

مقدمة:

أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة ، وأنها المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، مما جعل التعامل التجاري على الصعيد الدولي يترتب عليه نشوء علاقات تعاقدية ذات عنصر أجنبي تخضع للقانون الدولي الخاص ، تقوم على أساس إرادة الأطراف استنادا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين في تحديد الشروط اللازمة لإبرام هذا التعاقد. غير أن العمليات التجارية الدولية قد لا تخلو من بعض النزاعات ، مما استدعى لحلها ابتداء نظام التحكيم، الذي أصبح من أهم الظواهر القانونية المعاصرة ومن الموضوعات الهامة التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى الدولي وعلى مستوى معظم الأنظمة القانونية المقارنة ، على اختلاف نظمها وأوضاعها الاقتصادية والسياسية .فلهذا ظهر التحكيم كضرورة ثابتة من الضرورات ومستلزمات التجارة الدولية ، فهو على حد تعبير بعض الفقه "توأمان لا يمكن فصلهما ، وبمثابة الروح من الجسد ، فإذا كان قانون التجارة الدولية إنسانا فالتحكيم عقله المفكر " وفي هذا السياق يرى الأستاذ "أبو زيد رضوان "أن" التحكيم التجاري الدولي قد ارتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب، وازدهر بازدهار هذه التجارة ، حيث كانت التجارة الدولية هي المرتع الخصب لإنماء وتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي ، و نتيجة لزيادة معدلات التجارة الدولية و نموها و ازدهارها و اتساع أسواقها نتيجة لزيادة و سهولة المواصلات و الاتصال عبر القارات و انتشار العقود النموذجية و الشروط العامة لتسليم البضائع ، بدأت العلاقات التجارية الدولية تبتعد تدريجيا عن سيطرة قانون الوطن ، لتحكم أو تنظم بقواعد ذات منبع أو طابع مهني و قواعد عرفية ، حيث يلعب التحكيم التجاري الدولي دورا بارزا كوسيلة لتأكيد قانون مجتمع تجاري على الصعيد الدولي ، و زيادة فعاليته ، حيث يعنى التجارة الدولية من الخضوع للقواعد الصماء فضلا عما يوفره من سرعة في حل المنازعات و الإبقاء على الوفاق بين الأطراف ، و عدم إفشاء أسرار المنازعات."

وتأسيسا على ذلك أصبح التحكيم من مظاهر العصر لأهميته في المعاملات التجارية عموما ، لاسيما ما كان منها متميزا بطابع التخصص أو الصفة الدولية ، فالاعتبارات العلمية تدعو دائما إلى الاتفاق على التحكيم ، لطرح النزاعات على أشخاص محل ثقة الخصوم – بدلا من طرحها على المحاكم المختصة – إما للاستفادة من خبرتهم الفنية ، و إما لتجنب مشاكل التنازع الدولي في القوانين ، و إما لتجنب علانية جلسات القضاء ، مع الاقتصاد في الجهد و النفقات و الوقت. قال أرسطو : " إن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم على القضاء ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتقد القاضي إلا بالتشريع."

و يرى الفقه المعاصر بأن تطور التحكيم التجاري و اتساع مجاله هو بمثابة رد فعل حرفية

قانون القضاء ، و يعبر عن رغبة أطراف النزاع في التخلص منه كي تحل منازعاتهم طبقاً لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي.

فالتحكيم التجاري الدولي قد أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية ، و لم يعد يقتصر على فض المنازعات بعد نشوبها ، بل أصبح أداة فعالة يجب استخدامها لتفادي قيام المنازعات أثناء إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتصنيع ، أو نقل التكنولوجيا ، أو المشروعات المشتركة أثناء تنفيذ هذه العقود ، و لقد حظي التحكيم التجاري الدولي باهتمامات الدولة منذ ما يزيد عن نصف قرن فأبرمت بشأنه الكثير من الاتفاقيات و البروتوكولات الدولية.

تأسيساً على ما سبق بيانه يتضح أن التحكيم هو وسيلة فض نزاع قائم أو مستقبلي ، و يتضمن العزوف عن الالتجاء إلى القضاء المختص بشأنه و طرحه أمام أفراد و هم المحكمون أنيطت بهم مهمة نظره و الفصل فيه ، بناء على اتفاق بين المتنازعين على ذلك ، و التحكيم معناه رغبة الطرفين في عدم عرض نزاعهم على القضاء العادي في الدولة و رغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها بأنفسهم و يحددون لها موضوع النزاع و القانون الذي يرغبون تطبيقه فيما بينهم ، فالمحكم ليس قاضياً مفروضاً على الطرفين و إنما هو قاضي مختار بواسطتهم فهو يحفظ أسرار الطرفين لذلك يحرص أطراف المنازعة على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم على الالتجاء إلى مراكز التحكيم المتخصصة مثل غرفة التجارة الدولية بباريس و محكمة التحكيم بلندن و غيرها من المراكز ، فالتحكيم يحافظ على العلاقة بين الطرفين فهو ليس طريقاً هجومياً عنيفاً ، و إنما هو أقرب إلى التفاهم بين الطرفين بخلاف استعمال أساليب الكيد - في الغالب - أمام القضاء العادي ، لذلك يقال أن الأطراف يدخلون في التحكيم و هم ينظرون إلى الأمام ، و قد قال عميد فقه القانون التجاري الدكتور محسن شفيق (1) "التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً ، و إنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً و يتخذ طابعاً مختلفاً ، فهو في أوله اتفاق و في وسطه إجراء و في آخره حكم و ينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق"

وتظهر أهمية التحكيم في العقود التجارية من الهدف أو الغاية منه وهو حل النزاع ، و من أنه يرتكز على اتفاق الإرادة بين أطراف العقد ، و كونه يُبرم في وقت تسوده روح المودة والاطمئنان مما يؤدي إلى استمرار التعامل بين أطراف العقد، و يبذل أي مخاوف في نفوسهم من المفاجآت التي تحدث عند حدوث أي نزاع أو خلاف بينهم بسبب العقد، لأنهم قد وضعوا الآلية السليمة لحل النزاع أو الخلاف - الذي قد ينشأ - والمتمثلة في شرط التحكيم المبرم مسبقاً ، وضمنوا بذلك وسيلة مميزة لحل النزاع بأقل وقتاً وتكلفة وإجراءات أكثر مرونة تتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية ، علاوة على ما يترتب من اللجوء إلى التحكيم من آثار ومنها اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها

على التحكيم دون القضاء العام المختص أصلاً بنظر النزاع ، فأصبح للتحكيم التجاري أهميته كقضاء خاص إستثنائي ، ولاسيما في منازعات المعاملات التجارية الدولية ، ويدل على ذلك انتشار مراكز التحكيم الدائمة واتساع نطاق نشاطاتها.

وعلى هذا النحو جاء اختيار موضوع الدراسة نابعا من الأهمية العملية التي يكتسبها هذا الأخير وتتبلور الأهمية العملية في ارتباط هذا الموضوع بعقود تتنامى وتزداد يوما بعد يوم بصورة مطردة، لأن الأمر يتعلق بعقود تتميز في مجملها بقيمتها المالية الضخمة ويؤثر تنفيذها في الحياة الاقتصادية للدول وفي ميزانها التجاري لذا فلا عجب أن تجد عقود التجارة الدولية وكذا الإلكترونيات اهتماما دوليا متزايدا من كافة الهيئات الدولية والإقليمية مثل منظمة التجارة العالمية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي... الخ، ، فالحاجة تبقى ملحة لمتابعة التطورات التي طرأت على هذه العقود سواء من حيث أنماطها المختلفة أو من حيث المناهج التي اعتمدها الفقه والقضاء والتحكيم بشأنها ، فالتطورات المتلاحقة التي تصاحب هذه العقود تجعل من الصعوبة بما كان أن تستوعب أي دراسة تمت في إطار زمني الإحاطة بكل مستجد يطرأ على هذه العقود.

وانطلاقا مما تقدم، يمكن صياغة وتحديد مشكلة بحثنا الاساسية تتمثل في دور قضاء التحكيم في عولمة النظام القانوني للعقود التجارية الدولية .

ومن جهة اخرى فان القواعد التي نشأت في اطار مجتمع التجار العابر للحدود و بعيدا عن سلطان الارادة والتي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية بما فيها العلاقات القائمة بين الدول من جهة والمشروعات الأجنبية من جهة ثانية هي ظاهرة قد فرضت نفسها في ظل المعطيات الاقتصادية الحديثة ، وهو ما يطرح اشكالات أخرى تتعلق بمدى معياريتها وقدرتها على تشكيل نظام قانوني جديد وبديل للأنظمة القانونية الوطنية وما موقف الانظمة القانونية من هذا النظام القانوني الجديد.

إن التحديات التي تعرفها عقود التجارة كبيرة ، خاصة مع تحرر التجارة الدولية وتأثير الوسائل التقنية التي وسعت من نطاق هذا العقد من جهة ، و أدت إلى توسيع المفاهيم والمبادئ التي تحكم العقود الدولية من خلال دخول عقود التجارة الدولية الجديدة على الساحة الدولية ، وهذا ما يستدعي من جهة أخرى البحث عن القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية؟

هذا الاشكال بدوره يطرح جملة من الإشكالات والانشغالات تظهر من خلال تحديد مدى سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، ما مدى إطلاق إرادة الأطراف في تحديد هذا الأخير وهل حقيقة أن الأطراف يتمتعون بالحق الأصيل في تحديد هذا القانون أم أن هناك أطرافا أخرى لها سلطة تحديد هذا القانون بصفة مطلقة أو نسبية؟.

وعلى الرغم من أن موضوع الدراسة قد حظي مؤخرا ببعض الاهتمام من لدن بعض الدراسات القانونية ذات الصلة ، إلا أن صعوبته تكمن في أن كثيرا من منازعات عقود التجارة الدولية يتم حسمها عن طريق التحكيم التجاري الدولي بسرية كاملة ، الأمر الذي يجعل من الصعب معرفة

الأسباب التي تتأسس عليها قرارات التحكيم علاوة على ذلك فإن دراسة هذا الموضوع تدعونا إلى البحث والتنقيب عن الأحكام التي لها صلة به في فروع القانون المختلفة لاسيما القانون الدولي الخاص والقانون المدني وقوانين التحكيم... الخ.

وإبرازا لأهداف هذه الدراسة فقد انتهجنا منهجا مختلطا يجمع بين المنهج المقارن والمنهج التحليلي ، فمن حيث كونه منهجا تحليليا لأننا نعتمد على تحليل النصوص القانونية ، وذلك عن طريق الاستعانة بأراء الفقه والقضاء، اما من حيث كونه منهجا مقارنا فلان الدراسة لا تقتصر على قانون دولة معينة بل نتاول الموضوع من منظور الدراسة القانونية المقارنة ، مع الإشارة الى القانون الجزائري .

وترتيباً على ما تقدم فإن موجبات بلوغ أهداف هذا البحث اقتضينا تقسيمه إلى فصلين:

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية طبقاً لمنهج التنازع.

الفصل الثاني: تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم.

مبحث تمهيدى:

ازدادت في الآونة الأخيرة أهمية التحكيم كطريق يتم اللجوء إليه لفض أو تسوية المنازعات، غير أن هذا الأسلوب عرف في المجتمعات القديمة قبل ظهور قضاء الدولة، الذي يعد مظهرًا من مظاهر سيادتها ولا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة فيها، ويرجع ازدهار استخدامه في الآونة الأخيرة لجملة من الأسباب لا سيما ما تعلق منها بما طرأ على العلاقات الاقتصادية الدولية من تطورات وتشعبها، وهو ما أدى للبحث عن طريقة لحل ما يمكن أن يكتنفها من منازعات وكان التحكيم هو الوسيلة الأنجع بالنظر إلى ما يتسم به هذا الأخير من سرعة وبساطة في الإجراءات، بالإضافة إلى ما يحققه من إنصاف بسبب الحياد الذي يتسم به المحكم أو المحكمين المختارين للفصل في المنازعة، لا سيما إذا كان تحكيما دوليا بعيدا عن القضاء الوطني للدولة الطرف في علاقة عقدية دولية، لأنهم يرون أن هذه الأخيرة ستكون خصما وحكما في ذات الوقت.

ويتسم التحكيم كطريقة لتسوية المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بأسلوب فريد لتسوية المنازعات، لأن أطراف الخصومة يختارون من سببت في منازعاتهم فور إبرام العقد وقبل أن تثور أي منازعة بصدده، وذلك بإدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة ملحقة به، كما قد يأتي إدراج شرط التحكيم لاحقا على العقد وبعد نشوء المنازعة في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي⁽¹⁾ ومما سبق فقد أصبح التحكيم يحظى بالقبول لدى أغلب الدول ولا ينصب هذا القبول فقط على كون التحكيم هو الوسيلة المثلى للملائمة لفض المنازعات الناشئة في إطار العلاقات التجارية داخلية كانت أو دولية، وإنما أيضا كحافز ضروري نتيجة هذه العلاقات وتطويرها بما يعود بالنفع الوفير على الدول المنتجة والدول المستهلكة.

و يتضمن هذا المبحث ما يلي:

المطلب الأول : مفهوم التحكيم التجاري الدولي

التحكيم في العصر الحديث ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضي وإنما هو تطبيقاً لفكرة التحكيم في المجتمعات القديمة.

وإن كانت القوة هي وسيلة لصيانة الحقوق والمراكز القانونية قديماً، فإن التطورات التي شهدتها المجتمعات الإنسانية قد فرضت أساليب أكثر تحضراً تمثلت في التحكيم التجاري ومن هذا المنطلق سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، نتناول في مطلب أول تعريف التحكيم التجاري الدولي ، فيما نخصص الفرع الثاني للطبيعة القانونية له ، بينما ندرس في الفرع ثالث تميزه عن بعض المفاهيم .

¹ انظر :- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، طبعة 1990، ص8

الفرع الأول : المقصود بالتحكيم

سنبين في هذا الفرع المقصود بالتحكيم في اللغة ثم في اصطلاح الفقهاء كما يلي:

اولا : التحكيم في لغة

للتحكيم معان كثيرة احتوتها قواميس اللغة العربية ، فالتحكيم مصدر حكم (بتشديد الكاف مع فتح) ويقال حكمته في مالي فاحتكم أي اجاز فيه حكمه ، واستحكم فلان في مال فلان اذا جاز فيه حكمه (1). اما الحُكْم بضم الحاء وسكون الكاف، هو القضاء، وجاء بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل ومنها قوله تعالى { يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ وَآتِنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا } (2) ومنه الحكم بمعنى وضع الشيء في محله والحكم بفتح الحاء والكاف من أسماء الله الحسنى، قال الله تعالى { أَفَعَيَّرَ اللَّهُ أَنْتَغِي حَكَمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ فَتَكُونَنَّ مِنَ الْمُؤْتِرِينَ } (3) و يقال حكموه بينهم أي أمره أن يحكم، ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا وحكمته في الأمر فاحتكم أي جاز فيه حكمه ويقال احتكم الخصمان الي الحاكم اي رفع خصومتها (4)

والتحكيم في اللغة يفيد أيضا التفويض في الحكم ، فهو مأخوذ من حكم واحكم ، فاستحكم اي صار محكما في ماله تحكيما إذ جعل الله الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك .

ويتضح مما تقدم أن التحكيم في معناه اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء ، او تفويض الأمر للغير للعمل على فض النزاع او الخلاف بين الخصمين ، يقال حكم زيد عمر في ماله إذ أطلق يده فيه(5)

ثانيا : التحكيم اصطلاحيا :

ومصطلح التحكيم التجاري الدولي يعتبر من المصطلحات التي تعددت وتنوعت التعاريف بشأنه ، سواء من طرف الفقه الغربي أو الفقه العربي.

1- الفقه الغربي

هناك من عرفه على انه " وسيلة يتم بموجبها تسوية المسألة محل النزاع وهذه المسألة إنما ترتبط بمصالح شخصين أو أكثر، حيث يتم العهدة بحل هذه المسألة إلى شخص أو أكثر ويسمى بالمحكم أو المحكمين والذين يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص وليس من الدولة، ويقوم هذا الأخير بحسم النزاع المائل أمامهم على مدى الاتفاق المبرم بين المحكمتين"

وقد عرفه "Motulsky" الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم، كأصل عام، بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق"(1)

1 انظر :- قدرى محمد محمود "التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية" دار الصميعة لنشر والتوزيع ، سعودية طبعة 2009، ص

2 سورة مريم، الآية قم 12

3 سورة الأنعام، الآية رقم 114

4 انظر :- مهند احمد الصانوري " دور المحكم في الخصومة التحكيم الدولي الخاص " ، دار الثقافة لنشر والتوزيع عمان طبعة 2005

وفي نفس الاتجاه يعرفه كل من Glassonitissier et Morel " بأنه القضاء في منازعة بواسطة .
أشخاص عاديين، والذين تعتبرهم الأطراف المتنازعة قضاة"⁽²⁾

اما الفقيه R.David فيعرف التحكيم بأنه" وسيلة أو آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق
بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة شخص أو عدة أشخاص وهم المحكم أو
المحكمين، والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق
دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة"⁽³⁾

كما أوردت الجمعية الأمريكية للتحكيم تعريفاً آخر له مفاده أنه" إحالة النزاع إلى شخص أو أكثر
شريطة اتصافهم بالحياد حتى يصدروا حكماً نهائياً وملزماً

2- الفقه العربي

فقد تعددت التعريفات في هذا الخصوص، نذكر من بينها :

"الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة
ويرتكز على أساسين هما :إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة وإذا كان يبدأ بعقد فهو ينتهي
بحكم"⁽⁴⁾

وذهب اتجاه ثاني إلى تعريف التحكيم بأنه : " اتفاق الأطراف علي اختيار شخص (المحكم) أو أكثر
يفصل فيما يثور مستقبلاً او يثور فعلاً بينهم من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة "
كما عرفه الدكتور محسن شفيق أنه " ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة ،
وقد تطور حتى اصبح من مظاهر العصر الحديث لأهميته الكبرى في المعاملات التجارية"⁽⁵⁾

3 - تعريف القضاء للتحكيم

لقد تعددت تعاريف القضاء للتحكيم نذكر منها التعريف التي جاءت به محكمة النقض المصرية بأنه "
طريق لفض الخصومات ، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وعدم التقيد بإجراءات المرافعات
أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم"
وأشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى تحديد المقصود بالتحكيم بأنه" عرض النزاع المعين
بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارها أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددها ،
ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائياً عن شبهة الممالة مجرداً من التمايل وقاطعاً لداير
الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال

¹ انظر:- محمد بواط" التحكيم في حل النزاعات الدولية "مذكرة لنيل شهادة ماجستير لقانون العام ، لجامعة حسبية بن بوعلى ، كلية العلوم القانونية والإدارية ، شلف ، السنة الجامعية 2007-2008، ص 15

² انظر:- حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان 2007 ، ص 42

³ انظر:- محمد بواط" المرجع السابق "ص 16

⁴ انظر:- خالد مدوح ابراهيم " التحكيم التجاري في عقود التجارة الالكترونية "دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، طبعة 2008 ، ص 12

⁵ انظر:- خالد مدوح ابراهيم " المرجع السابق ، ص 13

ضمانات التقاضي الرئيسية⁽¹⁾، كما عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه " طريق استثنائي لفض المنازعات ، ويقتصر على ما انصرفت إليه أرادة طرفي التحكيم ، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم"⁽²⁾

كما عرّفه القضاء الفرنسي بأنه:" اللجوء إلى أطراف محكمين ليسوا قضاة، لفض نزاع ما بعيداً عن سلطة القضاء بحيث لا يلجأ إلا فيما يراه المحكمون لازماً لذلك "

وعلى العموم يمكن تعريف التحكيم بأنه : نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر مقضي "⁽³⁾

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم:

ثار جدل فقهي حول الطبيعة القانونية للتحكيم بوصفه عملية متكاملة منذ بدايتها باتفاق الأطراف وحتى نهايتها بصدور حكم فاصل في النزاع، لما لها من أهميتها خاصة في مجال القانون الدولي الخاص من حيث القانون الواجب التطبيق على التحكيم.

وقيل في هذا الصدد نوعان من النظريات أو لاهما نظريات أحادية تنظر إلى التحكيم من جانب أحادي يحدد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم ويتخذ مبدأ لتفسير كل ما يتعلق بالتحكيم، ابتداءً من الاتفاق عليه وحتى انتهائه بصدور الحكم، لذلك سميت بالأحادية، وثانيتها نظريات ثنائية تنظر إليه في مجموعه لتحديد الطبيعة القانونية لهذا الحكم بمعنى أنها لا تركز على جانب أحادي معين فيه بحيث يتخذ مبدأ للتفسير في كل ما يتعلق بنظام التحكيم لذلك سميت بالثنائية.

أولاً : النظريات الأحادية

وتتمثل في نظريتين أساسيتين :الأولى النظرية العقدية للتحكيم، والثانية النظرية القضائية له

1- الطبيعة التعاقدية:

اعتبر البعض التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين من عقود المعاوضة ، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن حكم التحكيم يعتبر جزءا لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل يندمج ويذوب فيه، و المحكمون هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقون إلى مرتبة القضاة .⁽⁴⁾

ومن هنا يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم هو ذو طبيعة تعاقدية لكونه يهدف إلى تحقيق المصالح الخاصة، أي أن العملية التحكيمية كلا واحد لا يتجزأ، وبالتالي فان حكم التحكم لا يكتسب

¹ أنظر:- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 13 لسنة 15 ق جلسة 1994/12/17 أشارت إليه حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة ، ، ص42

²انظر :- حكم محكمة التمييز الأردنية رقم17/1774 منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية السنة 43، ع7-8، 1995، ص1985

³ انظر :- حفيظة السيد حداد " المرجع السابق"، ص 44

⁴ انظر:- خالد محمد قاضي "موسوعة التحكيم التجاري الدولي" دار الشروق القاهرة ، الطبعة الاولى ، 2001 ص 111

الصفة التنفيذية إلا من الاتفاق وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في يوليو 1937⁽¹⁾.

استند أنصار هذه النظرية على أسانيد متعددة في تدعيم الطبيعة العقدية لحكم التحكيم تعتمد على الدور الجوهرية الذي تمثله إرادة الأفراد في التحكيم وعلى الفرق بين هذا الحكم والحكم القضائي تأسيساً على أن المحكم لا يتمتع بسلطات القاضي من هذه الأسانيد:

1- أساس اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع هو اتفاق أطراف النزاع سواء كان هذا الاتفاق شرط تحكيم أو مشاركة التحكيم ، حيث تعد إجراءات التحكيم والحكم المنهي للنزاع والصادر بناء على هذه الإجراءات جزءاً لا يتجزأ من هذا الاتفاق.⁽²⁾

2- رغبة أطراف النزاع في حل النزاع القائم بينهم ودياً عن طريق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى إنهاء هذا النزاع بإصدار حكم يكون محلاً لقبولهم .

3- إن أطراف النزاع يمتلكون حق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم التي تتولى مهمة الفصل في النزاع وفق للإجراءات والقواعد التي يحددها هؤلاء الأطراف، وهذا يتطلب إعطاء الأهمية لمن منح هيئة التحكيم هذه المهمة وليس للمهمة التي تقوم بها هذه الهيئة.

4- يظل التحكيم متمسكاً بالطبيعة العقدية، ولا يمكن القول بأنه ذو طبيعة قضائية حتى في الحالة التي يعين فيها المحكم من قبل السلطة القضائية لأن هذه السلطة عند تعيينها له محل الأفراد في استعمال حقهم في اختيار هذا المحكم.

5- إن الهيئة التحكيمية تستمد سلطتها من إرادة الأطراف الذين اتفقوا ضمناً على التنازل عن الدعوى وتحويلها إلى محكمة وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية.⁽³⁾

5- المحكم يقوم بمهمته بصفته وكيلاً أو مفوضاً عن أطراف النزاع، والحكم الصادر يعد عقداً مبرماً بين هؤلاء الأطراف ويتم تنفيذه بأمر من المحكمة المختصة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذي يتطلب تنفيذه إجراءات تنفيذية خاصة.

6- إن أضاف الصفة التعاقدية على التحكيم يتفق مع اعتبارات التحكيم كأداة من أدوات المعاملات الدولية التي تتطلب التحرر من قوانين الداخلية .⁽⁴⁾

ومما يؤخذ على هذه النظرية أنها أبرزت دور إرادة الأطراف إلا أنها قد بالغت في ذلك بتجاهل تام لغير مبدأ سلطان الإرادة أي القانون، ذلك أن المحكمين يبقون ملتزمون بعدم مخالفة النظام العام فيما يتعلق بقواعد الشكل و الموضوع وحقوق الدفاع، وهذا كله لا يجوز الاتفاق على مخالفته .

¹ انظر :- عيسى بادي سالم الطراولية" دور المحكم في الخصومة التحكيمية " مذكرة لنيل شهادة ماجستير جامعة الشرق الاوسط ، سنة 2011 ، ص 48

² انظر:- أشجان فيصل شكري داود "الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به" مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية دراسات العليا ، فلسطين ، السنة 2008 ، ص17.

³ انظر:- بلقواس سناء "الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية " مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون إداري وإدارة عامة ، جامعة الحاج لخضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة ، السنة الجامعية 2009-2010 ، ص 09

⁴ انظر:- أشجان فيصل شكري داود" المرجع السابق " ص 16

كما بالغ هذا الاتجاه في دور الخصوم وإرادة الأطراف، فمهمة التحكيم ليست الكشف عن إدارة الخصوم وإنما هي حل النزاع. وإذا كان التحكيم أساسه الإرادة، فإن لإرادة الخصوم دوراً أيضاً في رفع الدعوى أمام القضاء، فأحد أطراف الخصوم هو الذي يقيمها ولا يحكم إلا بناء على طلب الخصوم وفي حدود طلباتهم، وقد يتفقان على إقامة النزاع أمام محكمة ما دون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو يتفقان على النزول عن الخصومة أو إيقافه. وإذا كان التحكيم يقوم على إرادة الأطراف فإنه يقوم أيضاً على إقرار المشرع لها، ومن ناحية أخرى فإن أنصار هذا الاتجاه قد انقسموا على أنفسهم عند تحديدهم لطبيعة هذا العقد، هل هو من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام، والذين قالوا أنه عقد من عقود القانون الخاص لم يتفقوا على تحديده هل هو عقد وكالة أو غيره⁽³⁾ وهو ما أدى بالقول إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، فمن صاحب هذا الاعتقاد وما مدى صحته⁽¹⁾

2- الطبيعة القضائية:

يذهب جانب من الفقه إلى أن التحكيم هو نظام قضائي يقوم على إرادة الطرفين وان النقطة الأساسية ليست اتفاق الأطراف ذاته، وإنما هو حكم التحكيم والذي يعتبر في حقيقة الأمر جوهر نظام التحكيم بل هو الهدف النهائي من وراء هذا النظام وهو تسوية النظام الذي من أجله ابرم هذا الاتفاق. فاتفاق التحكيم إذن هو عمل تحضيرى لهذه التسوية لا يمكن اعتباره عملاً ثانوياً أو امتداداً للعمل التحضيرى وينتهي هذا الجانب من الفقه إلى تأكيد السمة القضائية للتحكيم والحكم الصادر فيه⁽²⁾. إذ يرى أنصار هذه النظرية ان تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعية المتمثلة في المهمة التي يقوم بها المحكم.

و بالرغم من أن القضاء مظهر لسيادة الدولة الحديثة فهو يمارس بواسطة سلطات قضائية مخصصة لذلك، فإن القوانين أجازت للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم واختيار محكم يفصل في النزاع بدلاً من القضاء، فالسلطة القضائية سلطة قائمة بذاتها بغض النظر عن يتولاها، تمنحها الدولة إلى الأشخاص بالطرق التي يحددها القانون إما بصورة دائمة أو مؤقتة كالمحكم الذي تمنح له بسبب طبيعة المهمة التي يقوم بها.

ويعود حكم التحكيم مركز ثقل وليس اتفاق الأطراف، لان المحكم يؤدي العدالة في إطار سيادة الدولة وبالتفويض منها، وتتحقق هذه العدالة من خلال القضاء العام او من خلال القضاء الخاص الذي تقره الدولة في هذا النوع من القضاء، مع الاعتراف بالارتباط بين حكم التحكيم واتفاق التحكيم الذي أدى إلى صدور هذا الحكم، لكن هذا لا ينفي الطبيعة القضائية للتحكيم⁽³⁾.

1 انظر:- أسامة الحواري "القواعد التي يطبقها المحكم على موضوعات الدولية الخاصة" دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، طبعة 2009، ص 35-36

2 انظر:- محمد قاضي "موسوعة التحكيم التجاري الدولي" ص 234

3 انظر:- اشجان فيصل شكري داود "الطبيعة القانونية لحكم تحكيم و آثاره و طرق الطعن به"، ص 27

يستند أنصار هذه النظرية على أسانيد متعددة تعتمد على قواعد مشتركة بين التحكيم و القضاء التي تؤيد اعتبار حكم التحكيم حكماً قضائياً .

نورد جملة من الأسانيد هذا الاتجاه على النحو التالي:

1- العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي ويمثل في الفصل في النزاع من خلال تطبيق قواعد القانون والحكم الصادر عنه يعد حكماً قضائياً قابلاً للتنفيذ.

2- التحكيم قضاء إجباري ملزم للخصوم عند اتفاق الطرفين عليه، وأن التخلص منه لا يجدي ولا يحل محل قضاء الدولة الإجباري.

3- الاتفاق على التحكيم يخول هيئة التحكيم سلطة القضاء بين الأطراف المتنازعة بخصوص النزاع المعروض عليهم، والفصل فيه بحكم تحكيم يكون ملزماً لهم بدلاً عن حكم القضاء العام في الدولة⁽¹⁾

4- نظام التحكيم يتضمن عناصر العمل القضائي وهي "إدعاء والمنازعة والعضو" يمثل الإدعاء الحماية القانونية التي يهدف الشخص الحصول عليها من تطبيق القاعدة القانونية، وتتمثل المنازعة في الخلاف في وجهات النظر بين الخصوم، بحيث يسعى كل منهم إلى إثبات وجهة نظره مع القاعدة القانونية التي تقرر الحل لصالحه، ويتمثل العضو في الشخص الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع، والمحكم يستمد صلاحية القيام بالوظيفة القضائية من القانون ومن اللحظة التي يجيز فيها هذا القانون لشخص ما القيام بهذه الوظيفة، يعد المعيار العضوي متوفراً.

5- إجراءات التحكيم هي إجراءات ذات طبيعة قضائية سواء من ناحية احترام المبادئ الأساسية في التقاضي والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة بين الخصوم أو من ناحية احترام المحكم مواعيد المحددة للقيام بهذه الإجراءات والتزامه بفحص الأدلة ويعد دليلاً على ذلك التحكيم المؤسسي الذي يتم فيه الفصل في النزاع من قبل المراكز التحكيم وفقاً للإجراءات المعدة من قبلها .

6- يترتب على صدور حكم التحكيم حجية الأمر المقضي فيه وهو ذات الأثر الذي يترتب على صدور الحكم القضائي ، بمعنى ان حكم التحكيم يجوز الحجية القضائية المانعة من إعادة النظر فيما قضى به المحكم إلا بالطرق التي يحددها القانون⁽²⁾.

7- استقلال اتفاق التحكيم عن الاتفاق الأصلي الذي ينظم علاقة الأطراف التي دار حولها النزاع أمر مسلم به في مجال التحكيم التجاري الدولي فصحة هذا الاتفاق أو بطلانه أو فسخه لا تؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم أو فسخه ما دام هذا الاتفاق صحيحاً بذاته؛ لأن موضوع هذا الاتفاق يختلف عن موضوع الاتفاق الأصلي ويعد كل منهما اتفاقاً مستقلاً عن الآخر وهذا يؤكد الصفة القضائية لنظام التحكيم⁽³⁾.

انظر:- بلقواس سناء "الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي" ، ص 115

انظر:- اشجان فيصل شكري داود "المرجع السابق" ص 231

³ انظر:- عبد المجيد، منير "الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم" دار . المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1995، ص 142.

8- كثرة الجوء إلى التحكيم للفصل في النزاعات خاصة المتعلقة بالتجارة الدولية وانتشار العديد من الهيئات والمراكز التي تتولى ذلك وفق الإجراءات الخاصة بها، أدى إلى عد نظام التحكيم قضاء للنزاعات الدولية نظراً لعدم وجود قضاء دولي للفصل في هذه النزاعات، فقامت هيئات التحكيم بدور القضاء الدولي من أجل تحقيق ذلك، وذلك خلافاً لما ذهب إليه أنصار النظرية العقدية⁽¹⁾ إلا أن هذه النظرية وجهت لها العديد من الانتقادات أهمها:

1- الاستناد إلى أن العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي للقول بالطبيعة القضائية للتحكيم؛ لأن وظيفة كل منهما تختلف عن الأخرى، فوظيفة القاضي وظيفته قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده، حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يقوم القاضي بإصدار حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز والنظرية التقليدية التي عرّفت الوظيفة القضائية بأنها: "الفصل في النزاعات بين الأفراد" وجه إليها انتقاداً تمثل في أنها لا تعرّف هذه الوظيفة تعريفاً ، أما المحكم فوظيفته اجتماعية واقتصادية سلمية، تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع في المستقبل لكنه لا يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا وجد نزاع؛ لأن الهدف المشترك في كل أنواع التحكيم يتمثل في حسم النزاع وفقاً لقواعد القانون أو قواعد العدالة⁽²⁾

2- إقرار القانون لنظام التحكيم لا يغير من حقيقة أن اتفاق التحكيم هو المصدر المباشر لقيام المحكم بوظيفته، وأن هذا القانون هو مصدره غير المباشر، فالمحكم يفصل في النزاع بناء على تفويض من أطراف هذا النزاع دون التقيد بالقواعد القانونية، بينما القاضي يفصل في النزاع مقيداً بهذه القواعد احتراماً لسيادتها.

3- للحجية معان متعددة تختلف من حالة إلى أخرى، فحجية العقد تعني قوة ملزمة ، وحجية عقد الصلح تعني "قوته في حسم النزاع"، وهذه الحجية لا تضي على هذا العقد الطبيعة القضائية فحجية حكم التحكيم، تختلف عن حجية الحكم القضائي؛ لأن حجية الحكم القضائي تجيز الطعن في هذا الحكم وفقاً للطرق والمواعيد المحددة لذلك في القانون، ولا يجوز رفع دعوى بطلان ضد هذا الحكم إلا إذا صدر منعدماً ومنتهياً للحجية ؛ لأن هذه الدعوى لا ترفع إلا ضد حكم قضائي فاقد لهذه الحجية بينما يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا توافرت أسبابها؛ لأن أساس حجية هذا الحكم يستند إلى القوة الملزمة للعقد وليس إلى طبيعة الوظيفة التي يقوم بها المحكم، ودليل ذلك إذا اتفق الخصوم على أن لا يكون للحكم حجية إلا بعد موافقة جهة معينة أو مصادقتها لا تكون له الحجية قبل ذلك وحجية حكم التحكيم لا تتعلق بالنظام العام خلافاً لحجية الحكم القضائي التي تتعلق بالنظام العام.

1 انظر:- التحويي محمود السيد عمر " الطبيعة القانونية لنظام التحكيم" دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2003 ، ص 553
عمر' المرجع السابق " ص 550 السيد محمود انظر :- التحويي²

4- وحكم التحكيم ليس حكماً قضائياً بدليل أنه لا ينفذ إلا بعد صدور أمر بذلك من المحكمة المختصة وهذا إقرار ضمني بأن حكم التحكيم ليس حكماً قضائياً، فلو كان كذلك لتم تنفيذه بالطريقة التي ينفذ بها الحكم الذي يصدره القاضي.⁽¹⁾

وحكم التحكيم لا يجوز نشره أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم بينما الأصل علنية النطق بالحكم القضائي.

5- القول بأن مراكز وهيئات التحكيم التي تتولى حسم النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية تقوم مقام القضاء في ذلك لا يكفي للأخذ بالطبيعة القضائية للتحكيم؛ لأن هذه الهيئات لا تتمتع بما يتمتع به القاضي من حصانة وسلطة واستقرار، إضافة إلى أن الحكم الصادر عنها لا يتم تنفيذه بالطريقة التي ينفذ بها الحكم القضائي إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة

6- من الملاحظ أن أنصار النظرية القضائية حاولوا تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم استناداً إلى التشابه والتقارب بين المهمة التي يقوم بها كل من القاضي والمحكم والمتمثلة في فض النزاع، وإلى الآثار التي يترتبها حكم التحكم والحكم القضائي.

اذ ان المحكم ليس قاضياً بدليل عدم خضوعه للنظام القانوني للقاضي سواء من حيث شرط الجنسية أو شرط الكفاية العلمية أو شرط حلف اليمين أو شرط النظام التأديبي. فكل ما يشترط في المحكم، هو ألا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب إشهار إفلاسه ما لم يرد اعتباره ولا يشترط في المحكم حلف اليمين قبل مباشرة عمله، ولا يخضع لنظام تأديبي في حال إخلاله بواجباته إنما يلزم بتعويض الخصم الذي لحقه ضرر وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية بينما يشترط في القاضي أن يكون متمتعاً بجنسية البلد الذي يشغل فيه هذا المنصب، ويشترط أن يؤدي اليمين القانونية قبل مباشرة عمله ويخضع للمساءلة التأديبية إذا أخل بواجباته،⁽²⁾

و يترتب على القول بالطبيعة القضائية للتحكيم ، أنه يثور التساؤل حول وقت اكتساب حكم التحكيم للصفة القضائية ، فهل يكتسب ذلك الحكم الصفة القضائية بمجرد صدوره ، أم بعد الأمر بتنفيذه ؟ لقد انقسم الشراح في الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول : ويتزعمه الشراح الإيطاليين ، وهو عدم اعتبار الصفة القضائية للحكم التحكيمي إلا بصدور الأمر بالتنفيذ (وقد أخذ القانون الإيطالي بهذا الاتجاه في إطار القانون رقم 28 لسنة 1983م حيث أشتمل هذا القانون على تعليق مسألة تصحيح حكم المحكمين والطعن بالبطلان على صدور الأمر بالتنفيذ مما يمثل انتقالاً للقيمة القانونية لحكم التحكيم ، ولكن القانون الإيطالي الجديد الصادر في يناير عام 1994م جاء خلواً من ذلك سواء فيما يتعلق بتصحيح الحكم أو الطعن فيه ، حيث نص على أن

¹ انظر:- اشجان فيصل شكري داود "المرجع السابق" ، ص 35
انظر:- اشجان فيصل شكري داود المرجع السابق" ص 37²

بطلان حكم التحكيم يقدم خلال تسعين يوماً من تاريخ إعلان الحكم ، ودون حاجة لصدور الأمر بالتنفيذ) وقد أيد جانب من الشراح الفرنسيين هذا الاتجاه .

أما الاتجاه الثاني : وهو الاتجاه الغالب لدى الشراح الفرنسيين والعرب وهو عدم اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ لإسباغ الصفة القضائية على حكم التحكيم ، فحكم التحكيم يتمتع بالحجية وقوة الأمر المقضي منذ صدوره ، وأن إجراء الأمر بالتنفيذ لا يمنح الحكم الحجية وإنما يجعله قابلاً للتنفيذ - وهذا هو ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قالت في أسباب أحد أحكامها : متي كان الثابت أن طرفي الخصومة لجأ إلى التحكيم فيما كان ناشباً بينهما من منازعات متعددة بشأن زراعة الأقطان المملوكة لهما ، وكان حكم المحكمين قد فصل بصفة نهائية في هذه المنازعات وقضي لأحدهما بأحقية في استلام أقطان معينه بما عليها من الزراعة ، وكانت هذه الزراعة قائمة في تلك الأرض فعلاً وقت صدور حكم المحكمين ، فإن أحقية المحكوم له للزراعة المذكورة تكون أمراً مقضياً له بموجب حكم المحكمين ضد الخصم الآخر ، وتكون دعوى هذا الأخير بطلب أحقته لهذه الزراعة مردودة ، من قوة الأمر المقضي لحكم التحكيم ومن حجيته قبله ، ولا يقدح في ذلك أن يكون هو الزارع لتلك الزراعة ، ولا يغير من ذلك أيضاً ألا يكون الحكم قد تنفذ بالاستلام ، فإن عدم تنفيذ الأحكام لا يخل بما لها من حجية لم تنفض بأي سبب من الأسباب التي تنقض بها قانوناً .⁽¹⁾

ثانياً : النظريات الثنائية

تتمثل النظريات الثنائية في نظريتين :إحداها تؤكد الطبيعة المختلطة أو المركبة للتحكيم تجمع بين النظريتين العقدية والقضائية، والأخرى تؤكد على الطبيعة المستقلة أو الخاصة له.

