

([105]) **د/ هشام صادق**, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, منشأة المعارف بالإسكندرية, 1995, ص161

فالمحكم على خلاف القاضي الوطني, لا يقدم حلولًا على أساس أنها من قبيل مشكلات تنازع القوانين Conflit de loi بالمعنى المعتاد في القانون الدولي الخاص, بل إن أساس التنازع القائم أمامه في تنازع قوانين Conflit de droit يتم بين قوانين وطنية وقوانين اخرى لا تتسم بالصفة الوطنية, وإنما بالعالمية أو الدولية, وهذا ما يستتبعه المرونة من قبل هيئة التحكيم في تطبيق القاعدة القانونية المتوافقة مع النزاع.

لذا فإعمال التحكيم لقواعد التجارة الدولية قد جعل القانون الحر ذو الطابع العالمي بمثابة نهج أو شريعة تتوافق مع منازعات التجارة , فبالنظر لمبادئ اليونيدروا "Unidroit" فقد أثرت على عمل التحكيم الدولي فيما يتعلق بالقانون الحر, ومن التطبيقات لمبادئ اليونيدروا مثل قانون العقد, فمنذ صدورها عام 1994([106]), تم تطبيق تلك المبادئ من قبل التحكيم الدولي واختيارها من قبل الأطراف سواء كان الاختيار صريحًا أم ضمنيا([107]), بحيث يكون بالإمكان استبعاد قانون الدولة من قبل الأطراف, او استكمالا لقانون الدولة, وهذا ما نصت عليه غرفة التجارة الدولية "CCI" على إمكانية استخدام مبادئ اليونيدروا لاستكمال القانون الجزائري المطبق على النزاع([108]).

وبحيث تكون مبادئ اليونيدروا بمثابة مبادئ عامة لقانون العقود لاستخدامها في عالم التجارة الدولية, فتنص ديباجة مبادئ اليونيدروا على أنه يجوز الاتفاق من قبل الأطراف على تطبيق هذه المبادئ عند الفصل في النزاع, وبالتالي فهي تعد بمثابة أدوات ليست ملزمة, ولكنها تشكل قواعد حرة تنطبق على العقد.

ولكن قد يحدث أن الأطراف في التحكيم التجاري الدولي, قد يختارون اتفاقية دولية, أو قواعد موحدة بالاعتمادات المستندية لعام 1993 على سبيل المثال, ولكن هذا الاختيار من قبل الأطراف قد لا يسمح بحل النزاع بشكل كامل, مما يستتبع معه استخدام مبادئ اليونيدروا لإكمال

([106]) في عام 1994 نشر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROUIT) مجموعة من المبادئ التى تهدف إلى تنظيم عقود التجارة الدولية, لتستخدم في جميع أنحاء العالم, ويقتصر نطاق إعمالها على العقود الدولية.

UNIDRROIT, Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome, Istitut international pour L'unification du droit privé, 1994.

(2) **Prujiner (A.)**, L'arbitre et le droit, MCGILL JOURNAL OF DISPUTE BESOLUTION, REVUE DE RECLEMENT DES MCGILL, 2014, vol 1:1, P.84, 86.

(3) Une sentence de la chambre de commerce international, par exemple, énonce que les principes Unidroit peuvent servir de aratio scripte" afin de compléter le droitalgérien applicable au fond du litige.

النقص, وبالتالي فمبادئ اليونيدروا ليست فقط لسد النقص في قانون الدولة, بل أيضا لتكملة النقص في مظاهر أخرى من القانون الحر([109]).

وبالتالي فالمحكم لدية نوع من الاستقلالية, فهو ليس كالقاضي ملزم بتطبيق قانون دولة معينة, وإنما سلطته مستمدة من اتفاق الأطراف على القواعد التي تنطبق على النزاع, وهذا يعطى له الأولوية لتطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي, لكونه ينسجم مع متطلبات الأطراف في التجارة الدولية.

ولكن كل هذا من إعطاء الحرية لهيئة التحكيم في تطبيق القانون الحر ليست مطلقة, بل مقيدة بمراعاة القواعد الإلزامية ذات الأصل الوطني, وهذا ما قننته مبادئ اليونيدروا, بأنه لا تمنع من تطبيق القواعد الإلزامية ذات الاصل الوطني, والتي تنص على شروط شكلية معينة لبعض أنواع العقود, والتي يترتب على مخالفتها البطلان, أو قواعد إلزامية ذات أصل دولي, وهي تلك المستمدة من اتفاقية دولية, أو قواعد إلزامية نشأت بمستوى فوق وطني, مثل قانون المنافسة بالاتحاد الأوربي, وهذه تشكل القيود المفروضة على الحرية التعاقدية فى مجال العقود التجارية الدولية.

ب-دور التحكيم في بلورة وترسيخ القانون الحر ذو الطابع العالمي:

يعد التحكيم قضاء خاصًا مهمته تطبيق القانون الحر ومراعات قواعده عند الفصل في النزاع, يترتب عليه تواتر قرارات التحكيم على الاستعانة بهذه القواعد لفض المنازعات, وذيوعها بالعديد من هيئات التحكيم الدولية, مما يجعل هذه القواعد الأكثر الزامية, ويعطى شعورًا لدى أشخاص التجارة الدولية بخطورة مخالفتها, بل إن المحكم الدولي, ولما يتوافر لدية من سلطات إنشائية للقواعد القانونية الصالحة للتطبيق في مجال التجارة الدولية, خصوصا عندما يعينه الأطراف كمفوض بالصلح, أي: عدم التزامه بأية قاعدة قانونية داخلية, هذا يجعله متدخلًا لتعديل القواعد التي أقرتها المنظمات المهنية في العقود النموذجية.

وتأسيسا على هذا, فالتحكيم التجاري الدولي يعد مصدرا منشئا للقاعدة القانونية, وهذا ما حدا بالعديد من اطراف المجتمع التجاري الدولي, سواء شركات أم تجار إلى الخضوع الاختياري

(1) **E. JOLIVET**, "Les Incoterms dans les sentence arbitrales de la chambre de commerce international", Bulletin CCI, vol. 21, n1, 2010, P.55.

لقرارات التحكيم دون حاجة إلى اللجوء للمحاكم الوطنية من أجل تنفيذها, وإعطاء هذه القرارات صفة الإلزامية.

وفى عقدنا الشخصي, أن التحكيم الدولي لدية القدرة أكثر من القضاء الوطني, على تطبيق القانون الحر وتفعيل قواعده, بل أكثر من هذا المساهمة في خلق قانون حر ذو طابع عالمي نابع من السوابق التحكيمية, لدية القدرة على مسايرة التطور الملحوظ في مجتمع التجارة الدولية, وهذا يجعله نابعًا من عدة أسباب أولها: السرعة التي يتميز بها التحكيم في الفصل في النزاع. وثانيها: القدرة على مسايرة التطور الحادث في مجال التجارة الدولية. وأخيرا, أن القاضي عند تطبيقه للقانون الحر في منازعات التجارة الدولية يسيطر عليه نظامه القانوني الداخلي ويحد من سلطانه, خصوصا مع وجود فكرة النظام العام والحضور الدائم لقواعد البوليس والقواعد ذات التطبيق الضروري التي تعد بمثابة صمام الأمان ضد أي خرق لمقتضيات النظام العام لدولة القاضي.

الفرع الثاني

التحكيم الدولي ودوره في بلورة القانون الحر ذو الطابع العالمي المتعلق بالنشاط الرياضي

بالنظر لدور التحكيم الدولي وترسيخه للقانون الحر ذات الطابع العالمي المتعلق بالنشاط الرياضي الدولي, نركز على محكمة التحكيم الرياضية باعتبارها الجهة الرئيسة للفصل في المنازعات الرياضية العالمية, ويتضح دورها في إرساء سوابق تحكيمية تظهر بوضوح القانون الحر , بالإضافة لدورها الأساسي في تطبيق القانون الحر الصادر من عمل الهيئات الرياضية.

أولا: السوابق التحكيمية وأثرها على القانون الحر للرياضة الدولية:

في هذه الجزئية نخص بالحديث دور محكمة التحكيم الرياضية T.A.S([110]), في تعزيز قانون الرياضة الدولية Lex sportive , حيث يشمل اختصاصها جميع المنازعات التي تؤثر على

(1) TAS: Tribunal arbitral du sport.

الرياضة, وتتمثل الوظيفة الاساسية لمحكمة التحكيم في حل هذه النزاعات, مثل أي قاضٍ "إن القاضي يستمع ويفهم ويقرر: هذه هي وظيفتها الأساسية, التي من خلالها تقوم بعمل العدالة, وتضمن السلم الاجتماعي"([111]), ولكن تمارس أيضا وظائف تترك بصماتها على القانون الرياضي, بحيث يتسم نشاطها القضائي على نحو إنشائي يجعلها بمثابة "ورشة لصنع القانون etalier de fabrication du droit " ([112]) .

والدور الإنشائي نابع من السوابق التحكيمية المنبثقة عنها, والمبادئ القانونية العامة التي تصوغها محكمة التحكيم الرياضية, فإنها تلعب دورا رئيسا في إنشاء معايير وقواعد الرياضة العالمية "de normes sportives globales" .

وبالتالي فمحكمة التحكيم الرياضية لها دور مهم في بلورة وترسيخ القانون الحر من خلال السوابق التحكيمية , والتي تعرف بأنها " مجموعة من القواعد والمبادئ القانونية المنبثقة عن القرارات الصادرة عن المحاكم التحكيمية التي ينوي الرجوع إليها"([113]).