1- النظرية المركبة والمختلطة:

يري بعض الشراح أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة ، فهو ذو طبيعة مركبة ، لأن الأخذ بطبيعة واحدة سواء الطبيعة العقدية أو الطبيعة القضائية يثير العديد من المشاكل والصعاب في التطبيق ، فالتحكيم ذو طبيعة عقدية وقضائية معاً ، فالعنصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الأولى للتحكيم وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بين الأطراف ، ثم يبدأ هذا العنصر في الأفول تدريجياً تاركاً الغلبة منذ بدء مرحلة التداعي للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي .⁽²⁾

فالتحكيم وفقاً لهذا الرأي ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً ، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً فهو من أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم إذ يتخذ أنصار هذه النظرية موقفاً وسيطاً بين النظريتين السابقتين ، حيث يرى أن العيب المشترك بين

¹ انظر :- اشرف خليل روية " الطبيعة القانونية للتحكيم " منشور في الموقع

<http://www.arlawfirm.com/ADVdetails.asp?id=535> بتاريخ 2014/10/26

² انظر :- خليل بوصنوبرة "القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً لقانون الجزائري" مذكرة لنيل شهادة ماجستير جامعة منتور ،

كلية الحقوق بقسنطينة ، السنة الجامعية 2007-2008 ، ص 30

النظريتين يتمثل في إضفاء صفة واحدة على نظام التحكيم في مجموعة بينما هو نظام مختلط يبدأ باتفاق وينتهي بقضاء هو حكم التحكيم إذ فهو ذو طبيعة مركبة أو مزدوجة⁽¹⁾

ويترتب على الأخذ بهذه الطبيعة نتائج هامة خاصة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق ، وكذلك فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام فمثلاً القانون الواجب التطبيق يتم تحديده طبقاً للمرحلة التي يمر بها التحكيم ، ففي المرحلة الأولى يتم تطبيق القانون الواجب التطبيق على الاتفاقيات والعقود ، وفي المرحلة التالية مرحلة التداوي يتم تطبيق القانون الواجب التطبيق على المسائل ذات الطابع القضائي ، أما فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام ، فإن هذه الأحكام من قبل العقود قبل صدور الأمر بالتنفيذ وتصير بمنزلة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بالتنفيذ . (2)

رغم اتفاق أنصار هذه النظرية على الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم وأحكامه فقد اختلفوا فيما بينهم حول الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية، فانقسم أنصار هذه النظرية إلى ثلاث اتجاهات :

الاتجاه الأول : إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم يتحول من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية وبالتالي يتحول حكم التحكيم إلى حكم قضائي بصدور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة وقبل صدور هذا الأمر لا يعد حكماً قضائياً.

الاتجاه الثاني: فيرى في الوقت الذي يبدأ فيه المحكم بالقيام بمهمته والمتمثلة في الفصل في النزاع، أو في الوقت الذي يصدر فيه الحكم المنهي لهذا النزاع يتحول التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية

الاتجاه ثالث: أن هاتين الطبيعيتين متوافرتين في التحكيم ابتداءً من الاتفاق على اللجوء إليه وحتى الانتهاء منه بتنفيذ الحكم الفاصل في النزاع ؛ لأن اتفاق التحكيم يقترب من الطبيعة القضائية نظراً لأن موضوعه إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع، وحكم التحكيم ليس منفصلاً عن اتفاق التحكيم الذي يجسد دوراً كبيراً في تحديد إجراءات التحكيم .

وهذه النظرية كالنظريات السابقة، لها أسانيد تؤيدها ومن أهم هذه الحجج مايلي :

1- كل من النظريتين العقدية والقضائية أصابت جزءاً من الحقيقة، لكن الأخذ بإحدهما دون الأخرى يؤدي إلى صعوبات كثيرة، مما يتطلب عد نظام التحكيم ذا طبيعة مختلطة تجمع بين هاتين النظريتين

2- إن مصدر التحكيم متعدد والمتمثل في الاتفاق على اللجوء إليه والى وظيفته القضائية المتمثلة في حسم النزاع.

3- الطبيعة المختلطة هي التي تفسر التناقض في طبيعة أحكام نظام التحكيم مثال ذلك :احترام المحكم لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة والتزامه بتسبيب الحكم وسلطته في إدارة جلسات التحكيم تفسره الطبيعة

انظر:- لزه بن سعد "التحكيم التجاري الدولي" دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر ، طبعة 2012 ، ص 123
انظر:- نادر محمد إبراهيم " مركز القواعد عبر الدولية "دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، طبعة 2002 ، ص 240

القضائية، أما الطعن في حكم التحكيم بدعوى البطلان وإمكانية اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم من قبل أطراف النزاع تفسرها الطبيعة العقدية طبيعة .

4- بأن الطبيعة العقدية والقضائية قائمتان في كل مراحل التحكيم على الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم . فبعد اتفاق الأطراف على حل النزاع بواسطة التحكيم يبدأ المحكم مهمته في حسم النزاع وفقاً لمتطلبات الوظيفة القضائية، ويكون ملزماً بتطبيق شروط اتفاق التحكيم، شأنه شأن القاضي الذي يستند عند الفصل في النزاع المعروض عليه (1) . إلى شروط العقد المتعلقة بهذا النزاع، وهنا تظهر الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم الوظيفة القضائية حيث يكون ملزم بتطبيق شروط اتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن القاضي ملزم بتطبيق شروط العقد(2)

5- بأن حكم التحكيم يعد حكماً قضائياً بعد صدور أمر بتنفيذه إلى العلاقة بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية؛ لأن هذه القوة، والتي لا يتمتع بها حكم التحكيم إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة، هي التي تمنح هذا الحكم حجية الأمر المقضي به. ولقد وجهت لأنصار هذه النظرية العديد من الانتقادات أهمها فيما يلي:

1- انها لم تتصدى للمشكلة وإنما اختار أيسر وأسهل الحلول وهو جمع بين النظرتين ، وانه ربط بصورة غير صحيحة بين ما يتمتع به أحكام المحكمين من حجية وبين قوتها التنفيذية ، لان حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره .

2- انه رغم قيام هذه الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ورصد لما يؤثر في التحكيم وهو أمر جداً مهم ، فإن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس ، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة ، فالواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردّها إلى عناصرها المميزة ومحاولة تحديد دور كل عنصر ومظاهرة في كل مرحلة من المراحل المختلفة

3- ان القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم يؤدي إلى خلط بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية ، فحجية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره وهي أمر آخر غير القوة التنفيذية التي لا يحوزها حكم التحكيم إلا بصدور أمر قضائي بتنفيذه .

4- القول بان التحكيم يتحول من الطبيعة العقدية إلى الحكم الفاصل في النزاع هو قول محل نظر ، لان مسلم به أن طبيعة الشيء جزء لا يتجزأ من كل شيء (3)

2- النظرية المستقلة:

انظر:- بلقواس سناء "الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي" ص 21 ، 1

انظر :- أشجان فيصل شكري داود "المرجع السابق" ص 246

انظر:- حمو حمود الصانع "المسؤولية المدنية للمحكم" مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الاوسط³ كلية الحقوق ، السنة 2012 ص 43

يرى أنصار هذه النظرية أن طبيعة التحكيم لا يمكن اعتباره عملاً تعاقدياً ولا قضائياً ولا مختلطاً، ولكنه ذو طبيعة خاصة ومستقلة، فعمل المحكم وأن بينته النظريات السابقة وجه التشابه إلا أنه يختلط عنها في وجوه كثيرة مما يجعل عملاً له ذاتية مستقلة تماماً عن سائر الأعمال التعاقدية والقضائية. (1)

يعد التحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات و نظام مستقل قائم بذاته ذلك لاعتبارات عديدة منها ان العقد ليس هو جوهر التحكيم، وليس إلا أداة خاصة تحقق الهدف الذي يسعى إليه الخصوم و نادى بعض الفقه باستقلال نظام التحكيم من خلال التأكيد على طبيعته الخاصة، وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود وعن أحكام القضاء، كما ذهب البعض إلى القول بان التحكيم ليس نوعاً من القضاء وإنما هو قضاء مختلف في وظيفته وطبيعته و بنيانه الداخلي عن القضاء وهو بذلك يمشی موازياً له وتدعيماً لهذا القول استندت هذه النظرية على الحجج التالية: (2)

- 1- إن الطبيعة الحقيقية للتحكيم تنحصر في انه نظام أصيل و متحرر من العناصر التعاقدية و القضائية مما يكفل السرعة الضرورية في نظر المنازعات التي يدعيها الأطراف .
- 2- ان القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون على المنازعات بعكس التحكيم الذي قد لا يطبق القانون الموضوعية، لان المحكم قد يطبق قواعد العدالة و الإنصاف او القانون الذي يتفق على تطبيقه .
- 3- اتفاق التحكيم لا يعتبر عقداً مدنياً لان العقد المدني لا يترتب الذات الآثار الإجرائية، كما أن اتفاق التحكيم لا يدخل في محل إجراءات طالما ان التحكيم خارج عن اختصاص قضاء الدولة
- 4- التحكيم يختلف عن قضاء الدولة في بنائه الداخلي، حيث يتولى القانون تنظيم مرفق القضاء عضوياً و إجرائياً، أما التحكيم ينظمه قانون خاص، كما أن عدالة هذا التحكيم هي عدالة خاصة أما عدالة القضاء فهي عدالة عامة. (3)

الفرع الثالث : تمييز التحكيم عما يشابهه من نظم الأخرى

على الرغم من اعتبار التحكيم نظاماً خاصاً للفصل في المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة، إلا أنه قد يختلط بعدد من التصرفات القانونية الأخرى: كالصلح، والخبرة، والوكالة والوساطة .

1 انظر:- عيسى بادي سالم الطراونة " دور المحكم في الخصومة التحكيمية " ص 55

2 انظر:- لزه بن سعيد "التحكيم التجاري الدولي" ص 24

3 انظر:- عيسى بادي سالم "المرجع السابق" ص 54

أولا : التحكيم والصلح :

التحكيم هو اتفاق على إحالة النزاع القائم أو الذي سينشأ مستقبلا على المحكم أو أكثر ليفصلوا في النزاع في حين ان الصلح هو الآخر يعد وسيلة لتسوية النزاعات تسوية ذاتية ، يقوم بها الأطراف ذو شأن.

ومن هنا يتضح أن التحكيم والصلح حالتان مختلفتان ،
و يمكن إجمال أهم نقاط الاختلاف والتشابه فيما يلي :

أ- أوجه التشابه

تتمثل أوجه الشبه بين التحكيم والصلح فيما يلي:

- 1- كلاهما من الطرق البديلة لحسم النزاعات بدلا من القضاء
- 2- كلاهما يستند إلى إرادتي طرفي النزاع
- 3- التحكيم والصلح متحدان من حيث النطاق حيث أنهما يقتصران على حسم المنازعات التي لا يكون موضوعها متعلقا بالنظام العام، أو حالة الأشخاص أو أهليتهم، غير أن المشرع أجاز الصلح في المسائل المالية الناجمة عن الحالة الشخصية
- 4- يستندان كلاهما إلى عقد، سواء كان التحكيم بصورتيه شرطا أو اتفاقا، و الصلح هو الآخر يرتبط بعقد بموجب نص قانوني .
- 5- يؤديان إلى إنهاء النزاع بين الطرفين المتنازعين.

وبالرغم من نقاط التشابه التي أوردناها إلا أن هناك اختلافا بين التحكيم والصلح، وهي: (1)

ب- أوجه الاختلاف :

- 1- ان الصلح يترتب عنه تنازل متبادل بين الخصوم عن حقهم بحيث يعرف كلا من طرفين ما سيتنازل عنه، على عكس التحكيم ، الذي يقتصر دور الأطراف المتنازعة فيه على اختيار هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع الذي هو موضوع اتفاق التحكيم بإصدار حكم ملزم.
- 2- فيما يخص الإجراءات الشكلية فان الصلح يخضع لإرادة الأطراف ، في حين ان التحكيم له إجراءات محددة قانونا .
- 3- في الجانب الموضوعي الصلح لا يلزم سماع البيئات، أما التحكيم فيتم سماع البيئات من الأطراف المتنازعة.
- 4- إن الصلح يجري بين متنازعين دون اللجوء إلي الوسيط في حين أن التحكيم لا يكون إلا باللجوء إلي طرف ثالث .
- 5- التحكيم ينتهي بحكم حاسم للنزاع، يكون قابلا للتنفيذ الجبري مباشرة بعد إمهاره بالصيغة التنفيذية من القضاء الدولة – سندا تنفيذيا - ، ويطعن فيه بطرق الطعن المقررة وفقا لما تقرر هذه القوانين، في حين

انظر:- أسامة احمد الحواري " القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة "، ص 30-31¹

الصلح لا يكون قابلاً للتنفيذ في ذاته، ولا يكون سنداً تنفيذياً إلا إذا أفرغ في صورة عقد رسمي ، أو تم أمام قضاء الدولة عن طريق إقرار الخصوم أمام المحكمة وإثبات ذلك الإقرار في محضر الجلسة ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للعقود.

6- الحل الذي ينتهي إليه التحكيم يكون نابعا من إرادة هيئة التحكيم، دون الاعتداد بإرادة الأطراف المتنازعة، عكس الصلح الذي يكون فيه الحل المنهي للنزاع من عمل الأطراف، حتى ولو فوضوا شخصا من الغير في إجرائه حتى لو اتفقوا في عقده على اختيار شخص ثالث يقوم بالتوفيق بينهم الذي لا يعدو أن يكون وسيطا أو مصالحا، والحل الذي ينتهي إليه لا يكون ملزما لأطراف النزاع إلا بقبولهم له (1).

ثانيا : التحكيم و الوكالة (النيابة)

الوكالة عقد يقيم فيه شخص شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم ، فالوكيل يستمد سلطاته من الموكل ولا يحق له تجاوز حدود الوكالة وإلا تعرض للعزل، وعدم نفاذ التصرفات خارج حدود الا ما كان نافعا للأصيل (2).

وقد عرف الفقه النيابة على أنها "نظام قانوني يعبر عن وسيلة فنية لإنشاء التصرف القانوني (عقد كان أو تصرفا انفراديا) بالاستعانة بشخص وسيط هو النائب، على أساس التعاقد قد لا يقوم به الشخص بالأصالة عن نفسه، ولكن قد يقوم به النائب، نيابة عن صاحب الشأن الأصيل". وتنقسم النيابة من حيث مصدرها إلى ثلاثة أقسام: نيابة قانونية، ونيابة قضائية، ونيابة اتفاقية. ولكي ترتب الوكالة آثارها القانونية لابد من توافرها على ثلاثة شروط، وهي:

- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

- أن يتعاقد النائب باسم الأصيل.

- أن يعمل النائب في الحدود المرسومة لنيابته.

وتتشابه الوكالة و التحكيم في ان كلاهما عقد يختلفان في الأوجه التالية :

1- من حيث الأطراف النزاع : إن طرفا عقد التحكيم هم نفس طرفا النزاع وموضوعه هو اختيار شخص

ثالث هو المحكم للفصل في النزاع، في حين عقد الوكالة فإن الطرفين هما الموكل والوكيل

وموضوعها تخويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية.

2- من حيث السلطات : إن سلطات الموكل مقيدة بالوكالة ، بحيث إذا ما تجاوز أو خرج عن حدودها جاز

التنصل منها ، كما يجوز للوكيل عزل موكل في أي وقت ودون إبداء الأسباب ، أما المحكم في التحكيم

فيكون مستقلا عن الأطراف المحكمتين في أداء عمله، ويكتسب المحكم صفة القاضي بمجرد الاتفاق بين

انظر:- بلفواس سناء " الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي " ،ص 37¹

انظر :- أسامة احمد الحواري " القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة " ص 232

الأطراف ، كما انه لا يجوز عزله أو رده إلا وفق إجراءات محددة قانونا ويكون الحكم الصادر عن المحكم ملزما لهما .

واختلفت آراء الفقه الوضعي المقارن في تكييف علاقة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بالأطراف المحكّمة التي اختارته .

الرأي الأول: كيفها على أنها وكالة، ووصفها بأنها وكالة مصلحة مشتركة بين أطراف النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وتتمثل هذه المصلحة المشتركة في قيام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع بإصدار حكم تحكيمي منهي للنزاع القائم، ولما كان الأمر متعلقا بمصلحة مشتركة في هذه الوكالة فإنه يرتب جملة من النتائج منها:

1- هيئة التحكيم مكلفة بالفصل في النزاع تلتزم وفقا لهذا العقد بأداء مهمتها والتي لا تنتهي إلا بإصدار حكم تحكيمي يكون منهيًا للنزاع القائم بين الأطراف المتنازعة.

2- أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع تلتزم في إصدارها لحكم تحكيمي بأحكام القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم إجراءات التحكيم أو موضوع النزاع.

3- أن هيئة التحكيم تلتزم بحدود مهمتها التي اختيرت من أجلها ومراعاة حقوق الأطراف المحكّمين، لاسيما مبدأ المواجهة، ومبدأ المساواة ، وكافة القواعد التي تم صياغتها من طرف الأطراف في اتفاقية التحكيم.

4- أن إخلال هيئة التحكيم بالتزاماتها يجعلها مسؤولة عن تعويض الأضرار التي تترتب على هذا الإخلال، وفقا للقواعد التي تحكم المسؤولية العقدية

5- ان هيئة التحكيم وإن كانت تقوم بمهمة شبيهة لمهمة القاضي العام في الدولة، إلا أنها لا تتبع دولة معينة، كما أنها لا تصدر حكمها باسم دولة ما ، لأنها تستمد سلطاتها وصفقتها من اتفاق الأطراف.

6- أن هيئة التحكيم لا تسأل في حالة إساءتها التقدير طالما أنها بذلت العناية اللازمة، إلا في حالة وجود غش أو انحراف فهنا يمكن مساءلتها مساءلة تقصيرية، غير أن وجود قواعد تنظم موضوع رد القضاة يؤدي إلى تجنب حالات المسؤولية .

الرأي الثاني: كيف وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم على أنها خليط بين

الوكالة والوظيفة العامة، وهناك من كيف هذه العلاقة على أنها عقد تأجير خدمات، وهو اتجاه يناقض

فكرة استقلالية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم، والذي قد ينتهي إلى

إصدار حكم تحكيم ضد مصالح الطرف الذي اختار أحد أعضائها⁽¹⁾

ثالثا : التحكيم والخبرة

¹ انظر:- بلقواس سناء" المرجع السابق "ص 38، انظر أيضا خالد ممدوح إبراهيم " التحكيم في عقود التجارة الالكترونية ، ص46

الخبرة هي العلم بواطن الأمور، وقد عرفت الخبرة بأنها " المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص متخصص في مهنة أو مجال معين بمهمة إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال معين بمهمة إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال اختصاصه دون إلزام الخصوم بهذا الرأي" كما عرفها البعض "بمثابة شهادة فنية في بعض المعارف والتخصصات التي لا يلم القاضي بها، لذلك قالوا بوجود تحقق العدالة في الخبير على اعتبار أن ذلك شرط في الشهادة"، وهناك من عرفها هي تدبير إجرائي، ليلجأ إليه القاضي في كل أمر يستلزم معرفة ضرورية بالوقائع ذات الطبيعة المركبة، حيث يعهد القاضي بمقتضى هذا التدبير وبموجب سلطته التقديرية إلى واحد أو أكثر من الاختصاصيين، البحث والتدقيق في الأسئلة المعروضة عليه، والتي تكون من طبيعة فنية تقنية صرفه، تدخل في اختصاصهم ومعارفهم.

أما التحكيم فهو نظام قضائي له إجراءاته وأثاره ، ويقوم المحكم بالفصل في النزاع بإصدار قرار ملزم وحاسم في النزاع ، وقد يتفق الأطراف على الاستعانة بخبير لا بداء الرأي في موضوع النزاع والتي تكون غالبا في المسائل ذات الطابع الفني ، ومن هنا يمكن التمييز بين الخبرة والتحكيم⁽¹⁾.

أ . أوجه التشابه :

يتشابه كلا من التحكيم والخبرة في :

- 1- إن كلا من التحكيم والخبرة يتشابه في الموضوعية والحيادية والنزاهة والاستقلالية في مباشرة المهمة
- 2- فكلا منهما يتشابهان من حيث الأساس وهو اتفاق الأطراف⁽²⁾

ب : أوجه الاختلاف :

- 1- الخبير لا يصدر قرارا ، وإنما يبدي رأيا فنيا غير ملزم للأطراف معتمدا في ذلك على معلومات وخبرات الشخصية ، أما في التحكيم فالمحكم يصدر حكما يحسم النزاع وفقا لما يقدمه الخصوم من وثائق ومستندات ، وملزم للأطراف ويحوز قوة الشيء المقضي فيه ، بحيث لا يحق للخصوم طرح النزاع من جديد علي محكمين آخرين أو علي جهة القضائية.⁽³⁾

رابعا - التحكيم والوساطة :

تعد الوساطة من الوسائل الودية لفض المنازعات حيث يقوم أطراف النزاع بالعمل مع الوسيط الذي يقرب وجهات النظر بينهم ، و يقدم النصح والإرشاد⁽⁴⁾ لإيجاد حل ملائم للنزاع وديا قبل اللجوء إلى القضاء او التحكيم، وعادة ما يقوم بها لجنة مكونة من شخصيات بارزة قصد تقديم اقتراحات لحل النزاع دون ان يكون له صفة الإلزام ، كما أن الموفق لا يلتزم بتطبيق قانون معين⁽⁵⁾

¹ انظر:- لزهر بن سعد " التحكيم التجاري الدولي " ص 45، انظر ايضا :- أسامة احمد الحواري "المرجع السابق" ص33

² انظر :- بلقواس سناء :- المرجع السابق " ص 42

³ انظر :- لزهر بن سعد " المرجع السابق" ص 45

⁴ انظر:- بوديصة كريم " التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية " مذكرة لنيل شهادة ماجستير قانون عام ،جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتزي وزو ، السنة الجامعية 2012، ص18

⁵ انظر :- عمر سعد الله "قانون التجارة الدولية" دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، طبعة 2009 ، صفحة 291

ويتشابه التحكيم مع الوساطة في الهدف المتمثل في حل النزاع إلا أنهم يختلفون في:

- 1- إن الحكم الذي يصدره المحكم ملزم ونهائي ولا يتوقف علي قبولهم له ، بمعنى ان حكم التحكيم قابل للتنفيذ الجبري وملزم للخصوم إلا أن الوساطة فلا تنتهي بحكم بل باقتراح لتقريب وجهات النظر والمحضر الذي يحرره الوسيط لا تكون له آثار او حجية الأحكام القضائية .
- 2- في الوساطة يتم تقديم تنازلات من طرفين لكي يمكن التوصل الى حل ، أما التحكيم فلا يهدف الي التوصل إلى حل وسط ، فيمكن للمحكم تلبية طلبات احد الخصوم ورفض طلبات أخرى (1)
- 3- إمكانية الأطراف الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة في حين لا يتمتعان بنفس الإمكانية أمام التحكيم .

خامسا - التحكيم والقضاء :

- إذ كان الأصل أن تقوم الجهات القضائية بالفضل في المنازعات ، فان القانون سمح للمتنازعين اختيار عدالة جديدة ، بعرض قضاياهم علي محكمين لتسويتها وفقا لقانون إجراءات يرونها سهلة وبسيطة هذه العدالة هي التحكيم ويتشابه كلا من التحكيم والقضاء في :
- 1- إن كلا منهما يهدف إلي تحقيق العدالة
 - 2- إن حكم التحكيم يخضع لذات الشكل المقرر لاحكام القضائية من حيث صدور حكم المحكم باسم السلطة العليا للبلاد ، واعتبار حكم التحكيم ورقة رسمية شأنه شأن أحكام التي تصدر عن القضاء العادي
 - 3- من حيث الآثار فان كلا من الأحكام الصادرة عنهما تمتع بحجية الشئ المقضي فيه لأنها تتعلق بالنظام العام .
 - 4- يلزم كلا من المحكم والقاضي احترام المبادئ الأساسية للتقاضي لأنها من النظام العام يجب مراعاته من قبل المحكمين وتتمثل في احترام حقوق الدفاع ، المداولة قبل الإصدار. (2)
- غير أن هناك فروق واضحة بينهما .
- وعلى العموم يمكن إجمال أهم الاختلافات من حيث الشكل والإجراءات والآثار المترتبة عن الحكم وطرق الطعن في :

- 1- يختار المحكم والمحكمين من الخصوم او من الجهة المكلفة بتعيين المحكمين علي ان يكون الاختيار نتيجة لاتفاق الأطراف على التحكيم هذا الاتفاق يتضمن بالضرورة اما تعيين "المحكم او المحكمين " بالاسم او كيفية التعيين ،أما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطة العامة في الدولة للفصل في المنازعات التي تطرح عليه فهو مفروض على المتقاضين فلا يتقاضيا تعابا من الخصوم بعكس التحكيم .

¹ انظر :- لزهر بن سعد "المرجع السابق " ص 44

² انظر :- عيسى بادي سالم الطراولية" دور المحكم في الخصومة التحكيمية " ، ص 22-23

- 2- إن ولاية القاضي تكون عامة كما قلنا سابقا ، بحث انه مكلف بنظر جميع الخصومات التي تعرض عليه لا، فهو مؤهل قانونا بالفصل طبقا للقانون التنظيم القضائي لقانونه ، ما لم يتم عزله أو نقله ، وفقا لقانون الإجراءات القانونية المعمول بها في النظام القضائي ، كما انه ملزم بتطبيق قانونه .
- بينما المحكم ولايته قاصرة فقط على موضوع النزاع المختار والمحال عليه ، حيث يعد شخصا فنيا يمكن عزله باتفاق الخصوم ، كما أن المحكم غير ملزم بالتقييد بالنصوص الإجرائية ، اذ يمكن ان يكون مفوضا بالصلح من الخصوم ، وبالتالي فهو غير ملزم بتطبيق القواعد القانونية ، ويمكنه القضاء بالقواعد العدالة والإنصاف والأعراف التجارية التي يراها ملائمة ، كما يلزم على المحكم احترام النظام العام وإلا كانت عرضت للبطلان ، ويمكن عد الإذن بتنفيذها من القضاء المختص .
- 3- المحكم يكون مقيدا بما ورد في اتفاق التحكيم من حيث الموضوع والأشخاص والمدة الزمنية التي يجب عليه الفصل فيها ومن تم فلا يجوز له إدخال الغير في الخصومة لمصلحة العدالة ، في حين يكون هذا الحق للقاضي ، إضافة إلى ذلك ان هذا الأخير غير محدد بالمدة التي يصدر فيها الحكم .
- 4- الأحكام الصادرة من القاضي علي مستوى المحاكم، أحكام ابتدائية تقبل الاستئناف بشكل عام أمام الدرجة الثانية من القضاء وتتمتع بحجية الشيء المقضي فيه وباستنفاد لولاية القاضي على موضوع النزاع ، وهو نفس الشيء بالنسبة للقرارات الصادرة عن المحكم في مجال التحكيم التجاري الدولي ، لان حجية الشيء المقضي فيه من النظام العام بالنسبة للقاضي او للمحكم على حد سواء .
- 5- إن الأحكام القضائية تقبل التنفيذ الجبري بمجرد حصولها على الحجية بفوات أجل الطعن الممكنة بحيث يحق لكاتب الضبط تسليم المحكوم لصالحه النسخة بينما القرار التحكيم لا يشكل في حد ذاته سندا تنفيذيا بلا لابد من أن يستصدره المحكومون لصالحه امراً بالتنفيذ من رئيس المحكمة المختصة بحيث يحق لرئيس المحكمة أن يجري رقابة قضائية على القرار التحكيم ويصدر أمره بمنح الصيغة التنفيذية إذا تبين له أن القرار غير مخالف لنظام العام⁽¹⁾
- المطلب الثاني : خصائص التحكيم التجاري الدولي :**
- رغم أنّ أي تعريف للتحكيم التجاري الدولي يعتبر تعريفا تقريبا يتأثر بموقف كل فقيه و لموقف المشرع الوطني من هذا النظام القانوني و مع ذلك فإنّ التعريفات المشار إليها في الفرع الأول تعطينا صورة عن خصائص تتمثل أساسا فيما يلي :

الفرع الأول : التحكيم التجاري الدولي نظام مختص بالفصل في المنازعات التجارة الدولية

1انظر :- خليل بوضنوبرة" القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا لقانون الجزائري "، ص24

إن التحكيم التجاري قد أصبح في الوقت الراهن ، وبحكم مزاياه المتعددة ، الوسيلة العادية لحل الخلافات الناتجة عن عقود التجارة لدرجة حملت بعض الفقهاء على القول " انه من الصعب تصور قيام الحياة الاقتصادية الدولية من دون التحكيم " كما أن العمليات الاقتصادية ذات الطابع الدولي تشكل حالياً مادة التحكيم وتعطيه خصوصيته (1)

وحتى يعد التحكيم التجاري نظام قضائي مختص للفصل في منازعات التجارة الدولية لابد من وجود نزاع أولاً ثم أن يتعلق هذا الأخير بمعاملات التجارة الدولية ثانياً :

أولاً -وجود نزاع أو الخلاف الذي نشأ أو الذي يمكن أن ينشأ بين الأطراف .

ويقصد بالنزاع تعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر، بسبب تعارض و جهات النظر القانونية حول وقائع النزاع أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق بين شخصين أو أكثر .

وقد عرفت محكمة العدل الدولية للنزاع فنجد أن النزاع هو "عدم الاتفاق حول مسألة من الواقع أو القانون"، وبعبارة أخرى هو تعارض في الدعاوى القانونية أو في المصالح بين شخصين(2) إذ يعد عنصر النزاع امراً لزمًا للقيام التحكيم ، فإذا انتفى وجود النزاع انتفى معه وجود التحكيم أصلاً .

وترتبط فكرة النزاع في التحكيم التجاري الدولي بطبيعة قانونية أو ادعاء قانوني ، فلو تدخل شخص ثالث عينه الأطراف من اجل تطويع شروط العقد ضمانا لتحقيق العدالة بينهما ، فان الأمر لا يتعلق بتحكيم وفقاً للقانون وذلك لان مهمة هذا المحكم لا تنصرف إلى إصدار قرار قضائي ملزم لطرفيه ، وإنما مجرد تقديم تقرير فني لهما لا يتمتع بقوة الإلزام لذلك فهو ليس في حقيقة سوى تحكيم خبرة (3) ثانياً -أن يتعلق التحكيم بنزاع مرتبط بمصالح التجارة الدولية ولما كان هذا الأخير يحتاج في حد ذاته إلى تعريف .

فلقد كان معيارية التحكيم في بداية الأمر تقليدياً تقسم فيه المنازعات إلى تجارية ومدنية، وعلى الرغم من عدم وجود معيار واحد وعالمي بشأن هذا تقسيم ، إلا أن هذا التصنيف يغلب وجوده في الدول ذات الأنظمة القانونية ذات التقاليد اللاتينية (4) ،

إلا أن ومع تطور السياسة التشريعية والتي أصبحت تشجع نطاق العلاقات التجارية تماشياً مع التطورات التي لحقت بهذه الأخير ، حل مفهوم جديد لتجارية التحكيم حيث أصبح يكفي في ظل تلك الأنظمة أن تتعلق المنازعة بتبادل قيم اقتصادية في مقابل يكون التحكيم تجارياً دولياً ، فالتجارة الدولية تنتسج لتشمل كل العلاقات الاقتصادية التي تهدف إلى إنتاج وتحويل أو تداول للبضائع أو أداء للخدمات والتي تتجاوز حدود الدولة الواحدة ، (5)

¹ انظر:- فؤاد ديب "المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية" مقالة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد - 24 العدد الثاني ، 2008، ص 39

² انظر:- محمد بواط" التحكيم في حل النزاعات الدولية " ، ص 48

³ انظر:- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية العالمية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية " ص 221

⁴ انظر:- نادر محمد إبراهيم " مركز القواعد عبر الدولية "دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2002، ص 70

⁵ انظر:- بن احمد الحاج " المرجع السابق " ص 222

وفي هذا الشأن عرفت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها ، وذلك من خلال الإشارة إلى ضرورة ان ينطوي العقد على روابط تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة بان تتضمن مثلا بضائع من الخارج او التصدير منتوجات وطنية إلى دولة أجنبية أو بصفة عامة يترتب عليه حركة ذهاب وإياب للبضائع والأموال عبر الحدود.(1)

وقد تبنى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية مفهوما موسعا للتجارة الدولية ، أي اخذ بالمعيار الحديث لتجارة أو اقتصادية التحكيم فيكون هذا الأخير تجاريا كلما نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي .

الفرع الثاني - التحكيم التجاري الدولي نظام قائم على اتفاق الأطراف المتنازعة

التحكيم هو نظام قضائي يختار فيه الأطراف قضائهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ، والتي يجوز تسويتها بطرق تحكيم ، ومن هنا يبدو جليا أن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم ، فهو ان كان نظاما قانونيا له هيكله ، وإجراءاته وقواعد التي حددها القانون ، الا انه بالأساس نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف ، أي قبول الأطراف بخضوعهم في حل منازعاتهم إلى قضاة خواص من اختيارهم هم أنفسهم . بعبارة أخرى الاتفاق على سحب الاختصاص من القضاء لدولة و إسناده إلى جهة خاص (أفراد خواص) يفصلون فيه حسب قواعد موضوعية و إجرائية متفق عليها.

و بناءا على ذلك يتمتع " المحكمين الدوليين " بصلاحيات و سلطات الفصل في النزاع تستمد وتحدد بموجب اتفاق التحكيم (2)

الفرع الثالث - التحكيم التجاري الدولي نظام قضائي خاص

على الرغم من أن المحكم يقوم في الواقع الأمر بأداء وظيفة لا تختلف عن تلك التي يقوم بها القاضي المعين من طرف الدولة ، إلا وهي الفصل في المنازعات المعروضة عليه بحكم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه ، فان ذلك لا ينف عن نظام التحكيم انه نظام مختلف عن قضاء الدولة .
اذ يعد التحكيم نظام قضائي خاص ينبع من اتفاق الخصوم على اتخاذه وسيلة للفصل في خلافاتهم بينما يتسم القضاء بأنه سلطة من سلطات الدولة التي تتولى تنظيمها ، ويستمد القاضي ولايته منها على خلاف المحكم الذي لا يفصل في النزاع باسم دولة معينة .

ويتعين الإشارة أن اختلاف التحكيم كقضاء خاص عن قضاء الدولة لا يفهم منه أن التحكيم بمنعزل عن قضاء الدولة ، إذ تفيد الدراسات التشريعية الحديثة الخاصة بالتحكيم أن هناك من روابط

1 انظر:- حفيظة سيد حداد " الوجيز في نظرية التحكيم التجاري الدولي " ص 102

2 انظر:- لزه بن سعيد " التحكيم التجاري الدولي " ص 47

التعاون الرقابة التي يساهم بها قضاء الدولة في مسائل التحكيم على نحو يؤكدان كل من التحكيم كقضاء خاص والقضاء العام نظامان لا يعيشان في جزر منعزلة بعضها عن البعض ، (1)

ويترتب على اعتبار التحكيم نظام قضائي خاص أن المحكم لا يعد جزءاً من الأجهزة القضائية في الدولة وبالتالي لا يحق له استعمال الحقوق التي قد يتمتع بها القضاء الدولة والتي تخوله إياها المعاهدات الدولية. وهذا ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في 23 مارس 1982 حين أنكرت المحكمة على المحكم الألماني الحق في طلب تفسير معاهدة روما إعمالاً لنص المادة 117 منها حيث رأت المحكمة أن المحكم غير مختص بنظر في ذلك الطلب ذلك وإن كان صحيحاً أن دور المحكم ووظيفته يقتربا من المهمة التي تسهر المحاكم الوطنية على أدائها إلا وهي الوظيفة القضائية ، إلا أن ذلك في حد ذاته لا يكفي لإضفاء وصف الجهاز القضائي للدولة على المحكم (2).

المطلب الثالث :دوافع اللجوء إلي التحكيم التجاري الدولي

أصبح التحكيم اليوم وماله من أهمية في فض وحل المنازعات ذات الطابع التجاري على الخصوص، سواء في العلاقات التجارية بصفة عامة، وفي العلاقات التجارية الدولية بصفة خاصة. وذلك لما له من سمات ومزايا لا نظير لها في القضاء العادي ورجحان كفته عليه، وهذا لا يعد انتقاص لمرفق القضاء الذي يعتبر الحارس الأول للحريات العامة وصمام الأمان للحقوق الأساسية في الحياة العامة، فالتحكيم والقضاء ليس نقيضين، وإنما دعت إليه ضرورات اقتصادية واعتبارات دولية لا يمكن بحال من الأحوال غض الطرف عنها.

تعود أسباب اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي إلى مجموعة من المزايا التي يقدمها هذا النظام في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، سواء تعلق الأمر بالمعاملات التجارية المعتادة، أو تلك التي تكون فيها الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها.

وهذا ما سوف نبين كما يلي:

الفرع الأول : دوافع اللجوء إلي التحكيم في عقود الدولة

إن أهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً في هذه المنازعات مما يضيف على هذا التحكيم طابعاً خاصاً ، أن تحديد حقوق والتزامات المستثمرين ضمن إقليم الدولة المستثمرة من خلال تنظيمها ضمن إطار تشريعي واتفاقي بصورة منظمة ودقيقة، فإن ذلك لا يكفي لطمأنة المستثمرين وتشجيعهم للاستثمار فيها ، فلا بد من وجود وسائل تحمي تلك الحقوق في حالة الإخلال بها، لذلك يسعى المستثمرون الحصول على وسائل محايدة وفعالة لتسوية منازعات الاستثمار. وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها، إلا أن التحكيم يعد عنصراً أساسياً في

¹ انظر:- حفيظة سيد حداد " المرجع السابق " ص 46

² انظر:- حفيظة سيد حداد " المرجع السابق " ص 50

عقود الاستثمار الأجنبية، إذ نجد عقود الاستثمار اليوم تكاد لا تخلو من شرط التحكيم لأنه يعد ضماناً إجرائية للمستثمرين لحسم منازعاتهم مع الدولة المضيفة ومن خلال ما سبق تنقسم الأسباب التي تدفع الأطراف في عقود الدولة إلى اشتراط التحكيم لحل المنازعات إلى مجموعة من الأسباب وهي كالتالي :

أ: دوافع الطرف الأجنبي:

تتمثل دوافع المستثمر الأجنبي من الإصرار علي اللجوء إلى التحكيم في :

1- انعدام الثقة لدى المتعاقد مع الدولة خشية مساس الدولة بحياد قضائها

تبرم عقود الدولة بين الدولة و الطرف الأجنبي، وبالرغم من أن الدولة طرف فيها إلا انه طرف غير عادي من حيث كونها تتمتع بعدة مزايا التي لا يتمتع بها المتعاقد الأخر، هذه المزايا السيادية التي من شأنها إخلال بالتوازن بين الطرفين وقلب الاقصاديات العقد وتوجيهها لصالح احدهما مما يلحق ضررا بالطرف الأخر ، أيضا بالحياد الذي يجب ان يتوافر للسلطة القضائية والتي يمكن أن يعرض النزاع عليها عند نشأته، وبالرغم من ان قضاء الدولة يتمتع بالاستقلال والحياد عن الدولة إلا انه في نهاية قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها او احد أجهزتها وتكون ناشئ عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة والتي قد ينحاز لصالحها ضد المستثمر ولعل تجنب هذا الخطر المتمثل في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة ، لن يتأتى إلا بسلب الاختصاص منه⁽¹⁾ ، وإيجاد قضاء متخصص وكفيل بحسن تطبيق قواعد عدالة لحماية طرفي هذا الاستثمار خصوصا في ظل تكرار الأزمات المالية ، وقصور فعالية دور قضاء الوطني الذي لم يرق الي مستوي تطلعات الفاعلين الاقتصاديين ، نظرا لعدم وضوح النظام القانوني الذي يلجا إليه القاضي الوطني في غالب الأحيان من اجل تسوية منازعات الاستثمار وفق أحكامه ، الأمر الذي فرض إقرار وسائل أكثر مرونة وفعالية في مجال التجارة الدولية ولعله أبرزها هو التحكيم التجاري الدولي الذي فرض نفسه وهو الهدف الذي تتمسك به الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وتصر عليه ولو على حساب إتمام العقد⁽²⁾

ويحظى نظام التحكيم عموما بثقة المستثمر و تأييده وذلك لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه وحيث أن التحكيم قد صار يحقق للمستثمر أكبر الامتيازات، فيعد ضمانا للمستثمر تبدد مخاوفه بشأن خضوع منازعاته لقضاء الدولة الداخلي.

2- خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية

¹، انظر :- حفيظة السيد الحداد" الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي "، ص32 ،
² انظر :- مختار اعمر " اهمية التحكيم الإلكتروني في مجال الاستثمار الدولية " ص1388

تتمتع الدولة بالحصانة القضائية التي كانت تعتبر فيما سبق مبدأ مطلقاً يمنع بموجبها علي القضاء الوطني لأي دولة أخرى النظر في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها ، وذلك لكون الدولة تتمتع باستقلال وسيادة تجعلها علي قدم المساواة مع الدول الأخرى ، غير أن الاتجاه الحديث قد غير من هذا المبدأ فصارت الحصانة نسبية ، وذلك بصدد مجموعة من الأعمال التي تمارسها الدولة فحسب – تصرفات سيادية استخدمت فيها مزايا كسلطة عامة او كان التصرف من تصرفات القانون العام - .ولكن هذا لا يعني انتهاء التمتع بها ، وهنا تكمن الخطورة القصوى بالنسبة للمشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها المستفيدة من الحصانة شأنها شأن الدولة ، إذ أن هذا المشروع في حالة قيامه برفع دعواه ضد الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى فإنه سوف يواجه هذه العقبة الأساسية المتمثلة في تمتع الدولة بالحصانة القضائية والتي تؤدي في نهاية الأمر إلى إهدار الحقوق الخاصة له احتراماً لحصانة الدولة .

ومن هنا كان حرص الأشخاص الأجنبية مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة تفادياً للأخطار الناجمة عن طبيعة الشخص المتعاقد معها كونها دولة و دولة تتمتع بالسيادة وما يتبعها من التمتع بالحصانة القضائية فدرء المخاطر المتولدة عن هذه السيادة والمتمثلة في إمكانية هدر حياض القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية ، تعد من الأسباب التي تدفع المتعاقد مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا بوجود شرط التحكيم.(1)

إذ ذهب جانب من الفقه إلى القول بان الحصانة القضائية ميزة لا تتمتع بها الدولة إلا في مواجهة قضاء دولة أخرى تتساوى معها في السيادة ، وبالنظر إلى أن التحكيم لا يعد قضاء خاضعاً لسيادة أية دولة من الدول بل هو قضاء خاص ، فان فكرة الحصانة القضائية لا يمكن إعمالها أمام هذا القضاء الخاص ، فهو فكرة غريبة عنه ، فالدولة لا تتمتع في مواجهة هذا القضاء غير العادي بأية حق أو ميزة حتى يقال أنها تتمسك بها ، وبالتالي يجوز لها ان تتنازل عنها .فمسالة سيادة الدولة او استقلالها وهي أساس الدفع بالحصانة .

وفقاً لرأي السائد في الفقه لا محل لإعمالها أما قضاء التحكيم حيث لا يخشى على الدولة من أي مساس يتعلق بها .

ومن تم فيجب على الدولة ان تخضع لقضاء التحكيم احتراماً للاتفاق الذي ولده ، اذ انه لا مكان للحصانة القضائية في التحكيم حيث لا يوجد أي تدخل لدولة أجنبية في إجراءات التحكيم ، فالمحكم لا يتعهد بإثارة مسؤولية الدولة تجاه دولة أخرى ولا يوجد اعتداء على سيادتها ، وهو ما يبرر عدم إثارة الحصانة القضائية .

¹ انظر:- حفيظة السيد الحداد" الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي" ص 33-34 ، انظر ايضاً :- عدلي محمد عبد الكريم " النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية" رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص بجامعة ابو بكر بلقايد – تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، ص195

ونخلص لما سبق ان موافقة الدولة على شرط التحكيم إنما يفيد تنازلاً ضمناً عن حصانتها القضائية، حيث لا يجوز لها ان تتمسك بها مرة أخرى أمام المحكم، بعد ان تنازلت عنها ضمناً وذلك بموافقتها على خضوع للتحكيم وعلى هذا يحق التحكيم حماية قضائية فعالة لمن يلجا إليه (1)

ب : دوافع الدولة المتعاقدة :

شهد العالم خلال الأعوام الماضية تطوراً ملحوظاً في دور الدولة تمثل في قيامها وكذلك الأشخاص الاعتبارية التابعة لها بأنشطة اقتصادية كانت تقتصر من قبل على المبادرات الفردية أو أشخاص القانون الخاص الاعتبارية بوجه عام.

وقد واكب التدخل المتعاضم للدول في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية انتشار الأخذ بأسلوب التحكيم كوسيلة خاصة لفض المنازعات المتعلقة بأنشطة التجارة الدولية لتتلاءم مع طبيعتها وتتفق مع مقتضياتها وتلبي احتياجاتها.

وفي الواقع ، فإن هناك إحساساً لدى الكثيرين بأن التحكيم لا يمثل ضمانات حقيقية للدولة المضيفة وأنه ليس إلا وسيلة لحماية المستثمرين تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية لا تأخذ في الاعتبار الظروف الخاصة بالدولة أو قوانينها الداخلية ، فقبول الدول النامية للجوء للتحكيم أساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية ومواجهة قضية التخلف الاقتصادي والاجتماعي وليس بالضرورة عن قناعة من جانبها بملائمة التحكيم لفض منازعات الاستثمار ، إذ يترتب على ذلك من اعتبار لجوء الدول للتحكيم تنازلاً ضمناً عن الحصانة القضائية.

من أجل استقرار المعاملات فإنه يجب على الدولة المضيفة أن تقي بما قطعته على نفسها من التزامات وما وعدت به المستثمر من ضمانات ، فالمسألة لا تتعلق باستدراج المستثمر للاستثمار وإنما يجب أن ينصب اهتمام الدول على توفير الثقة لدى هذا المستثمر (2)

الفرع الثاني : دوافع اللجوء الي التحكيم التجاري الدولي في العلاقات التجارية المعتادة .

يتميز التحكيم بمميزات تدفع الأطراف إلي اللجوء إليه على صعيد التجارة الدولية وتتمثل هذه المزايا في:

أولاً - السرعة : إن ما يعيب قضاء الدولة هو بطئ الإجراءات الناجمة عن تراكم القضايا المعروضة على القضاء ، إذ لا يصل صاحب الحق إلي العدالة إلا بعد وقت طويل على نحو أدى إلى زيادة المنازعات المعروضة على الجهاز القضائي في الدولة وهو أمر لا يستجيب مع متطلبات التجارة الدولية لذلك أدى إلى عزوف المتقاضين عن اللجوء إليه واللجوء إلي التحكيم كقضاء بديل لتحقيق السرعة،

¹ انظر:- هشام خالد "جدوي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ' منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية ، طبعة ، 2005، ص 255 وما يليها

² انظر:- عمر مشهور حديثه الجازي " التحكيم في منازعات عقود الاستثمار " مجلة نقابة المحامين، العددان التاسع والعاشر أيلول وتشرين أول 20 ص4-5

والبساطة في الإجراءات وهي سمات تتميز بها التجارة الدولية⁽¹⁾ التي تتعامل بالملايين من الدولارات التي يعينها في المقام الأول حسم نزاعها في أسرع وقت ، وقد حددت المادة 18 من محكمة التحكيم للغرفة التجارة الدولية بباريس من وجوب صدور حكم خلال 06 أشهر من تاريخ توقيع علي الوثائق ما لم يتفق الطرفان علي التمديد .

والعدالة السريعة التي يقدمها قضاء التحكيم ترجع إلي عاملين يتمثل العامل الأول التزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف، أما العامل الثاني يتمثل في ان قضاء التحكيم نظام قضائي من درجة واحدة علي خلاف القضاء العادي الذي يتميز بالتقاضي علي درجتين .

إذ يتمتع الحكم الصادر عن المحكم بحجية الأمر المقضي فيه ، ولا يجوز الطعن فيه بالطرق العادية مع إمكانية الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية كطعن بالبطلان المحددة أسبابه قانونا مع العلم أن الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم .

وتجدر الإشارة إلي خاصية سرعة الفصل في المنازعات من اجل الوصول الي تحقيق العدالة لا يعني عدم احترام الضمانات الأساسية للتقاضي منها احترام الحقوق والمساواة بين المتخاصمين ، واحترام مبدأ الجاهية .

إذ أنه من الثابت أن المحكم حتى ولو كان محكما بالصلح ، لا يمكنه الالتفاف عن هذه المبادئ الأساسية للتقاضي⁽²⁾ .

ثانيا - السرية : يعد الحفاظ على سرية المنازعات والفصل فيها من احد الدوافع المهمة للجوء إلى التحكيم كبديل عن القضاء الذي يستند على مبدأ أساسي وهو العلانية والذي يقتضي بصدور أحكامه في جلسات علنية مفتوحة للجميع ، وهذا ما يتنافى مع مصلحة التاجر الذي يسعى إلى محافظة على أسرار التجارية خشية استغلالها من قبل المنافسين⁽³⁾ .

وسرية قضاء التحكيم يترجم في عدة صور منها : التزام المحكم بعدم إفصاح كل ما يتعلق بالمنازعة المعروضة عليه ، غير أن هذا الالتزام ليس مطلقا وعماما إذ يجوز الخروج عن هذا المبدأ وذلك في الحالات التالية :

- اتفق الأطراف على ذلك .
- اذا صدر قضاء الدولة الأمر بعدم السرية .
- او يسمح بذلك للمحافظة علي مصالح احد طرفي التحكيم .

¹ انظر:- مهند احمد الصناروي " دور المحكم في الخصومة التحكيم الدولي الخاص " دار الثقافة لنشر والتوزيع عمان ، طبعة 2005 ، ص43-44

² انظر:- حفيظة حداد " النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي " ص18-19-20.

³ انظر:- بوديسة كريم " التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية " ص 24

- او كانت مصلحة العدالة تقتضي مثل ذلك (1)

ثالثا - حرية الأطراف : من بين الأسباب الجدية التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية الدولية إلى اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ، ما يتمتعون به من حرية لا يتحقق لهم في ظل القضاء الوطني ، و تستمر هذه الحرية منذ لحظة الاتفاق على التحكيم ذاته ، إلى حين صدور الحكم التحكيمي ، بل وحتى بعد صدوره ، فلأطراف حرية اختيار نوع التحكيم الذي يناسبهم ويناسب نزاعهم ، كما لهم أن يحددوا مكان انعقاد التحكيم و وقته و القانون المطبق على اتفاق التحكيم وإجراءاته وموضوع النزاع محل التحكيم ، كما أن لهم أيضا مكنة تحديد الوقت الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل بشأن منازعتهم ، وكل هذا لا يملكه الأطراف في القضاء الوطني مهما بلغت درجة نزاهته وتطوره (2)

رابعا - الطبيعة المختلطة للعدالة التي يقدمها قضاء التحكيم : يقدم التحكيم عدالة تستجيب مع رغبات الأطراف المتنازعة وتلك الاستجابة سببها المزايا التي يتمتع بها .

1- التحكيم قضاء متخصص :

يتميز التحكيم بوجود هيئات تحكيم متخصصة في منازعات كل في مجاله الذي من شأنه تحقيق

العدالة تحقق رغبات الخصوم التي تلجا الي التحكيم التي يتم في ظلها

2- قضاء مرن : لا يفهم من أن التحكيم قضاء مرن هو انه قضاء يتحرر من القواعد والمبادئ الأساسية

للتقاضي بل يفهم من المرونة هو عدم تقييد المحكم بالقواعد الإجرائية ، على عكس القضاء الوطني الذي تحكمه إجراءات دقيقة يغلب عليها التعقيد أحيانا، بحيث يستعصي على المتقاضي فهمها واستيعابها، ثم إنها من مكونات النظام العام بحيث يمنع مخالفتها على الكافة في حين أن التحكيم يتميز بالسهولة وحرية الأطراف في اختيار القواعد المنظمة لإجراءاته وهي قواعد لينة ومتغيرة بحسب إرادة الأطراف (3)

1 انظر :- حفيظة حداد " المرجع السابق "ص23

2 انظر :- لزهري بن سعيد" التحكيم التجاري الدولي " ص 39

3 انظر :- حفيظة حداد " المرجع السابق "ص 39 ، انظر أيضا :- أسامة احمد حواري " دور المحكم في الخصومة التحكيم الولي الخاص " ص 29

الفصل الأول :

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية طبقاً لمنهج التنازع

من المعلوم أن العقد الدولي هو الأداة الشائعة التي تنفذ بها عمليات التجارة الدولية بين الأشخاص القانون الدولي الخاص لأنه يعبر عن الإرادة المشتركة لأطرافها من جهة ، ويسمح لهم بإشباع حاجاتهم وفقاً لما تقتضيه مصالحهم من جهة ثانية.

وتعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية من أهم الموضوعات التي يحرص أطراف العقد الدولي الاتفاق عليها، لما لذلك من أثر على حقوق وواجبات كل طرف.

ومما لا شك فيه أن وظيفة قواعد تنازع القوانين في مجال العقود الدولية تنحصر في إسناد الرابطة العقدية المتصلة بعنصر أجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة لحكمها ، حيث يتولى القاضي أو المحكم الفصل في النزاع المطروح أمامه وذلك بترجيح قانون من بين تلك القوانين وتفضيله سواء كان وطنياً أم أجنبياً ، وهو ما يعني أنه يقوم أولاً بتعيين القانون الواجب التطبيق أي إسناد العلاقة لقانون معين ، ثم يتولى ثانياً أعمال ذلك القانون بشأنه

ولقد انتهت غالبية النظم القانونية الحديثة إلى الاعتراف أساساً بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، فيكون للمتعاقدين حق ممارسة هذا الاختيار بتحديد القانون الذي يخضع له ، وهو ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة ، ولقد عرف هذا الأخير أزمة حقيقية اصطاح عليها الفقه اصطلاح "أزمة مبدأ قانون الإرادة" ، وقد ساعد في ظهور هذه الأزمة التطورات التي عرفتها العلاقات الاقتصادية والتجارية العابرة لحدود ، وظهور ما يعرف بعقود التجارة الإلكترونية الدولية.

وعليه فإن موضوع البحث يواجه مشكلة أساسية تتمثل في التساؤل عن مدى استجابة التنظيم الوضعي للعقود الدولية لمقتضيات التعامل الدولي الحديث بعد التحولات التي شهدتها الاقتصاد العالمي وحول ما إذا كان النظام القانوني للدولة كافياً في حد ذاته وقادراً على تقديم الحلول القانونية الوافية للمشاكل التي تثيرها هذه العقود.

وبناءً على ما سبق سيتم تقسيم هذا الفصل الى :

المبحث الأول : مفهوم قاعدة التنازع

المبحث الثاني: مبدأ قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية

المبحث الثالث : أزمة منهج التنازع في عقود التجارة الدولية.

المبحث الأول : مفهوم قاعدة التنازع

إن منهج تركيز العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي هو المنهج الأكثر شيوعاً في مختلف النظم القانونية لحسم منازعات الحياة الخاصة الدولية ، ويتم إعمال هذا المنهج عن طريق مجموعة من القواعد التي يطلق عليها قواعد الإسناد (أو قواعد التنازع) وهي القواعد التي تقوم عن طريق تركيز العلاقات القانونية - بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات. لذلك يتعين علينا عند تعرضنا لدراسة قواعد التنازع أن نبين مفهومها هذه القاعدة وشروطها.

المطلب الأول : تعريف قاعدة التنازع

تعد قواعد التنازع من الأدوات الفنية القديمة و التقليدية التي استخدمتها القوانين المحلية لحل مشاكل القانون الواجب التطبيق ، حيث تبنتها معظم الأنظمة القانونية في العالم مع بعض الاختلافات التي ترجع إلى طبيعة تلك الأنظمة. ويلاحظ أن الفقه يتحاشى في الغالب الأحيان تعريف قاعدة التنازع، مكتفياً ببيان وظيفتها وعرض أوصافها وخصائصها،

ومن بين أهم التعريفات المقترحة أن قاعدة التنازع هي "قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، لها خصائصها العامة ومكوناتها الفنية، أي عنصر الفرض و عنصر الحكم أو الأثر القانوني، وباعتبارها كذلك فهي تنهض بوظيفة محددة داخل الفرع القانوني التي تنتمي إليه، وهي تنظيم العلاقات الخاصة الدولية على نحو فني معين ، ويلتزم القاضي بتطبيقها وإلا ترتبت مسؤوليته القانونية"⁽¹⁾

كما يمكن تعريفها بأنها" تعدد القوانين المحتملة التطبيق في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي لأجل اختيار القانون الأكثر ملائمة من بينها"

والآلية المتبعة - بشكل رئيسي - في موضوع التنازع هي قواعد الإسناد ويُقصد بهذه الأخيرة مجموعة القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق (المختص) في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.⁽²⁾

و بذلك تعتبر قاعدة التنازع بإجماع الفقهاء العلامة الفارقة التي تميز منهج التنازع عن غيره من المناهج الأخرى لذلك يعتبر موضوع النظرية العامة لتنازع القوانين هو دراسة قاعدة التنازع ومختلف المسائل التي تعرض بمناسبة تفسيرها أو تطبيقها⁽³⁾ ، وما الصفة الدولية والخاصة لتنازع

1 انظر :- أبو العلا على أبو العلا النم "حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي" دار النهضة العربية، مصر ، ط1، 1998 ، ص17

2 انظر :- ممدوح عبد الكريم حافظ "القانون الدولي الخاص وفقاً للقانونين العراقي والمقرن" ، مطبعة دار الحكومة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ط2، 1977، ص 256.

³ انظر :- سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ط 01، 2004 ، ص99

القوانين إلا دليل ومبرر على اقتران مصطلح القانون الدولي الخاص بمحور التنازع دون غيره من المصطلحات.

ولم تظهر قواعد التنازع إلى الوجود وتتكامل إلا بعد قيام أحوال وظروف تاريخية ساعدت على قيامها في العلاقات القانونية الخاصة الدولية، فأصبح من المألوف في أغلب دول العالم أن ينص القانون الوطني على حالات تطبيق القانون الأجنبي تحت ضغط العلاقات الدولية، والدول إنما تفعل ذلك لاعتبارات عديدة أقل ما يقال عنها أنه في حالة امتناعها عن تطبيق هذه القوانين - وإن كان لها ذلك - تتضرر دوليا وتصبح التجارة الدولية عندها تعاني الكثير من المشاكل السلبية، كأن تعاملها ، بقية الدول بنفس الشكل خاصة في البلدان التي تأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل أو مبدأ المعاملة الدولية⁽¹⁾ فضلا على أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول أو الأفراد وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل عن ، - بعضها البعض من الناحية الاقتصادية الاجتماعية أدى إلى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي كما كان من قبل - حينما كان تعيين المحكمة المختصة يتضمن بصفة آلية تعيين القانون الذي يحكم العلاقة - وأصبح من الضروري السماح أحيانا بتطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانون دولته، لأنه في حالة الامتناع عن ذلك فسترتب عنه إمكانية عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات، ما يؤدي بدوره إلى إرباك المعاملات التجارية الدولية وشل الحياة الاقتصادية في المجتمع الدولي⁽²⁾

المطلب الثاني : شروط تطبيق قاعدة التنازع:

إن تشريع أية دولة نجد أنه يتضمن قواعد خاصة لحل تنازع القوانين وتحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي ، لكن هذه القواعد ليست وفيرة ولا مجمعة في مجموعة واحدة ، بل تتنوع بين نصوص قوانين عديدة و يستأثر كل مشرع بوضعها على حسب النزعة السائدة في دولته. وباعتبار قاعدة التنازع قاعدة أدائية تشير إلى القانون الواجب التطبيق ، فإن موقف التشريعات متباين بخصوص تنظيمها، ولعل أهم ما نلاحظه بشأنها هو:

1- أنها قواعد وطنية، بمعنى أنها تجد مصدرها - في أغلب الأحوال - في المصادر الداخلية للقاعدة القانونية من تشريع وعرف ومبادئ عامة للقانون ، ولما كان الأمر كذلك فإنها تتأثر دون شك بالنزعة السائدة في كل دولة من الدول ، استنادا على الاعتبارات الوطنية التي تضي من ذاتيتها على التنظيم الوضعي لقواعد التنازع.

2- رغم كون قواعد التنازع قواعد وطنية إلا أن ذلك لا يفي على البعض منها صفة العمومية والعالمية عند غالبية التشريعات، ومن ذلك خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، فإعمال

1 انظر :- غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار وائل ، عمان ،الأردن ، ط 04 ، 2005 ، ص63
2 انظر :- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية و تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ط 2008

قانون الإرادة في مسائل المعاملات المالية أصبح مبدأ من المبادئ العالمية، بل يمكن القول أن احترام هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية التي يتعين احترامها ، وهو ما يعد هدفا تسعى إليه كل التشريعات

إن المتأمل في قواعد التنازع يجد أن ثمة شروطا لازمة لتشغيلها لتؤدي وظيفتها وصولا إلى حسم مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق وهي:

أولا- أن يتعلق الأمر بعلاقة خاصة:

إن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية أو العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص سواء تعلقت هذه المراكز بالمعاملات المالية أو بالأحوال الشخصية ودون تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدني أو بالقانون التجاري أو غيرها من فروع القانون الخاص. أما المراكز الخاضعة للقانون العام فهي لا تثير تنازعا بين القوانين ، لان لا يتصور انعقاد الاختصاص للقاضي الوطني إلا إذا كانت العلاقة في نطاق تطبيق القانون الوطني ، وهو ما يستحيل معه ظاهرة التنازع التي يتعين لقيامها ان ينعدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي ، وإنما يثير القانون العام فقط مشكلة تحديد تطبيق القانون من حيث المكان ، إذ تنحصر مهمة القاضي في هذه الحالة عن البحث عن تحديد نطاق قانون دولته من حيث المكان ، لان بحثه لن يؤدي بحال من الأحوال الى تطبيق قانون أجنبي ، (1) فمثلا القانون الجنائي المغربي أو الجزائري يحددان الجرائم التي يعاقب عليها وهي بحسب الأصل الجرائم التي تقع في حدود إقليم الدولة. فإذا وقعت جريمة معينة فإن البحث يتم حينئذ عما إذا كانت هذه الجريمة تخضع لأحكام القانون الجنائي المغربي أو القانون الجنائي الجزائري، وهذه هي مشكلة تحديد تطبيق القانون من حيث المكان(2) كما أن القانون الدولي الخاص لا يهتم إلا بالحياة القانونية الخاصة الدولية للأفراد على أساس أن الهدف الأساسي والمباشر للقوانين الخاصة هو حماية الحقوق الخاصة للأفراد ، وإن كان في تحقيق هذه المصالح الخاصة مصلحة عامة بصورة غير مباشرة ، عكس القوانين العامة التي تهدف في الأصل إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع.

وبهذا ينتهي الفقه التقليدي الى إخراج فروع القانون العام من مجال التنازع ، فالقانون العام يطبق تطبيقا إقليميا ، ولا يتصور امتداد أحكامه خارج حدود الإقليم.(3)

رغم ذلك هناك من يرى أنه وإن كان صحيحا أن تنازع القوانين لا يثور إلا بمناسبة العلاقات التي يحكمها القانون الخاص ، إلا أن ذلك لا يستبعد إمكانية وجود التنازع بصدد مسائل القانون العام ، ويتجسد ذلك في حالة تطبيق القاضي لقواعد القانون العام خاصة في الحالة التي يرجع فيها بصفة

¹ انظر :- عبده جميل غصوب ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ط 2009 ، ص 27

2 انظر :- جابر إبراهيم جابر، أحكام تنازع القوانين في القانون المصري، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، 1980، ص 77

3 انظر:- هشام صادق " تنازع القوانين " ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، طبعة 2007، ص 22

تبعية إلى أحكام القانون العام الأجنبي المرتبطة بالمسألة المعروضة ، مثلما هو الحال عليه عندما تطرح أمامه مشكلة عدم دستورية القانون الأجنبي المراد تطبيقه ، ولا شك أنه وإن كان قانون القاضي يسمح له بالفصل في المسألة الأولية ، فإن ما يفعله هو تطبيق أحكام قانون عام أجنبي هو القانون الدستوري (1)

ثانيا - اتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني

يجب أن يكون للعلاقة موضوع النزاع اتصال بأكثر من نظام قانوني ، فلا يمكن أن تنشأ ظاهرة تنازع القوانين إذا كانت عناصر العلاقة القانونية مركزة كلها في إقليم الدولة ، ودون وجود حركة دولية للأشخاص وتعامل تجاري بين الدول (2)، ويعبر الفقه عن هذا بشرط "الصفة الدولية لتنازع القوانين" ، ومعناه أنه إذا اتصلت المسألة بروابط مع دولتين فأكثر تحقق وصف الدولية للمسألة المطروحة بما يثير تنازع القوانين ، وبحسبان عقود التجارة الدولية تتميز بوصف الدولية فمن شأن ذلك أن يؤدي إلى اتصالها بأكثر من نظام قانوني واحد.

لكن لا يكفي لتحقيق هذا الشرط أن تكون العلاقة متصلة بأكثر من نظام قانوني ، وإنما يجب أن تكون هذه القوانين التي يقع بينها التنازع صادرة عن وحدات سياسية مستقلة لها وصف الدولة بالمعنى المتعارف عليه في القانون الدولي العام ، إذ يعتبر العامل السياسي من العوامل التي ساهمت في ظهور مشكلة تنازع القوانين .

وقد لقي الرأي المتقدم معارضة من بعض الشراح (3)، وحثهم في ذلك أنه لسنا بصدد علاقات الدول فيما بينها حتى يقحم الاعتراف في الموضوع ، ولكننا بصدد تطبيق القانون الأجنبي ، فلا مجال هنا للبحث في مدى شرعية السلطة التي صدر عنها هذا القانون ما دامت تلك السلطة قادرة على تحقيق نفاذه ، وإلا فإن تجاهل هذا القانون المطبق فعلا في الخارج يعتبر تجاهلا للواقع من الأمر ، أضف الى ذلك ان هذا الجانب من الفقه الحديث لم يتردد في تصور قيام تنازع بين نظم قانونية لا تستند الى سلطة دولة ذات سيادة إقليمية ، كما هو الشأن بالنسبة للنظم الدينية والقبلية السائدة في البلاد إفريقية واسيا .

والأمر لا يختلف كثيرا في إطار العلاقات التجارية الدولية . فقد أدى تطور هذه العلاقات إلى ظهور قواعد عرفية جري المتعاملون على إتباعها ، حيث تعد العقود المبرمة بينهم في حاجة إلى إخضاعها لنظام قانوني تفرضه إحدى الدول بسلطتها المنفردة او نتيجة لاتفاق دولي .

ومهما كان من الأمر فان هذه الاتجاهات لا تتنافى مع الصفة الدولية لان المقصود من هذه الأخيرة هو تجاوز العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص للحدود الإقليمية مما يضيف على هذه

1 انظر: - عكاشة محمد عبد العال " المرجع السابق "، ص32

2 انظر :- أعراب بلقاسم " القانون الدولي الخاص الجزائري"، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر ، ج 01 ، 2001 ، ص46

3 انظر :- محمد كمال فهمي " أصول القانون الدولي الخاص"، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ط 01 ، 2006 ، ص247

العلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا طابعا خاصا يقتضي النظر في وضع الحلول الموضوعية التي تتناسب مع طبيعتها وصفقتها هذه (1)

ثالثا - تباين القواعد القانونية المتصلة بعناصر العلاقة القانونية :

لقيام تنازع القوانين الدولي ومنه تطبيق قواعد التنازع لفضه ، لابد من وجود اختلاف وتباين بين أحكام القوانين المتنازعة ، لأنه إذا كانت الأحكام فيها متشابهة وواحدة ، فإن الحكم سيكون واحدا فيما لو أعطى الاختصاص في العلاقات القانونية لأي واحد منها ، على أن لا يبلغ هذا الاختلاف المفترض حدود التعارض التام مع الأسس الجوهرية التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتعارضة ، وإلا سيتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تتعارض أحكامه مع أحكام قانون القاضي تعارضا جوهريا بالاستناد إلى فكرة النظام العام.

رابعا- أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي :

إن السماح بتطبيق قانون أجنبي هو نقطة البداية في تنازع القوانين، كون الدول لا تجعل لقانونها اختصاصا مطلقا ، فسلطان القانون محدد بحدود سيادة الدولة ، ولا يمكن أن ينفذ القانون الأجنبي إلا بإذن المشرع الوطني، لذلك وجب أن يكون هناك نوع من التسامح داخل كل دولة بحيث يسمح قانونها للقاضي بتطبيق قانون غير قانونه ، لأنه إذا تمسك كل مشرع وطني بالإقليمية المطلقة أو الشخصية المطلقة في تطبيق القانون الوطني ، فلن يحصل عندئذ أي تنازع للقوانين ولا حاجة معه لإعمال قواعد التنازع ، ويكون بذلك قانون القاضي هو الواجب تطبيقه لعدم قبوله مزاحمة أي قانون أجنبي في حكم العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي (2)

تلك هي الشروط التي يجب توافرها لتطبيق قواعد التنازع على العلاقات القانونية بصفة عامة، وبدون التقاء هذه العوامل لا يمكن أن تظهر إلى الوجود مشكلة تنازع القوانين التي تفترض قيام علاقات ودية بين الدول والاعتراف لكل منها بتشريعيها وسيادتها ، وقيام علاقات تجارية متواترة بين الشعوب وانتقال الأشخاص والأموال من إقليم لآخر، كما تفترض أيضا أن يجري توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعا موضوعيا، يختار لكل طائفة من النظم القانونية القانون الملائم لحكمها حسب طبيعتها عن طريق قواعد التنازع.

المطلب الثالث : المعايير التي يتبعها المحكم الدولي

يتمتع المحكم الدولي بقدر من الحرية و السلطة التقديرية في معرض بحثه عن القانون الذي يمكن حل النزاع من خلال إعمال لقواعد تنازع ، وقد أكدت على هذه الحرية بعض الاتفاقيات الأوروبية منها ، اتفاقية جنيف سنة 1961 التي تقضي بأنه في " حالة غياب اختيار الأطراف للقانون

¹ انظر:- هشام صادق" المرجع السابق " ص 30

² انظر :- غالب علي الداودي" القانون الدولي الخاص"، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، ط04 ، 2005، ص101

الذي يحكم موضوع النزاع فإنه يجب على المحكم تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة النزاع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة "

و مادة 03/30 من اللائحة الجديدة لغرفة التجارة الدولية صادرة في 1975 والتي تقضي في " حالة غياب قانون الإرادة الصريحة او الضمنية بان يطبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة النزاع القوانين التي يراها ملائمة بهذا الخصوص ."

هذه الحرية في تحديد قانون واجب التطبيق تجعله أمام عدة خيارات التي يتعين أن يختارها . ولقد تعددت الاجتهادات والمعايير في شان تعيين القانون واجب التطبيق باستخدامه قواعد النزاع القوانين وهذه المعايير هي :

الفرع الأول : إعمال قواعد الإسناد في القانون المختار:

يذهب أنصار هذا الاتجاه من بينهم الفقيه : "فواجستاس وكلين" إلى أن المحكم يجب عليه أن يطبق قواعد الإسناد في قانون الدولة الذي اختاره الأطراف ، بشرط ألا ينص صراحة على استبعاد قواعد الإسناد فيه. وذلك على اعتبار أن أساس حرية الأطراف في اختيار القانون لا يبنى على معيار شخصي ، ولكن على أساس تحويل الأطراف الحق في تركيز علاقتهم التعاقدية داخل نظام قانوني معين⁽¹⁾

كما أن قاعدة قانون الإرادة لا تعطي حلا مباشرا ينهي النزاع ، بل تبقى قاعدة غير مباشرة تقتصر على بيان القانون الذي يمنح الحل الموضوعي والنهائي للنزاع ، وبالتالي فهي لا تتفق مع المفهوم الفني للقاعدة الموضوعية التي تحكم مباشرة وبشكل موضوعي النزاع بالنظر إلى صفته الدولية.

وإن كانت جل النظم القانونية تعترف بهذه القاعدة ولو كان الأمر كما يدعي أنصار تطبيق القواعد المادية لكانت كل قواعد تنازع القوانين تتصف بالصبغة الموضوعية لا الإسنادية ، لاسيما قاعدة خضوع المال لقانون موقعه.⁽²⁾

والواقع أن هذا الاتجاه يعيبه تناقضه مع الصفة الرضائية التي تميز التحكيم حيث يستند في جانب من جوانبه إلى إرادة الأطراف ، هذه الإرادة التي تريد إعمال بعض القواعد القانونية ، مما يعني إساءة استعمال السلطة الممنوحة للمحكم على نحو مصطنع يؤدي إلى تطبيق مسائل غير تلك التي نص الأطراف على إخضاعها لقانون العقد ، والتي ترفض الأطراف إعمال قواعد الإسناد عليها⁽³⁾

¹ انظر :- حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، ص.490
² انظر :- هاني محمود حمزة : " النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي" ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2008، ص 91
³ انظر :- حفيظة السيد الحداد " المرجع السابق" ص491

وعقب هذا الانتقاد فإن على المحكم من أجل تحديد قواعد الإسناد المرجعية التي تحدد صحة اختيار القانون المختار من المتعاقدين الاسترشاد بقواعد إسناد أخرى في نظام قانون آخر غير الذي اختاره الأطراف ، وهو ما دفع البعض إلى ترشيح أعمال قواعد الإسناد في قانون دولة مقر التحكيم.

الفرع الثاني : أعمال قواعد الإسناد في دولة مقر التحكيم:

دعا البعض إلى أعمال المحكم لقواعد الإسناد في قانون دولة مقر التحكيم على اعتبار أن هذا القانون يعتبر بمثابة قانون للمحكم واعتبروا أن مشكلة ال **Lex fori** هي مشكلة وهمية على أساس أن التحكيم لا بد له من دعامة وضعية يستند عليها وهي قانون دولة مقر التحكيم. (1)

ووفقا لهذا الاتجاه فإن للأطراف الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في الحدود التي يرسمها قانون دولة مقر التحكيم ، على اعتبار أن الإسناد إلى قانون دولة يصلح لتحديد القانون مقر التحكيم ومن مؤيدي هذا الاتجاه الفقيه **mann** الذي يذهب إلى أن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها ، فكل نشاط يتم على إقليم الدولة يخضع بالضرورة لاختصاصها فمن غير المسموح به أن لا يكون للدولة تقديرها الخاص بشأن الاتفاقيات التي يقوم بها الأطراف ، كما يقع على دولة مقر التحكيم أن تحدد إذا كان المحكم يعد بمثابة قاضي وفقا لأي شروط ذلك أن المحكم مثله مثل القاضي لا بد عليه من خضوع إلى قانون. (2)

كما ذهب الأستاذ **Hall Sauser Hal** " أنه إذا كان أطراف الخصومة قد اختاروا قانون وطنيا ليحكم النزاع ، فإن ذلك يعني بالضرورة اختيار دولة هذا القانون ، ويعبر عن ذلك أن "سلطان الإرادة لا يمكن أن يمارس إلا في الحدود التي تسمح بها قواعد الإسناد في مقر التحكيم ، فهذه القواعد هي التي تحدد نطاق الذاتية التي يتوجب الاعتراف بها للأطراف في هذا المجال . "وعليه فنظرية هذا الفقيه تغلب الطبيعة القضائية للتحكيم ، وتعمل على الحد من إرادة الأطراف المطلقة بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق ، وترجح الكفة لصالح قانون مكان التحكيم باعتباره مركز الثقل الموضوعي. (3)

وتطبيقا لذلك اعتبر المحكم في قضية **Sapphire** أن تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص السويسري من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد تؤدي إلى نفس النتيجة وهي تعيين قانون الإرادة ، كما حكمت هيئة التحكيم في حكمها الصادر 10-10-1973 في نزاع بين الحكومة الليبية وشركة البترول الانجليزية من تطبيق القانون دانمارك على إجراءات التحكيم باعتباره قانون دولة مقر التحكيم .

¹ انظر :- هاني محمود حمزة " المرجع السابق " ، ص 92

² انظر: - أسامة احمد الحواري "القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة" ص 132

³ انظر:- جارد محمد ' دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي " مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الدولي الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، سنة 200-2010 ، ص 47

ومما لاشك فيه أن لكل نظام من هذه النظم ، مزايا وعيوب ، ولعل ما يعيبها هو عدم مطابقتها لمسلك المحكمين ولتطلعات المنشغلين بالتجارة الدولية ومن أهم منتقدي هذا الاتجاه الفقيه رينيه دافيد الذي يرى فيه حل يأس أكثر منه مبدأ عام، إضافة إلى ذلك انه كثيرا ما يتساءل حول تحديد مقر التحكيم، حيث أن مقر التحكيم قد يتغير تحديده، حيث نجد أنه من الممكن أن يعقد المحكمون جلسات الاستماع في أكثر من دولة، او ان التحكيم يجري بالمراسلة ، كما أن اختيار التحكيم لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة لم يكن المقصود منه هو تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد الذي يوجد فيه مقر هذه الهيئات، بل قد تكون الاعتبارات لا علاقة لها بالنزاع كاعتبارات السياحة والقرب⁽¹⁾

الفرع الثالث: إعمال قواعد الإسناد في دولة محل التنفيذ

بموجب هذا الاتجاه ، فإن على المحكم الدولي البحث عن القانون واجب التطبيق على النزاع من خلال إعماله لقواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي سينفذ فيها القرار الذي يصدر في المنازعة التي طرحت على التحكيم ، وهذا نتيجة حرص المحكم الذي يصدر قراره للتنفيذ دون أن يعترض على تنفيذه من طرف دولة التنفيذ وأساس إرجاع إلى قانون دولة محل التنفيذ هو انه المكان الذي تركز فيه مصالح المتعاقدين ففي هذا المكان سيجني هؤلاء ثمار تعاقدهم ، وتنعقد فيه مسؤولياتهم عند عدم التنفيذ التزاماتهم . فمحل تنفيذ العقد يعبر عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي ، إضافة إلى ذلك انه المكان التي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية لان قيام الأطراف بإبرام عقد ما يكون دائما بقصد تنفيذه⁽²⁾.

غير أن هذا الحل يؤخذ عليه كونه يستيق عمل المحكم الذي يحكم موضوع النزاع بصعوبات عملية يتعين على المحكم حلها ابتداء ، لذا يقول الأستاذ "لايف" أن هذا الحل سيكون وهميا ولا حاجة للتأكيد على صعوباته العملية، فكيف يمكن تحديد البلد المذكور بشكل أكيد وما العمل إذا كانت هناك عدة بلدان لتنفيذ قرار التحكيم؟ ويبدو ان هذه النظرية تخط بين مسائل مختلفة مسألة تنازع القوانين حول القضايا التي يتعرض لها المحكم في معرفة القانون واجب التطبيق عند عدم اتفاق أطراف النزاع على تحديده ، وبين مسائل التي قد تثار فيما بعد أمام القاضي لكي يصدر قراره بتنفيذ حكم التحكيم او رفض تنفيذه⁽³⁾

الفرع الرابع : إعمال قواعد الإسناد في قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

لا تزال بعض التشريعات الوطنية تطبق قواعد تنازع للبلد الذي فيه موطن المشترك للمتعاقدين اذ اتخذوا موطننا ، ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد .و يستند أصحاب هذا الرأي إلى

1 انظر :-فوزي محمد سامي "التحكيم التجاري الدولي" ص 191

2 انظر :- لزهري بن سعيد " النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية " دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع جزائر ، بدون طبعة ، 2012 ، ص 208-209

3 انظر :- فوزي محمد سامي "المرجع السابق" ص 193

أن هذا القانون هو قانون الذي يعرفه المتعاقدين أكثر من غيره وقد اعتادوا على ينظموا سلوكهم وفق أحكامه ، وبالتالي يكون في مقدورهم ان يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية او ايجابية بالنسبة لهم ، والأصل ان تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برابط قانوني ولهذا يعرفه الفقه انه المكان الذي يقيم فيه الشخص او يتخذ منه مركز لأعماله ، والأصل ان الموطن يتحدد بمكان الحقيقي للمتعاقدين.(1)

لكن يعاب على هذا الاتجاه أنه يفترض وحده الجنسية أو موطن أطراف النزاع، وهذا من النادر وقوعه، لأننا في الغالب نجد مصالح التجارة الدولية محل النزاع تكون بين أطراف من جنسيات ومواطن مختلفة.