بيد أن بعض الفقه قد أنكر على محكمة التحكيم الرياضية سلطة إصدار سوابق تحكيمية تحتوى على مبادئ تطبق في مجتمع الرياضة الدولية, وتعتبر بمثابة قانون حر لهذا المجتمع, وهذا نابع من الإنكار على محكمة التحكيم الرياضية صفة الهيئة القضائية الموحدة المؤلفة من قضاة دائمين, بل على العكس من هذا لديها قائمة من المحكمين تتيح التحكيم عن طريق محكم واحد, أو ثلاثة محكمين لحل النزاعات الناشئة في مجال الرياضة, لهذا فمحكمة التحكيم الرياضية مثل محكمة التحكيم التابعة ل C.C.I أو محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي, لذا فمحكمة التحكيم هي مركز تحكيم وليست محكمة بالمعنى المتعارف عليه, فهي مجرد مؤسسة تحكيم متخصصة([114]).

---

(2) Juge écoute, comprend et tranche: c'est sa function première, colle par lequelle il fait oeuvre de justice et assure la paix sociale, par, **D. TRICOT**, L'interrogation sur "la jurisprudence d'aujourd'hui", R.T.D.C., 1992, P.87.
(3) Expression utilisée par **ph. JESTAZ** au sujet de la jurisprudence "La jurisprudence, ombre portée du contentieux", Dalloz, chron., 1989, P.150.

(1) "Les principes et les règles de droit qui se dégagent des décisions rendues par les tribunaux auxquels on entend se référer" par. **J. BASDEVANT, V.** "Jurisprudence", in Dictionnaire de la terminologie du droit international, paris, sirey, 1960, P.356.

(2) **A. RIGOZZI,** L'arbitrage international en matière de sport, Bale, Helbing & Lichtenhahn, L.C.D.J/ Bruylant, 2005, P.132., n.230.

لذا فهي تفقد للصفة الدائمة, وبالتالي لا يمكن إنشاؤها للسوابق التحكيمية, لاختلاف المحكمين مما يستتبع عدم الثبات, إلا أنه يمكن الرد على هذا بأن التحكيم في ظل محكمة التحكيم الرياضية أقرب إلى تحكيم الشركات, يقوم على أساس التضامن الرياضي, فجميع المحكمين على دراية بمجال الرياضة, علاوة على هذا فإن بعض المحكمين يتم استدعاؤهم بشكل متكرر من قبل T.A.S , وهذا من شأنه إعطاء صفة الدوام للمحكمين, ويساعدهم في إنشاء السوابق التحكيمية .([115])

أيضا الطابع المؤسسي لمحكمة التحكيم الرياضية من شأنه خلق إجراءات موحدة على النزاع, والمساعدة على تطوير القواعد المتعلقة بالرياضة, مما يشكل في نهاية المطاف المساعدة في تطوير القانون الحر ذو الطابع العالمي في مجال الرياضة([116]).

وقد ساعد على هذا أيضا, وجود آليه للمراجعة المسبقة للأحكام والقرارات الصادرة من محكمة التحكيم الرياضية, وهذا يضمن جودة قرار المحكمين وضمان الكفاءة القانونية من خلال تلافى العيوب التي يمكن أن تبطل القرار, وأيضا للحماية من إصدار أحكام مخالفة.

ومن امثلة للسوابق التحكيمية الصادرة من محكمة التحكيم الرياضية, في القرار 98/ 184 , فبعد الاستشهاد بثلاث فقرات كاملة من القرار 92/ 73 تعلن هيئة التحكيم "تعتمد وتطبق هذه الكلمات We adopt and applythese words "([117]), في قرار آخر يتعلق بقضية تعاطي المنشطات للخيول, اعتبرت المحكمة " أنه ليس هناك حاجة للتشكيك في سوابق تحكيمية راسخة فى محكمة التحكيم الرياضية, والتي بموجبها يتم الأمر بعدم الصلاحية حتى في حالة عدم وجود خطأ من جانب الفارس, من أجل المحافظة على المساواة بين المتنافسين([118]) , وأيضا في مسابقة بانتاني "Pantani" طلب اتحاد الدرجات الإيطالي من محكمة التحكيم الرياضية تغيير

---

(1) article S 14 du code l'arbitrage en matière de sport : "En constituent la liste d'arbitres du TAS, le CIAS devra faire appel à des personnalités ayant une formation juridique complète, une compétence reconnue en marière de droit du sport et/ou d'arbitrage international, une bonne connaissance du sport en générale.".