الفرع الخامس : تطبيق قواعد التنازع لقانون جنسية المحكم

بموجب هذا الاتجاه على المحكم الدولي أن يلجا إلى تطبيق قواعد التنازع القوانين الخاص للبلد المحكم ، وتبرير ذلك ان المحكم له معرفة وإطلاع واسع على تلك القواعد الخاصة في نظامه القانوني ، ويضاف الى ذلك أن الأطراف عندما يختار محكما معيناً يفترض فيها انها اختارت ايضا وبشكل ضمني او غير مباشر للنظام القانوني للبلد المحكم ، وبعبارة أخرى إن الأطراف النزاع عندما يتفقون على تعيين المحكم فإنهم في نفس الوقت يعبرون عن موافقتهم بان يطبق المحكم القواعد الخاصة بتنازع القوانين في بلده .

ويعاب على هذا الرأي أنه ينتقص من كفاءة المحكمين الدوليين، حيث يشكك في قدرتهم على معرفة الأنظمة القانونية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص غير تلك التي تخص بلدهم كما يعاب أيضا ان الاتجاه السالف الذكر يشكل التناقض حول قواعد التنازع القوانين لكي ينتهي الأمر الي تطبيق قانون بلد المحكم على موضوع النزاع وبالنتيجة قد يؤدي الى تطبيق قانون ليس له أدنى علاقة بالنزاع ولم يخطر ببال أطراف النزاع تطبيق مثل هذا القانون (2).

الفرع السادس : التطبيق قواعد التنازع الأنسب موضوعا لحكم النزاع

عند غياب أي إشارة من الأطراف إلى قانون واجب التطبيق ، رغبة منه في تدويل العقد وإخراجه من دائرة اختصاص القوانين الداخلية ، يتعين علي المحكم الدولي في هذه الحالة البحث عن اي قانون يكون الأنسب موضوعيا لحكم النزاع ويكاد يصبح هذا المعيار من المبادئ التي رسخت في لوائح هيئات التحكيم وفي قرارات التحكيمية ، وبالتالي فان المحكم الدولي له حرية البحث عن القانون أكثر ملائمة لموضوع النزاع أخذا بعين الاعتبار القواعد المتعارف عليها في التعامل التجاري ، وعلى المحكم الدولي ان يسترشد في تحديد قاعدة التنازع بضوابط موضوعية مستمدة من ظروف التعاقد ، وبصفة عامة وزن دقيق لمختلف عناصر العقد على نحو يتضمن

1 انظر :- لزهري بن سعيد " المرجع السابق "، ص 212-213

2 انظر :- فوزي محمد "المرجع السابق " ص 192

ارتباطا حقيقيا بين موضوع وبين القانون الذي ترشحه قاعدة التنازع لحكم العلاقة وهذا أمر يتوقف بالدرجة الأولى على ثقافة المحكم وخبرته القانونية (1)

المبحث الثاني: مبدأ قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية.

لقد استقر لدى فقه وغالبية التشريعات علي الإرادة كضابط إسناد بالنسبة للعقود الدولية، أي ان يكون للإطراف حق اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي المبرم بينهم، فكما لهؤلاء الحرية في بناء عقودهم، فلهم أيضا بخصوص العقود الدولية، الحرية في تحديد القانون الذي يحكم الرابطة العقدية المبرمة بينهم.

غير أن مبدأ قانون الإرادة وقبل أن يتبلور في صورته الحديثة، عرف مجموعة من التطورات التي ساهمت بشكل كبير في إرسائه كمبدأ سابق يسمح بحل مشكلة تنازع القوانين في تحديدها للقانون الواجب تطبيق على الروابط العقدية الدولية.

و مع أن المبدأ المعروف فقها وقضاء، يقر بحرية الأطراف، إلا أنه يطرح تساؤلا غاية في الأهمية حول محتوى هذا الاختيار سواء كان صريحا أو ضمنيا، أما نطاقه فيشمل مدى تمتع الأطراف بالحرية في اختيار هذا القانون وهل الحرية مطلقة أو نسبية.

وعليه سيتم تناول هذه التساؤلات فيما يلي :

المطلب الأول : مفهوم قاعدة قانون الإرادة

في مقام الحديث عن مفهوم مبدأ قانون الإرادة، لا بد من تبيان التطور التاريخي لها)

الفرع الأول (وكذا تحديد المقصود منه) (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التطور التاريخي لقانون خضوع العقد لقانون الإرادة

تعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص، التي أرسنها قواعد تنازع القوانين في جل النظم القانونية.

يرجع الكتاب ظهور مبدأ خضوع العقد للقانون الإرادة إلى الحضارة القديمة مثل حضارة مصر القديمة خلال المائتي عام السابقة على الميلاد، حيث كان المتعاقدان يختاران القانون-المصري أو البلطمي- الواجب التطبيق على عقدهم عن طريق اللغة التي حرر بها العقد. فإن كان العقد حرر باللغة الديموطيقية المصرية، فقد دل ذلك على اختيار تطبيق القانون المصري، وإن حرر باللغة الإغريقية دل ذلك على اختيار تطبيق القانون البلطمي⁽²⁾ بحيث كان الفقه الايطالي في القرن 12 يخضع العقد في شكله و موضوعه لقانون بلد الإبرام، و فسر ذلك في القرن 15 م من قبل الفقيه الايطالي "كورسيوس" بإرادة المتعاقدين الضمنية بالخضوع لهذا القانون .

1 انظر:- أسامة احمد الحواري " القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة " ص 136

2 انظر:- صالح المنزلاوي " القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006،

و مع ظهور مشكلة التنازع للقوانين في شمال ايطاليا في العصور الوسطى خلال القرنين 12-13، قسم فقهاء المدرسة الايطالية القديمة قوانين أو الأحوال إلى أحوال شخصية تتبع الأشخاص أينما ذهبوا وأحوال إقليمية أو عينية تنطبق على كل الأشخاص الذين يقطنون الإقليم على كافة الوقائع التي تحدث فيه، وبالتالي قرر هذا الفقه إخضاع العقد لقانون بلد الإبرام وذلك بالنظر لسهولة تعرف جميع الأطراف على أحكام القانون ودون الاعتداد بالترفة بين الشكل العقد موضوعه

بينما ذهب جانب من الفقه من ناحية أخرى إلى التميز بين شكل العقد وإثباته وأثار تنفيذه، حيث خضع الشكل لقانون محل إبرام العقد . و قد علل الفقيه "مارتول" هذه القاعدة أنه من الطبيعي أن يختص قانون محل إبرام العقد بحكم شكله، وأن يحدث أثره في كل مكان، أما إثبات العقد فقد فرق فقه هذه المدرسة بين قوة الدليل، وإجراءات تقديمه فإخضع الأول لقانون إبرام مدمجا بذلك مسألة الإثبات مع مسألة الشكل حيث انه اخضع الثاني لقانون القاضي. أما بالنسبة لأثار العقد فقد فرق "بارتول" بين الآثار مباشرة حيث أخضعها لقانون محل إبرام العقد وبين أثار غير مباشرة مثلا عدم الوفاء الناشئ عن الإهمال أو الإعذار و التقادم و إخضاعها لقانون محل التنفيذ، وفي حالة عدم تحديده هي تخضع لقانون القاضي، إما تنفيذ العقد فقد أخضعه "مارتول" لقانون محل التنفيذ و إلا فللقانون القاضي في حالة عدم تحديد الأول، وبذلك اعتبر إسناد العقد لقانون محل إبرام لدى فقه المدرسة القديمة بمثابة إسناد أمر لا تملك الإرادة تغييره حيث لم تكن بفكرة سلطان الإرادة قد اتضحت بعد . وفي القرق السادس

عشر قام الفقيه الايطالي **Rochus Curtius** بتفسير قاعدة خضوع العقد لقانون محل الإبرام بفكرة الخضوع الضمني، أي على أساس أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون ليحكم عقدهم

وفي القرن 16 حاول فقيه والمحامي الفرنسي "**Dumoulin**" إخضاع العقد لقانون الإرادة وذلك بمناسبة تقديمه فتوى تتعلق إخضاع النظام المالي للزوجين لقانون موطن الزوجية الأول باعتبار أن إرادتهما الضمنية قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون.⁽¹⁾

وقد استلهم هذا الفقيه من فقيه "**curtuis**" فكرة جديدة مؤداها أعمال إرادة المتعاقدين في

تحديد القانون الذي يحكم العقد إذ انه ما دام العقد يخضع لقانون محل إبرامه باعتباره عن رضا المتعاقدين الضمني فيجب الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون آخر غيره ليحكم العقد وتعرف هذه الفكرة بمبدأ سلطات الإرادة والتي على أساسها بنيت قاعدة خضوع العقد لقانون إدارة المتعاقدين .
وقد قرر"

¹ أنظر :- هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية " دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2001 ، ص28

ديمولان " إخراج العقد من نطاق سيادة الإقليمية للقانون تأسسا على دور الإرادة في العقد فهي التي توجد العقد على أنها مصدر وليس القانون ، بمعنى إخضاع العقد لقانون الذي يختاره المتعاقدون وبالتالي قد يحدث أثره حتى خارج محل إبرامه مادام هو وليد الإرادة وليس وليد القانون حيث أن الإرادة لا تقف حبيسة الحدود الإقليمية خلاف لسلطان القانون الذي يقف عند هذه الحدود .⁽¹⁾

وقد ترتب على هذا الرأي أن بدأت ملامح التفرقة بين موضوع العقد وشكله ، حيث ضاق نطاق خضوع العقد لقانون محل إبرامه بحيث أصبح يقتصر فقط على الشكل دون الموضوع حيث أن استخدامه للإرادة قد تجرد من نتائج العملية ألا وهي قدرة الإرادة على اختيار قانون آخر ، لأن فتواه السالفة الذكر قد انتهت في حقيقة إلى تطبيق قانون بلد الإبرام عقد الزواج وهو في نفس الوقت قانون موطن الزوجين الأول، مبررا هذا التطبيق بالرجوع الى الفكرة الضمنية وبالتالي فهو لم يخرج في الواقع عما جرى عليه شراح عصره في شأن إسناد العقود لقانون بلد الإبرام بوصفه إسناد أمرا لا تملك الإرادة الصريحة تغييره .

في القرن 19م اخضع المحامي الفرنسي "**foelix**" العقد لقانون البلد الذي ابرم فيه باعتباره القانون الذي استقر عليه العادات والأعراف.

مع ذلك فإذا كانت تنفيذ العقد سيتم في بلد آخر من قانون هذه الأخيرة يكون هو الواجب التطبيق على المسائل التي تلي إبرام العقد وقد برر "**foelix**" ذلك بان الإرادة الضمنية للمتعاقدين لا تهدف إلى مخالفة العادات الأعراف السائدة في بلد محل⁽²⁾ إبرام العقد أو تنفيذه واخذ بهذا الرأي الفقيه "**story**" الذي استخدم الإرادة الضمنية مبرر لتطبيق قانون العقد محدد سلفا دون أن يحول الإرادة الصريحة أما الفقيه "**مانشيبي**" فقد أعلن سنة 1851 نظرية مسماة نظرية شخصية القوانين التي تقتضي أن القوانين تتبع الشخص أينما ذهب وبالتالي يطبق عليه قانون بلده دائما وقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها سواء كان داخل إقليمها أو خارجه، وقد أورد أصحاب هذه النظرية جملة من الاستثناءات لا يطبق عليها قانون الجنسية وهي ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق للعقود من حيث موضوعها يطبق عليها قانون الإرادة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود كما يطبق عليها القانون المحلي أي قانون البلد الذي تم التصرف فيه وكذلك القوانين المتعلقة بالنظام العام حيث تطبق على جميع الأشخاص في الإقليم من وطنيين وأجانب على حد سواء وقد تعرضت للانتقادات على أساس كثرة الاستثناءات⁽³⁾

¹ انظر:- هشام على صادق " تنازع القوانين ، دراسة مقارنة علي المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1993 ، ص 343

² انظر:- صالح المنزلاوي " المرجع السابق " ص 262

³ انظر :- زياد محمد فالح بشابشه ، أحمد الحراكي، عماد قطان " دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني - دراسة مقارنة" مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات - العدد الثلاثون

أما الفقيه "سافيني" المنشئ لنظرية المقر المكاني للعلاقات القانون كأساس لتحديد القانون المختص ، كان قد قرر خلالها خضوع العقد لقانون مكان تنفيذه استنادا لإرادة المتعاقدين ذاتها لأنه من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل مسبقا الخضوع إلى لقانون مركزها (1).

وتقترب الأفكار السابقة مع ما قرره "كانت" الذي يعد أول من استخدم مصطلح سلطان الإرادة ، مع العلم أن هذا المصطلح قد تم في إطار فلسفي. حيث أكد خلال عرضه لنظرية القانون الطبيعي إن سلطان الإرادة هو تعبير عن خضوع هذه الأخيرة لأمر الأخلاقي المطلق، فقدره الإرادة على اختيار قانونها لدى "كانت" لا تتعدى والحال هذه خضوعها الكامل للقانون الأخلاقي (2)

وهكذا استخدم فقهاء قانون الدولي الخاص فكرة سلطان الإرادة كمجرد تبرير للحلول المتنازع التقليدية في شأن إسناد العقود الدولية لقانون دولة إبرام العقد أو دولة تنفيذه، فتطبيق هذا القانون أو ذلك هو تطبيق أمر يبرره الفقه برضاء المتعاقدين ضمنا بهذا التطبيق .

وظل هذا الأمر على حاله إلى غاية نهاية القرن 19م عندما قرر الفقيه البلجيكي "لورات" في مؤلفه القانون المدني الدولي الذي نشره في 8 أجزاء خلال 1880-1882 إذ أكد هذا الفقيه انه يحق للأطراف أن يختاروا صراحة قانون آخر غير قانون دولة الإبرام والتنفيذ وهذا بالرجوع إلى مبدأ حرية المتعاقدين وبهذه المثابة اعتبر لوران مبدأ سلطان الإرادة حلا في ذاته وليس مجرد تبرير لحل مسبق لتنازع قوانين في مجال العقود الدولية (3)

هذا ويعتد "لوران" بإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار قانون العقد وعند غياب هذه الإرادة يتم الكشف عن الإرادة الضمنية من خلال ظروف التعاقد وملابساته فان تعذر استخلاص هذه الأخيرة فيصير تطبيق القانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، وفي حالة الاختلاف في الجنسية يطبق القانون محل إبرام العقد وفي هذين الحالتين يعتبران بمثابة تعبير عن الإرادة المفترضة (4)

وعلى هذا الأساس فان "لوران" يرى بان الإرادة قادرة على اختيار قانون واجب التطبيق على العقد بصفة مستقلة على أي حل مسبق سواء كانت هذه الإرادة صريحة أم ضمنية .

لقد تأثر بهذه الأفكار فقهاء القانون الدولي الذين عاصرو لوران من أمثلتهم "سافيني

ديمولان، فوليكس" وغيرهم، بحيث اخضعوا العقود للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين الصريحة ام الضمنية و قد استخدموا للتعبير عن هذا إصلاح سلطان المتعاقدين ، السلطان الأطراف، غير انه يعود الفضل إلى إصلاح سلطان الإرادة بدلا من سلطات الأطراف إلى الفقيه "بروشيه" في كتابه "دروس في القانون الدولي الخاص" عام 1883 الذي نشر في السنة التالية لنشر مؤلف

1 انظر:- وفاء مزيد فحوط " المشاكل القانونية في عقود النقل التكنولوجيا الى الدول النامية " منشورات الحلبي الحقوقية ،

بيروت ، لبنان ، 2008 ص 738

2 انظر:- هشام صادق " القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية " ص 26

3 انظر:- هشام على صادق " المرجع السابق " ص 30

4 انظر:- محمد محمود ياقوت " حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد " ص 32

الأستاذ "لوران" والذي يرد سلطان متعاقدين في اختيار القانون الى قوة القانون الذي منح الإرادة هذا الاختيار، وبهذا المفهوم تبدوا الإرادة كاضباط إسناد يشير إلى قانون واجب التطبيق وذلك بمقتضى قاعدة تنازع التي قررها المشرع لوضع الحل الملائم لتنازع القوانين في مجال العلاقات العقدية الدولية ، وفي هذا الصدد يقول " بروشيه" إذا كانت الإرادة الفردية في مجال العقود تبدوا صاحبة سيادة فيجب منحها الاختصاص بحل التنازع في هذا المجال ولكن حل التنازع على هذا النحو يجد أساسه في مطلق الإرادة لأن سلطان الإرادة مرجعه القانون . (1)

ويتضح من هذا أن " بروشيه" وان كان أول من اصطلح الإرادة إلا أنه مع ذلك قد أنكر عليها سلطانها عندما رده إلى قوة القانون .

على أن انتشار هذا المصطلح لم تتم إلا بعد وفاة الفقيه بروشيه عام 1884م ويعد الفقيه فانسي هو من أسهم في انتشار هذا المصطلح .

وهكذا استقر منذ ذلك الوقت مبدأ سلطان الإرادة وقتها قضاء وتشريعاً ، حتى غدا هذا المبدأ بمثابة عرف دولي أو مبدأ عام معترف به في كافة النظم القانون . وبذلك استقر لأطراف العقد الدولي حرية اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية،

ويعود سبب تفضيل أطراف العقد لهذا المبدأ إلى عدة اعتبارات تأتي في مقدمتها رغبة الأطراف في اختيار أفضل القواعد التي يمكن أن تحكم عقدهم دون التقييد بقوانين دولة معينة رغم عدم ملاءمتها ، مع احترام التوقعات مشروعة في هذا الصدد . (2)

الفرع الثاني : المقصود بقانون الإرادة

وإذا كانت الإرادة قد استقرت فقها وقضاء وتبناها التشريع المقارن ، إلا أنه اختلف بشأن تحديد المقصود بقانون الإرادة التي تشير إليه قواعد التنازع في مجال عقود التجارة الدولية ما بين فريق يتبنى المفهوم الضيق لقانون الإرادة وفريق ثاني يوسع من نطاق هذا المفهوم ، وفريق ثالث يحاول أن يسلك منهجاً وسطاً .

أ - المفهوم الضيق لقانون الإرادة:

ذهب البعض إلى التضييق من نطاق قانون الإرادة حيث قصر حرية أطراف العقد في اختيار القانون الذي ينظم العقود التي يبرمونها على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفقاً لأحكام القانون الدولي العام . وعلى ذلك إذا اختار أطراف العقد قانوناً معيناً ليحكم عقدهم فيتعين أن يكون قانوناً وطنياً أي قانوناً داخلياً لدولة ما .

1 انظر:- هشام صادق على " المرجع السابق " ص 38

2 انظر:- وفاء مزيد فلحوط " المرجع السابق " ص 39

و كذلك فقد أقرت كثير من الاتفاقيات الدولية هذا المفهوم ومن ذلك اتفاقية لاهاي بشأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية سنة 1955 والتي نصت المادة 2 منها على أن " : البيع يكون منظماً بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة. "

كما أخذت به محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر سنة 1929 حيث قضت بأن " كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص. "

وتدعيماً لهذا التوجه قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1950 م بأن كل عقد دولي يخضع حتماً لقانون دولة معينة ، كما التزمت به أيضاً الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 م في شأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية، والتي نصت في فقرتها الثانية على أن " البيع يكون منظماً بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة. " ، علاوة على ذلك فإن معهد القانون الدولي نشر إعلاناً أوضح فيه أن الأطراف لهم حرية اختيار قانون الواجب التطبيق فيمكنهم الاتفاق على تطبيق قانون أي دولة (1).

وقد تعرض هذا المضمون المضيق لفكرة قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية للنقد من جانب بعض الفقه، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يترتب عليه تطبيق حلول وطنية وضعت أساساً من أجل العقود الداخلية، في حين أننا بصدد عقود ذات طابع دولي، فضلاً على أنه قد يؤدي إلى تباين الحلول القضائية بصدد المنازعات الناجمة عن تلك العقود، خاصة المنازعات في مجال العقود التجارية الإلكترونية وهذا ما يبدو من خلال قضيتي الأمريكية **palay men** والفرنسية **yahoo**، فعلى الرغم من أن كلا الموقعين استخدمتا في أعمال غير مشروعة ، غير أن القضاء الفرنسي رفض إغلاق موقع **yahoo** لأن هذا الإغلاق سوف يكون ضد مصلحة المجتمع ، في حين تركزت قضية **play men** حول دعم النظام القضائي الأمريكي ذاته حيث استندت المحكمة في حيثيات حكمها إلى إهانة القضاء وأمرت بإغلاق الموقع كأحد الحلول الممكنة (2)

ب - المفهوم الواسع لقانون الإرادة:

ومؤدى هذا المفهوم منح الحرية الكاملة لأطراف العقد فى تحديد القانون الذي يحكم عقدهم. وينادي أنصاره بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم والتوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث يتجنبون الوقوف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة مع جواز إسناد العلاقة التعاقدية لقواعد ذات صبغة عالمية، كأن تكون القواعد العرفية التي استقر عليها التعامل في ميدان التجارة الدولية.

¹ انظر:- محمد بلاق "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية" مذكرة ماجستير ، جامعة ابي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2010-2011، ص42

² انظر:- صالح المنزلاوي " قانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية " ص 281

ويبدو هذا التوجه جليا في موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني التي نصت على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين ". فالنص يتحدث عن حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما دون تخصيصه أو تقييده بقانون دولة معينة، لكن مع وجوب توافر شروط خاصة في ذلك.

وقد سارت على هذا النحو العديد من الاتفاقيات الدولية التي اعتنقت هذا المنهج الموسع لقانون الإرادة، نذكر من بينها اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1971 م، والتي نصت في مادتها السابعة على أن " الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع " ، وهو نفس ما أخذت به اتفاقية روما لسنة 1980 م بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 03 فقرة 01 بنصها على أنه " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف ... ". كما اتبعت هذا النهج أيضا قوانين التحكيم، فنصت المادة 28 فقرة 01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 م على أنه " تفصل هيئة التحكيم وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع "(1)

لكن يعيب على هذا الاتجاه أنه يطلق الحرية التعاقدية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا.

ج - الاتجاه المعتدل لمفهوم قانون الإرادة:

يقوم هذا الاتجاه على منح أطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وذلك احتراماً لحقهم الذي منحهم إياه قاعدة الإسناد ولكن بشرط ألا يؤدي هذا الاختيار إلى الغش أو استبعاد القواعد الآمرة في القوانين التي تم اختيارها . وعلى ذلك فهذا الاتجاه يقيم نوعاً من التوازن بين حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق عليه وضرورة أن يستند هذا الاختيار على أسس مشروعة . وقد تبنت المادة 6 من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث تنص صراحة على استبعاد تطبيق القانون المحدد بموجب الاتفاقية إذا تعارض مع النظام العام(2)

المطلب الثاني: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

ظهر عدد من النظريات التي تعنى بتحديد القانون المختص، حيث تبنت كل نظرية وجهة نظر مختلفة يمكن الاعتماد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وهذه النظريات هي : النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج، ونظرية التركيز الموضوعية ، ونظرية ازدواج نظام العقد، وأخيرا نظرية الأداء المميز .

¹ انظر:- صالح المنزلاوي"المرجع السابق " ص 282

² انظر:- محمد بلاق"المرجع السابق " ص43

الفرع الأول: النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج

وهي النظرية المقبولة عموماً منذ ما يزيد على قرن من الزمان، والتي وضح معالمها "Laurent لورانت" بقوله "إن الأطراف بتصرفاتهم القانونية أحرار في اختيار القانون الذي يحكم بينهم" ويترتب على ذلك أن الإرادة أو الرغبة الأطراف الصريحة أو المفترضة أو الضمنية من خلال ظروف القضية هي التي ستشرف على القانون الواجب التطبيق وتحدده.⁽¹⁾

و يتزعم هذه النظرية أنصار المذهب الفردي والقانون الطبيعي، فنادوا بضرورة إطلاق العنان لمبدأ سلطان الإرادة بموجبه يتمتع الأفراد بحق تضمين عقودهم بما شاءوا من شروط. اما بالنسبة للعقود الدولية يحق للأطراف حتى اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد، ويصبح هذا القانون المختار مجرد شروط تعاقدية⁽²⁾. بالتالي يسموا اتفاق الأطراف على القانون، فهذا القانون المختار يستمد قوته من الاتفاق. وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم لها صادر بتاريخ 1910/12/05، حيث قضت: "القانون الواجب التطبيق على العقود... هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين"⁽³⁾ فأصبح القانون الذي اختاره المتعاقدين جزء من العقد، فأحكام هذا القانون اندمجت مع شروط العقد.

إن الأخذ بسلطان الإرادة على إطلاقها يرتب الآثار راجعة لعدم تقييد إرادة الأطراف في تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

وهذه الآثار تتمثل في اندماج قانون الإرادة في العقد باعتباره مجرد شرط تعاقدية ذلك لأنه وفقاً للنظرية الشخصية، التي تمنح للفرد سلطة على القانون فإنه بمجرد اختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي صراحة أو البحث عنه واستخلائه من نية المتعاقدين (أو ما يعرف بالإرادة الضمنية)، يفقد هذا القانون صفته الإلزامية ويتحول إلى مجرد شرط تعاقدية يذكر في العقد مثله مثل الشروط الأخرى، المدرجة في العقد، ولا يعامل معاملة القانون سواء من حيث الإثبات أو رقابة محكمة النقض على تفسيرها، لا اعتبار هذا القانون جزءاً في العقد. فإن على المتعاقدين أن يتمسكوا بالقانون المختار، وليس على القاضي أن يحكم بمقتضاه ومن تلقاء نفسه، إضافة أنه على الخصوم إثباته والقاضي لا يكون مجبراً على معرفة هذا القانون بحيث أن خطأ المحكمة تفسير نصوص هذا القانون لعدم معرفة فحسب هذا الرأي لا وجود لقانون سابق على العقد يمكن إخضاعه لأحكامه ذلك

¹ انظر:- زياد محمد فالح بشابشه ، أحمد الحراكي، عماد قطان" دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الأردني - دراسة مقارنة"، ص 361

² - كنتيجة لذلك فيستحيل إبطال العقد وفقاً لأحكام هذا القانون، بما أنه فقد قوته الملزمة وطبيعته الأمرة. انظر هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 123.

³ - انظر:- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 130.

لأن القانون الذي حددته الإرادة ليس له قوة إلزامية إلا في الحدود التي ترسمها له هذه الإرادة، فترجح الكفة للإرادة عوضاً عن القانون⁽¹⁾

وهذا ما أقره الحكم لشهير عن محكمة النقض الفرنسية الصادرة في 5 ديسمبر 1910 والذي قرر على أثره أن "القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من حيث تكوينه وآثاره هو القانون الذي اختاره المتعاقدان".

ومن المنطقي لتوفر شرط الإدماج أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق وما تدخل القانون في بعض الحالات إلا ويكون الهدف منه السعي إلى احترام العقد الدولي لبيان شروط صحتها أو لتمكين البنود التعاقدية من ترتيب بعض آثارها ذلك لأنه في نظر النظرية الشخصية للعقود الدولية تفلت من الخضوع لحكم أي قانون.

كذلك يترتب على إدراج القانون المختار في عقد شرط تعاقدي تمنح للأطراف فيه الحرية المطلقة التي على إثرها يمكنهم اختيار قانون محايد بحيث يجب أن يأخذ به ما دام يعبر على إرادة حقيقية للأطراف، فلا مجال هنا لفكرة التحايل على القانون بحيث لا يمكن إقامة الدفع بالغش نحو القانون لعدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد.

كما يترتب على الاندماج المتعلق بالنظرية لشخصية أن يفقد القانون المختار لصفة الإلزامية لذلك يمكن للأطراف استبعاد هذا القانون ما لا يخدم مصالحهم وهذا غير صحيح ولا يمكن تصوره ذلك لأنه لا يمكن استبعاد القواعد القانونية الموجودة في القانون المختار سواء كانت هذه القواعد أمراً أو مكملة، ذلك لأن نصوص هذا القانون لا يمكن تجزئتها، لأن القانون لا يمكن تجزئته. كما يمكن للأطراف إدراج شروط متعددة في العقد متعلقة بالقانون المختار والمأخوذة من قوانين مختلفة، بحيث يمكن بذلك تجزئة العقد واختيار أكثر من نظام قانوني واحد لتنظيم العلاقة العقدية، وفي حالة وجود تعارض بين هذه القوانين فأحدهما يبطل العقد والآخر يصححه فمن المنطقي أن تستبعد الأحكام التي تؤدي إلى بطلان عقدهما والأخذ بالنصوص التي تصحح للعقد.

هذا الاختيار المادي يرفض فكرة وجود نصوص في القانون الذي اختاره المتعاقدان عند اختيار لقانون صراحة أو ضمناً بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد القصد منها الأخذ بالنصوص، و تعتبر العقد صحيحاً وليس النصوص التي تبطله،⁽²⁾ ويرجع عدم الأخذ بالإبطال إلى أنها تتعارض مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ذلك لأنه من غير المعقول أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى تحديد القانون ويكون هذا الأخير مبطلاً للعقد.

¹ انظر:- هشام على صادق، المرجع السابق، ص 106

² انظر:- خالد شويرب "القانون واجب التطبيق على العقد الدولي التجاري" رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008-2009، ص 33

بما أن الإرادة هي أساس اختيار المتعاقدين لقانون العقد، وأن المتعاقدين يمكنهم اختيار أكثر من نظام قانوني واحد لينظم العلاقة التعاقدية الدولية، يمكن للأطراف وفقا للحرية التي يتمتعون بها أن لا يخضعوا عقدهم لأي قانون فالإرادة العقدية وحدها تكفي بذاتها، فيمكن لأطراف العقد الإشارة للقانون بإرادتهم، فالمسألة هي إرادية وقد رفضت هذه النتيجة من محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 21 جوان 1950 جاء فيه أن " كل عقد دولي هو مستند ومرتببط بقانون دولة ما " .

وأهم نتيجة تترتب على الاندماج هي ثبات القانون المختار، واستقراره بحيث يبقى هذا الأخير على الحالة التي كان عليها وقت اختياره، وبذلك فإن أي تعديل تشريعي يطرأ على هذا القانون بعد اختياره لا يدرج في العقد مثله حتى ولو كانت هذه النصوص أمرة بحيث لا يأخذ بالتعديلات اللاحقة على العقد إلا إذا وافق المتعاقدين صراحة على قبولها في النصوص الجديدة التي طرأت على العقد بعد إبرامه، فالموافقة على هذه التعديلات دليل على أن إرادة الأطراف هي أساس العقد والقانون في آن واحد. وتبرير ذلك هو أن الأطراف عند اختيارهم لقانون معين يقصدون به أن يستقر هذا القانون كما وجده الأطراف أثناء إبرامهم للعقد دون أي تغيير فيه.

وما يمكن القول أن هذه النتائج كانت عرضة للانتقادات ذلك لأنه من المستحيل تجريد القانون من قوته الملزمة وجعله مجرد شرط تعاقدي، كما أن إعطاء حرية مطلقة للأطراف التي تمنحها النظرية الشخصية في تحديد القانون الواجب التطبيق ممكن أن يدفعهم إلى جعل العقد التجاري الدولي غير خاضع لأي قانون أي ما يعرف بالعقد المتجرد من القانون (**contrat sans loi**) وهذا مخالف لما استقر عليه الاجتهاد القضائي وخاصة الفرنسي منه، والذي يعتبر أن العقد يجب أن يخضع لقانون دولة ما"، كما أنه يؤدي في بعض الحالات إلى اختيار أطراف لقانون يبطل العقد، فإذا أخذنا بحرية اختيار الأطراف، فإن العقد يكون باطلا رغم أن المتعاقدين أبرما عقديهما لكي يعتبر صحيحا.

كل هذا دفع إلى وجود اتجاه مختلف لنظرية الشخصية تهربا من النتائج التي كانت محل انتقادات هذا الاتجاه يعرف بالنظرية الموضوعية التي تعطي أهمية للقانون المختار باعتبار أن الإرادة هي التي تخضع للقانون وليس القانون خاضع لإرادة الأطراف.⁽¹⁾

الفرع الثاني : النظرية الموضوعية

أنصار هذه النظرية يرون أن عدم خضوع العقد الدولي لنظام قانوني معين، ليس معناه أنه خارج عن أي قانون، بل فقط هناك أكثر من نظام يخضع له. رغم استحالة تطبيق هذه القوانين كلها نظرا لاختلافها.

¹ انظر:- خالد شويرب" المرجع السابق " ص35

لكن العقد الدولي يرتبط بمحيط اجتماعي بالضرورة، فإذن أثاره أو معظم أثاره تتحقق في وسط اجتماعي معين⁽¹⁾، بالتالي فيجب تركيز هذا العقد في هذا الوسط، بأن يُطبق عليه قانون هذا الوسط. ويؤكدون أن دور الإرادة ليست طليقة عند اختيار قانون ليحكم عقدهم الدولي. فيجب أن تتقيد هذه الإرادة بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بهذا العقد. فيجب أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد. بالتالي لا يستند إلى مطلق إرادة الأطراف، بل يستند إلى نصوص القانون التي سمحت للأطراف باختيار هذا القانون.

عكس النظرية الشخصية التي ترجع أساس القانون المختار إلى اتفاق الأطراف، فالنظرية الموضوعية تسند القانون المختار، إلى القانون الذي سمح للأطراف اختيار قانون ليحكم علاقتهم⁽²⁾.

تقوم هذه النظرية على انتفاء إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، أي تحديد مقره وفقا للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطا وثيقا والمحيطه بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا المكان، ولا شك أن إنكار دور الإرادة طبقا لهذه النظرية في اختيار القانون يؤدي بالتالي إلى استبعاد فكرة الإدماج⁽³⁾ المؤسسة على سلطان الإرادة وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون، وهي الطريقة المثالية لوحدة القانون المطبق على العلاقة، وبهذا تتفادى تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين، وهي التجزئة التي يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير متركب الذين نادوا خضوع العقد للقانون وليس العكس، فلا يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم، بل القانون هو الذي يحدد العلاقة التي تحكمها، فالإرادة تكون حرة بشرط أن تكون في حدود القانون، بحيث أن العقد لا يكون ملزما مدنيا إلا بمقتضى الجزاء الذي يفرضه القانون، لأن الهدف الكلي للقانون هو فرض احترام الإرادة لهذا الأخير.

و يعود الرفض الذي بسبب ما ترتب عنه من نتائج مبالغ فيها من طرف النظرية الشخصية إلى درجة جعل القانون المختار مجرد شرط تعاقدية، بحيث يمكن للأطراف الامتناع عن تطبيق بعض القواعد الأمرة من هذا القانون، وبذلك فإن الاختيار التنازعي يقر بأن الإرادة التي يتمتع بها الأطراف لاختيار القانون المطبق على العقد التجاري الدولي مصدرها القانون الذي يضعه المشرع عن طريق وضع قواعد التنازع ، ذلك لأن قاعدة تنازع القوانين في العقود الدولية واحدة لا تتغير والتي تعترف بالإرادة كضابط إسناد توكل لها مهمة تحديد القانون المطبق، وتعود بداية هذه النظرية إلى فكرة تركيز العقد التي أتى بها الفقيه الفرنسي "باتيفول" بحيث اعتبر أن القانون الذي تعينه

¹ انظر:- هشام على صادق "المرجع نفسه، ص 349-350.

² انظر:- هشام على صادق "المرجع نفسه" ص 349-350،

³ انظر:- منير عبد المجيد "التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم"، منشأة المعارف، 1997 ص

القاعدة تم تحديده على أساس أنه قانون مركز العلاقة العقدية، حيث أن العقد لا يملك هو بذاته، وبصفته تلك مركزا ماديا ملموسا ، بل هناك علامات خارجية وتكون مادية، فتطبيق إرادة المتعاقدين لا يشكل واقعة يمكن على أساسها التركيز المكاني للعقد من أجل تحديد القانون، بل يمكنه استدلال عليها من خلال مسائل تتصل بمكان كالمحل الذي يتم فيه تطابق الإرادتين.

فالمتعاقدان يحددان بإرادتهما مكان تركيز العقد، سواء بصريح العبارة أو ضمنا يستنتج من ظروف وملابسات التعاقد، ويتولى بعد ذلك القاضي مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي على ضوء هذا التركيز، وبذلك يتم الحد من إرادة المتعاقدين عن طريق القاضي لمتنع هذا الأخير بسلطة تقديرية إذا تبين له أن إرادة الطرفين لم يقصد بها تركيز العقد في ذلك المكان و بذلك يكون هنا التدخل التعسفي للقاضي، و ذلك بمنح القاضي مهمة تحديد القانون المطبق من خلال تركيز العقد في مكان معين مدعيا في ذلك الإسناد إلى وقائع متعلقة بتبادل التعبير ذلك لأنه هناك حالات قد لا يقوم فيها الأطراف بتركيز العقد فيتولى القاضي مهمة تركيزه وهذا الرأي في الحقيقة رآه بعض المؤلفين هو لا يختلف على الرأي الأول، و كأن يوكل مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق للإرادة، إذ ان هذا الرأي يجعل الاختيار منصبا على تركيز الأطراف للعقد لا على تحديد القانون مباشرة⁽¹⁾

هذه النظرية ترتب نتائج عليه مثله مثل النظرية الشخصية لكن هذه النتائج جاءت معارضة تماما للنتائج الأولى و وتتمثل هذه النتائج هي:

1. تبعد فكرة إدراج القانون في العقد كشرط تعاقدية، ذلك لأن الاختيار التنازعي يجب أن يكون في حدود القانون، بالتالي فاعتبار القانون مجرد بند في العقد شيء مرفوض لأن القانون هو الذي يسبق العقد، وليس العقد يسبق القانون، لان المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد المتعلقة بتنزع القوانين في العقود الدولية وخاصة التجارية منها، أو كل المهمة للإرادة، بالتالي تعتبر الإرادة ضابط الإسناد الذي يحدده القانون، فمن غير المنطقي أن تسبق إرادة المتعاقدين القانون.

2. كذلك تمتع الأطراف بحرية الاختيار، لكن في حدود القانون، وبهذا فحرية اختيار القانون المطبق لا تسمح للمتعاقدتين إبعاد نصوص مهمة في هذا القانون، لأن عدم وجودها قد يؤثر سلبا على القانون. لذلك يجب أن يكون للقانون قوة ملزمة بحيث لا يمكن إحداث تغيير فيه وذلك باستبعاد الأطراف النصوص الأمانة، وحتى المكملة التي لا تخدم مصالحهم، لأن هذه النصوص وضعت لحماية المصالح العامة، وتقييد إرادة المتعاقدين، لا يمكن تصور منح الأطراف حرية تجعلهم لا يخضعوا عقدهم لأي قانون والتي تعرف بنظرية "العقد المتجرد من كل قانون"، بحيث أصبح هذا التيار مرفوض وفقا للنظرية الموضوعية وحتى وفقا للتشريعات .

¹ انظر:- علي علي سليمان" مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 1993

3. أنه يجب احترام سيادة الوطنية للدولة التي تتمتع بحق في وضع القانون وتعديله، إذا رأت ضرورة في ذلك، بحيث يجب المراعاة في القانون المختار كل التعديلات اللاحقة التي تطرأ على هذا القانون، فلا يمكن للأطراف الاتفاق على تطبيق القانون الذي اتجهت إرادتهم إليه دون تعديل، ذلك لأن الأطراف عند تركيز عقدهم أرادوا احترام النصوص القانونية سواء كانت هذه النصوص موجودة أثناء إبرام العقد أو وجدت نتيجة للتعديلات اللاحقة التي طرأت بعد التعاقد لكن لا يوجد ما يمنع اتفاق الأطراف على اشتراط أن لا تضر هذه التعديلات بمصالح الغير.