([116]) بالإضافة للطابع المؤسسي لمحكمة التحكيم الرياضية, فقد يشير محكمو المحكمة إلى المبادئ الرياضية التي غالبا ما يطلق عليها Lex sportive التي تم اكتشافها بواسطتهم من خلال التمعن في دراسة قواعد المنظمات والهيئات الرياضية, انظر في هذا إلى :

F.latty, Lex sportiva : Recherche sur le droit transnational, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, P.323, 326.

(1) T.A.S. 98/184, P./F.E.I., 25 septembre 1998, in Rec. T.A.S. II, P.200.

(2) T.A.S. 94/126, N./F.E.I., 9 decembre 1998. in Rec. T.A.S. II, P.133.

قانونها القضائي فيما يتعلق بتفسير لوائح مكافحة المنشطات, على العكس من هذا اعتبرت TAS أنه ليس من الضروري أن تنأى بنفسها عن هذه السوابق([119]).

كذلك فقد ساعدت محكمة التحكيم الرياضية في اظهار القانون الحر إلى الوجود عن طريق تقديم رأى استشاري من قبل محكمة التحكيم "d'avis consultatif devant le T.A.S" في هذه الحالة, لا تقدم المحكمة على الفصل في النزاع بين أطرافه, بل تقتصر مهمتها على تقديم المشورة القانونية فقط, وبالتالي فممارسة وظيفتها الاستشارية أقل ارتباطا بنزاع ملموس, ويمكن أن تكون من شأنها إظهار مبادئ جديدة([120]).

ثانيا: تطبيق محكمة التحكيم الرياضية للقانون الحر ذو الطابع العالمي:

تعتبر محكمة التحكيم الرياضية المحكمة العليا للرياضة العالمية, والمصدر الرئيس لقرارات التحكيم الصادرة في المسائل الرياضية, وهذا الاختصاص ناتج عن اللوائح الصادرة عن الاتحادات الرياضية الدولية, والتي تمنح الاختصاص من حيث المبدأ لهذه المحكمة([121]), وبالتالي فإجراءات التحكيم أمام هذه المحكمة تشمل المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية والتجارية في مجال الرياضة ([122]).

وبالنظر لنطاق عمل محكمة التحكيم الرياضية يتضح ان المحكمة تقوم بدور مزدوج في الفصل في المنازعات الرياضية العالمية, أولهما: الدور الطبيعي المتمثل في الفصل في المنازعات الرياضية العادية. ثانيها: الدور الرقابي المتمثل في كون محكمة التحكيم الرياضية بمثابة هيئة استئنافية لقرارات الرياضة.

---

(3) "Change se jurisprudence" relative à l'interprétation du Règlement antidopage de L.U.C.I., la formation a, au contraire, considéré qu'il ne lui était "pas nécessaire de se distancier de cette jurisprudence". T.A.S. 2002/A/403 et T.A.S. 2002/A/408. U.C.I & F.C.I & pantani, 12 mars 2003.

(4) **E. JOUANNET**, "La notion de jurisprudence international en question" , in la juridictionnalisation du droit international, S.F.D.I, Colloque de Lille, paris, Pedone, 2003, P.382 et s.

(1) article R 27 du code d'arbitrage en matière de sport précise que les objets cas litiges sont "des questions de principe relatives au sport ou des questions pécuniaires ou autres relatives à la pratique ou au développement du sport et peut inclure plus généralement toute activité ou affaire relative au sport".

(2) **G. SIMON (dir.)**, Droit du sport, PUF, themis, 1 er ed.,2012, P.573. 574.

1- الدور المعتاد لمحكمة التحكيم الرياضية وتطبيقها للقانون الحر ذو الطابع العالمي:

من ناحية الدور الطبيعي والمعتاد لمحكمة التحكيم الرياضية , فإنها مثلها كمثل أية هيئة تحكيم أخرى ينعقد اختصاصها بالخصومة التحكيمية طبقا لاتفاق التحكيم وللحرية المخولة للأطراف المحتكمين من اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة الرياضية, سواء كان هذا القانون قانون دولة معينة أم قواعد حرة عالمية متعلقة بالنشاط الرياضي, أو مزيجًا من القواعد القانونية الممثلة في قانون الدولة وقانون غير الدولة.

ولكن بالنظر لمجال عمل محكمة التحكيم الرياضية, فيتم تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي في الغالب, فعلى سبيل المثال, فيما يتعلق بمنازعات كرة القدم يتم تطبيق قواعد الاتحاد الدولي لكرة القدم في المقدمة, ثم قواعد الاتحاد الأوربي لكرة القدم , وأخيرا تطبيق القانون السويسري باعتباره قانون دولة المقر.

ويتضح من هذا أنه, إذا كان الأصل حرية الأطراف في اختيارهم للقانون الموضوعي الذى يدور الحكم التحكيمي بناء عليه, إلا أُنه في حالة التحكيم في المنازعات الرياضية المعقودة أمام محكمة التحكيم الرياضية, فإنه يتميز بخصوصية معينة من قبل المحكمة ذاتها في تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي المستنبطة من قواعد الاتحادات الرياضية, وأيضا في حالة عدم الاتفاق من قبل الأطراف المحتكمين على اختيار القانون, فإنه يجب على هيئة التحكيم الحكم بموجب القانون السويسري باعتباره قانون دولة المقر, وبالنظر للقانون الأخير, فقد نص على أنه في حالة غياب اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق, يتم تطبيق قواعد القانون التي يرتبط بها النزاع, وهذا يؤدى بالتبعية لتطبيق قواعد القانون الحر ذو الطابع العالمي المرتبطة بالنشاط الرياضي([123]).

2- الدور الرقابي لمحكمة التحكيم الرياضية وتطبيقها للقانون الحر ذو الطابع العالمي:

يتم تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي من قبل محكمة التحكيم الرياضية([124]) في حالة النظر في الطعون ضد قرارات الاتحادات أو الهيئات الرياضية, وهذا طبقا للمادة (R 58) من قانون التحكيم الرياضي, والتي تنص على أن "محكمة التحكيم تفصل في الطعون, وفقا للقانون الذي يختاره الأطراف, وفي حالة عدم الاختيار, وفقا لقانون الدولة التي يقع فيها موطن الاتحاد

(1) Loi fédérale sur le droit international privé du 18 dec. 1987, article (187/1) "Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, a défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus et roits.".

(1) **D. Hascher et E. Loquin**, "Chronique des sentences arbitrales du TAS" Journal du droie international (Clunet), 2004, P.291 – 340. , P.312.

أو الهيئة الرياضية التي أصدرت القرار المطعون فيه, أو وفقا للقواعد القانونية التي تراها اللجنة مناسبة"([125]).

وهنا يتضح من نص المادة السابقة أن قانون التحكيم الرياضي قد منح لمحكمة التحكيم الرياضية الحرية في اختيار القواعد القانونية التي تراها مناسبة للفصل في الطعون المعروضة أمامها, ومن سبيل هذا تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي.

كما أنه وبالنظر لأحدث تعديل في قانون التحكيم الرياضي الذى دخل حيز التنفيذ في 1 مارس 2013 ([126]), فإنه يعزز حقيقة أن محكمة التحكيم تطبق القانون الحر المتعلق بالرياضة الدولية "Lex sportive" , أيضا بالنسبة للمنظمات والهيئات الرياضية التي أدخلت بنودا للتحكيم في قوانينها الأساسية يستلزم الإشارة إلى النظام الأساسي لمحكمة التحكيم الرياضية, وهذا يستتبع تطبيق Lex sportive باعتباره قانونًا لا تحدده دولة ذات سيادة, ولكنه مستمد شرعيته بشكل أساسي من السلطة والخبرة التي تتمتع بها المنظمات والهيئات الرياضية([127]).

(2) L'article R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport indique in extenso :

« La Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit que la Formation estime appropriées. Dans ce dernier cas, la décision de la Formation doit être motivée ». Analysons les différents éléments de ce texte.

(1) Article R 58, Code de l'arbitrage sportif, 2013.

(2) **D. Hascher et E. Loquin**, op. cit, P.298.

الخاتمة

حاولنا خلال صفحات هذه الدراسة أن نعرض للقانون الحر ذو الطابع العالمي من خلال التعرف عليه وتحديد معالمه, لخروج الهيمنة من يد الدولة في إصدار القانون, واستحواذ جهات وكيانات اخرى فعالة في مجال التجارة, والرياضة العابرة للحدود على نصيب في إصدار القواعد القانونية الصالحة للتطبيق على العلاقات الناشئة عن هذه المجالات, مما ترتب عليه إحداث وتغيير جذري في النظرية العامة للقانون.

هذا كله في إطار العلاقات ذات العنصر الأجنبي, وافساح المجال للقانون الحر للتطبيق كمنج موازي لكل من مناهج قواعد الإسناد الوطنية والقواعد الموضوعية, لكونه قانونًا نوعيًا مماثلًا للطبيعة الدولية للعلاقة, بالإضافة لخروجه من عقد يتسم بالطبيعة الدولية توافق اطرافه على تضمينه بهذه القواعد القانونية الحرة, مما يعطى الأولوية للتطبيق, سواء من قبل القضاء, أم من قبل التحكيم.

ومن هذا المنطلق فقد حرصنا على تسجيل أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها على النحو التالي:

اولا: النتائج:

1- الاستقلالية للقانون الحر ذو الطابع العالمي عن باقي القواعد القانونية التي تحكم العلاقات ذات الطابع الدولي الخاص, فالقانون الجر جاء ليعكس المصدر النابع منه, دون المرور بالمجرى المعتاد لإصدار القوانين بمعناها العام والشائع, فهو قانون غير تابع لدولة معينة, وغير خارج عن مشرعها الوطني, وهذا يستتبع أن مجال القانون الحر يشمل قواعد قانونية لم تصدر من جانب الدولة مع دولية النشاط, كقانون الاتحادات الرياضية الدولية, وقواعد التجارة العابرة للدولة.