4. لا يمكن تصور -وفقا للنظرية الموضوعية -تجزئة العقد ذلك لأن العقد يركز في مكان معين في دولة معينة، وتصبح هذه الدولة هي التي تحكمه برمته وليس بجزء منه، وإبقاء الجزء الآخر دولة أخرى، بالتالي محاولة إخضاع أجزاء العقد إلى أنظمة قانونية مختلفة يؤدي إلى المساس بفكر تركيز العقد، لأن العقد يصبح خاضعا إلى دولة أخرى (1) غير الدولة التي ركز فيها لذلك نستطيع أن نقول أن العقد هو عملية قانونية واحدة فلا يتصور إخضاع كل من تكوين العقد وآثاره، وحتى إبطاله إلى أنظمة قانونية مختلفة، لكن قد تطبق هذه التجزئة في حالة واحدة إذا كانت لها أساس موضوعي (2)

5. أن النظرية الموضوعية لا يتجاهل إرادة الأطراف كليا، بل يترك للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق سواء بشكل صريح أو ضمني، لكنه فرض بعض القيود يجب عدم تجاهلها، من ضمن هذه القيود ومنعا لاحتمال الغش نحو القانون فرض شرط والذي أصبح يأخذ به حديثا بديلا عن الفكرة القديمة والتمثلة في " التركيز " وهي "وجود صلة وثيقة بين العقد والقانون المختار أو القانون المختار و المتعاقدين . " وكل هذا من أجل منع اختيار قانون لا يمت للعقد بأي صلة" (3)

وقد قضت المحكمة الفيدرالية الألمانية في دعوى طبقت المحكمة القانون الألماني على عقد منحت فيه شركة طباعة ألمانية حق استغلال ترجمة مؤلف انجليزي في ألمانيا ، اعتبرت ان تنفيذ العقد في ألمانيا بشكل الالتزام المميز للعقد في شأن تركيزه ، وهو قانون الأكثر ارتباطا بالنزاع . واعتدت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية(4) بقانون الدولة مانحة عقد الامتياز ، استنادا إلى ان هذا القانون الخاص بمكان التنفيذ يمثل إرادة الأطراف في تركيزهم عقدهم في هذا المكان (5) كما قضت المحكمة الفدرالية السويسرية حيث أن المحكمة ليست ملزمة باتفاق الخصوم، وخلصت إلى بحث الأداء المميز في العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق (6)

¹ انظر :- خالد شويرب" المرجع السابق " ص36

2 انظر :- خالد شويرب" المرجع السابق " ص37

3 انظر :- هشام على صادق قانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ص 349-350،

3 في قضية رقم 1562 لسنة 1968

5 انظر:- منير عبد المجيد" المرجع السابق " ص 183

⁶ - وبهذا حكم الصادر من قبل هيئة التحكيم لدى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة بتاريخ 7 يوليو 1985 في النزاع بين شركة فلوح سرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري حيث جاء فيه " تركيز العلاقة موضوع النزاع في الإقليم المصري استنادا الى أن العقد بين الطرفين أبرم في مصر ، وأن مصر هي قانون مكان التنفيذ وهي ذات الوقت قانون الدولة التي وقع فيها الحادث " حادث

يتضح من خلال هذه النظرية أنه في حال انعدام الرابطة بين القانون الواجب التطبيق والعلاقة فإن ذلك يعتبر أحيانا من قبيل الغش نحو القانون، وقد يؤخذ على نظرية التركيز أنها تمنح القاضي سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد ينتفي معه قيام رابطة بينه وبين العقد ومن ثم فإنها تؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف⁽¹⁾

كما أن العديد من الأحكام التحكيم الصادرة عنها قد خالفت ما ذهب إليه هذه النظرية نتعرض علي سبيل مايلي:

***قضية شيخ أبو ظبي ضد شركة P.D.F**

تتلخص وقائع القضية في إبرام عقد بين شيخ أبو ضبي والشركة P.D.F اتفقا فيه على تطبيق القانون السائد في أبو ظبي على أي نزاع يمكن أن يثور بين الطرفين وهو الشريعة الإسلامية، وعندما ثار خلاف بين الطرفين المتعاقدين وتم اللجوء إلى قضاء التحكيم قرر المحكم الإنجليزي Lord Aquith عدم تطبيق القانون السائد في أبو ظبي استنادا إلى أن الشيخ يمارس القضاء في أبو ظبي بسلطة تقديرية مستعينا بالقرآن، ومن غير المعقول أنه في مثال هذا المكان القبلي أن توجد مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ في ظل التجارة الدولية الحديثة، كما أضاف أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة والمساواة وحسن النية، وانتهى المحكم إلى تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة والتي يمثلها من وجهة نظر المحكم القانون الإنجليزي ولذلك قام بتطبيق هذا الأخير على النزاع.

***قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fields**

تتلخص وقائع القضية في أن العقد المبرم بين الطرفين نص في المادة 75 على إخضاع أي نزاع يثور بينهما إلى القانون الروسي، وبالرغم من تحديد الطرفين القانون الواجب التطبيق غير أن محكمة التحكيم لم تطبق القانون الروسي فقد كان لها رأي آخر، وهو ما يتجلى من خلال استبعاد هذه الأخيرة تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد وأرجعت ذلك لكون القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط وما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون⁽²⁾

الفرع الثالث : نظرة ازدواج نظام العقد

تحطم الطائرة " وخلصت الهيئة من عناصر الدعوى المشار إليها أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في شأن مسؤولية وزارة الزراعة عن تعويض الضرر الذي لحق الطائرة لما نسب إليها من خطأ أدى الى وقوع الحادث

1- انظر :- الهام عزام وحيد الخراز " التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع " مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة النجاح الوطنية، لكلية الدراسات العليا ، فلسطين 2009م، ص 34

² انظر:- بلقواس سناء " الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي " ص 109

إن مجرد الاختيار الإرادي والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لا يعتبر عملية تركيز، وأن التركيز لا يكون إلا في حالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، فبتم استبعاد فكرة الاختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الاختيار يتسم بالطابع الوهمي أو الخيال، لأن الإرادة إما أن توجد أو لا توجد واختيار القانون يعد طبقاً لهذه النظرية قاعدة قانون دولي خاص مادي، خاص بالعلاقات الدولية، وليس هناك ثمة قيد على هذا الاختيار، بمعنى أنه لا لزم وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية حتى تُمشى مع علاقات التجارة الدولية⁽¹⁾.

حيث قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بأن "الخصوم باتفاقهم المشترك لهم سلطة تحديد القانون المادي الذي يطبقه المحكم، فإذا لم يكن هناك اتفاق من هذا القبيل، يطبق المحكم القانون المحدد بمقتضى قاعدة التنازع"، وقد نصت اتفاقية جنيف في 21 أبريل 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي "على أنه على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة عدم إشارة الخصوم إلى القانون المشار إليه، يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع الملائمة"⁽²⁾

ويرى أنصار ازدواج العقد، أنه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم باستبعاد النصوص الأمرة للقانون الذي يطبق على العقد في حالة الاختيار الصريح، فأنهم يرون استبعاد نظرية الغش نحو القانون التي تفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج في إطار النظام العام⁽³⁾

الفرع الرابع : فكرة الأداء المميز في عقود التجارة الدولية

يقوم هذا الضابط على فكرة مؤداها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد الأداء المميز للعقد وفقاً للالتزام الرئيسي فيه، وتماشياً مع ذلك عرف الأستاذ **Jean-Baptiste** "بأن الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى" وعرفه الأستاذ **Van Overstraeten** بأنه "ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا" ففكرة الأداء المميز تتركز في البحث عن الأداء الجوهرية والهامة في الرابطة العقدية⁽⁴⁾

إن فكرة الأداء المميز هي عبارة عن تركيز موضوعي بحث لا دور فيه للإرادة على الإطلاق، ولا حتى بوصفها عنصراً من عناصر التركيز، قوامها أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، مشيدة بذلك التركيز بناء على عناصر مادية وموضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة

1 انظر:- منير عبد المجيد " المرجع السابق " ص 171

2 انظر:- أمجد فهد الملحم " التحكيم التجاري الدولي " دراسة تحليلية لقوانين التحكيم وتأثيرها في دولة الإمارات العربية المتحدة أطروحة لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، قسم إدارة الأعمال إدارة التفاوض والنزاعات، سنة 2010، ص 28 .

3 :- لا يمكن الاحتجاج بالنظام العام عادة إلا على التطبيق الفعلي للقانون الأجنبي المختار أو المحدد، وليس مجرد إختيار القانون.

4 انظر :- صالح المنزلاوي " القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية " ص 336

العقدية محل الاعتبار، فإذا كان من المؤكد أن معظم العقود تتحدد بأداء أحد الأطراف، وهذا الأداء هو الذي يميز العملية التعاقدية بالنظر لوظيفتها الاقتصادية بينما لا يكون الأداء الآخر إلا مقابل نقدي، فإنه يبدو عادلا ومقبولا ومتوافقا مع احترام توقعات الأطراف إخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد، وهو ما يجعل وسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل نظرية الأداء المميز أمرا ميسورا، بوصفها الوسيلة التي بمقتضاها يتم تعيين أكثر القوانين اتصالا بالعقد، نظرا لبساطتها ووضوحها وحمايتها لتوقعات الأطراف (1)

وهنا تفترق فكرة الأداء المميز مع نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، فتعيين القانون الواجب التطبيق وفقا لنظرية التوطين يتحدد في مرحلة متأخرة، وبالتالي يهمل الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، بخلاف فكرة الأداء المميز الذي يترك فيه تحديد قانون العقد إلى القاضي الذي ينظر النزاع في كل حالة على حدة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، كما يتحدد أيضا على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، وبالتالي لا يكون للأطراف أي دخل في تعيين هذا القانون.

وقد ذهب جانب من الفقه في سبيل تأييده لهذا الضابط إلى أن الاستناد إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق يحول دون تجزئة العقد، فالغالب عملا أن الالتزام بالأداء المميز يكون التزاما واحدا، وهو ما يمنع من تجزئة العقد وإخضاع الالتزامات الناشئة عنه لقوانين عديدة ذات حلول متعارضة، كما يسمح بتمييز العقد عن غيره من العقود الأخرى (2)، وبالتالي يكون معبرا عن الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية في الرابطة العقدية كأداء البائع في عقد البيع، وأداء الناقل في عقد النقل و... الخ، كما يتميز بالوضوح والبساطة في الغالب الأعم من الحالات من حيث الكشف عن القانون الواجب التطبيق (3)، فنظرية الأداء المميز توفر للمتعاقدين الأمان القانوني دون أن تفقد المرونة المتطلبية في الإسناد، والتي تسمح بإيجاد القانون الملائم لكل نوع من أنواع العقود، فمن خلالها يختلف القانون الواجب التطبيق حسب طبيعة العقد المتنازع فيه.

و على هذا النحو تعد نظرية أو ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية، كما أنها من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في مادتها الثالثة، والتي اعتدت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي، على أساس أن أداء البائع هو الأداء المميز في العقد، كما تبنت اتفاقية روما لسنة 1980 م كذلك هذا الضابط في مادتها الرابعة (4)

1 انظر :- عكاشة محمد عبد العال "قانون العمليات المصرفية الدولية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 62
2 انظر :- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص

3 انظر :- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 339

4 عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له به أكثر الروابط وثوقا. وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد"

و تبنت هذه النظرية كذلك العديد من القوانين الحديثة كالقانون السويسري لسنة 1987⁽¹⁾ والقانون النمساوي (المادة 40، 39، 38 من قانون 1978 م) وقانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المادة 136 فقرة ب، كذلك نجد نص المادة 26 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 نوفمبر 1998 م التي تقضي بأن " يكون العقد محكوماً بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وما لم يوجد اختيار فيكون العقد محكوماً بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعاً في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرماً في إطار أنشطته المهنية أو التجارية" ، والمقصود هنا الطرف المدين بالأداء المميز.

كما وجدت نظرية الأداء المميز تطبيقاً لها في العديد من الأحكام القضائية، نذكر منها على سبيل المثال: قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في 11 ماي 1966 م الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة، وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد.

كما تبنت محكمة استئناف في فرنسا ضابط الأداء المميز **Grenoble** في حكمها الصادر في 31 سبتمبر 1995 م وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسي في إيطاليا ومشتري فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد، واستندت المحكمة في ذلك إلى المادة 04 فقرة 02 من إتفاقية روما لعام 1980 م والتي تطبق في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من جانب الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فيكون العقد خاضعاً هنا للنصوص العامة في إتفاقية روما⁽²⁾

ومن تطبيقات هذه النظرية ، ما يتعلق بالحساب الجاري، حيث يطبق قانون البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري باعتبار أن أداء البنك في عملية الحساب الجاري يعد بمثابة الأداء المميز، وأن المصارف ترتبط بالوسط الاقتصادي الذي تمارس فيه أنشطتها، والذي يسود فيه قوانين بوليس وأمن ذات تطبيق فوري، بحيث يحكم العديد من جوانب الحساب الجاري دون ثمة اعتبار لموطن العميل أو جنسيته.

¹ أكدت المادة 117 على دور الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود اختيار من جانب الأطراف في العقد بنصها في الفقرة الأولى على أن العقد يكون محكوماً في هذه الحالة بقانون الدولة التي يرتبط معها العقد بروابط أكثر وثوقاً.... وأوضحت في فقرتها الثانية أن هذه الروابط تتوافر مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بالأداء المميز أو إذا كان العقد مبرماً في إطار ممارسة أنشطة مهنية أو تجارية لهذا الطرف فتكون هذه الدولة هي التي توجد بها مقر مؤسسته. انظر:

خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص 157

² انظر : خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع نفسه ، ص 156

وتخضع عمليات البنوك ، وعلى الأخص الاعتماد المستندي لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية، وهو في الوقت نفسه يعتبر العنصر الجوهرى والمميز لها فى العملية فيحكم العقد برمته⁽¹⁾.

ويعد الأداء المميز الذي يؤدي إلى تحديد قانون الحيز المكاني الأكثر ارتباطا بالعلاقة تطبيقا لفكرة الفعالية التي تسيطر على مسائل القانون الدولي الخاص⁽²⁾

ولكن رغم أهمية نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق واعتمادها في القانون المقارن، خاصة بعدما حققته للإسناد في مجال عقود التجارة الدولية من مرونة بوصفها معيارا منضبطا وواضحا للإسناد، قائم على فكرة الصلة الأقرب إلى الرابطة العقدية - وهو معيار محل إقامة المدين بالأداء المميز - مستبعدة بذلك أي خلاف حول طبيعة القاعدة، فهي تعد بلا خلاف من قواعد التنازع المزدوجة أسوة بغيرها من قواعد الإسناد التقليدية³، إلا أنه رغم ذلك لم يستقر الرأي بشأن صلاحية هذا الاتجاه على كافة عقود التجارة الدولية، على الرغم من أنه من حيث المبدأ فلا أحد ينكر أهميتها، خاصة في الفرض الذي يكون فيه الطرف الملزم بالأداء قد أبرم عقده داخل إطار نشاطه المهني الذي يحترفه، وبالتالي من المناسب أن يتوحد القانون الواجب التطبيق في شأن مجموع عملياته التجارية.

ويمكن حصر أهم الانتقادات التي أخذت على نظرية الأداء المميز في النقاط التالية:

1- صعوبة تحديد الالتزام الذي يشكل الأداء المميز وترجيحه عن غيره ما دام العقد يتضمن التزامات متقابلة ومتعددة.

2- صعوبة تحديد الأداء المميز في العقود المركبة، فإذا كان استخدام هذا الضابط يعد أحد المبررات الأساسية التي تؤدي إلى المحافظة على الأمان القانوني وحماية توقعات الأطراف، فإنه في نفس الوقت قد يؤدي إلى نتائج تناقض ذلك تماما، وذلك راجع كما أسلفنا إلى الطبيعة المركبة التي تتسم بها بعض العقود⁽⁴⁾، والتي تجعل من الصعوبة بما كان تعيين الأداءات المميزة لها، كعقد المقايضة مثلا الذي يتم بموجبه تبادل حق الملكية، أو العقد الذي يبرم بين الفندق والنزيل والذي يعد بدوره عقدا مختلطا، فهو عقد إيجار بالنسبة للغرفة وعقد بيع بالنسبة لتناول الأطعمة وعقد ودیعة بالنسبة للامتعة، ومن هنا يصعب تحديد الأداء المميز في هذه الحالة.

3- في الاعتماد على ضابط الأداء المميز إضرار بالطرف الضعيف في العقد، لا سيما عقود الاستهلاك⁽⁵⁾ حيث تكون النتيجة هي إسناد هذه العقود لقانون الطرف القوي في العقد باعتباره المدين

1 - انظر :- منير عبد المجيد " التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم" ص 176

2 انظر :- الهام عزام وحيد الخراز " التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع ، ص 36

3 انظر :- هشام علي صادق، المرجع السابق" ص606

4 انظر :- خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ، ص162

5 انظر :- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص245

بالأداء المميز، مما يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة.

المطلب الثالث : صور الاختيار

إن القاعدة العامة في عقود التجارة الدولية هي خضوعها لحكم القانون وفقا لمنهج التنازع التقليدي، والحال هذا ينطبق إذا ما طرح نزاع بشأنها على القضاء الوطني، بحيث يتولى تحديد القانون الذي يحكم العقد على أساس قانون الإرادة ، وفقا لما استقرت عليه النظم القانونية المعاصرة وفقه القانون الدولي الخاص.

ولقد انتهت غالبية النظم القانونية الحديثة إلى الاعتداد أساسا بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق عمليا، فيكون للمتعاقدين حق ممارسة هذا الاختيار صراحة ، لكن قد يحدث وأن يهمل هؤلاء تضمين اتفاقه شرط الاختصاص التشريعي، مما يستوجب ضرورة البحث عن إرادتهم الضمنية، أما في حالة غياب هذه الأخيرة وجب على القاضي التدخل لتعيين قانون العقد مما يعني أننا قد نكون أمام اختيار صريح لقانون العقد أو اختيار ضمني له (1)

الفرع الاول :اختيار الصريح والضمني

يقصد بالاختيار الصريح، الإرادة الحقيقية والمعلن عنها صراحة في العقد، كأن يتفق المتعاقدان بعبارة صريحة على القانون الذي يحكم العقد، بقولهما أن العقد الذي يبرم بينهما محكوم بقانون دولة معينة، (2)

بحيث يلزم كل من القاضي الوطني و المحكم الدولي إذا أحيل النزاع إلى هيئة تحكيم باحترام تلك الإرادة ، إلا أن المحكم يمتاز عن القاضي الوطني بعدم تقييده بالرجوع إلى قانون وطني معين وبالضبط لقواعد التنازع فيه للتأكد من صحة ذلك الاختيار ، لأن تنفيذ إرادة الأطراف قد صار في القضاء التحكيمي قاعدة مادية نشأت وثبتت بتكرارها.

ويكون اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح وبعبارة تعبر بوضوح عن نية مصرحها ، وتعلن بصورة عامة عن القانون الحاكم للعقد و اختيار القانون من قبل الأطراف إما أن يتم بموجب نص في العقد الذي ترتب عنه النزاع، أو بمقتضى مشاركة مستقلة للتحكيم.(3) و لعل مصدر اختيار الأطراف لقانون وطني للفصل في نزاعها المطروح أمام التحكيم، هو تطبيق للمبادئ و القوانين التي تكرسها معظم قوانين الدول المختلفة عندما تخضع لقواعد تنازع القوانين العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، إذ نجد هذه التشريعات تقر بأولوية إرادة الأطراف لاختيار

¹ انظر:- فوزي قدور نعيمة مظفر جابر الراوي "النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 3 /العدد 2/ السنة2010، ص 3 ، انظر ايضا مراد محمود الموجدة " التحكيم في عقود ذات الطابع الدولي " مذكرة لنيل شهادة ماجستير في جامعة القاهرة - مصر ، السنة 2010م، ص 182

2 انظر:- خالد شويرب " القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي "ص40

³انظر:- عدلي محمد عبد الكريم "النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" ص 213

القانون الواجب التطبيق على نزاعها ما دام هذا القانون لا يخالف قواعد النظام العام في الدولة ذات الشأن، أو يكون هذا الاختيار معيب بعيب الغش نحو القانون.

و لقد تم تطبيق هذه الطريقة في اختيار الخصوم للقانون الوطني الذي يحكم موضوع النزاع الذي يطرح أمام التحكيم من طرف بعض الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم ، مثل إتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، وكذلك إتفاقية جنيف 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي التي تنص في الفقرة الأولى من المادة (7) منها على أن : "الأطراف هم أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع"، و نجد أيضا إتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول الأخرى إذ نجدها تنص في مادتها / 42 فقرة (1) على أن المحكمة التحكيمية، تتصدى للفصل في المنازعة وفقا للقواعد القانونية التي يحددها الأطراف و إلا فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما فيه من قواعد تنازع القوانين و مبادئ القانون الدولي ، و إضافة إلى ذلك نجد كذلك لائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس تؤكد و تعترف بحرية إختيار الأطراف لقانون وطني يحكم موضوع النزاع ، إذ نجد نص المادة (13) ، في فقرته(3) تنص على أن " للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع"(1).

يتحقق الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد في حالة قيام المتعاقدين في العقد بتعيين قانون معين لكي يطبق على العقد عند حدوث أي نزاع بينهم ، و إذا ما حددا المتعاقدين في عقدهم صراحة مادة الاختصاص التشريعي، فإنهم يحققون حماية لهم من أخطار عدم وجود ذلك النص حالة نشوب نزاع ، فالاختيار الصريح قد يكون تعبير الأطراف صراحة في اختيار قانون محدد تضمنه بنود عقدهم ، وقد يكون وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي.

ومتى قام المتعاقدون بتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد فإننا نكون أمام الاختيار الصريح ، حيث تتضمن عادة العقود الدولية مادتان : الأولى تتعلق بتحديد القضاء الذي له ولاية الفصل في النزاع إذا نشأ حول الالتزامات التعاقدية ، وهذا ما يعرف باسم شرط "الاختصاص القضائي" ، والمادة الثانية يحدد فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، وهذا ما يعرف باسم شرط "الاختصاص التشريعي" ومن أمثلة الاختيار الصريح لقانون العقد ما نصت عليه المادة 09 من العقد المبرم بين شركة **Atlantic Triton Company Limited** ودولة غينيا من أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق.(2)

¹ انظر:- عيادي فريدة " سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي" ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001 " ص 86

2 انظر:- عدلي محمد عبد الكريم " النظام القانوني للعقود بين الدولة والأشخاص الأجنبية " ص 214

وكذلك ما نصت عليه المادة 39 من العقد المبرم بين شركة **Vacuum Salt products Ltd** وحكومة غانا والذي أشار إلى تطبيق القانون الغاني. وكذا العقد المبرم بين شركة **Alcoa** :
Minerals of Jamaica وحكومة جامايكا من أن محكمة التحكيم سوف تطبق القانون الجامايكي وقواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقه.

الفرع الثاني : الاختيار الضمني

في حال عدم وجود إرادة صريحة ، فان ثمة وجود مؤشرات وقرائن ذاتية قد تكون مأخوذة من داخل العقد أو من خارجه، يعتمدها القاضي كضوابط إسناد في كشف الإرادة ، فالقرائن التي تكون من داخل العقد منها خاصة بالعقد نفسه كمضمون العقد ، أو محل العقد أو الاختصاص القضائي ، ومنها ما هي عامة في كل العقود كمكان التنفيذ أو مكان إبرام عقد أو ومنها ما تكون المؤشرات مكملة كالجنسية المشتركة للمتعاقدين و مكان تنفيذه العقد أو موطن المشترك (1).
كما يشير الفقه الى ان حرص المتعاقدين على النص لإخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معينة بعد دلالة على رغبتها الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة
كذلك فان اشارة المتعاقدين لنصوص قانون معين ، أو استخدامهم للاصطلاحات المقررة في هذا القانون ، قد يستفاد منه اتجاه إرادتهم الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه .
ويضيف البعض الآخر ان تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة قد يفيد رغبة الخصوم في الخضوع لقانون هذه الدولة ، (2)

لكن هذه القرائن احتياطية يأخذ بها في حالة الإرادة غير المعلن عنها، ويفترض للأخذ بها أن تجتمع قرينتين أو ثلاث منها، وهنا كذلك حاول الفقيه "باتيفول" فرض نظريته بإدخال فكرة تركيز العقد بحيث أقر أن الأطراف المتعاقدة هي التي تركز العقد، والقاضي يتولى استنتاج تركيز العقد وليس استنتاج الإرادة الضمنية للأطراف(3)

إلا انه من الثابت القول بان هناك من المعايير التي لا تصلح لان تكون ضابطا للفصل في تحديد القانون واجب التطبيق كالعملة التي تحدد على أساسها السعر في العقد مثلا : الدولار الأمريكي الذي يجرى تداوله على مستوى العالمي ، مما يصعب تحديد القانون المختار بناء على نوع العملة (4).

وبذلك ففكرة الاختيار الضمني لا تدفعنا إلى الاعتقاد أن الإرادة غير موجودة لكن غير معلن عنها، وتظهر مهمة القاضي جلية في استنتاج هذا الاختيار عن طريق تفسير العقد وبالتالي يمكنه

1 انظر :- زياد محمد فالح بشاشة ، د الحراكي ، عمان قطان " دور ارادة اطراف تعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الاردني " ص 368

2 انظر :- حفيظة سيد حداد "الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 ، ص 405

3 انظر: - خالد شويرب" القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي"46

4 انظر :- زياد محمد فالح بشاشة ، د الحراكي ، عمان قطان " المرجع السابق " ص 369

تحديد انصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون دولة معينة حتى ولو لم يتفق الأطراف صراحة على هذا القانون لأنهم يضعون بعض البنود في عقدهم . تحدد بطريقة غير مباشرة هذا القانون المطبق على العقد التجاري الدولي (1)

وقد استقر هذا المبدأ في بريطانيا نتيجة سوابق القضائية منذ عام 1865 في قضية **Vita Food** ، صرح اللورد **Wright** بان نية الأطراف المتعاقدة باختيار القانون يتم تأكيدها عن طريق التعبير الصريح عن ذلك ، فإذا لم تكن النية واضحة ، ومصرح بها ، فإنه يتم استخلاصها من المحكمة بتركيز العلاقة من خلال تسكين العقد اعتماداً على عناصر مادية كنصوص التعاقد والظروف المحيطة ذات الصلة .

أما في فرنسا فرغم عدم وجود نصوص تشريعية على ذلك ، فقد استقر الاجتهاد القضائي بالاعتداد بالإرادة الضمنية لأطراف العقد ، وكان أول قرار قضائي فرنسي ، يؤكد حرية الأفراد باختيار قانون يحكم عقودهم الدولية في عام 1884 بينما لم يكن القاضي الفرنسي في بداية إحصائه يعترف بالإرادة الضمنية ، وإنما بمباشرة القاضي نظرية التركيز الموضوعي ، ففي حال إغفال أطراف العقد تعيين القانون المختار الذي يحكم العلاقة العقدية ، فإن معالجة هذا الأمر سوف يتم من قبل القاضي من خلال نحققه بان القانون المختار هو قانون الدولة الذي تم تركيز العقد فيها ينتج فيه اغلب اثاره ، ويعتمد في ذلك على القرائن الموجودة في العقد مثل قرينة مكان إبرام العقد او تنفيذ ، او جنسية المشتركة .

وقد أكدت كافة التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على ضرورة البحث في الإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم الاتفاق الصريح على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد . ومثال اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية عام 1980 في المادة 1/3 (2)

وكذلك نصت المادة 1/7 من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي عام 1986 (3)

ويرفض جانب من الفقه الحديث الاعتداد بالإرادة الضمنية في بيان القانون واجب التطبيق على العقد وانقسم بهذا الشأن لقسمين : اتجاه مؤيد للاختيار الضمني ، واتجاه معارض **الرأي المعارض** : يرى هذا الجانب من الفقه وتؤيده بعض التشريعات الوطنية أن المقصود باتفاق المتعاقدين على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على العقد هو الاتفاق الصريح ، ولا مجال

1 انظر :- هشام خالد " عقود الدولية الخاصة " مجلة المحاماة المصرية 1991 السنة 71 ، العددان 1 و 2 ، ص 105
2 تنص هذه المادة على انه " يسرى على العقد القانون الذي يختاره الأطراف ، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً ، أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد ، أو من ظروف التعاقد. "
3 تنص هذه المادة على انه " اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحاً ، أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد ، أو من سلوك الأطراف ، أو بالنظر إليهما معاً"

للبحث عن القانون واجب التطبيق تحت ستار الإرادة الضمنية وذلك من خلال بعض المؤشرات أو القرائن العرضية ، فالأمر ليس مجرد إسناد لقانون ما وإنما هو تكريس تطبيق قواعده الموضوعية وبالتالي فإنه بناء على هذا الرأي ليس للقاضي أو المحكم تطبيق قانون الإرادة على عقود الدولية إلا في حالة الاختيار الصريح لهذا القانون من قبل المتعاقدين ، فإذا لم يتم التعبير عن هذا الاختيار صراحة فيجب على القاضي أن يتصدى مباشرة لتركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأوثق صلة بها ودون البحث عما يسمى بالإرادة الضمنية للأطراف لأنها تعتبر كإرادة مفترضة للأطراف.(1)

ويرى أصحاب هذا الرأي أن قيام القاضي بتحديد القانون الأوثق صلة يعطي أمانة قانونية أفضل من تخويل القاضي حرية البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين بالرجوع إلى قرائن موجودة في العقد أو خارجه ، ذلك لأنه يمكن للقاضي ادعاء وجود قرائن غير معبرة على إرادة الأطراف، إضافة أن مسألة تحديد القاضي للقانون الأوثق صلة يخضع لرقابة محكمة النقض وذلك منعا لتعسف القاضي بوضع قانون لا صلة له بالعقد التجاري الدولي أو يتم تطبيق قانون لم يتوقع الأطراف تطبيقه لسبب بسيط هو أنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية وبذلك يكون اختيار القاضي لقانون العقد مخالفا للواقع ولا يعبر على الإرادة الضمنية .

لكن العكس إذا قام القاضي بتحديد قانون العقد باعتباره إرادة ضمنية للمتعاقدين وهذا لا يخضع القاضي لرقابة محكمة النقض لأنه يستند إلى قرائن معدة مسبقا من قبل الأطراف وتعتبر كإرادة ضمنية لهذا الأخير، و بذلك يمكن للقاضي التهرب من احتمال اختيار قانون غير ملائم متسترا وراء ما يسمى بالإرادة الضمنية، بل تتولى محكمة .النقض الرقابة على الموضوع في حالة تشويه عناصر النزاع.(2)

ب- الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية.

إذا لم يعبر المتعاقدان صراحة عن إرادتهم في اختيار قانون معين ليحكم موضوع عقدهم ، فإن القاضي أو المحكم يجبر على استجلاء إرادة الأطراف الضمنية من خلال جملة من القرائن والمؤشرات التي تستنبط منها هذه الإرادة ، وذلك بوصفها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل جلي ، وإن كان كامنا إلى اختيار نظام قانوني معين، إذ ان الفقيه **فليكس (Foelix)** أعطى أهمية كبيرة للإرادة الضمنية، ويعتبر دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين ، وجعل هذا التحديد منحصر في قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ المدعي وأن يكون الأطراف على علم بها، لكن ما يعاب على هذا الرأي هو إهداره للإرادة بالصريحة، بحيث اعتبرها كاستثناء للإرادة الضمنية.

1 انظر :- عدلي محمد عبد الكريم " المرجع السابق 216

2 انظر :- خالد شويرب" القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي "47

ويرى الفقه الغالب أنه يجب على المحكم أن يحترم الإرادة الضمنية للمتعاقدين ، وإذا لم يتفق الأطراف صراحة على القانون واجب التطبيق على العقد ، فإن مهمة المحكم تبقى هي البحث عن الإرادة الضمنية من خلال بعض المؤشرات.

ذلك أن نصوص أغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية سوت بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية ولم تكتف بالنص على التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية بطريقة خالية من الضوابط ، بل شددت على وجوب أن تكون الإرادة الضمنية . للأطراف مستنبطة بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أم من ملابسات التعاقد وقد استندوا في ذلك إلى ما أقره مجمع القانون الدولي بدوره انعقاده بمدينة **Bal** بسويسرا عام 1991 الذي جاء فيه أن " عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد فإنه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن"⁽¹⁾

كما أخذت به المادة 1/3 من اتفاقية روما⁽²⁾ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ناتج بصفة أكيدة من الظروف أو سبب التعاقد كذلك نجد اتفاقية القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي للبضائع⁽³⁾، تنص على أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ضمناً.

أما قرارات التحكيم الدولي فقد كرست مبدأ الأخذ بالإرادة الضمنية عند سكوت الأطراف عن الاختيار ومن أهم هذه القرارات قرار التحكيم **texaco** ضد الحكومة الليبية حيث استخلص المحكم من وجود شرط التحكيم لتسوية المنازعات بين الطرفين ووجود شرط الثبات التشريعي والإشارة على مبادئ القانون الدولي بأنها دلائل على ان إرادة الأطراف اتجهت الى اختيار القانون الدولي ليحكم موضوع النزاع .

وفي قرار تحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي جرى بين إحدى الشركات العامة في الجزائر مع شركة أمريكية بشأن إجراء دراسات حول خط السكك الحديدية بالجزائر ، وعندما عرض النزاع على المحكم وجد أن الأطراف لم يختاروا قانون

1انظر:- بلقواس سناء " الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي" ص 112

² - Art. 3/1 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelle qui stipule : « 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

³ - Art. 7 de la convention sur la loi applicable aux contrats de vente international de marchandises qui stipule : « 1. La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble... ».

العقد ، وقام المحكم الدولي بتطبيق القانون الجزائري على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع استنادا الى الإرادة الضمنية للإطراف التي اتجهت الى تطبيق القانون الجزائري بوصفه مكان ابرام العقد ومكان التنفيذ (1)

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري .

تنص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري⁽²⁾ على: ((يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...)) واضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري يشترط مجموعة من الشروط، لكي يُسمح للمتعاقدین باختيار قانون يحكم علاقتهم التعاقدية.

1 - أن يكون العقد دوليا

يكون العقد دوليا إن تضمن عنصرا أجنبيا؛ أن يكون أحد الطرفين أو موضوع العقد أو سببه أجنبيا. مع الملاحظ أن بعض التشريعات تشترط أن يكون العنصر الأجنبي مؤثرا لكي نقول أن العقد دوليا⁽³⁾.

2 - الشكل الذي يرد فيه الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد

إن الأصل في القانون المدني الجزائري أن التعبير عن الإرادة يكون بالشكل الرضائي لكن قد يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة بالشكل الكتابي⁽⁴⁾.

بما أن المشرع لم ينص في المادة 18 على شكل خاص للاتفاق المنصب على اختيار قانون ليحكم العقد الدولي، معنى ذلك أنّ التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون رضائي أو مكتوب.

لكن يطرح مشكل آخر، هل يعتد بالتعبير الصريح للإرادة أو يعتد أيضا بالتعبير الضمني للإرادة؟

يلاحظ ان المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 18 التي أقرت ضابط الإسناد المتعلق بالعقود الدولية قد جاء عاما بحيث أقر حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق دون أن ي تولى تحديد أنواع هذا الاختيار، على عكس المشرع المصري في المادة 19 من قانونه المدني⁽⁵⁾ الذي أخذ بالإرادة الصريحة وحتى الضمنية التي يستخلصها من الظروف.

¹ انظر:- مراد محمود المواجدة " التحكيم في عقود ذات الطابع الدولي " ، ص 204
2 - أمر رقم 58-75، السالف الذكر.

3 - انظر :- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 407.

4 - انظر:- المادة 1/60 من الأمر رقم 58-75، السالف الذكر.

5:- تنص المادة على انه " يسري على التزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا إتحد موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدین أو يتبين من ظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وبذلك يمكن أن تتم عقود التجارة الدولية وتحدد فيها صراحة القانون الواجب التطبيق، على أن ذلك لا يمنع من أنه قد تطرأ حالات يكون فيها العقد خالياً من مثل هذا البند فالسؤال يطرح هنا إذا كانت هذه الحالة تدفع القاضي للبحث عن القانون الذي حددته الإرادة الضمنية للمتعاقدين أو يجب أن يلجأ في ذلك مباشرة إلى تطبيق قانون محل الإبرام؟ ولقد اختلفت الآراء في هذا الشأن:

1-الرأي الأول:

فيرى الفقهاء هذا الاتجاه ضرورة الرجوع إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وخاصة العقد التجاري الدولي ودليلهم في ذلك أن المادة 60 من القانون المدني⁽¹⁾ التي نصت على الأحد بالإرادة الضمنية إلى جانب الإرادة الصريحة في إطار النظرية العامة للعقد.

2- الرأي الثاني: فيرى أخذ فقط بالإرادة الصريحة دون الرجوع إلى الإرادة الضمنية ويرجعون سبب ذلك أن المبرر الذي اعتمد من قبل الرأي الأول ليس له أساس قانوني لأن المادة 60 السابقة الذكر تقتصر على العقود الداخلية فقط ولا تطبق بذلك على العقود الدولية وحتى عقود التجارة الدولية . كما يستدلون بان مشرع أوجب تطبيق قانون محل الإبرام مباشرة في حالة تخلف وجود الإرادة الصريحة ، بل يذهب إلى إفراز مفهوم جديد للإرادة الضمنية ، إلى جانب المفهوم المعروف لدى رجال القانون ، وهو الإرادة المقترضة ، وهنا يري هذا فريق ان المشرع الجزائري قد أفلح عندما تجنب الدخول في متاهات الإرادة الضمنية ، ، على الرغم من أن القضاء التحكيمي يذهب إلى الأخذ بالإرادة الضمنية ،

3- الرأي الثالث: ترك المسألة رهينة بموقف القضاء، لأنه هو وحده في نظره الذي تكون له كافة الفصل في هذا الموضوع الشائك ، لكن هذا الرأي منتقد ذلك لاحتمال تعسف القاضي بعدم الأخذ بالإرادة الضمنية التي تكون موجودة نظرا للسلطة التي قد تمنح له وفقا لهذا الرأي فان نص عام يقر بخضوع العقد لحرية الاختيار دون تحديد نوع هذا الاختيار يجب أن يفهم على عموميته بحيث يأخذ في هذا النص بالاختيار الصريح والضمني معا، وفي حالة سكوت الأطراف آليا يرجع إلى قانون محل الإبرام في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي⁽²⁾.

3 - أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد

دُكر هذا الشرط المادة في 1/18 من التقنين المدني الجزائري والحقيقة أن هذا الشرط يشكل تقييد لحرية المتعاقدين في اختيار أي قانون ليحكم علاقتهم التعاقدية.

¹تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

إن المشرع الجزائري تأثر بالنظرية الموضوعية في تأسيس حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، فالمشرع على عكس ما كان عليه قبل تعديل نص المادة 18 أين كانت تمنح للأطراف إرادة مطلقة في اختيار أي قانون⁽¹⁾ لكن بعد تعديل المادة 18 المشرع الجزائري ألزم الأطراف أن يختاروا قانونا له صلة بهم (الأطراف) أو بالعقد المبرم بل أكثر من ذلك اشترط أن تكون هذه الصلة حقيقة.

أ-معنى الصلة الحقيقية: لإمكان تطبيق قانون الإرادة يشترط المشرع الجزائري أن يمثل صلة بالمتعاقدين؛ أن يكون قانون موطنهما أو قانون جنسيتهما، أو أن يمثل صلة بالعقد؛ أو أن يكون قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد.

لكن المشرع يشترط أيضا أن تكون هذه الصلة حقيقية، بمعنى يجب أن يكون قانون الإرادة يمثل مركز الثقل الفعلي في العلاقة، أي يجب أن يكون الأوثق إلى المتعاقدين أو الأوثق إلى العقد، بمعنى يؤخذ بالقانون الذي له أكبر صلة وفي هذه الحالة لا يوجد إلا قانون واحد يتصف بهذا الوصف .

ب-القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الصلة الحقيقية

ذكرنا أن القاضي له سلطة التحقق من أن القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم علاقاتهم التعاقدية له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وإن غابت هذه الصلة الحقيقية، فإنه يستبعد قانون الإرادة، بالتالي ما هو القانون الذي سيطبقه في هذه الحالة؟

تجيب الفقرة الثانية والثالثة من المادة 18 من التقنين المدني الجزائري على هذا الأمر بنصها على: ((وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد)).

يتضح من خلال هذا النص أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق (غياب قانون الإرادة)، أو أنّ القاضي استبعد قانون الإرادة بسبب غياب الصلة الحقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو مع العقد، يطبق القاضي قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أو قانون مكان إبرام العقد.

لكنه غير منطقي في حالة استبعاد القاضي القانون المختار من قبل المتعاقدين لغياب الصلة الحقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو مع العقد. إذ كيف تمنح سلطة للقاضي لاستبعاد قانون الإرادة ومنعه من تطبيقه، حين يتوصل أن الصلة الحقيقية مع قانون آخر غير القانون المختار من

1 - تجدر الإشارة إلى المشرع الجزائري قبل تعديل المادة 18 من التقنين المدني الجزائري، نص على مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة أيضا لكن لم يقيد اختيار الأطراف. فكان لهم الحق في اختيار أي قانون ليحكم علاقتهم التعاقدية. فكان مضمون نص المادة 18 قبل التعديل كالتالي: ((يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر...)). - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 307.

قبل الأطراف. لكن يلزمه المشرع على تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون مكان إبرام العقد، فهو ملزم بتطبيق قانون غير القانون الذي استُبعدَ به قانون الإرادة.