2- للقانون الحر ذو الطابع العالمي العديد من السمات والخصال التي تميزه عن غيره من القواعد القانونية الدولية, والمستمد من طبيعته الذاتية من كونه قانونًا تخصصيا بنشاط معين, بالإضافة لكونه قانونًا عابرًا للحدود, وأخيرا يتميز القانون الحر

بحداثته, مما انعكس هذا على الاختلاف في تحديد معالمه من قبل الفقه, مما استتبع أن نطلق عليه القانون الحر ذو الطابع العالمي, باعتباره يمثل مجموعة من القواعد المكتوبة التي تم تطويرها من جانب إحدى المؤسسات, أو الهيئات الفعالة المغايرة للدولة ويهدف للتطبيق فيما يتعلق بنشاط معين, بغض النظر عن حدود الدولة.

3- هناك بعض الكيانات المشتركة مع الدولة في إصدار القانون الحر ذو الطابع العالمي, وهي جهات معنية بتنظيم النشاط على مستوى فوق وطني, مثل الاتحادات الإقليمية, أو تحت وطني مثل المنظمات غير الحكومية. مما حول نطاق التنازع من تنازع بين قوانين دول إلى تنازع بين قوانين وتشريعات كيانات مغايرة للدول ذاتها. وترتب عليه وجود مناهج ثلاثة لفض التزاحم القانوني, وتتمثل في منهج الإسناد, ومنهج القواعد الموضوعية, ومنهج القواعد الحرة ذات الطابع العالمي.

4- مجال إعمال القانون الحر يرد في العقود الدولية, مما يمنح للأطراف المتعاقدة الحرية الكبيرة في البعد قدر المستطاع عن قوانين الدولة, والتى من المحتمل أن تكون قابلة للتطبيق في غياب الاختيار, والسماح للأطراف بتطبيق بعض القواعد التي تتفق مع طبيعة عقدهم الدولي.

5- هناك تطبيق ملحوظ من قبل القضاء الفرنسي للقانون الحر ذو الطابع العالمي, مما انعكس صداه على عمل المشرع الداخلي بقيامه بدمج قانونه الداخلي وتعديله بانتظام لجعله متوافقا مع أحكام القانون الحر, وأيضا هناك دور ملحوظ للتحكيم الدولى في تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي, وإرساء العديد من المبادئ التي ساعدت على بلورة وترسيخ هذا القانون.

ثانيا: التوصيات:

1- نوصي المشرع المصري بوضع القانون الحر ذو الطابع العالمي بعين الاعتبار والأخذ بمبادئه, وأحكامه, وإدخالها في صلب التشريع المصري لكى يتم الاستفادة منها, لكونها نابعة من الممارسات العملية في صدد معاملات الحياة الخاصة الدولية, سواء التجارية منها أم الرياضية. وعلى سبيل التدليل, تقنين مبادئ اليونيدروا والمبادئ النابعة من عقود التجارة الدولية وغيرها, بالإضافة لتقنين مبادئ الرياضة العالمية النابعة من ممارسات الاتحادات الرياضية الدولية, ومبادئ قانون المنشطات العالمي, لقابليتها للتطبيق في صدد عقود الرياضة الدولية والاحتراف الرياضي.

2- فيما يتعلق بالتنافس بين كل من منهج قواعد الإسناد الوطنية باعتباره المنهج التقليدي لتحديد القانون الواجب التطبيق, والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي, نوصي بإعمال مبدأ التفضيل كأساس لتطبيق القواعد الحرة على منازعات الحياة الخاصة الدولية النوعية, ومن كون هذه القواعد نابعة من الحرية التعاقدية لأطراف العقد الدولي, وعليه فالمحكمة ملقى على عاتقها البحث عن أنسب القوانين وتطبيقها على العلاقة والاعتداد بأوفق قواعد تحقق الملاءمة في الموضوع, ولكن في كل الأحوال ينبغي على القاضي قبل التطبيق التأكد من عدم مخالفة هذه القواعد للقواعد الضرورية في دولته.

3- في تحديد دولية العقد, نوصي بإعمال المعيار المزدوج لأنه أكثر المعايير اتفاقا مع تحديد دولية العقد, والذي يستتبع منح الأطراف حرية في اختيار القانون المراد تطبيقه, والبعد قدر المستطاع عن قوانين الدولة, وإمكانية تطبيق القواعد الحرة ذات الطابع العالمي.