مثلا، لو أبرم عقد بين جزائري وانجليزي مقيم بفرنسا في تونس. وكانا فيها في عطلة⁽¹⁾ واتفقا على تطبيق القانون الايطالي حدث نزاع بينها فرفع الأمر إلى القاضي الجزائري، بعد البحث في مسألة الاختصاص والتكييف، تأتي مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق. توصل القاضي إلى أن القانون الايطالي الذي اختاره الأطراف ليحكم علاقتهم التعاقدية لا يمثل صلة حقيقية لا مع المتعاقدين ولا مع العقد المبرم، فاستبعده. بعد أن توصل إلى أن الصلة الحقيقية موجودة مع القانون الفرنسي مثلا، لأنه المكان الذي سينفذ فيه العقد. إن المنطق يقتضي أن يطبق القانون الفرنسي إذن.

لكن المشرع الجزائري يلزم القاضي على تطبيق القانون التونسي طبقا للفقرة الثالثة من المادة 18 من التقنين المدني الجزائري، بما أنه مكان إبرام العقد بالرغم من أنه كان عرضيا. بعد استبعاده القانون المختار من قبل المتعاقدين لغياب الصلة الحقيقية بين القانون الايطالي والمتعاقدين أو العقد.

المطلب الثالث : النتائج المترتبة عن الأخذ بقانون الإرادة في منازعات العقود التجارة الدولية

يترتب على مبدأ مطلق سلطان الإرادة النتائج التالية :

اولا : رفض الإحالة

إن لكل دولة قواعد قانونية تحكمها و تنقسم إلى نوعين القواعد القانونية الموضوعية إلى جانب قواعد أخرى تسمى بقواعد التنازع التي تدخل ضمن قواعد القانون الدولي الخاص و الذي تثار في حالة وجود عنصر أجنبي. و تطبيق الإحالة يتحقق إذا تقرر أن قانونا معيننا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق من القانون المختص إلا أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين التي تحيلها إلى قانون آخر دون الرجوع إلى قواعد الموضوعية فيه.

و مما تقدم يظهر أن قيام القاضي باستشارة قواعد الإسناد المعينة في القانون المختص يعني قبول الإحالة ، أما اتجاه هذا القاضي إلى أعمال الأحكام الموضوعية في هذا القانون فيعني رفضه للإحالة، و بذلك تعرف نظرية الإحالة على أنها " : نظرية . تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق " و لقد استقر الفقه على رفض مسألة إثارة نظرية الإحالة بالنسبة لاختيار القانون المطبق على العقد من قبل المتعاقدين ، فرفض الإحالة في مادة العقود يرجع سببه لمسألة غاية في الأهمية و هي توقعات الأفراد⁽²⁾، لكن يذهب الفقيه أرمنجون إلى عكس ذلك بحيث يرى ضرورة الأخذ بالإحالة، و اعتبار أن اختيار الأطراف لقانون معين، إنما يعني في

1 - الملاحظ أن تواجد الطرفين في تونس كان عرضيا.

1 انظر : - سامي بديع منصور و عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص " ، مكتبة القانونية ، دار الجامعية 19 ، ص.372

ذات الوقت موافقتهم على القانون الذي يحيل إليه هذا الأخير⁽¹⁾ (الإشارة إذن من قبل المتعاقدين لقانون معين يفهم منه رجوع للمضمون المادي للقانون الذي عينته إرادتهما، لأن الهدف من وراء اختيارهما بداهة إلى إسناد العقد للقواعد الموضوعية الموجودة في القانون المختار دون قواعد التنازع ، بالتالي تطبيق قانون معين على العقد الذي حدده المتعاقدون تظهر الرغبة الأكيدة منهما على حل نزاعاتهم المحتملة مباشرة على ضوء محتوى القانون الذي جرى تعيينه ذلك لأن تطبيق قواعد التنازع في ذلك القانون معناه إخضاع العلاقة إلى قانون مختلف، لا يعبر على القصد الذي أراده المتعاقدان مما يؤدي إلى المساس بمصالح الأفراد وتوقعاتهم.

وهذا الرأي هو ما استقرت عليه كذلك الأنظمة القانونية التي تأخذ بفكرة الإحالة⁽²⁾ ، بحيث رفضت الأخذ بهذه النظرية إذا تعلق الأمر بقانون اختارته إرادة المتعاقدين، و على هذا النحو تبدو ضرورة رفض القاضي قبول الإحالة إلى قانون آخر بوصفها فكرة مناهضة لأهداف قواعد التنازع ، فالقاضي في عقود التجارة الدولية يتولى تطبيق القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنيا من حيث قواعده الموضوعية دون قواعد التنازع

و لقد أرجع بعض الفقهاء السبب إلى أن نظرية الإحالة لا يتصور إعمالها إلا لو اختلفت قواعد الإسناد في قانون القاضي عن القواعد المتبعة في القانون الذي اختاره المتعاقدان، و هو ما يصعب و إن لم نقل يستحيل اعتبار في عقود التجارة الدولية اختلاف بين القوانين نظرا لأن معظم النظم القانونية تطبق على هذا العقد القانون الذي اختاره المتعاقدان فمجرد وجود الإرادة في اختيار القانون يمنح إثارة الدفع بالإحالة.

لكن هل يختلف الأمر لو تم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل قاضي الموضوع ؟ أو بطريقة أخرى هل يملك القاضي سلطة واسعة إلى درجة تطبيق قواعد التنازع الموجودة في القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، و الذي تم اختياره نظرا لسكوت المتعاقدين عن ذلك ؟

هذه المسألة لم تحسم بعد بصفة قطعية ، ووجدت آراء متضاربة في هذا الشأن.

الرأي الأول:

جعل لمسألة القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية تأخذ بنفس حكم المأخوذ به في القانون الذي اختاره المتعاقدان بالنسبة لرفض الأخذ بنظرية الإحالة و هذا الرأي قد كرس قبلا من طرف الفقيه " باتيفول " حيث أثناء إقراره لفكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية أستثنى العقد من نطاق نظرية الإحالة بالتالي فإن تحديد القاضي للقانون الذي يحكم العقد نتيجة لسكوت الأطراف

1 انظر :- هشام خالد" الاتجاهات الحديثة في نظرية الإحالة" ،مجلة المحاماة المصرية في يناير و فبراير1992،، العدد 2 ، ص

² المشرع الجزائري لم يتعرض إطلاقا لنظرية ، و بذلك لم يحدد موقفه من حيث إذا كان يأخذ بها أو يرفضها ، لذلك فلا يمكن حسم هذه المسألة وفقا للقانون الجزائري

المتعاقدة عن ذلك يؤدي إلى تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون دون قواعد التنازع التابعة للقانون الدولي الخاص ، و هذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي ، ذلك لأن تطبيق قواعد التنازع يفضي في غالب الأحيان إلى تحديد قانون آخر ليحكم العلاقة العقدية ، و لم يتوقف هذا الرأي عند الاجتهاد القضائي الفرنسي بل أبعد من ذلك حيث أن اتفاقية روما المنظمة للقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية قد أخذت بهذا الرأي.

الرأي الثاني:

فقد أعطى أهمية كبيرة لنظرية الإحالة في العلاقة العقدية، و جعل إمكانية الأخذ بها بعد تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، فالقاضي عندما يقوم بتحديد هذا القانون، يرجع إلى قواعد التنازع فيه دون النظر في القواعد الموضوعية، و يرجعوا سبب الأخذ بالإحالة إلى:

- أن الأخذ بالإحالة يسمح للاستجابة للاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص و التي تحمل قواعد الإسناد مسؤولية تحقيق أهداف و مصالح الأفراد في الوقت الراهن .
- أن الاختيار القانون المناسب في هذه الحالة لا يكون نتيجة للإرادة المتعاقدين بل يتم تحديده من طرف القاضي الذي ليس طرف في العلاقة العقدية، و هذا يجد مبرر و جوب استشارة قواعد التنازع في القانون المناسب التي تحيل إلى قانون آخر تكون له صلة بالرابطة العقدية.
- العكس إذا كان الاختيار ناتج على إرادة المتعاقدين حيث يمنع منعاً باتاً نظرية الإحالة فيها و إلا اعتبر ذلك مساساً لما توقعه المتعاقدان.(1)

و أخيراً إن نظرية الإحالة و حسب ما تم توضيحه لها مكانة كبيرة في تطبيق قواعد التنازع لكنها لا تلعب نفس الدور في عقود التجارة الدولية، حيث على القاضي رفض الأخذ بها و عدم قبول إثارتها في هذا النوع من العقود، و هذا راجع إلى أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى خضوع العقد التجاري الدولي لقانون غير القانون الذي اعتبره المتعاقدان، و حتى القاضي لأنه مرتبط سوءاً بالعقد أو المتعاقدين، لذلك لم تمنح للقاضي سلطات واسعة تمكنه من الأخذ بالإحالة، سواء في الاختيار الصريح أو الضمني للمتعاقدين ، أو عند حالة إعطاء مهمة اختيار القانون المطبق للقاضي.(2)

ثانياً : اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار و العقد

لما كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين، فإنه يتعين تقييد هذه الحرية في اختيار قانون العقد بلزوم توافر صلة جادة و حقيقية بين هذا الأخير و بين العقد أو بينه و بين المتعاقدين، فإذا انعدمت هذه الصلة فإن ذلك يعتبر قرينة على التهرب من القانون و يجب التطبيق على العقد و غشا نحوه، و عليه تكون الإرادة قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل في إطارها مما يشكل خرقاً لأهداف تلك القاعدة.

1 انظر :- خالد شويرب" القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي " ص 102

2 انظر :- خالد شويرب" المرجع السابق " ص36-37

وقد اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين والعقد التجاري الدولي الذي سيخضع لأحكام القانون المختار، كما أن الخلاف دار أيضا حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإرادة والعقد التجاري الدولي، ويمكن جمع هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات:

1- **الاتجاه الأول:** ينادي أنصار هذه النظرية بحق أطراف التجارة الدولية - إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة - في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على منازعاتهم ، بغض النظر عن أية صلة بينه وبين العقد موضوع النزاع طالما لم يتم اختيارهما لهذا القانون بسوء نية. ويرى أنصار هذه النظرية أن الأطراف حرة في اختيار القانون، فهذا الاختيار ينصب على إدماج النصوص القانونية للقانون المختار في العقد لينزل منزلة الشروط التعاقدية، بحيث يمكن أن تكون محلا للتعديل والاشتراط بحيث تفقد طابع القانون بمعناه الدقيق⁽¹⁾ كما يمكن للأطراف إبرام عقد مستقل عن كل قانون وطني، أي عقد له الكفاية الذاتية يجد المحكم في شروطه كل ما يحتاجه من أحكام للفصل في النزاع المعروض عليه .

ويستند أنصار هذه النظرية لتبرير فكرتهم على أن تطبيق قانون الإرادة لا يكون على أساس الطبيعة الاتفاقية للتحكيم فحسب، وإنما لاعتبار مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر قاعدة إسناد أكثر ملائمة وما يحققه هذا المبدأ من توازن بين الأطراف .

كما يستند الى أساس أن القانون الدولي الخاص بالخلاف للقانون الداخلي يستهدف في الأصل حماية المصالح الفردية دون اهتمام كبير بالتدخل الأمر الذي يسعى إلى هذا الأخير للحد من حده الرغبات الفردية المتطرفة بالقدر الذي يتناسب وحماية المصلحة العليا للجماعة وذلك أن الإرادة تكون أكثر اتساعا في القانون الدولي الخاص وبهذه المثابة يتمتع المتعاقدون بحرية طليقة في اختيار قانون العقد لإباح معها للقاضي تغيير القانون المختار بدعوى انه يفتقر للصلة المتطلبة بينه وبين الرابطة لان ذلك من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدون ولهذا حكمت هيئة التحكيم في 15-03-1963 في شان نزاع بين إيران و إحدى شركات البترولية الأجنبية بالنسبة لمخاطر الاستثمار كونها تتطلب الأمان التشريعي ،ويجب حمايتها ضد أي تعديلات تشريعية من جانب الدولة حتى يمكن تجنب المساس بضرورة ثبات العلاقة التعاقدية ،كما أخذت به محكمة النقض الفرنسية لهذا المبدأ في حكم لها صادر بتاريخ 15-01-1935، و قد نصت عليه اتفاقية روما سنة 1980 في شان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي وان كانت قد أخضعت العقد للقانون المختار ورفضت على هذا النحو فكرة اندماج القانون في العقد إلا أنها مع ذلك حولت للمتعاقدين حرية طليقة في اختيار هذا القانون لا يفيدها سوى القواعد الأمرة في قانون الدولة التي قد يتصل بها العقد⁽²⁾

1 انظر:- منير عبد المجيد " الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي " بدون ناشر ، 2005 ، ص 203-204

2 انظر:- منير عبد المجيد " المرجع السابق " ص205

ومن المؤكد أن هذه النظرية تؤدي إلى تلاشي كل فكرة تتعلق بقواعد تنازع القوانين، وذلك لما للإرادة من قوة وحرية مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون الاستناد إلى قانون يبرر هذا الاختيار.

- 2- الاتجاه الثاني:

تبنى هذه النظرية بعض فقهاء القانون الدولي الخاص مثل "Niboyet Arminjon" "H- batiffol" حيث يعتقد هذا الفريق فكرة وجوب ربط العقد الدولي بقانون وطني له علاقة حقيقية به، فهذا القانون هو الذي يمنح للاتفاق القوة الملزمة .

ويرى هذا الاتجاه أن جوهر إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد هو في الحقيقة عبارة عن توطين للعقد تبعاً لإرادتهم، ومن ثم يجب أن يكون هذا الاختيار إشارة إلى رابطة التوطين هذه مثل اختيار الأطراف لقانون دولة تنفيذ العقد، أو قانون بلد إبرام العقد، أو قانون جنسية أحد الأطراف لأنه إذا انعدمت هذه الرابطة أعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الأجنبي.⁽¹⁾

ويستند أنصار هذه النظرية أن الرضى وحده غير كافي ليكون محلاً للالتزام بل لابد من قانون يضيف عليه طابع القوة الملزمة، ومن ثم يجب أن تكون الاتفاقات مبرمة بطريقة، فيتساءل "Batiffol" بهذا الصدد عن الكيفية التي يعطي بها القاضي القوة الملزمة للعقد في غياب قانون يعطيه هذا الأمر، ويعتبر هذا الفقيه مبدأ سلطان الإرادة المطلق " مبدأ للفوضى القانونية ".
والجدير بالتنويه أن المشرع الجزائري قد اعتنق النظرية الموضوعية التي تقيد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يطبق على العقد وهذا ما نستخلصه من خلال نص المادة 18 من القانون المدني المعدلة والمتممة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005

3-الاتجاه الثالث: اتخذ هذا الاتجاه موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، بحيث يري وجوب توافر صلة بين العقد والقانون ، يستلزم وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، ولكن دون أن يشترط تحقق هذه الصلة عن طريق عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو مادية كمحل إبرام العقد أو تنفيذه، بل يكفي بأن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية، ويتجسد ذلك مثلاً في الفرض الذي نكون فيه بصدد عقد مبرم في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال أو تخصص معين، والذي يلقي القبول الواسع في أوساط التجارة الدولية، فيخضع بذلك الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من انتفاء الصلة بين القانون المختار وعناصر العقد.⁽²⁾

الفرع الثالث : مدي حرية متعاقدين في اختيار قانون العقد :

يرى جانب من الفقه أنه لابد على المتعاقدين اختيار قانون واحد يسري على العقد ككل، لأن العقد من الناحية الاقتصادية عملية واحدة يجب أن تخضع لقانون واحد، تفادياً لتشتيت العقد بين عدة

¹ انظر:- محمد محمود ياقوت " حرية متعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " ص 115

² انظر:- محمد بلاق " قواعد التنازع وقواعد مادية في حل منازعات التجارة الدولية " ص 48

قوانين، وأن كل مرحلة من مراحل التحكيم تأتي تنفيذًا للمرحلة التي سبقتها، فتعيين المحكمين هو بداية تنفيذ إتفاق التحكيم، وقرار التحكيم يأتي تنفيذًا لإتفاق التحكيم.

ويرى كذلك أن محاولة إخضاع أجزاء العقد إلى أنظمة مختلفة يؤدي إلى المساس بفكرة تركيز العقد لأن العقد يصبح خاضعًا لدولة أخرى غير الدولة التي ركز فيها، لأن العقد هو عملية قانونية واحدة فلا يتصور إخضاع كل من تكوين العقد وآثاره، وحتى إبطاله إلى أنظمة قانونية مختلفة. بينما أكد جانب آخر من الفقه على حرية المتعاقدين في تجزئة العقد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة بحيث يمكنهم إخضاع كل جزء من العقد لقانون معين ليحكمه، وذلك في الحالات التي تكون الالتزامات المتولدة عن العقد واجبة التنفيذ في أكثر من دولة واحدة، وحجة هؤلاء هي الحرية المعترف بها للأطراف، لأنه إذا كان المشرع قد أعطى المتعاقدين هذه الحرية فلا يجوز له سلبها منهم⁽¹⁾، كما ان تمكين المتعاقدين من اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية للرابطة العقدية الدولية، هو اتجاه يرتبط بفكر النظرية الشخصية التي تتيح للمتعاقدین اختيار قانون على غير صلة بالعقد، كما تسمح لهم في نفس الوقت بإنزال أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية، وهوما يؤدي إلى الاعتراف بحقهم في اختيار أكثر من قانون لتنظيم العقد، فيصح لهما أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ... الخ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد وتعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوع العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره.

ويبيح فقه النظرية الموضوعية بدوره للمتعاقدین حرية إخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد ما دامت قد توافرت في هذه القوانين الصلة المتطلبية في العقد، مع تقييد هذه الحرية بحدين لا يمكن الخروج عنهما:

-الأول: هو أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية وذلك منعا للتضارب المتوقع في حالة تطبيق قوانين مختلفة.

-والثاني: أن لا تؤدي التجزئة إلى الإفلات من سلطة القانون، هذا القيد الأخير هو ما يميز هذا الفقه عن فقه النظرية الشخصية⁽²⁾

ولقد ذهبت اتفاقية روما لسنة 1980 م في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها الثالثة فقرة أولى في تأكيد هذا الحق، شأنها شأن اتفاقية لاهاي لعام 1986 م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في المادة 07 فقرة 02 والملاحظ على هاتين الاتفاقيتين الأخيرتين أنهما قد أجازتا تجزئة العقد، ولكن من أطراف الشفاه – كما عبر عن ذلك البعض – ومسلكهما هذا ينبئ على رأي جانب من الفقه عن رغبتهما في عدم تشجيع المتعاقدين على استخدام حقهم في التجزئة حفاظا على وحدة الرابطة العقدية، وهو ما يفسره إتفاق أنصار النظرية

¹ انظر: - جارد محمد " دور الارادة في التحكيم التجاري الدولي " ص 58

² انظر:- محمد محمود ياقوت " حرية متعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " ص 125

الموضوعية على إرجاع حرية الأطراف في اختيار قانون العقد إلى قوة القانون بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين ، وعليه وقف أنصار هذا الرأي على الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد، بتأكيدهم على أن إعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية لن يتأتى إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد، وإسناد كل جانب إلى قانون معين⁽¹⁾.

رابعاً : النظام العام عبر الدولي كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية:
أولاً : مفهوم النظام العام عبر الدولي :

اختلف الفقه حول تسمية النظام العام الذي يجب أن يعتد به في نطاق العلاقات القانونية الدولية ، فالبعض يطلق عليه تسمية النظام العام الدولي الحقيقي والبعض الآخر يشير إليه تحت اسم النظام العام للقانون التجاري الدولي ، والبعض الثالث يبيحه تحت اسم النظام العام الوطني ، والبعض الآخر يدرجه تحت اسم النظام العام عبر الدولي.

وقد تكون النظام العام عبر الدول من خلال الممارسات التحكيمية في العلاقات التجارية عبر دولية ، وذلك من خلال تكريس بعض مفاهيم قانون التجارة الدولية التي تتفق مع حاجيات التجارة الدولية ، والتي نشأت من خلالها قواعد هذا النظام ، وبالتالي فإن أصل هذا النظام كان من صنع المحكمين في ممارساتهم التحكيمية .

والواقع أن النظام العام الذي يحد من حرية الأطراف باختيار القواعد القانونية على علاقتهم القانونية الدولية هو النظام العام عبر الدولي⁽²⁾ ، ويقصد بالنظام العام عبر الدول مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية، والتي تلبى كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية الدولية، أو بمعنى آخر هو عبارة عن مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية.⁽³⁾

كما يقصد به مجموعة القواعد التي تقرها أكثرية الأمم المتحضرة والتي تشكل قاسماً مشتركاً بين أكبر عدد من الدول.

وبالتالي فإن النظام العام عبر الدولي قد يحظر تصرفات معينة تكون مشروعة في ضوء القانون المختار ، والأطراف يمكنهم استبعاد تطبيق القواعد الأمرة للقانون المختار ، شرط ألا يكون هذا الاستبعاد مخالفاً للنظام العام الدولي.

¹ انظر:- رشا على الدين " سلطة المحكم في إعادة التوازن العقد - دراسة في ظل ازمة المالية الراهنة المؤتمر السنوي الثالث عشر ، جامعة منصور ، كلية الحقوق ، من 1-2 افريل 2009 ، ص 62

² انظر:- عدلي محمد عبد الكريم " النظام قانوني عقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية " ص 244

³ انظر:- محمد بلاق " المرجع السابق " ص 49

وقد اعتبر جانب من الفقه أن بعض المفاهيم والتعبير الواردة في بعض القرارات التحكيمية كالمبادئ المشتركة بين أغلب الدول ، والأخلاقية والمناقبية والاستقامة في التعامل التجاري الدولي والمبادئ السائدة في الأمم المتحضرة ، تشكل برأيهم مضمون وفحوى لما يسمى بالنظام العام عبر الدولي (1)

ثانيا : الفرق بين النظام العام الدولي و النظام العام الداخلي

مما لا شك فيه أن الجدل والنقاش مازال يدور في مجال القانون الدولي فيما إذا كان النظام العام فعلا موجودا في نطاق القانون الدولي مثلما هو الحال في النظام الداخلي، فإذا كان النظام العام يعني مجموعة القواعد القانونية والأسس الجوهرية التي تشرعها السلطة السياسية في النظام الداخلي، وبذلك يختلف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى، حسب السلطة السياسية الحاكمة التي ترمي من وراء فكرة النظام العام إلى الحفاظ على بقاء كيائها ودوام إستمراريتها، فهذا يعني أن وجود النظام العام في التشريع الداخلي ممكن بالنظر لوجود سلطة عليا تستطيع وضع وتشريع قواعد النظام العام، وعلى هذا الأساس يكون من الصعب جدا تصور وجود قواعد النظام العام في مجال العلاقات الدولية نظرا لعدم وجود السلطة العليا، أو السلطة الدولية فوق سيادة الدول التي تمكنها من وضع قواعد النظام العام، وهكذا فإن الغموض بات يلف حول النظام العام في مجال القانون الدولي وانطلاقا مما سبق، ونظرا للتطبيقات الواسعة والمختلفة للنظام العام في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص، يناهز جانب من الفقه بضرورة التفرقة بينهما تفاديا لل صعوبات التي قد يصادفها القاضي في حالة تعارض القانون الأجنبي مع القانون الوطني، لأنه ليس من الضروري أن يستبعد القانون الأجنبي في جميع الأحوال التي تتعارض فيها أحكامه مع نصوص القانون الوطني ولو كانت أمرة لأن القانون الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه هو القانون الملائم في نظر العلاقة الدولية محل النزاع، لهذا فإذا إشتراط المشرع الوطني لتطبيق هذا القانون أن لا يتعارض مع القواعد القانونية الأمرة في القانون الوطني لانتهينا في آخر المطاف إلى تعطيل أعمال قواعد التنازع في أغلب الأحوال.

وقد فرق القضاء الفرنسي بين النظام العام الداخلي والدولي في قضايا عديدة نذكر منها : قضية "GOSSET" الشهيرة في القضاء الفرنسي، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه:ثار نزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا بناءا على شرط تحكيم وارد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي، حيث قضى الحكم التحكيمي بالتعويض للمصدر الإيطالي لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب، وهذا الحكم كان واجب التنفيذ في فرنسا . وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم وذلك على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام الفرنسي نظرا لعدم مراعاته للقواعد الأمرة الخاصة بالتصدير، وتأسيسا على بطلان العقد الأصلي

¹ انظر:- عدلي محمد عبد الكريم" المرجع السابق "ص 246

فإن الأمر يستتبع بطلان شرط التحكيم ، وبطلان حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه .إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع، وقضت أن اتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع كقاعدة عامة باستقلال قانوني، ولا يتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي⁽¹⁾

و يتضح من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "GOSSET" انها كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وأقرت قواعد موضوعية تخص التحكيم التجاري الدولي، باستخدام معيار التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي تحت غطاء الطريقة التنازعية إلا أن جانب من الفقه أنكر وجود النظام العام عبر الدولي ، واستندوا في ذلك إلى أن المحكم الدولي غالبا ما يستند إلى ما يمليه عليه ضميره انطلاقا من عدم وجود قانون اختصاصه ، ففي هذه الحالة كل القوانين تعد أجنبية بالنسبة للمحكم الدولي وفي ذات المرتبة من حيث إمكانية تطبيقها ، ما يعني إلزام المحكم بتطبيق قواعد نظام عام بمفهوم القانون الدولي الخاص ، الأمر الذي سيجعله يتصرف كالقاضي في الدولة التي اختار الأطراف قانونها أو المحدد من قبله.

وقالوا أيضا إنه ليس هناك إجماع حول فكرة النظام العام عبر الدولي ثم إن الأنظمة القانونية الداخلية باستطاعتها أن تقدم نفس الحلول ، الأمر الذي يجعل فائدة النظام العام عبر الدولي وجوده محل شك ودليلهم على ذلك أن بعض القرارات التحكيمية عمدت إلى إبطال العقود لعلّة الرشوة استنادا إلى الأنظمة العامة الداخلية ، قبل الاستناد إلى النظام العام عبر الدولي ، كما ان فكرة النظام العام الدولي لا يمكن تصورها، حيث لا توجد سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام.⁽²⁾

أخيرا قالوا بأن فكرة النظام العام عبر الدولي غامضة قالت بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية ، و أنه لا يمكن القول بوجود نظام عام عبر دولي إلا عندما تتلاشى الهوية الفاصلة بين دول العالم المتقدمة ودول العالم المتخلفة .

ولتوضيح ذلك نضرب مثلا عن النظام العام الداخلي في عقد بيع سفينة المبرم بين مصنع سفن نرويجي ومشتري بوليفي، والذي طبق على إثره القانون الفرنسي، حيث كان مقر التحكيم بباريس في فرنسا مع العلم ان العقد يحتوي على شرط يحدد بموجبه مسؤولية البائع عن وجود عيوب خفية لمدة سنة منذ تسليم السفينة،وحسب الاجتهاد القضائي الفرنسي فإن مثل هذا الشرط لتحديد مجال مسؤولية البائع هو باطل إذا كان هذا الأخير حرفي، وهو ما كان متوفرا فعلا ففي هذه الحالة هل يحكم المحكم في مجال التجارة الدولية بالبطلان على أساس القانون الفرنسي واحترام النظام العام الداخلي

¹ انظر:- اشرف الرفاعي " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية_ 2006 "

الفرنسي؟ أو العكس سوف يحكم على أساس القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي ترجيح إرادة الأطراف على هذه القواعد الأمرة؟.

اختلف أنصار النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية حول هذه المسألة:

يرى أنصار النظرية الشخصية أنه لا يمكن تطبيق أي قانون على العقد إلا ما إتفق الأطراف وعليه، لأن تطبيق القانون على العقد الدولي يستند إلى إرادة الأطراف من جهة، وأن القانون المطبق على العقد لا تكون له القوة الملزمة إلا في الحدود التي رسمتها إرادة الأطراف، وهو ما يعرف بـ "اندماج القانون في العقد"، وانطلاقاً من ذلك فإن الشرط المحدد لمسؤولية البائع المدرج في العقد يبقى صحيحاً، ولا يمكن إعمال قواعد النظام العام في القانون الفرنسي.

أما أنصار النظرية الموضوعية فيرون أن العقد الدولي يحكمه القانون، والقاضي يحدد هذا القانون من خلال عدة معايير موضوعية (مكان إبرام العقد، مكان التنفيذ)، بما في ذلك الإرادة الصريحة والضمنية للأطراف التي تعتبر معياراً موضوعياً، حيث يرى الأستاذ **Batiffol** أن " دور إرادة الأطراف "" يكمن في توطين العقد" (1)

وعليه في المثال السابق نقول أن الشرط غير صحيح، ولا بد من إعمال قواعد النظام العام في القانون الفرنسي.

حيث يرى جانب من الفقه أن " النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يستمد وجوده من الأساس الذي يقوم عليه القانون الدولي الخاص نفسه"، فهذا القانون يقيم قواعده على أساس التضامن الدولي مستهدفاً نوع من التوازن الذي يساعد على تحقيق نوع من التنسيق والتعاون بين قوانين الدول المختلفة، القائم على فرضية وجود حد أدنى من الاشتراك القانوني فيما بينها لا يجوز التنازل عنه (2) ففكرة النظام العام الدولي تقوم على أساس مجموعة من الأصول والمبادئ العامة التي تفرضها القيم الإنسانية العالمية والتي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات (3) كما أن فكرة النظام العام في القانون الداخلي تطبق على علاقات الأفراد الخالية من العنصر الأجنبي، بينما تطبق هذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص على المعاملات المشتملة على عنصر أجنبي .

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه نظراً لعجز الفقه في تحديد مفهوم للنظام العام الدولي، وتحديد مجاله، تبقى العلاقات الدولية الخاصة خاضعة لإختصاص القضاء الوطني للدول المختلفة، يطبق في شأنها القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع السائدة في دولة القاضي، حيث يؤكد في هذا السياق الأستاذ " زروتي الطيب " أن " النظام العام الداخلي ليس له إلا أثراً مماثلاً لفكرة النظام العام

1 انظر:- فريد عيادي " سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي ، ص 96-97
2 انظر :- عصام الدين القصبى " النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي .والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة 1993 ، ص 111
3 انظر :- ابراهيم رضوان الجعبير، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ، ص 233

الدولي، وأن وحدة النظام العام الداخلي والدولي حقيقة مؤكدة، ولكن الغرض من اللجوء إليها يختلف في كل من الحالين ."

فواقع الأمر ليس هناك نظام عام دولي ونظام عام داخلي، بل يتسم النظام العام كقاعدة عامة بصفته الوطنية، كل ما في الأمر هو أن دور فكرة النظام العام ونطاق أعمالها يختلف في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص. ففكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص تسعى ذات سعيها في مجال القانون الداخلي، لتحقيق هدف رئيسي واحد، وهو حماية النظام القانوني الوطني، وصيانة المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة ومصالحها العليا.

ثالثا :موقف المشرع الجزائري :

أدرج المشرع الجزائري فكرة النظام العام الدولي في إطار التحكيم التجاري الدولي في القانون 09/08المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك من خلال مادتي 1051 /1 و 1/1056 والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نقل نفس العبارة "النظام العام الدولي" الواردة في القانون الفرنسي للتحكيم لسنة 1981 ، على خلاف بعض القوانين التي نصت على " النظام الدولي" فقط دون ذكر لفظ " العام "كالقانون السويسري في حين أن المشرع المصري نص وصراحة في المادة/ 58 ب من قانون التحكيم لسنة¹1994 وبهذا يكون المشرع المصري قد اعترف بنظامه العام الداخلي، على خلاف المشرع الجزائري الذي نص على النظام العام الدولي، في القانون 09 /08 وجاءت مواده خالية من ذكر سمصطلح النظام العام الوطني.

فالمشرع الجزائري لم يميز بوضوح بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، وترك مهمة تقدير وتحديد معنى ومضمون النظام العام الدولي للقاضي، دون أن يضع ضمانات ومعايير موضوعية تمكن من إخضاعه للرقابة .

إن السياسة الاقتصادية الحديثة التي تنتهجها الجزائر، من خلال الجهود التي تبذلها في سبيل تشجيع وترقية الاستثمارات الأجنبية، جعل الجزائر تتعامل مع النزاعات التي يقع فيها مساسا بالنظام العام الوطني بكثير من المرونة ، وهذا ما جعل القضاء الجزائري لا يستقر على رأي موحد في تحديد مفهوم النظام العام الدولي، لأن التوسيع من مجال استعمال الدفع بالنظام العام والإكثار من اللجوء إليه سيؤدي حتما إلى شلل المبادلات التجارية الدولية، وعليه لا بد من اللجوء إلى الدفع بالنظام العام في الحالات التي يتعلق الأمر فيها المساس بمصالح جوهرية في قانون القاضي، تكون عرضة للخطر وجديرة بالحماية فعلا.⁽²⁾"

المبحث الثالث : أزمة منهج تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية .

¹تنص هذه المادة على انه : " لايجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تحقق أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية"

2 انظر:- عليوش كمال قريوع ' التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

إنه من الثابت في فقه القانون الدولي الخاص أن هذا القانون ارتبط وجوده بظاهرة الحدود السياسية والاجتماعية فهو يقوم على افتراض انقسام المجتمع الدولي إلى عدة دول ذات حدود إقليمية تميزها عن غيرها، ولكل منها نظامها القانوني المستقل ثم نشوء علاقات وروابط متبادلة اقتصادية واجتماعية بين أفراد كل منها: وقد أوضحت تلك العلاقات التي تنمو عبر حدود الدول من معالم المجتمع الدولي المعاصر بعدما ارتبطت الدول بمصالح مع الدول الأخرى وعندها لجأت كل دولة إلى سن تشريع يطبق على إقليمها سواء بالنسبة للعلاقات الوطنية أو بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي ، وهي بذلك نظم قانونية وضعت في الأصل لمجابهة المشاكل الناجمة عن الحياة الداخلية وليست لحكم الروابط الدولية، بل أصبحت تشكل عائقاً أمام حرية المتعاملين مع هذه الدول من دول العالم الصناعي، علاوة على كونها نظم قانونية مختلفة ومتباينة فيما بينها ، ما يعني اختلاف الحلول التي توضع لحسم المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ العقود الدولية ، وبذلك أصبح المنهج التنازع وإعمال النظام القانوني الوطني يعاني من أزمة حقيقية، اصطلح عليها أزمة منهج التنازع .

ومما لا شك فيه أن التطورات و المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة التي طرأت في قطاع التجارة الدولية وسن قوانين الاستثمار بشكل يستجيب لرغبات المستثمر الأجنبي، وإبرام الاتفاقيات الخاصة والإتفاق فيها صراحة على تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع في على عقود التجارة الدولية المزمع وقوعه دون المرور بقواعد التنازع، قد أفقد هذه الأخيرة دورها في حل المنازعات الدولية الخاصة.

وعليه سيتم إبراز الأسباب العامة التي أدت إلى ميلاد أزمة منهج التنازع في المطلب الأول، على أن يتم التطرق لمضمون العولمة الاقتصادية وأثرها على منهج التنازع في المطلب الثاني، في حين سنخصص المطلب الثالث لأزمة منهج التنازع في ظل تحرير التجارة العالمية.

المطلب الأول : الأسباب العامة لميلاد أزمة منهج التنازع في عقود التجارة الدولية.

ثار خلاف محتدم حول الدور الذي تلعبه قاعدة التنازع في مجال تنظيم العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة وفي منازعات عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، إذ تعد مشكلة تحديد هذا الدور مشكلة حديثة نسبياً، حيث لم يلفت النظر إليها إلا منذ فترة ليست بالبعيدة، إذ لم تكن قبل ذلك منازعة في هيمنة قاعدة التنازع في تحقيق حلول للمشاكل التي تثيرها هذه العقود.

وفي الآونة الأخيرة غدا دور قواعد التنازع محل جدل، وتشكك البعض في أقول نجمها على الرغم من الرسوخ الذي اكتسبته عبر السنين، فأصبح يُنظر إليها على أنها الدواء المر إذ لا يتم اللجوء إلى هذه القواعد كحل مناسب، وإنما كحل ضروري للمشاكل والنزاعات الخاصة الناشئة عبر الدول خاصة عندما تتعامل مع مفردات التجارة الدولية، فكثيراً ما تسيء فهمها وتقودها إلى حلول غريبة ليست الأفضل للأطراف، وهو ما أدى إلى عزوف المتعاملين في مجال التجارة الدولية عن اللجوء إلى قضائهم الطبيعي _ الذي سيكون مضطراً لتطبيق قواعد التنازع التقليدية _ والنجاة بمصالحهم إلى

طريق التحكيم الرجوع الى صفة, لقد أصبح منهج قاعدة التنازع محل استهدافات من قبل بعض الفقه، ما لبثت أن تحولت إلى هجمات جماعية لمجموعات من الفقهاء، هذه الأخيرة لم تتردد في أن تكتب عما أسمته "بأزمة تنازع القوانين "أو" أزمة قاعدة التنازع" مثل الفقيه الألماني **Neuhans** والفقيه **kegel** وتبعهم في ذلك الفقيه الألماني **Francescakis** مدعماً بالفقه المؤيد لما يسمى بقانون التجار (1)، مستهدفين من وراء ذلك حرمان قاعدة التنازع من صدارتها ووضعها في ذات مرتبة المناهج الأخرى التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية.

ومن أهم الأسباب التي زادت في عزلة قواعد التنازع هي مجموعة الانتقادات الموجهة إليها، والتي سنحاول التطرق إلى أهمها في النقاط التالية:

الفرع الأول: منهج التنازع منهج اعمى

تتميز قاعدة التنازع بمجموعة من الخصائص من بينها التجريد والحيادية، هذه الأخيرة تقود إلى نتيجة مقتضاها أن القاضي لا يكون له أن يبحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المعروضة لعدم تصور _ من حيث المبدأ _ استطاعته اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لمضمون أحكامه، فعندما يصل إلى مرحلة إعمال القانون المختار فإنه يتبين المضمون الموضوعي لأحكامه، إلا أنه لا يستطيع أن يهجره إذا تبين عدم ملائمة للعلاقة محل النزاع، بالنظر إلى الصفة الملزمة لقاعدة التنازع التي توجب احترامه وتطبيقه، فلقد أثبت استخدام هذا المنهج في كثير من الأنظمة القانونية والقضائية أن قواعده ليست سهلة الاستخدام²، بل يكشف مسألة فنية أخرى تتمثل في أنه يجسد حلولاً داخلية لمسائل دولية بدليل وضعه أصلاً لحكم العلاقات الوطنية، فالأمر يتعلق هنا بنوع من انعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية حتى وصل الأمر إلى القول بأن منهج التنازع قد أضى زائفاً وأعمى، بل كذلك تحكياً بين يدي القاضي (3)، ذلك أن قاعدة التنازع هي قاعدة ميكانيكية أو آلية إن صح القول، حيث يتم إعمالها إذا توافرت الصفة الدولية في المسألة محل النزاع، أي كان القانون الذي يقود إليه هذا الإعمال، وأياً كان جوهره ومضمون أحكامه.

الفرع الثاني إتمام المنهج القائم على قواعد التنازع بالغموض والتعقيد

يعد الفقيه **prosset** من أكثر الفقهاء تشدداً في إظهار هذا النقد حيث يشبهه بأنه مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي على الفهم (4)، وعلية أصبح ينظر إلى هذا المنهج على أنه يتسم بالشدّة والتعقيد، إذ يقوم على نظريات فقهية مبهمة كنظرية المسألة الأولية ونظرية صراع النظم ونظرية

1 انظر :- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية، 2003 ، ص10

2 انظر :- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص- 62.

3 انظر :- احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه، ص625

4 انظر: - بلمامي عمر، نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون ، نشرة المحامي الصادرة . عن منظمة محامي

سطيف ، ع 05 ، الجزائر، 2007 ، ص-56

تجزئة العقد⁽¹⁾ فطريقته ليست واضحة ومتيقنة بشكل واضح لأن الطرف العادي لا يستطيع أن يتوقع حلاً واضحاً باستخدامها، فهو يبحث دائماً عن بيئة آمنة وموثوق بها تمكنه من ممارسته صفقاته بأمان كذلك يعيب البعض الآخر على هذا المنهج انه يفترق الى الوظيفة الوقائية اي حيلولة دون وقوع نزاع بين الافراد ، يعد هذا الهدف الاساسي لقواعد القانون بوجه عام ، ولا يكون ذلك الا بمرور باجراءات فنية ومحددة ومن ذلك تفسير ضابط الإسناد، وتكييف المسألة القانونية، تحديد القاعدة الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي، وتحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بقاعدة موضوعية، أو قاعدة أخرى فيه ولكن قد ثبت له بأن العلاقات القانونية اما انه لا تغطيها قاعدة إسناد واحدة بصورة يصعب او يستحيل معها اخضاع كل جوانب ذلك العقد الى قانون واحد بحيث يكون من الضروري البحث عن القوانين اخرى تحكم جوانب النزاع معني تجزئة المسألة المطروحة أمامه، وهو امر لايتصور في قاعدة الإسناد ، واما عدم تحديد القانون المختص أصلاً⁽²⁾، وهو أمر يثير القلق ولا يتفق مع مقتضيات الأمان الذي ينشده المتعاملون في مجال التجارة الدولية الامر الذي يبرر خروج عن هذا المنهج التنازعي الى منهج موضوعي.