قائمة المراجع

باللغة العربية :

- احمد عبد الحميد عشوش, تنازع مناهج تنازع القوانين, مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية, 1988
- احمد عبد الكريم سلامة:
  - الاصول في التنازع الدولي للقوانين, دار النهضة العربية بالقاهرة, 2003
  - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولا ومنهجا", مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة, الطبعة الاولي, 1996

- القانون الدولي الخاص النوعي, دار النهضة العربية بالقاهرة, الطبعة الاولي

- القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية تطبيقية), دار النهضة العربية بالقاهرة, 1985

- اشرف شوقي مسيحة, القواعد المادية الدولية وانكماش السيادة التشريعية الوطنية, رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية, 2008

- اشرف وفا محمد, المبادئ العامة لتنازع القوانين في القوانين المقارنة, دار النهضة العربية بالقاهرة, الطبعة الاولى, 2004

- بدر الدين عبد المنعم شوقي, دراسات في القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي), بدون دار نشر, 1990

- حسام اسامة شعبان, التنازع الكوني للقوانين في القانون الدولي الخاص ما بعد الحداثة (نحو نهاية منهج التنازع السافيني), دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية, 2016

- صفوت احمد عبد الحفيظ احمد, دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص, بدون دار نشر, 2000,

- محمد عبد الله محمد المؤيد, منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية (دراسة تأصيلية), دار النهضة العربية بالقاهرة, 1998

- محمود السيد عمر التحيوي, الطبيعة القانونية لنظام التحكيم, منشأة المعارف بالإسكندرية, 2003

- محمود الكيلاني, عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا, دراسة تطبيقية, دار الفكر العربي بالقاهرة, 1995

- هشام صادق:

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, منشأة المعارف بالإسكندرية, 1995

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, دار الفكر الجامعي , بالإسكندرية, 2001

- يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي, النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية بالقاهرة, 1989

باللغة الاجنبية :

- A. FERRER – CORREIA, "Les problèmes de condification en droit international privé", Rec. Cours La Haye, vol. 145, 1975

- A. RIGOZZI, L'arbitrage international en matière de sport, Bale, Helbing & Lichtenhahn, L.C.D.J/ Bruylant, 2005

- A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises europeennes, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit social, 2002

- B. AUDIT, " Le choix des Principes d'undroit comme loi du contrat et le droit international prive", in mélanges Camille JAUFFRET – SPINOSI, Dalloz, Etudes – Mélanges – Travaux, 2013

- B. AUDIT, le caractère fonctionnel de la règle de conflit "sur la crise de conflits de lois", Res – cours la Haye, 1984, T- III, vol. 186,

- B. GOLDMAN, "Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria", in Melanges pierre LALIVE. Etudesde droit international, Helbing & Lichtenhahn, 1993

- Bernard AUDIT, droit international privé, ECONOMICA, 3 ed, 2000

- C. KESSEDJIAN, " Codification du droit commercial international et droit international privé . De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales ", Rec. cours la Haye, vol. 300, 2002

- D. BUREAU et H. MUIR WATT, Droit international prive, t. II, partie spéciale, 3 éd, PUF, thémis, 2014

- D. BUREAU, Les sources informelles du droit dans les relation privées internationals, Thèse, université paris II, 1992

- D. Hascher et E. Loquin, "Chronique des sentences arbitrales du TAS" Journal du droie international (Clunet), 2004

- D. TRICOT, L'interrogation sur "la jurisprudence d'aujourd'hui", R.T.D.C., 1992,

- E. JOLIVET, "Les Incoterms dans les sentence arbitrales de la chambre de commerce international", Bulletin CCI, vol. 21, n1, 2010

- E. JOUANNET, "La notion de jurisprudence international en question" , in la juridictionnalisation du droit international, S.F.D.I, Colloque de Lille, paris, Pedone, 2003

- E. LOQUIN, "Les règles matérielles internationals", Rec. cours la Haye, vol. 322, 2006,

- F. BUY, J. M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZOO, Droit du sport, LGDJ, manuels, 4 ed. 2015

- F. LATTY, La lex sportive : recbercbe sur le droit transnational, Martinus Nijhoff publishers, Etudes de droit international, 2007

- FOUCHARD Philipe, L'arbitrage et la mondialisation de l'économie / in philosophie du droit économique, quell dialogue ?, Mélanges à l'honneur G. FARJAT, Ed FRIOH – ROCH, 1998

- Francescakis (Ph), Ta théorie du Renvoi et les conflits de systemesen droit international privé, Ed sirey, 1958.