اضافة الى ما يعيب على هذا المنهج هو إمكانية تحريفه مما يقود إلى نتائج شاذة تنجم عن عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحيث يفسر هذا القانون بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسر بها محتواه الاجتماعي الذي يحقق الهدف الذي سن من أجله، مما يؤدي في النهاية إلى مسخ هذا القانون

الفرع الثالث : عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني

تعتبر قواعد التنازع قواعد غير مباشرة في حل تنازع القوانين، وبمعنى أدق فإن هذه القواعد لا تعطي حلاً مباشراً للمسألة محل النزاع، وهذا لاعتمادها على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق لتنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إليه.

وقد تأتي حلول مسائل التنازع في بعض الأحيان مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة مجردة منضبطة _ خاصة في الدول التي تتخذ فيها قاعدة التنازع من القضاء مصدراً لها أكثر من التشريع، ما يقودها إلى عدم المقدرة على التنبؤ بالحلول _ ، مما يؤدي إلى تحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة⁽³⁾، لأنه عادة ما يتم تطبيق و تفعيل قواعد التنازع فقط بمعرفة المحاكم، ولذلك فهذه القواعد لا تساعد أبداً على القيام بدور وقائي للأطراف لمعرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في نزاع ما، ذلك أنه غالباً ما يرغب التجار والشركات في معرفة القانون الذي يمكن أن ينطبق على أعمالهم منعاً للمفاجآت

¹ انظر :- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص80

⁴ انظر : على محمد محاسنة تنازع القوانين في عقود التجارة الالكترونية دار حامد لنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2013 ، ص 177

³ انظر :- أحمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق، ص13

الغير مستحبة، مع أن قواعد التنازع لا تساهم في خلق هذه البيئة المتطلبة⁽¹⁾، وبحكم سرعة الإيقاع في عقود التجارة الدولية فإن الأمر يتطلب نوعاً من الأمن القانوني لتأثيرها أكثر من غيرها من جراء اللجوء إلى قواعد التنازع لحل مشاكلها، خاصة في الفرض الذي يلجأ فيه القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة.

الفرع الرابع: نتائج منهج التنازع تتعارض مع الفكرة الاجتماعية للقانون.

من المعلوم أن القانون ظاهرة اجتماعية جاء لمواجهة المشاكل الموجودة في الوسط الاجتماعي لكل مجتمع في دولة وهذا سيؤدي حتماً إلى اختلاف في القواعد القانونية التي تحكم العلاقات داخل كل مجتمع، وبهذا فإن هذه القواعد جاءت نتيجة ظروف معينة واستجابة لمتطلبات ومقتضيات محددة في مجتمع داخلي، ولهذا يستحيل تطبيق هذه القواعد على مجتمع خارج حدود الدولة، وذلك بنقل القواعد التي تحكم العلاقات الداخلية إلى مسرح الحياة الدولية⁽²⁾ لأن ذلك يعني تطبيقاً لها في غير البيئة التي خلقت لأجلها.

لهذا ينتقد جانب من الفقه قواعد التنازع عدم قدرتها على التعامل بسلاسة مع العلاقات الدولية الخاصة، الأمر الذي لا يسمح لها بلعب الدور الصحيح للقاعدة القانونية، والتي يفترض أن تستجيب للاحتياجات والتغيرات التي تطرأ على الأفراد وعلاقتهم الدولية، وهذا ما يدل على افتقادها لملكة الحساسية الدولية، ذلك أنها قواعد جامدة لا تأبه، بالوظيفة الاجتماعية التي يهدف القانون إلى تحقيقه⁽³⁾، لذلك ليس غريباً أن يذهب العميد "Batiffol" إلى القول بأن منهج التنازع هو منهج ضرير من حيث أساسه، ومن حيث النتائج التي يؤدي إليها، إذ لم يعد قادراً على ملاحقة الوثبات السريعة والأساليب الحديثة لعقود التجارة الدولية، ولم يعد مستجيباً لمقتضياتها.

المطلب الثاني: العولمة الاقتصادية وأثرها على منهج التنازع

ان ظهور العولمة بالمفهوم المعاصر وما ترتب عليه من تنشيط وتطور حركة التجارة الدولية والمبادلات الاقتصادية، قد انعكس هذا التطور على القانون الدولي الخاص، باعتبار يكرس التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي والعلاقات ذات العنصر الأجنبي بشكل عام. وكما هو معلوم ان هذا القانون يقوم على ظاهرة الحدود السياسية التي تفصل بين الدول، في مقابل ذلك لم تعد هذه الظاهرة ذات أهمية في عالم أضحى بمثابة قرية كونية صغيرة ومجتمع محدود الأبعاد يعلو فوق الأقاليم الجغرافية لكل الدول.

¹ انظر :- إيهاب السباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 371

²-انظر: أحمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 194.

³-انظر: صفوت أحمد عبد الحميد، دور الاستثمار الاجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية،

ولما كان منهج تنازع القوانين واحدا من أهم مناهج القانون الدولي الخاص، فطبيعي أن يتأثر هو الآخر بما لحق العلاقات العابرة للحدود من تغير أصابها في الشكل والمضمون.

وقبل أن نتطرق لأثر العولمة الاقتصادية على منهج تنازع القوانين، سنبحث أولا في مفهوم

العولمة الاقتصادية، وذلك تباعا فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم العولمة الاقتصادية.

لا بد من الإشارة هنا، إلى أن اتجاه العولمة، الذي أصبح سائدا بل مهيغرا على العالم حاليا، لم يكن وليد الصدفة و إن عودة الحلم الذي رافق الإنسان المهياً والمتطلع والساعي، منذ القدم، لتوسيع مده، في التنقل و الاتجاه، و الاستثمار والاستغلال والاستفادة و الإقامة، و نقل الثروات و تحقيق الأرباح و تأمين الأسواق و فتح آفاق أوسع.....الخ، أصبح ممكنا نتيجة لتفكك مجموعة الدول الاشتراكية، و تراجع مفهوم الاقتصاد المركز أو الموجه - ليحل مفهوم اقتصاد السوق، و اعتماده كأداة أساسية للتنمية، و بكل مكوناته و أدواته ومؤسساته وأهدافه و نشاطاته المعتمدة. و هذا المفهوم الذي تمدد في مجمل الأرجاء أصبح ينظر إلى العالم على أنه سوق واحدة، و بالتالي يحق له التجول في كل أجزائها والاستفادة منها. و هو بذلك يمثل و يجسد تصورا معتمدا وطموحا أكيدا لدى شريحة كبيرة من الدول التي كانت تقود و تدافع عن مبادئ الاقتصاد الحر، و تعطي لقطاع الخاص دوره الرائد و الحساس .

ويعد انهيار المنظومة الشيوعية 1989 و سقوط جدار برلين و اندلاع حرب الخليج الثانية مع مطلع التسعينات في القرن السابق. و ما تلا ذلك من نهضة عارمة في نظم الاتصال و المعلومات و بروز قوى لتكتلات اقتصادية عملاقة⁽¹⁾ بدأت تتضح معالم مرحلة جديدة للنظام الاقتصادي العالمي دفعت بالباحثين خلال عقد التسعينات بالتخلي عن استخدام مفهوم النظام الذي ينطوي بالضرورة على آليات و قواعد واضحة و محددة. يهتم بدراسة التغيرات في العلاقات بين داخل أطرافه، لصالح مفهوم العولمة الذي يبدو أكثر حيادية في ظاهرة و أكثر غموضا في الوقت نفسه. غير أن هذا الحياد لا يخفي البعد الهيميني الكامن فيه و الذي يهدد الدول التي ترفضه بالزوال و الانقراض.

و هكذا بدأت تظهر منذ إعلان الرئيس بوش في خطابه أمام الكونجرس الأمريكي في مارس 1991 أن حرب الخليج كانت المحك الأول لقيام نظام عالمي جديد يوصف بالعولمة لا زال في طور التكوين و التشكيل و قد تحدد معالمه وآلياته و أبعاده و مركزه و أطرافه في السنوات المقبلة.

و تعود بدايات استخدام مصطلح العولمة إلى عقد السبعينات من القرن العشرين، وتحديدًا في عام 1970 عندما أصدر "مارشال مال لو هان" كتابه المعنون "حرب في القرية الكونية"، تبعه كتاب زنبينو بريزنسكي، مستشار مجلس الأمن القومي في عهد الرئيس الأمريكي رونالد ريجان، بعنوان

1 انظر :- حشماوي محمد" الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية"، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية جامعة الجزائر ، -كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، السنة 2006، ص 67

"أمريكا والعصر الإلكتروني". فقد بين الكاتبان الاتجاه الذي بدأ يفرض نفسه على صعيد العلاقات الدولية فيما يتعلق بالتأثير المتبادل بين مختلف دول العالم بفضل تقدم وسائل التكنولوجيا والمواصلات"

وقد عرفت العولمة بأنها " هي تلك الحالة او الظاهرة التي تسود في العالم حاليا ، وتتميز بمجموعة من العلاقات والعوامل والقوى تتحرك بسهولة على المستوى الكوني متجاوزة الحدود الجغرافية للدول ويصعب السيطرة عليها ،تساؤها التزامات دولية او دعم قانوني ، مستخدمة اليات متعددة ومنتجة لاثار ونتائج تتعدى نطاق الدولة الوطن الى المستوى العالمي لتربط العالم في شكل كيان متشابك الاطراف يطلق عليه القرية الكونية "(1)

و يعتبر "سيمون رايش **Simon Riech** "العولمة بمثابة ملتقى لسلسلة من الظواهر الاقتصادية المتصلة في جوهرها. و تشمل هذه الظواهر تحرير الأسواق و رفع القيود عنها، و خصخصة الأصول، و تراجع وظائف الدولة (خاصة ما يتعلق بالرفاهية الاجتماعية)، و انتشار التقنية، و توزيع الإنتاج التصنيعي عبر الحدود (من خلال الاستثمار الأجنبي المباشر)، و تكامل أسواق رأس المال (2). و يضيف "فرانسيسكو فوكوياما **Francis Fukuyama**" بعدا ثقافيا و إيديولوجيا لمفهوم العولمة معتبرا أياما وسيلة لهيمنة القيم الأمريكية على العالم، و في هذا الصدد، يعتبر فوكوياما العولمة نتاجا للمعركة الإيديولوجية التي سادت العالم، سيما خلال القرن العشرين، و التي تمخضت عن انتصار الحداثة و الديمقراطية. و بالتالي، فإن النظام العالمي الجديد هو الإطار الهيكلي الذي يكفل انتشار الفكر الغربي الليبرالي و التقنية الغربية

وقد عرفها " ريتشارد هيجوت **Richard Higgot**" تعريفا أكثر شمولية لظاهرة العولمة التي يعتبرها حقبة زمنية مؤقتة تصف سياقاً تاريخياً تقع في إطاره جملة من الأحداث. و يصف هيجوت العولمة بأنها ثورة تقنية اجتماعية تحمل في طياتها مجموعة جديدة من الأنشطة التي تقود إلى تحول حاسم من الرأسمالية الصناعية إلى مفهوم العلاقات الاقتصادية لما بعد المرحلة الصناعية. و في ظل هذا النشاط فإن العلاقات الاقتصادية العالمية سوف تستقر في نهاية المطاف على قيام سوق عالمية واحدة تعتمد في آلية عملها على الترابط التقني المتلازم عبر الحدود الوطنية و سيادة الاقتصاد عبر الشبكات و تقودها النخبة التكنو صناعية في العالم .

¹ انظر :- جاسم انظر زكريا، احمد عبد العزيز، فراس عبد الجليل الطحانا "العولمة الاقتصادية وتأثيراتها على الدول العربية" مجلة الإدارة والاقتصاد العدد السادس والثمانون السنة 2011 ص64، انظر :- نوري منير " معوقات مساندة العولمة الاقتصادية للدول العربية " مجلة اقتصاديات شمال افريقيا - العدد الاول ، ص 88
² انظر :- ر. هيجوت: العولمة و الألفية. سلسلة محاضرات الإمارات (25) مركز، الدراسات و البحوث الإستراتيجية. أبو ظبي 1998. ص 6-8

انطلاقاً من مجموعة التعريفات السابقة يمكن القول بأن العناصر الأساسية لظاهرة العولمة تتمحور حول الازدياد المطرد في العلاقات المتبادلة بين الأمم سواء في تبادل السلع و الخدمات أو فيما يتعلق بانتقال رؤوس الأموال أو في انتشار المعلومات و الأفكار و الثقافات، و ما تحمله كل هذه التفاعلات من إمكانية التأثير المتبادل بين الأمم و الشعوب بقيم و عادات و سلوكيات بعضها البعض.

فما سبق يمكن اختصار المدى الأبعد لمفهوم العولمة بالاندماج الكلي لأسواق العالم في حقول التجارة والاستثمارات المباشرة و انتقال الأموال و الأيدي العاملة والثقافات و من ثم خضوع العالم برمته لقوة و ميكانيكية سوق عالمية واحدة تخترق الحدود القومية و تضعف سيادة الدولة القومية على مواردها و أولوياتها و رعاياها.

يبدو جلياً إذن أن البعد الاقتصادي هو الجانب الأهم و الأخطر على الإطلاق في مفاهيم العولمة و تطبيقاتها الجديدة رغم تنوعها و تفاوت تعريفها. بمعنى أن العولمة الاقتصادية هي الأكثر اكتمالاً وتحققاً على أرض الواقع من العولمة الثقافية أو السياسية ، ويبدو العالم اليوم معلوم اقتصادياً أكثر مما هو معلوم ثقافياً أو سياسياً .

و من المرجح جداً أن تلعب اقتصاديات العولمة الدور الأكبر في رسم معالم العلاقات الاقتصادية الدولية والتي بدورها تؤثر على القانون الدولي الخاص الذي يقوم على فكرة الحدود السياسية لحل مشكلة تنازع القوانين، وهو ما جعل الفقه يؤكد على أن العولمة الاقتصادية وأهدافها تتنافى مع مناهج هذا القانون عموماً، ومنهج التنازع على وجه الخصوص.(1).

الفرع الثاني: العولمة الاقتصادية تتنافى ومنهج تنازع القوانين.

يعتبر تحديد القانون واجب التطبيق على التصرفات القانونية التي تتم بين الأشخاص ويكون أحد عناصرها أجنبياً. احد مواضيع تنازع القوانين في قانون الدولي الخاص .

لقد أثرت سياسات التحرر والتطور الهائل في وسائل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص بصفة عامة ومنهج التنازع بوجه خاص، وكانت سبباً في توجيه الفقه العديد من الانتقادات كونهما أضحيا متخلفين عن مجارة الوثبات السريعة لحركة التبادل التجاري الدولي في عصر العولمة.

ومن المعلوم ان القانون الدولي يقوم على ظاهرة الحدود السياسية الفاصلة بين الدول أعضاء المجتمع الدولي، وذلك لتحديد نطاق انطباق قانون الدولة، في حين أن العولمة الاقتصادية تقوم أساساً على إلغاء الحدود السياسية وتحرير التجارة العالمية والاعتماد على الفضاء الإلكتروني لعقد الصفقات، مما يعني في الأخير أن ظاهرة العولمة الاقتصادية تتنافى مع أصل وسبب وجود القانون الدولي الخاص ومنهج التنازع(2).

1 انظر :- حشماوي محمد" الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية" ص 71

2-انظر: احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني- السياحي - البيئي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 32.

أولاً: ظاهرة الحدود السياسية أصل وجود القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين

لقد استقر لدى الفقه قانون الدولي خاص ان هذا الفرع من فروع القانون يدين بوجوده الى ظاهرة الحدود السياسية الفاصلة بين الدول حتى قيل بأن لهذا القانون وظيفة سياسية أكثر منها قانونية لان الأمر يقترب من تنازع من بين سيادات الدول صاحبة الاختصاص التشريعي . مع العلم أن كل دولة تنقسم فيها العلاقات القانونية إلى العلاقات وطنية أي داخلية التي ترتبط جميع عناصرها وترتب آثارها في دولة واحدة ولا تحتاج لتدخل القانون الدولي الخاص لأنها تخضع كقاعدة عامة لقانونها الوطني ، وإلى علاقات ذات طابع دولي مشتملة على عنصر أجنبي كأن كان أطرافها أجنبان أو محلها موجود في إقليم دولة أجنبية أو أن يكون السبب المنشئ لها أجنبي وهي روابط تتعدى أو تتجاوز حدود النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة. ، وهنا تتدخل قواعد القانون الدولي الخاص في تحديد قانون واجب التطبيق ، ومن اهم مجالات هذا القانون هو منهج تنازع القوانين .

وغني عن البيان أن ظاهرة الحدود السياسية هي التي تقف وراء تحديد كل المفاهيم السابقة من حيث تحديد جنسية الأطراف ، ومواطنهم، ومحل إقامتهم ، ومحل إبرام التصرف القانوني، ومكان تواجد العلاقة القانونية، والسبب المنشئ لها.

ومن المعلوم ان العقد الدولي هو العقد الذي يكون احد عناصره متواجدا في اكثر من دولة سواء كانت أطرافه أو موضوعه أو الواقعة المنشئة ، ويرتب عنه انتقال رؤوس أموال عبر الحدود . فالعبارة اذن في تحديد دولية العقد هو «إقليم الدولة» .

وانطلاقا من ذلك فان الضوابط مكانية تلعب دورا حاسما في تحديد القانون واجب التطبيق ، بحيث تمنح الاختصاص لنظام قانوني خاص بدولة معينة، كضابط محل إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو محل إقامة المدين بالأداء المميز في العقد، وغير ذلك من الضوابط التي تختلف باختلاف التشريعات الوطنية.

ثانياً: منهج التنازع القائم على ظاهرة الحدود السياسية يتنافى والعولمة الاقتصادية.

لقد مضت الإشارة الى منهج التنازع باعتباره احد مواضع القانون الدولي الخاص يقوم على مرتكزات مكانية ، وهذه الأخيرة أضحت غير ذات مفعول ولا تتلاءم مع مقتضيات العولمة الاقتصادية القائمة علي جعل العالم قرية صغيرة وسوق متحررة من الحدود الوطنية تقدم خدمات ومنتجات متنوعة ، ورأس المال ومبدأ إهمال الحدود الجغرافية في كل تعامل اقتصادي وتجاري، (1)

وما زاد من اختفاء ظاهرة الحدود السياسية في مجال المبادلات الاقتصادية الدولية ظهور التكنولوجيا من شبكة اتصالات دولية للمعلومات الذي استتبعها ظهور عالم افتراضي ليست له أية

مرتكزات او صلات جغرافية ، فالمكان الأرضي يعد عدوا لتلك الشبكة والمهام المنوطة بها، ومن ثم فلا قيمة له في مواجهتها" كما أنها غير خاضع لسيطرة اية سلطة سياسية (1). وكان تلك الشبكة قد جاءت لتقلب وتغير كل المفاهيم التي استقر عليها القانون الدولي الخاص بما فيها منهج التنازع الذي يتولى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي بالاعتماد على المرتكزات المكانية (2).

إذ يرى الفقه ان التنوع والاختلاف المستمد من الطابع الوطني والإقليم لقواعد التنازع يشكل عائقا أمام العولمة الاقتصادية التي تذوب فيها الحدود السياسية بين الدول وتسقط فيها حواجز المسافات بين القارات، وعليه فمن غير الملائم القول بوجود قوانين وطنية متعددة يمكن أن تخضع لها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي والدائرة في مجتمع واحد هو مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود(3).

المطلب الثالث: أزمة منهج التنازع في ظل تحرير التجارة العالمية.

تخضع عقود التجارة الدولية للقانون المختار من طرف الأطراف المتعاقدة، وفي حالة عدم تحديد هذا القانون فان يقع على القاضي تحديد هذا القانون وذلك بإسناده إلى قانون دولة الأوثق صلة وفقا لما تشير إليه ضوابط الإسناد الاحتياطية في قانونه. ، غير انه قد قد يطبق القاضي قانونه تطبيقا مباشرا بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد بمقتضى منهج التنازع القوانين وهذا ما يعرف بـ " منهج القواعد ذات التطبيق الضروي" والذي ظهر ببروز مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط الاجتماعي والاقتصادي تحقيقا للمصلحة العامة وحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، وهو مبدأ الذي جاء معبرا عن انتصار الفكر الاشتراكي الذي يقوم على تدخل الدولة (4).

ولقد ساهم النظام العالمي الاقتصادي الذي يقوم على حرية التجارة بين الدول وتحريرها من كافة القيود خاصة مع نشأة المنظمة العالمية للتجارة في تبني العديد من القواعد والقوانين الحمائية الدول من طرف الدول المتقدمة والمتخلفة على حدّ سواء ، وبالنتيجة تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروي في ميدان العقود الدولية باعتبارها الأداة الرئيسية لتبادل القيم والثروات عبر حدود الدول.

ولأن منهج القواعد ذات التطبيق الضروي هو منهج منافس لقاعدة الإسناد في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين كونه يستتبع بالضرورة استبعاد قاعدة الإسناد(5)، وبالتالي قانون الإرادة في

1- أنظر : أحمد سامي ربحان، الانترنت، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999، ص 26.

2- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون المرجع السابق ، ص 39.

3- أنظر : أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، جامعة عين شمس، يوليو، 2002، ص 353 و 354.

4- أنظر: جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 147.

وأنظر أيضا : رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006، ص 347. وأنظر : احمد عبد الكريم سلامة- تحرير التجارة العالمية وآثاره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، المجلد الثاني ، العدد 19 جامعة منصوره ، 1996 ، ص 570.

5- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة الاولى، 2001، ص 301.

مجال عقود التجارة الدولية، فإنه يبدو واضحاً أن منهج التنازع أضحى في أزمة حقيقة في ظل اتجاه الدول نحو التوقيع على اتفاقيات التجارة الدولية، وما ترتب عن ذلك من تزايد في عدد القواعد ذات التطبيق الضروري.

وقبل التعرض لملامح أزمة منهج التنازع في ظل هذا الوضع، وجب البحث بداية في مضمون ومبادئ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية وذلك قبل البحث في أزمة منهج التنازع في ظل تنامي عدد القواعد ذات التطبيق الضروري وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: مضمون ومبادئ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية

لقد أملت الضرورات الاقتصادية والصناعية أحكامها في التعاملات الدولية بين كافة الدول . وتبلورت مفاهيم التجارة الدولية واتضح اختلافها عن المفاهيم المحلية، و أصبحت هذه الأخيرة بالتالي مصدر قلق لندفق التجارة الدولية وانسيابية حركتها في شرايين العالم الذي أصبح أشد اتصالاً وأكثر ارتباطاً والذي تحكمه الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة (GATT)، والمعروفة باسم جولة أوروغواي ، وتنحصر مهمة ألمات في محاور ثلاثة : يرتبط الأول بالإشراف على سلامة تطبيق نصوص الاتفاقية من قبل الأطراف المتعاقدة . ويختص الثاني بتنظيم جولات للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف ووضع نتائجها موضع التنفيذ . أما الثالث فمن خلال تقديم إطار لتسوية المنازعات التي تثور بين الأطراف المتعاقدة

وترتب على تنفيذ هذه الاتفاقية إنشاء منظمة العالمية للتجارة التي تتولى الإشراف على تنفيذ كافة الاتفاقيات والبروتوكولات و القرارات الوزارية التي تم التوصل إليها من خلال جولات المفاوضات السابقة و بخاصة الاتفاقيات التي أقرها مؤتمر مراكش و التي بلغ عددها 28 اتفاقاً. ولقد تم تحديد قرارات جولة أورجواي و حل المنازعات التجارية بين الدول الأعضاء، و كذا سهر على تحرير التجارة الدولية من القيود التعريفية و غير التعريفية حتى تسمح لها المساهمة في عملية التنمية ، وتعتبر منظمة التجارة الدولية حالياً المرجع التجاري - الاقتصادي الأعلى، الذي يحدد طبيعة العلاقات التجارية و الاقتصادية لمعظم الدول .

وانطلاقاً من ذلك سنتطرق لمضمون اتفاقيات تحرير التجارة العالمية ومبادئها، ثم لدور منظمة التجارة العالمية في تنفيذها، وفقاً لما يلي :

أولاً- مضمون اتفاقيات تحرير التجارة العالمية:

إن أهم ما يميز التحول في النظام التجاري الدولي نحو نظام الحرية التجارية أنه- بعد عام 1994 و بداية عام 1995 و إنشاء منظمة التجارة العالمية - قد شمل تحرير التجارة ليس فقط في مجال السلع

الصناعية، بل شمل أيضا السلع الزراعية و السلع الصناعية الأخرى مثل المنسوجات و الملابس. هذا بالإضافة إلى تجارة الخدمات التي تعتبر نقطة تحول في العلاقات الاقتصادية الدولية و بالإضافة إلى تحرير الخدمات، فقد شمل التحول في النظام التجاري الدولي التحرير و التنظيم و الحماية للملكية الأدبية و الفنية والصناعية، و كذلك تحرير قوانين الاستثمار من القيود ذات الأثر على التجارة الدولية⁽¹⁾

فجولة أوروغواي أدخلت لأول مرة في تاريخ المفاوضات التفاوض حول موضوع التجارة في المنتجات و السلع الزراعية و تم إدخال قطاع المنسوجات والملابس الجاهزة و تحريره تدريجيا حتى بداية 2005.

و بالتالي أصبح التحرير في مجال السلع يعني تحرير السلع الزراعية و السلع الصناعية من القيود التعريفية و غير التعريفية و عدم التمييز بين الدول المختلفة في المعاملات التجارية، و إذا اقتضت الضرورة تقييد التجارة الدولية فإن ذلك يتم من خلال الاعتماد على التعريفات الجمركية و ليس على القيود الكمية.

و قد تم إدخال قطاع الخدمات لأول مرة فيما عرف باتفاقية تحرير الخدمات GATS بل أدخلت جولة أوروغواي المجال الخاص بالملكية الفكرية و تحرير مجالات الاستثمار ذات العلاقة بالتجارة الدولية و غيرها من المجالات مثل النفاذ إلى الأسواق و تسوية المنازعات و غيرها من الأطر المؤسسية المنظمة للتجارة الدولية بحيث يمكننا القول أن تلك الجولة شملت معظم إن لم يكن كل مجالات التجارة الدولية. بل و برزت في هذه الجولة التأكيد على الارتباط بين السياسات التجارية و الاقتصادية و التفاوض حولها كوحدة واحدة، و من ناحية أخرى التعامل مع القطاعات التي كانت مهمة في مجال تحرير التجارة مثل السلع الزراعية و الخدمات أو تلك التي كانت تخضع لأنظمة خاصة مثل المنسوجات و الملابس الجاهزة، و تعد نتائج هذه الجولة بمثابة صفقة متكاملة لا تتجزأ بحيث تقبل أو ترفض برمتها دون اختيار أو انتقاء⁽²⁾ وكل هذا يؤكد على تحول النظام التجاري الدولي بالفعل إلى نظام الحرية التجارية.

: نتائج جولة الأوروغواي:

شهدت مدينة مراكش المغربية في 15/4/1994 التوقيع على أكبر اتفاق عالمي للتجارة في التاريخ و تصل عدد صفحات الاتفاق إلى نحو 26 ألف صفحة، و ينص هذا الاتفاق على انفتاح أكبر

¹ انظر : - حشماوي محمد" الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية"رسالة الدكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2006 ، ص 90

² انظر : - حشماوي محمد" المرجع السابق" ، ص 135

للأسواق العالمية و خفض الرسوم الجمركية و تأسيس منظمة التجارة العالمية التي حلت محل ألغات في الأول من جانفي 1995.⁽¹⁾

و قد أكد إعلان الاتفاقية أن إنشاء المنظمة العالمية للتجارة يعد مرحلة تاريخية جديدة للتعاون الاقتصادي العالمي يستجيب للرغبة العامة في العمل ضمن إطار نظام تجاري متعدد الأطراف أكثر عدلا و انفتاحا يخدم رفاهية الشعوب و رخاءها. و قد أكد الوزراء في هذا الإعلان العزم على مقاومة الضغوط الحمائية بكل أنواعها، و القواعد المتينة التي وضعت في إطار جولة الأوروغواي ستؤدي حتما إلى إشاعة مناخ تجاري عالمي أكثر انفتاحا. وأكد الإعلان عن اختتام جولة الأوروغواي العزم على العمل لتحقيق انسجام أكبر على المستوى العالمي للسياسات المتبعة في المجالات التجارية و النقدية و المالية من خلال التعاون بين المنظمة العالمية للتجارة و صندوق النقد الدولي و البنك الدولي للإنشاء و التعمير.

لقد كانت المشاركة في جولة الأوروغواي أكثر بالمقارنة مع كل المفاوضات التجارية متعددة الأطراف السابقة و بخاصة مشاركة البلدان النامية التي اضطلعت بدور جد نشط أثناء المفاوضات. و هذا يوفر الجو المناسب لإقامة شراكة تجارية أكثر توازنا و اندماجا. هذا و قد تم خلال الفترة التي جرت فيها المفاوضات تطبيق إجراءات مهمة للإصلاح الاقتصادي و التحرير الذاتي للتجارة في عدد من البلدان النامية و البلدان التي كانت تعتمد الاقتصاد الموجه (المخطط).

اعتمدت نتائج جولة الأوروغواي رسميا في اجتماع مراكش من جانب الدول المشاركة في الجولة في 15/4/1994 و أهم هذه النتائج"

1- إنشاء المنظمة التجارية العالمية لتكون الإطار المؤسسي لجميع الاتفاقيات التي أبرمت خلال جولة أوروغواي. و يمكن تلخيص المهام التي كلفت بهاد المنظمة في تسهيل، تنفيذ و إدارة الاتفاقيات المنبثقة عن جولة أوروغواي، و الإشراف على المفاوضات التجارية المتعددة الأطراف، و إدارة نظام شامل و موحد لتسوية النزاعات و إدارة آلية مراجعة السياسات التجارية في الدول الأعضاء، و التعاون مع كل من صندوق النقد الدولي و البنك الدولي لتحقيق انسجام أكبر بين السياسات التجارية و المالية الدولية. و قد تضمنت اتفاقية و نتائج جولة أوروغواي إدماج الاتفاقيات السابقة للغات التي لم تلغ أو تعدل ضمن إطار الترتيبات الجديدة للمنظمة العالمية للتجارة.

2- توسيع نطاق النظام التجاري متعدد الأطراف بحيث أصبح يشمل تجارة الخدمات و التجارة في المنتجات الزراعية و المنسوجات و الملابس، و هي جوانب لم يسبق التطرق إليها خلال المفاوضات متعددة الأطراف في الجولات السابقة و شملت القواعد الجديدة لهذا النظام أيضا حقوق الملكية الفردية ذات الصلة بالتجارة، و تدابير الاستثمارات المتعلقة بالتجارة.

¹انظر :- حشماوي محمد" المرجع السابق "ص139

3- توسيع و تعميق تحرير التجارة عن طريق إجراء تخفيضات إضافية في التعريفات الجمركية و تثبيت الرسوم الجمركية عند سقوف معينة لا يمكن رفعها إلا من خلال التفاوض و الالتزام بالتعويض، و كذلك تخفيض القيود الجمركية.⁽¹⁾

4- تعزيز فعالية القواعد متعددة الأطراف في تسوية المنازعات، إذ تم إدماج جميع جوانب و تدابير تسوية المنازعات في نظام واحد يعمل تحت جهاز تسوية المنازعات، و يوفر هذا النظام عدة مزايا و ضمانات في إطار متعدد الأطراف.

و لعل النتيجة التي جسدت قيام نظام تجاري جديد تجلت في إنشاء المنظمة العالمية للتجارة كان بمثابة انجاز تاريخي و تحقيق الحلم الذي راود المجتمع الدولي منذ أكثر من 47 سنة بحيث تشكل الإطار المؤسسي لجميع الاتفاقيات التي أبرمت خلال جولة الأوروغواي.

وعلى العموم فإن اتفاقيات تحرير التجارة العالمية المنبثقة عن جولة أورغواي تشمل ما يلي:
اتفاقية التجارة في المنتجات الزراعية.

الاتفاقية الخاصة بتطبيق تدابير الصحة والصحة النباتية المؤثرة في التجارة العالمية.
اتفاقية التجارة في المنسوجات والملابس.

الاتفاقيات المتعلقة بتجارة السلع، الإجراءات الوقائية، ومواجهة سياسات الإغراق.
الاتفاقية المتعلقة بالحقوق الفكرية.

الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات.

الاتفاق حول قضايا التجارة المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية.

مذكرات تفاهم حول قواعد فض المنازعات وإجراءاتها، وحول متابعة منظمة التجارة العالمية للسياسات التجارية للدول الأعضاء.⁽²⁾

ثانيا- المبادئ التي تقوم عليها اتفاقيات تحرير التجارة العالمية: تقوم الاتفاقيات المتعلقة بتحرير التجارة العالمية على المبادئ والأسس التالية:

1- مبدأ التخفيض المتبادل للتعريفات الجمركية

والمقصود أن تتعاون الدول الأعضاء في الاتفاقية بخفض رسومها الجمركية أمام الواردات الأجنبية تحفيزاً للتجارة العالمية، وتقليصاً للعوائق السعرية عليها، أو على الأقل ربط تلك الرسوم بحيث لا تزيد .

2- مبدأ الشفافية في المعاملات التجارية الدولية:

يقضي هذا المبدأ بتعهد الدول الأعضاء بنشر المعلومات اللازمة حول القوانين واللوائح الوطنية و الممارسات الشائعة التي قد تعرقل تجارة الخدمات و السلع.

¹ انظر : - حشماوي محمد" المرجع السابق"ص 143

² انظر:- بن احمد الحاج " اثر التحولات الاقتصادية على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية " ص 74

وهناك استثناءات على هذه المبادئ تأخذ في الحسبان واقع الاقتصاد العالمي والفروقات بين الدول التي تعيق التطبيق الدقيق لمبادئ المعاملة بالمثل، ومنها:⁽¹⁾

- المادة 24 و هي الاستثناء الأهم على "نص الدولة الأكثر رعاية" التي تسمح بإقامة مناطق تبادل حر أو اتحاد جمركي، تمنح الدول المنتسبة شروطاً أفضل في ميدان الرسوم الجمركية. و الاستثناء الذي يكاد يلغي مفعول المبدأ المذكور أعلاه رقم 1 هو الفقرة الرابعة من المادة 24، التي دخلت حيز التطبيق منذ 1966، والتي تسمح لدول العالم النامي بالاستفادة من هذا المبدأ دون أن تكون مجبرة على تطبيقه بالمثل حيال الدول الغنية.

- المادة 19 تسمح بإقامة عوائق جمركية تهدف إلى حماية فروع من النشاط الاقتصادي المهدد، الأمر المعروف بـ " بند الحماية" و القيد الوحيد المفروض عليه هو وجوب احترام مبدأ التعامل بالمثل بين الدول.

- المادة 12 تسمح بممارسة قيود كمية في الحالات التالية.

- عندما يتعرض ميزان المدفوعات إلى خلل خطير، لكن يجب رفع القيود عندما يعود الميزان إلى التوازن.

- عندما تدخل هذه القيود في إطار سياسة زراعية تحد من الإنتاج لامتناس الفوائض.

- عندما تعتبر "دول نامية" أن تحديد الاستيراد يسهل لها خلق أو تنمية فرع من فروع صناعاتها الداخلية.

من قراءة هذه المبادئ و الاستثناءات يبدو أن نص " الغات" يحمل بذور الشقاق في ثناياه. لكن حتى عام 1973 ، و هي الفترة التي عرف فيها العالم نمواً اقتصادياً ملحوظاً، لم تحدث خلافات جوهرية ، و تم التوصل إلى حلول سريعة للخلافات الناشئة بين الدول. أما العقدان الماضيان فقد حملا خلافات حادة و اضطرابات داخل " الغات" نتيجة الأزمة الاقتصادية العالمية الآخذة بالتصاعد. و راحت الدول في سعيها وراء مصالحها الضيقة تنهرب من تطبيق قواعد " الغات" و تلجأ إلى الإعفاءات و الاستثناءات ، و تتبادل الاتهامات في ما بينها إلى درجة أن الاتفاق نفسه بات مهدداً ، بعدما بدأ للجميع أن الممارسة ابتعدت كثيراً عن النصوص المكتوبة.

3- معاملة الدولة الأولى بالرعاية:

و تعني أن لا يجوز لأي طرف في الاتفاقية تقديم امتيازات يكون من شأنها التمييز بين موردي السلع و الخدمات من الدول الأطراف الأخرى.

¹ انظر :- إبراهيم العيسوي: " ألغات و أخواته" مذكرة الدراسات العربية بيروت 1995 ص 19.

يلتزم البلد العضو بموجب هذا المبدأ بمنح جميع الدول نفس المعاملة التفضيلية التي يمنحها لأي من الدول المتعاقدة ، و ذلك فيما يتعلق بتطبيق و إدارة الضرائب و الرسوم المفروضة على المستوردات و الصادرات، إلا أن هناك استثنائين لهذا المبدأ:

أ- الاتفاقيات التجارية ذات الطابع الإقليمي التي تقوم الدول المنظمة إليها بإلغاء الرسوم الجمركية و بقية الحواجز فيما بينها و اعتماد تعريف جمركية موحدة تطبق على الدول الأخرى، و منطقة التبادل الحر التي تقوم الدول الأعضاء فيها بإلغاء الرسوم الجمركية و بقية الحواجز التجارية فيما بينها و تبقى كل دولة على تعريفاتها الجمركية الخاصة مع الدول الأخرى.

ب- الامتيازات و الأفضليات التجارية التي تمنحها بعض الدول المتقدمة للدول النامية بموجب النظام المعمم للأفضليات (G.S.P.)

4-مبدأ المعاملة الوطنية:

والمقصود أن تتم معاملة كل دولة لسلع الدول الأخرى معاملة السلع الوطنية سواء فيما يتعلق بالضرائب المحلية أو الأنظمة المعمول بها. وفي هذا الإطار تعطى الدولة المشاركة في الاتفاقية وضع «؛ الدولة الأولى بالرعاية» ويقصد به :حصول الدولة على كل مزايا من بلد آخر للبلدان الأخرى تلقائياً حتى لو لم يكن البلد طرفاً في اتفاقية محددة، ويستثنى من ذلك البلدان الداخلة في ترتيبات تجارية إقليمية⁽¹⁾.

5 -مبدأ المفاوضات التجارية:

يتفق هذا المبدأ مع أهداف منظمة التجارة العالمية، حيث يسمح بإيجاد نوع من التسوية للنزاعات التجارية القائمة، لذلك جعلت المفاوضات متعددة الأطراف هي الأداة الأساسية في تسوية المنازعات، وهذا العامل الرئيسي هو الذي يتوقف عليه نجاح أهداف المنظمة وتحقيق الغاية المنشودة منه.

ثالثاً- دور منظمة التجارة العالمية في تحرير التجارة على الصعيد العالمي:

كانت الفكرة السائدة قبيل انتهاء الحرب العالمية الثانية هي أن النظام الاقتصادي الدولي الجديد يقوم على ثلاث ركائز: هي استقرار سعر الصرف وحرية تحويل العملات من ناحية ، وحرية انتقال رؤوس الأموال وتوفير مناخ مناسب للاستثمار العالمي من ناحية ثانية ، ثم ضمان حرية التجارة الدولية من ناحية ثالثة. وأما قضايا التجارة العالمية فقد انعقد بشأنها مؤتمراً في هافانا 1948 صدر عنه ما يعرف بميثاق هافانا لتأكيد مبدأ حرية التجارة وإنشاء منظمة التجارة الدولية للإشراف على تنفيذ هذه المبادئ، ولكن عدم تصديق الولايات المتحدة الأمريكية على هذا الميثاق ، عندما سحب الرئيس ترومان مشروع التصديق من أمام الكونجرس في بداية الحرب الكورية 1950

أجهض إنشاء هذه المنظمة الدولية. وبالتالي ظل الركن الثالث للنظام الاقتصادي الدولي معطلا حتى أمكن الاتفاق ، بعد نهاية الحرب الباردة ، ومن خلال ما عرف بجولة أوجواي لاتفاقية الجات ، على إنشاء منظمة التجارة العالمية في 1994 وبذلك استكمل ، قبل نهاية القرن الشكل المؤسسي للنظام الاقتصادي الدولي الذي كان قد . اقترحه قبل خمسين عاما.