- G. CORNU, (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, 11 ed, 2016

- G. SIMON (dir.), Droit du sport, PUF, themis, 1 er ed.,2012

- GRAULICH, Principe de droit international privé, paris, librairie, Dalloz, 1961

- H. BATIFFOL, La pluralisme des mèthodes en Droit international privé, Rec. cours la Haye, 1973. t. II, vol. 139

- H. MUIR WATT, "Le principe d'autonomie entre liberalisme et neoliberalisme" , in M. FALLON, P.LAGARDE, S. POILLOT – PERUZZETTO (dir), La matière civile et commericale, socle d'un code europeen de droit international prive?, Dalloz, thèmes et commentaires, 2009

- I. STRENGER, " La notion de lex mercatoria en droit du commerce international", Rec. Cours La Haye, vol. 227, 1991

- J. BASDEVANT, V. "Jurisprudence", in Dictionnaire de la terminologie du droit international, paris, sirey, 1960

- J.M. JACQUET, "Le principe d'autonomie entre consolidation et evolution", in Mélanges Hélène GAUDEMET – TALLON, Dalloz, Etudes – Mélanges – Travaux, 2008

- J.P. NIBOYET, Cours de droit international privé francais, paris, sirey, 2 eme ed, 1949

- KASSIS (A.), Le nouveau droit européen des contrats internationaux, paris, L.G.D.J, 1993

- M. – A. MOREAU, " Negociation collective transnationale : réflexions à partir des accords – cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal", Dr. soc. 2009

- M. A. MOREAU, Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations, Dalloz, A droit ouvert, 2006

- M. Eric LOQUIN, " Les regles materielles internationals", Rec. Cours la Haye, vol. 322, 2006, P.50.

Mayer (P.), Les lois de police étrangères, Clunet, 1981

-

- P. DE VAREILLE – SOMMIERES, "Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats", in

Mélanges Pierre MAYER, Lextenso, 2015

- P. MAYER, et V. HEUZE, Droit international privé, montchrestion, Domat – Droit prive, 11 éd, 2014

- P.Louis – LUCAS, conflits de mèthodes en matière de conflits de lois, clunet, 1956,

- P. GOTHOT, "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", Rev. crit. DIP 1971

- ph. JESTAZ au sujet de la jurisprudence "La jurisprudence, ombre portée du contentieux", Dalloz, chron., 1989,

- Ph. KAHN, " Droit international economique, droit du développement, Lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des orders juridiques? " , in Mélanges Bertbold GOLDMAN. Le droit des relations economiques internationales , Litec, 1982

- Philippe fauchard, L'arbitrage international en feance, Revue de l'arbitrage, 1981, P.387, 388.

- PIERRE LALIVE, tendances et méthodes en droit international privé, R.C.A.D.I, 1977- 11

- POMMIER (J.C.), Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris Economica, 1992

- Prujiner (A.), L'arbitre et le droit, MCGILL JOURNAL OF DISPUTE BESOLUTION, REVUE DE RECLEMENT DES MCGILL, 2014, vol 1:1

- S. POILLOT PERUZZETTIO, ordre public et lois de police dans les texts de réference, in collection : la matière civile et commerciale, socle d'un code Europeen de droit international privé, peris, Dalloz, 2009

- Sandrine Clavel, droit international privé, HYper cours, Dalloz, 2009

- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES – SOMMIERES, Droit international privé, Dalloz, précis, 10 ed., 2013

الفهرس

المقدمة
المطلب التمهيدي : مدلول القانون الحر ذو الطابع العالمي ونشأته
الفرع الاول : ماهية القانون القانون الحر ذو الطابع العالمي
الفرع الثاني : نشأة القانون الحر ذو الطابع العالمي
المبحث الاول : منهجية تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي في العلاقات الخاصة الدولية
المطلب الاول : مناهج فض تنازع القوانين وعلاقتها بالقانون الحر ذو الطابع العالمي

سبتمبر2022

الفرع الاول : منهج القواعد الموضوعية والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي
الفرع الثاني : منهج قاعدة التنازع والقواعد الحرة ذات الطابع العالمي
المطلب الثاني : الية تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي
الفرع الاول : التطبيق المميز للقانون الحر ذو الطابع الدولي
الفرع الثاني : التطبيق المقيد للقانون الحر ذو الطابع العالمي
المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي بين القضاء والتحكيم
المطلب الاول : تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي في بعض النظم القانونية الداخلية (القانون الفرنسي)
الفرع الاول : المبدأ رفض النظام القانوني الفرنسي للقانون الحر ذو الطابع العالمي
الفرع الثاني : قبول القانون الحر ذو الطابع العالمي من قبل النظام القانوني الفرنسي
المطلب الثاني : تطبيق القانون الحر ذو الطابع العالمي من قبل التحكيم الدولي
الفرع الاول : التحكيم الدولي ودوره في بلورة القانون الحر ذو الطابع العالمي المتعلق بالنشاط التجاري
الفرع الثاني : التحكيم الدولي ودوره في بلورة القانون الحر ذو الطابع العالمي المتعلق بالنشاط الرياضي
الخاتمة