وجدير بالإشارة بأنه قد سبقت مؤتمر هافانا عدة محاولات لتحرير التجارة وإنشاء منظمة دولية للتجارة الدولية . فميثاق الأطنطي الصادر في 1941 عن رئيس الولايات المتحدة ورئيس الوزراء البريطاني ، تضمن الدعوة إلى « فتح الأسواق، على قدم المساواة ، أمام الجميع للتجارة في السلع و المواد الأولية اللازمة لضمان الازدهار الاقتصادي .» كذلك فإن مؤتمر بريتونوودز الذي أنشأ البنك الدولي وصندوق النقد الدولي ، دعا أيضا إلى إنشاء منظمة للتجارة الدولية .وقد تأثرت هذه الدعوات هنا أيضا بأفكار كينز ، وخاصة من أجل العمل على تثبيت أسعار المواد الأولية ، عن طريق تأسيس نوع من صندوق تثبيت الأسعار .وفي « مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والاستخدام»⁽¹⁾ الذي عقد في لندن في 1946 ، شكلت لجنة من 18 دولة ، اجتمعت في نيويورك في 1947 وفي جنيف في 1948 وأخيرا في هافانا في مارس 1948 حيث صدر ميثاق هافانا ، غير أن هذا الميثاق لم ير النور بعد رفض الولايات المتحدة الأمريكية التصديق عليه .ورأت الدول أن تضع آلية جديدة مؤقتة ، لضمان تنفيذ وحماية التنازلات التي تم الاتفاق عليها في هذا الاجتماع . ولذلك فقد اقتطع من هذا الميثاق الفصل الخاص بالسياسة التجارية مع تحويله ، بعد إدخال بعض التعديلات الطفيفة إلى الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة) الجات . ووضعت هذه الاتفاقية في شكل بروتوكول مؤقت لوضع هذه الترتيبات موضع التنفيذ . وهكذا ولدت « الجات » التي كان الاعتقاد بأنها ترتيب مؤقت فإذا بها تستمر ما يقرب من خمسين عاما حتى أفرزت في 1994 في مؤتمر مراكش «منظمة التجارة العالمية» التي حققت أخيرا ما هدف إليه ميثاق هافانا⁽²⁾

وبذلك يتضح مما تقدم بأن منظمة التجارة العالمية جاءت لتحل محل الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة، وهكذا فإن هذه المنظمة تعد من أهم التطورات الاقتصادية التي شهدتها العصر الحديث، وعلامة مميزة لأهم أحداث القرن العشرين.

تسعى منظمة التجارة العالمية عموما إلى تحقيق نظام تجاري عالمي جديد متعدد الأطراف، ويقوم على تحرير التجارة بين دول العالم، على أن يكون نظاما متكاملا وأكثر قدرة على البقاء والدوام، ومشملا على كافة الاتفاقيات العامة للتعريفات والتجارة، ونتائج جولات "الغات" وجولة أوروغواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف.

¹ انظر : - حازم البيلاوي " نظام الاقتصادي الدولي المعاصر " سلسلة كتب ثقافية شهرية بصدورها المجلس الوطني للثقافة والاداب والفنون - الكويت ، السنة ماي 2000 ، ص 55

² انظر:- حازم البيلاوي " المرجع السابق" ص 57

وقد حرصت ديباجة اتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية على إبراز أهدافها، نذكر منها ما يلي: (1)

1- خلق وضع تنافسي عالمي في التجارة الدولية يعتمد على الكفاءة الاقتصادية في تخصيص الموارد.

2- زيادة معدلات النمو للدخل الحقيقي و ذلك بتعظيم الدخل العالمي و رفع مستويات المعيشة.

3- الزيادة في الإنتاج و التجارة العالمية و الاستخدام الأمثل و التوظيف الكامل للموارد العالمية في إطار التنمية المستدامة.

4- توسيع إنشاء أنماط جديدة لتقسيم العمل الدولي و زيادة نطاق التجارة العالمية.

5- توفير البيئة العالمية المناسبة و الملائمة للتنمية المستدامة و الزيادة في حجم التجارة و الاستثمار.

6- إشراك الدول النامية و إدماجها في النظام الاقتصادي العالمي الجديد من خلال مشاركتها في التجارة الدولية.

7- زيادة التبادل التجاري الدولي و تنظيمه على أسس و قواعد وفقا لاتفاقيات الأوروغواي. (2)

وأما المادة الثالثة من اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، فقد بينت مجموعة أهداف تعد في ذات الوقت وظائف تلتزم المنظمة بالعمل على تحقيقها، من أهمها :

1- الإشراف على تنفيذ الاتفاقات التجارية متعددة الأطراف، التي تنظم العلاقات التجارية بين الدول الأعضاء، و تسهيل تنفيذ و إدارة الاتفاقيات المنبثقة عن جولة الأوروغواي.

2- متابعة المفاوضات الدولية لتحرير التجارة الدولية متعددة الأطراف.

3- فض المنازعات الدولية فيما يتعلق بالمعاملات التجارية و تسويتها وفق الأسس التي حددتها اتفاقيات "الغات".

4- متابعة السياسات التجارية الدولية و مدى انسجامها مع ما تم الاتفاق عليه في مؤتمر مراكش. (3)

5- التعاون مع المنظمات الدولية الأخرى كصندوق النقد الدولي و البنك الدولي للإنشاء و التعمير و الوكالات التابعة لهما بهدف تحقيق أكبر قدر ممكن من الانسجام و التوازن في عملية صنع السياسات الاقتصادية الدولية.

و عليه فإن الهدف من وراء إنشاء منظمة التجارة العالمية لم يكن مجرد إعداد هيكل مؤسسي جديد يحل محل "الغات"، وإنما يكمن في إيجاد نظام يتضمن قواعد جديدة في حكم العلاقات التجارية الدولية بما يحقق حرية التجارة و يسهل التعاون بين الأطراف الفاعلة في تلك العلاقات (4).

¹ انظر:- بن احمد الحاج " اثر التحولات الاقتصادية علي النظام القانوني للعقود التجارة الدولية ص 70

² انظر :- عبد الحميد عبد المطلب: الجات و آليات منظمة التجارة الدولية الدار الجامعية" عين الشمس، 2003. ص 182.

³ انظر:- عبد الناصر نزار العبادي: منظمة التجارة العالمية و اقتصاد الدول النامية الدار الجامعية القاهرة 1999. ص 92.

⁴ أنظر: أحمد مخلوف، اتفاق تحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص 423.

الفرع الثاني: تنامي دور القواعد ذات التطبيق الضروري في ظل اتفاقيات تحرير التجارة العالمية.

تكتسب قواعد ذات التطبيق الضروري صادرة من طرف المشرع الوطني سواء في مجال السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية أهمية بالغة في المعاملات الاقتصادية العابرة للحدود وسنحاول قبل تبيان الاتجاه المتصاعد لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري تحديد مضمون هذه الأخيرة ومعايير تمييزها عن غيرها من القواعد القانونية، وهذا فيما يلي:

أولاً- مضمون القواعد ذات التطبيق الضروري ومعايير تحديدها:

لقد ادي تطور الفكر القانوني الى تخويل المتعاقدين حرية الاختيار ألتنازع لقانون العقد ، بما يترتب على ذلك من خضوع الرابطة العقدية لإحكام الامرة في القانون المختار بوصفه القانون واجب التطبيق على هذه الرابطة وفقا لمنهج التنازع .وفي مقابل تخويل القاضي حق تقييد هذه الحرية من خلال سلطته في التطبيق المباشر لبعض القواعد الأمرة في قوانين الدول المرتبطة بالعلاقة العقدية .

وقد ظهرت ثلاث معايير لتحديد مضمون القواعد ذات التطبيق الضروري ، يتمثل الأول في المعيار الشكلي بينما استند رأي ثاني إلى معايير فنية مألوفة في فقه القانون الدولي الخاص ، بينما اتجه فريق ثالث لتحديد ذلك إلى معيار غائي⁽¹⁾ .

فوفقا للمعيار الشكلي تعد القاعدة قانونية من قواعد ذات التطبيق الضروري فيما لو حرص مشرع على تحديد نطاق سريانها المكاني للقاعدة لقانونية على نحو صريح ، بل ولو كانت هذه القواعد تفضي الى اختصاص قانون اجنبي في شأن مركز المطروح على القاضي .⁽²⁾ ويعاب على هذا المعيار أنه علق اكتساب القاعدة القانونية وصف التطبيق المباشر على إرادة المعلنة للمشرع الصريحة في تحديد نطاق تطبيقها ، في حين أنه من غير المقطوع به ان يكون هذا هو مقصود الشارع من هذا التحديد⁽³⁾ .

ولعل هذا النقد هو الذي دفع البعض الى رد هذه القواعد غير المألوفة الى افكار فنية في القانون الدولي الخاص مثل فكرة الإقليمية وفكرة النظام العام⁽⁴⁾

فوفقا لمعيار الإقليمية فإننا نكون أمام قاعدة ذات تطبيق ضروري إذا قدر القاضي الوطني أن قاعدة معينة في قانونه هي قاعدة إقليمية التطبيق ، يتعين تطبيقها على المراكز التي تدخل في نطاق

¹-أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ص 492.

²-أنظر:--هشام على صادق القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية "ص 660 وقد أخذ جانب من أحكام القضاء بهذا الاتجاه، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بأنه : "إن فكرة النظام العائلي الفرنسي لا يمكن في غياب الإرادة المعلنة الواضحة للمشرع أن تلحق بقانون القاضي لتبرر التطبيق المباشر والفوري والملزم لأحكام القانون الفرنسي المتعلقة بقابلية النظام المالي للتبديل أيا كان القانون الذي يحكم عادة النظام المالي للأزواج وفقا بقواعد تنازع القوانين". أنظر في هذا: محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 72.

³-أنظر: نادر محمد إبراهيم " المرجع السابق '، ص 493.

⁴ أنظر:--هشام على صادق" المرجع السابق ' ص 663

سريانها الاقليمي دون الحاجة لاعمال منهج التنازع⁽¹⁾، فالاقليمية وفقا لهذا النظر هي شئ مضاد للتنازع ، او كما قرر البعض " فان العلاقة مابين الإقليمية والتنازع كالعلاقة بين الماء والنار ، فاما ان يطفى ماء الإقليمية لهيب التنازع ، واما ان يتمكن هذا ال لهيب من تبخير مبدأ الإقليمية⁽²⁾ .

وقد انتقد الفقه المعاصر اتخاذ فكرة الإقليمية معيارا لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، ذلك أنها فكرة غامضة يكتنفها اللبس، فمن غير المعقول ان نحاول فهم فكرة غامضة عن طريق فكرة أكثر غموض منها. كذلك فان أي قانون اقليمي ليس بالضرورة من قواعد ذات التطبيق الضروري ، فقانون موقع المال مثلا وان كان يطبق اقليميا ، الا انه لا يعد من قواعد ذات التطبيق⁽³⁾ الضروري

كما أن هناك من القواعد التي تكتسب هذا الوصف على الرغم من أن تطبيقها ليس محصورا بإقليم الدولة⁽⁴⁾.

ومن جانب اخر قام جانب من الشراح وأحكام القضاء بمحاولة اخري بغية تحديد مضمون قواعد ذات التطبيق المباشر وذلك عن طريق اللجوء الى فكرة النظام العام ، اذ تعد القاعدة القانونية قواعد ذات تطبيق ضروري عندما تتعلق بالنظام العام⁽⁵⁾، ومقتضي هذه الفكرة انه اذا تعلق قانون القاضي بالنظام العام ادى ذلك الى فرض تطبيق هذا القانون حتى وان قاده التنازع الى تطبيق قانون اجنبي⁽⁶⁾

ومع ذلك فلقد انتقد هذا الاتجاه لاختلاف طريقة وتوقيت عمل كلا من الدفع بالنظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري . فقواعد هذه الاخيرة تنطبق تطبيقا مباشرا على النزاع المطروح وقبل اعمال قاعدة التنازع بينما يتدخل الدفع بالنظام العام على العكس في مرحلة لاحقة على اعمال هذه القاعدة، كما انتقد معيار النظام العام بأنه لا يأخذ في الاعتبار اختلاف منهج كلا من النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري ، فعلى الرغم من ان الهدف الذي يسعى اليه كلا من المنهجين واحد ، وهو حماية المصالح العليا لجماعة ، إلا ان الدفع بالنظام العام يحقق الحد الأدنى من الحماية " لما يؤدي اليه من استبعاد ما يتعارض من احكام القانون الاجنبي المختص مع النظام العام ، بينما يكفل تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري حدا أقصى من الحماية للكونه سيعطل أعمال قاعدة التنازع من البداية⁽⁷⁾

¹-أنظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 493.

²-أنظر:--هشام على صادق " المرجع السابق 'ص 664

³-أنظر: -. احمد عبد الحميد عشوش " تنازع مناهج تنازع القوانين " ص 68

⁴-فعلى سبيل المثال تنص المادة الثانية من القانون البلجيكي الصادر في 27 يونيو 1960 على سريان هذا القانون على كل خلاف يقع بين زوجين أحدهما بلجيكي الجنسية، وهو ما يدل على أن تطبيق هذا القانون يمتد حتى على حالات الطلاق التي تقع خارج بلجيكا. أنظر في هذا: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 76 و 77.

⁵-أنظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 493.

⁶- انظر احمد عبد الحميد عشوش "المرجع السابق " ص 69

⁷أنظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 494.

وفي ظل فشل المعيار الشكلي والفني ظهرت معايير غائية وهي المعايير التي تضع في اعتبارها الغاية التي تسعى اليها القاعدة محل التحديد او التكيف، وتتمثل في معيار مصلحة العامة (القوانين السياسية)، ومعيار تنظيم الدولة .

وأول المعايير الغائية معيار مصلحة الدولة ، فالقواعد ذات التطبيق هي القوانين السياسية¹ التي تخرج عن مجال تنازع القوانين لتتنطبق على كافة الأشخاص والوقائع والتصرفات وعلى مختلف العلاقات القانونية الصادرة بشأنها ، والتي تسعى على هذا النحو الى إدراك مصلحة الدولة التي أصدرتها "

وقد قضى القضاء بهذه الفكرة في عدة احكام قضائية منها حكم الصادر عن المحكمة الفيدرالية الألمانية بتاريخ 17 ديسمبر سنة 1956 في نزاع **creances wollert** التي رفضت هذه المحكمة الاعتراف بالقيود النقدية التي تفرضها جمهورية المانيا الديمقراطية ، وعلى كل حال ليست فكرة القوانين السياسية بغريبة على الفقه الالما ني حيث نجد صداها في فقه كل من

neumayer ،zweigert

كما اصدر القضاء البلجيكي العديد من الاحكام مستندا الى هذه الفكرة، ففي حكم لمحكمة النقض البلجيكية صادر في 2 يونيو 1960 قضت بان اجراءات التاميم التشيكية لهم تهدف الى تنظيم حقوق الاشخاص الخاصة بغية حماية مصالحهم ، وانما استهدفت مباشرة حماية مصالح الدولة التي اصدرت تلك التاميمات⁽²⁾.

غير أن هذا المعيار قد تعرض هو الآخر للنقد، ذلك ان فكرة القوانين السياسية في حد ذاتها فكرة غامضة ترك مجالاً واسعاً لتحكم القضاء ، وتبدو اهمية هذه الملاحظة بصفة خاصة بعد انتصار مبدأ تدخل الدول في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية على نحو لم يعد من المتصور فيه ان يفصل فصلاً كاملاً بين القوانين التي تحقق المصالح الخاصة وتلك التي تسعى الى ادراك المصلحة العامة ، وان كان الفقيه "بيليه" قد فرق بين هذين القوانين اذ يري ان القوانين التي تسعى لحماية الجماعة هي قواعد البوليس ذات التطبيق الضروي والتي يتسم اعمالها بالطابع الاقليمي ، ومن ثم يقتصر تطبيقها على اقليم الدولة التي اصدرتها ، وهو ما يفيد رفض تطبيقها فيما لو كانت صادرة عن دولة اجنبية⁽³⁾

وأمام فشل هذا المعيار في إيجاد أساس يتحدد بموجبه مضمون القواعد ذات التطبيق الضروي، ذهب اتجاه الى ايجاد معيار اخر ذا طبيعة غائية فحسب ما يري الفقيه

1 اذ تعرف القوانين السياسية هي التي تخرج عن مجال تنازع القوانين لتتنطبق على كافة الأشخاص والوقائع والتصرفات التي صدرت من اجلها ، والتي تسعى على هذا النحو الى ادراك . مصلحة الدولة التي أصدرتها ، انظر هشام صادق " القانون واجب

التطبيق على عقود التجارة الدولية " ص 679

² انظر:- احمد عبد الحميد عشوش " المرجع السابق " ص 72

³ انظر: هشام علي صادق : " المرجع السابق " ص 680

"Francescakis" فان القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها : "القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة والتي يتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم"⁽¹⁾، فالقوانين ذات التطبيق المباشر هي قوانين تعكس فكرة التنظيم في الدولة مما يحتم تطبيقها دون تراحم لأن طابع التنظيم فيها لا يقبل تدخل قانون أجنبي⁽²⁾.

واضح أن اخذ بهذا المعيار سيؤدي الى منح القاضي سلطة تقديرية واسعة تقود احيانا الى الجنوح والتحكم فيمكن للقاضي وفقا لمعتقداته وافكاره ان يعتبر قانونا من القوانين البوليس او لا يعتبر كذلك وفي ذلك يكمن الخطر الأعظم في اللجوء لمثل هذا الضابط البالغ المرونة في تحديد ما يعد من قوانين البوليس ، ⁽³⁾.

كما ان هذا المعيار سيؤدي الى إضفاء وصف التطبيق الضروري على قواعد قانونية لا تكتسب بالضرورة هذه الصفة من جهة، وتتجرد قواعد ذات تطبيق ضروري منها لمجرد أنها لم تكن بتنظيم أجهزة الدولة مثل القاعدة التي تبطل شرط الدفع بالذهب حماية من التضخم من جهة ثانية⁽⁴⁾.

وأمام فشل المعايير السابقة ظهر معيار اخر وهو معيار عقلائي -وهو معيار غائي- معيارا لتمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد، حيث يرى هذا الرأي بأن أهم ما يميز تلك القواعد هو الصلة العقلانية بين مضمونها وأهدافها ونطاق سريانها، ومن هذه الرابطة يمكن استخراج المعيار الذي يحدد صفتها ويترك تحديد تلك الرابطة العقلانية للقاضي المطروح عليه النزاع⁽⁵⁾.

وتبعاً لذلك فإن القواعد ذات التطبيق الضروري هي تلك "القواعد الداخلية التي تتسم بطابع أمر يفرض تطبيقها الضروري على المراكز التي تدخل عقلا في نطاق سريانها الذي يتطلبه مضمونها والأهداف التي تسعى إلى إدراكها، وسواء كانت هذه المراكز ذات طابع داخلي بحت أو اتسمت بصفة الدولية، فهي على هذا النحو تجلب الاختصاص الدولي للنظام القانوني الذي تنتمي إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين"⁽⁶⁾.

وتبرز أهمية أعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري بوصفها منهجا منافسا لمنهج التنازع التقليدي في الحماية من مخاطر الإفلات من السلطان الأمرة للقواعد القانونية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالعلاقة العقدية ، ذلك ان هذه القواعد تقلص دور الإرادة الفردية وتراجع مبدأ سلطان

¹نظر: -أ احمد عبد الحميد عشوش ، المرجع السابق، ص 72

²نظر: - أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 و 2، يناير، يوليو، 1981، ص 10.

³نظر: - احمد عبد الحميد عشوش" المرجع السابق " ص 75

⁴نظر: - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 880.

⁵نظر: -نادر محمد ابراهيم" المرجع السابق " ص 495.

⁶نظر:- هشام علي صادق ، المرجع السابق، ص 685.

الإرادة، بحيث لا يتوقف إعمالها على ارادة الاطراف وانما على مدي انطباقها على الرابطة العقدية المطروحة ، اصف الى ان الحاجة الأنظمة القانونية لمثل هذه القواعد في تنظيم بعض المسائل ذات المساس بكيان الدولة الاجتماعي والاقتصادي و إخضاعها لقانون القاضي مستبعدة في شأنه ومن أبرزها وأهمها مجال العقود، وهذا عن طريق سنها للعديد من القوانين المنظمة للحياة الاقتصادية مثل قوانين الرقابة على النقد و القوانين الخاصة بالائتمان والصرف و البنوك و القوانين الخاصة بحماية المستهلك...الخ، فظهرت تبعا لذلك أفكار جديدة كفكرة القانون الاقتصادي وفكرة العقد المفروض وفكرة العقد الموجه...الخ؛ هذا التدخل التشريعي أفضى إلى إخضاع المسائل التي تناولتها هذه التشريعات مباشرة لقانون القاضي، سواء كانت هذه المسائل ذات طبيعة وطنية أم تضمنت عنصرا أجنبيا (1)

ثانيا- تحرير التجارة العالمية وتزايد عدد القواعد ذات التطبيق الضروري

تهدف معظم الاتفاقات الدولية الى تحرير المبادلات من كافة القيود الكمية أو التعريفية، وضمان اكبر قدر ممكن من الحريات وكذا الإلغاء التدريجي للرسوم والضرائب التي تعوق انسياب التجارة عبر الحدود(2). ولعل منظمة التجارة الدولية من أمثلتها التي تهدف الى تحرير التجارة الدولية بين العالم (3). وذلك من خلا تعديل سياسة قوانينها بما ينسجم مع حماية مصالحها التنموية والاقتصادية والتكنولوجية، مما يحمل في ثناياه ترخيصا صريحا للدول في تدخل لسن القوانين ذات التطبيق الضروري التي تحتوي على اهمية خاصة (4)، تقيد من خلالها حرية الأطراف الاقتصادية الاقتصادية بما يحقق التعايش و التوازن بين حق الأفراد والدولة ، بغية حماية المجتمع من أزمات ظاهرة العولمة الاقتصادية (5).

اذ لم تتراجع قواعد ذات التطبيق الضروري في ظل المذهب الرأسمالي التي تنسحب فيه الدولة من الحياة الاقتصادية ، ولكن هذا لا يعني بتاتا الانسحاب المطلق والتام من هذه الحياة اذ تظل تحتفظ بدورها في التدخل بموجب قواعد قانونية تنظم مناخ الأعمال وتحقق الانضباط ، وينظم المنافسة، ويقيد من حرية التجارة والتعاقد، حتى وإن كان هذا التدخل تدخلا من نوع خاص يتلاءم والتطورات الاقتصادية الحاصلة ، وهذا كله من اجل حماية الاقتصاد الدولة من الأزمات التي قد

¹ انظر : -محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ، ص167

² انظر- المادة : 07 من اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة بشأن المنسوجات والملابس.

³ انظر : - أحمد عبدالكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص557.

⁴ انظر: - على سبيل المثال : المادة 8 من الجزء الخاص بحماية الملكية الفكرية. مشار إليه في : فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 110 و 111.

⁵ انظر: - عليان بوزيان، نسبية الحرية الاقتصادية وأثرها على التنظيم التشريعي في الجزائر -فكرة النظام العام الاقتصادي- بحث مقدم للملتقى الوطني حول الاستقرار التشريعي والتنظيمي ضمان للاستثمار ودعم لمناخ الأعمال في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة معسكر، يومي 21 و 22 أبريل 2009.

يسببها هذا المذهب ، وهذا يعني تزايد عدد القوانين الحمائية لكل الدول سواء المتقدمة او المتخلفة (1)

ومما لا شك فيه أن تدخل الدولة على هذا النحو هو تدخل يتعارض مع أهداف المنظمة العالمية للتجارة، ذلك أن أعمال منهج التنازع سيؤدي إلى تطبيق قانون وطني معين، جاءت في الأصل لحماية مصالح داخلية للدولة قد لا تستجيب لمتطلبات ومصالح التجارة الدولية والمتعاملين في نطاقها، ولهذا تغليب لمصلحة الدولة وإرادتها على إرادة الأفراد، وهذا معناه محاصرة قواعد الحمائية للعقود باعتبارها الأداة الفنية لانتقال السلع وخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود ، وهذا ما يتعارض مع حرية التجارة ومقتضياتها. (2)

أضف الى ذلك ان قيام كل دولة بسن قواعد قانونية في ظل ما يواجه المجتمع الدولي من متغيرات اقتصادية، سيؤدي في النهاية إلى تباين هذه القواعد من دولة لأخرى(3)، وهو ما يعني اختلاف الحلول التي توضع لحسم المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ العقود المتصلة بالتجارة الدولية، وكل هذا من شأنه الإخلال بالأمان القانوني والإضرار بمصالح المتعاملين الدوليين.

الفرع الثالث: أزمة منهج التنازع في ظل تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

رغم خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين بمقتضى منهج التنازع، فقد أكد الفقه الحديث مع ذلك على ضرورة إخضاع هذه العقود في نفس الوقت للقواعد الأمرة التي تضعها الدولة تنفيذا لسياستها في التوجيه الاقتصادي، وهذه القواعد الأمرة التي يطلق عليها اسم القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس هي قواعد داخلية يؤدي طابعها الأمر إلى أعمالها على كافة الروابط القانونية التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق في شأنها امام القاضي الوطني بمقتضى منهج .تنازع القوانين (4)

¹- وتعد العلاقة بين التجارة والبيئة من الأمور المستحدثة في العلاقات التجارية الدولية، والتي اكتسبت أهمية متزايدة تدريجيا مع تزايد الوعي الدولي بموضوعات الحفاظ على البيئة، وانعكس بالتالي على أوجه النشاط الاقتصادي والتجاري الدولي، وتمت ترجمته إلى مجموعة معايير وضوابط ينبغي مراعاتها والالتزام بها من قبل مختلف الدول. أنظر: سهيل حسين الفتلاوي، التنظيم الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص179.

وفي هذا الإطار تنص المادة الرابعة من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/01/20 والمعدل بالأمر رقم 08/06 والمتعلق بتطوير الاستثمار على أنه: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة"

²فقد نصت المادة : 01/02 من الاتفاق المتعلق بشأن القيود الفنية على التجارة على أنه: "يكفل الأعضاء عدم إعداد القواعد الفنية أو اعتمادها أو تطبيقها بغية خلق عقبات لا ضرورة لها أمام التجارة الدولية، أو لا يكون لها هذا الأثر. ولهذا الغرض لا ينبغي أن تكون القواعد الفنية مقيدة للتجارة بأكثر مما يجب لتحقيق غرض مشروع مع مراعاة المخاطر التي قد يثيرها عدم تحقيقه، ومن بين هذه الأغراض المشروعة متطلبات الأمن القومي، ومنع ممارسات الغش، وحماية حياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات أو حماية البيئة"

³- انظر : رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمحيات " رسالة الدكتوراه ، جامعة منصوره 2006، ص324.

⁴ انظر :- هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص776

من خلال ما تقدم يتأكد بأن القواعد ذات التطبيق الضروري باعتبارها قواعد قانونية ذات طابع داخلي قد تنتمي إلى قانون القاضي أو قانون أجنبي، ويمكن للقاضي أن يكشف من خلال تحليله لمضمونها وكذلك الهدف الذي تسعى إلى إدراكه، عن مدى إرادة مشرعيها في تطبيقها على النزاع المطروح.

وبالتالي يفضي تحليل القاضي لهذه القواعد إلى الكشف عن نطاق سريانها كما حدده مشرعيها، وهو ما قد يؤدي إلى تطبيقها على العلاقة العقدية محل النزاع تطبيقاً مباشراً بمجرد توافر الرابطة التي تبرر اتصال المسألة المطروحة بنظامه القانوني، ودون الحاجة إلى منهج قواعد التنازع، وبهذا فإن تطبيق قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري يعطل إعمال قاعدة الإسناد في خصوص المسألة التي تدخل في نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري.

ويترتب على هذا الإعمال للقواعد ذات التطبيق الضروري تجزئة العقد الذي يخضع بذلك لقانون الإرادة الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع فيما عدا جوانبه التي تدخل في نطاق سريان قواعد البوليس، ولعل هذا ما ذهب إليه جانب من الفقه عندما أكد على حق القاضي في تجزئة الرابطة العقدية احتراماً لسيادة القانون.

ويضيف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " إن العقد الدولي، لا ينشأ في فراغ، فهو يبرم في دولة، ويتم تنفيذه فيها، أو في دولة أخرى، وهناك من القواعد ضرورية التطبيق في دولة الإبرام، أو التنفيذ، ما لا يمكن الهروب منها.

ففي مرحلة الإبرام، هناك القواعد المتعلقة بالتصاريح الإدارية والأذونات المختلفة، التي يجب الحصول عليها مقدماً، قبل إبرام العقد كإذن التصدير والاستيراد واحترام القوانين الجمركية. وفي مرحلة التنفيذ، لا ننسى القواعد المتعلقة بسعر الصرف وتحويل العملة ونقود الدفع ونوعية السلعة وما تتصل به من قواعد خاصة بحماية المستهلك. فالدول تفرض دائماً احترام بعض القواعد الأمر التي يبدو أنه من أنه من المستحيل على المحكم أو القاضي أن يعفى من مراعاتها". وبهذه المثابة دفع البعض إلى وصف هذه الأخيرة بأنها قواعد مضادة ومنافسة لمنهج التنازع يطبقه القاضي إلى جانب منهج التنازع ويقيد من مجال إعمال قانون العقد، فهذا الأخير لا ينطبق إلا بشأن المسائل التي لا تشملها تلك القواعد بالتطبيق⁽¹⁾.

وعليه يؤكد غالبية الفقه على إعطاء الأولوية لقوانين البوليس التابعة للقانون المختار، لكونه يتطابق مع توقعاتهم المشروعة، لأن وجود قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري في ذلك القانون يستبعد أي قانون آخر يتحدد لحكم العقد، وعليه فلا يمكن أن يتنازع القانون المختار مع قانون بوليس لا ينتمي إلى نفس النظام القانوني لأن القوانين لا تقف من حيث المبدأ على قدم المساواة⁽²⁾.

1 انظر :- هاني محمود حمزة : "النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي"، ص 113

2 انظر :- محمد جارد " دور الارادة في التحكيم التجاري الدولي " ص 104

اما فيما يخص القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية فان الفقه التقليدي في بداية الامر كان يحرم على القاضي الوطني تطبيق قواعد البوليس الأجنبية، لأنها لا تطبق إلا تطبيقا إقليميا داخل حدود الدولة الشارعة ودون أن تمتد إلى سواها ، إلا أنه عدل في مرحلة لاحقة عن هذا الرأي بعدما تعرض له من قدح، بحجة أنه لا يوجد مانع من تطبيق هذه القواعد متى كانت لازمة للفصل في العلاقة القانونية، لكونها تشكل جزءا من القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها، حيث يلتزم القاضي بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية قصرا على الحالات التي ترغب فيها هذه القواعد في الإنطباق ووفقا لمعايير انطباقها على النحو الذي أراده وحده مشرعاها، ووسيلة القاضي في القيام بهذا التحديد هي ما تسمى بفكرة "الإسناد الإجمالي"⁽¹⁾، والتي برزت بوصفها الطريقة التي يمكن بواسطتها تطبيق أحكام القانون الأجنبي المشار إليه في جملته، ذلك أنه حينما تشير قاعدة التنازع إلى القانون الأجنبي إنما تحدد النظام القانوني بأكمله، ودون أن تقتصر على بيان القواعد المتعلقة بالقانون الخاص أو تلك المعتمدة من القانون العام أو من قبيل قواعد البوليس.

ويجد الرجوع لأحكام القانون الأجنبي في مجموعه بما في ذلك القواعد ذات التطبيق الضروري مبرره في أنّ قواعد الإسناد حينما تشير باختصاص نظام قانوني معين، فإنها لا تفرق بين القواعد التي تعد من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري أو غيرها من القواعد الأخرى، فمهمة تحديد القواعد التي يتعين تطبيقها واستبعاد غيرها هي من الأمور التي يتكفل بها النظام القانوني الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، وليس للقاضي أي سلطة في ذلك⁽²⁾.

ولقد أدرك الفقه منذ القديم خطورة تحويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد على هذا النحو لما قد يؤدي إليه من فتح الطريق أمامهم للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية ، وهو ما دعا إلى البحث عن إعادة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من جهة والاحترام المطلوب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من جهة أخرى. وهذا لن يتأتى إلا من خلال تقييد دور الإرادة في في العقود الدولية في مجال المسائل المكتملة ، وبهذا يظل العقد خاضعا للقواعد الآمرة في القانون الذي يحكمه، مع تحويل المتعاقدين الحق في اختيار قانون آخر في صدد المسائل التي اكتفى المشرع بتنظيمها بقواعد مكتملة .⁽³⁾

¹ يقصد بفكرة الإسناد الإجمالي أنه "متى كانت القواعد القانونية الواردة في قانون أجنبي واجبة للفصل في المسألة المطروحة على القاضي، فإنه يكون لازما أنذاك معاملتها من حيث تعيينها والكشف عنها معاملة القوانين العادية التي يتم تحديدها بمقتضى منهجية قواعد التنازع ، فإن أفضت منهجية التنازع التقليدية إلى تطبيق قانون أجنبي ، فإنها تقوم بعملية إسناد إجمالي إلى القانون الملائم لحكم المنازعة من وجهة نظر المشرع الوطني، والقول بغير ذلك يعني ببساطة تشويها للقانون الأجنبي وتطبيقه بصورة مجزأة تخرج به عما أراده مشرعه من وظيفة، الأمر الذي يمس في نهاية المطاف سيادة الدولة .الأجنبية ذاتها..."انظر :عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص549

²انظر:- بن احمد الحاج " المرجع السابق " ص 80

³ انظر :- هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص76

حيث أن يجب على المحكم ضرورة احترام للقواعد الأمرة الواجبة التطبيق في القانون الذي يحكم العقد والمنتمي إلى الدولة المتعاقدة ، سواء أكان قانون الإرادة أو الأوثق صلة بالعقد (1)، ويلتزم المحكم بالتطبيق الإجمالي لقواعد هذا القانون على الرغم من سلطته الواسعة في تقدير القواعد الواجبة التطبيق.

لذا ينصح البعض بضرورة أن يتحقق الطرف الخاص الأجنبي من القواعد الأمرة للدولة المتعاقدة ، لأن عدم مراعاة هذه القوانين أثناء تنفيذ العقد يعيق التنفيذ ، وعدم مراعاة حكم التحكيم لهذه القوانين يجعله غير قابل للتنفيذ..(2)

وقد تبنت هذا الاتجاه العديد من الاتفاقيات الدولية التي لها صلة بالتجارة الدولية، من ذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1978 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري في مادتها 16، حيث تقضي بأنه : "عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الأمرة لكل دولة ترتبط بالمركز المطروح برابطة جدية وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقا لقانون تلك الدولة أيا كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيها"(3)، كما أخذت اتفاقية روما لسنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بنفس المنحى في الفقرة الأولى من المادة السابعة حينما قضت بأنه : "عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى هذه الاتفاقية يجوز الاعتداد بالنصوص الأمرة في قانون بلد آخر يرتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة وذلك في ما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون البلد الذي تنتمي إليه بصرف النظر عن قانون العقد. وللاعتراف بمدى الآثار التي ستمنح لهذه النصوص يجب الاعتداد بطبيعتها وموضوعها وكذلك النتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها"(4).

¹-وجود "صلة وثيقة" بين الرابطة العقدية الدولية والقواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري هو شرط أساسي وضروري لتطبيقها حينما لا تكون منتمية لقانون العقد، إذ من غير المعقول تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لكل النظم القانونية المتصلة بالنزاع. انظر: محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 157.

² انظر:- عدلي محمد عبد الكريم "النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب" ص 311

³-وتنص المادة 16 من الاتفاقية على:-

«Lors de l'application de la présente convention, il pourra être donné effets aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle soit la loi désignée par ses règle de conflit ».

⁴-وتنص المادة 1/07 من الاتفاقية على أنه :-

« Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effets aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. ».

ذلك أنه قد تزايدت القواعد القانونية الأمرة التي تتصدى لتنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية وتحد من حقوق وحرقات الأفراد بالقدر اللازم لحماية المصلحة العامة وبالتالي حماية الاقتصاد الوطنية من خطر العولمة وتحرير التجارة العالمية ، وهو ما يشير إلى انهيار منهج التنازع الذي يعتبر دليلاً على تطور ونمو الفكر القانوني الراقى الداعي إلى تحقيق العدالة بعيداً عن النزعة الوطنية غير المبررة⁽¹⁾ . حيث لن يكون له في ظل هذا الوضع إلا دور احتياطي ومن الدرجة الثانية بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تعبر في الحقيقة عن "المفاهيم الانغلاقية ونزاعات التطرف الوطني"⁽²⁾.

¹ انظر:- عدلي محمد عبد الكريم "المرجع السابق" ص 315

³ أنظر:- بن احمد الحاج "المرجع السابق" ص 82

الفصل الثاني :

تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية امام قضاء التحكيم

لقد اثر التطور الذي لحق بالنظام العالمي على فكر القانون وعلى قواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الدولية، فنظرا لوجود علاقة تبادلية بين المتغيرات العالمية وبين قواعد القانون فقد اتجه الفكر المسيطر إلى ضرورة تجاوز دور الدول وهيمنتها من اجل خلق قواعد قانونية تعتمد بالدرجة الأولى على ممارسة الأشخاص المهيمنين على حركة التجارة وعلى ما ينتج عن تنظيماتهم المهنية من قواعد للسلوك، فإذا كانت قواعد القانون لا يقتصر دورها على تجسيد المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها المجتمع وإنما تشكل أيضا الغطاء الذي يكفل لها تحقيق ما تربو إليه من الأهداف فإنه من الضروري أن يكون هذا الغطاء على قدر تلك المستجدات .⁽¹⁾

وقد ابتدعت التطورات الحديثة في علاقات الاعمال الدولية العديدة من الوسائل فرضت نفسها على الساحة وقادت البعض إلى الدعوى بوجود قانون مادي " دولي او غير وطني مهمته حكم وتنظيم علاقات وروابط الاعمال الدولية بصرف النظر عما تمليه القوانين الوطنية الوثيقة الصلة بهذه العلاقات ، القانون الجديد اطلق عليه بقانون التجارة الدولية او **lex mercatoria**

مصر، طبعة 2007 "ص 11 الجديدة، الجامعة دار الدولية، التجارة عقود على العولمة انظر:- محمد ابراهيم موسى " انعكاسات¹

المبحث الاول : مفهوم قانون التجارة الدولي.:

أدى التطور الحديث الذي طرأ على العلاقات الخاصة الدولية وما صاحب ذلك من عدم توافق القوانين الداخلية مع حاجات تلك العلاقات الى ظهور قواعد موضوعية تصلح لتطبيق مباشرة على هذه العلاقات اطلق عليها قانون التجارة الدولية او مصطلح **lex mercatoria** ، ولذلك سيتم النظر لمفهومه ثم مصادره وذلك فيما يلي :

المطلب الاول : مفهوم قانون التجارة الدولية

ونتناول في هذا المطلب مايلي :

الفرع الاول : المشكلة الاصطلاحية لظاهرة الحديثة

تثير الدراسات الحديثة ان مصطلح **lex mercatoria** اول مصطلح تاريخي ظهر في المجموعة الانجليزية تدعى **fleta** والتي كانت عبارة عن مدونة لبعض الاعراف في حوالى سنة 1290 ، كذلك تم استخدام هذا المصطلح في كتاب يدعى " **consuetudo vel lex mercatoria**" لكتابه **Malynes** في عام 1622.

اذ يرى بعض الفقهاء ان الفقيه الفرنسي **lambert** هو اول من حاول ابتعاث تعبير **lex**

mercatoria(1)

وبغض النظر عن تحديد او من استخدم هذا المصطلح **lex mercatoria** لوصف الظاهرة الجديدة فان هذا التعبير هو الاكثر انتشارا .

اولا : تعدد المصطلحات **lex mercatoria**

يشهد الفقه تعدد في مصطلحات لوصف الظاهرة الجديدة، اذ لا يوجد تسمية خاصة و موحدة لها ، اذ تعاني هذه الظاهرة من مشكلة اصطلاحية ترجع الى عيوب مصطلح **lex mercatoria** خاصة عند الترجمة الحرفية او الوظيفية الى اللغة العربية(2) فعلى مستوى الفقه الغربي فان مصطلح "**la lex Mercatoria**" هو وصف تشترك فيه العديد من الدراسات الفقهية بغض النظر عن لغاتها، علما أنه اصطلاح تمتع باستقرار كبير على نحو يصعب معه استبعاده عند وصف الظاهرة الجديدة(3)

وعلى ذلك يذهب الفقيه "**Fouchard**" إلى إطلاق اصطلاح "القانون غير الوطني" "**Droit.Anational**" على هذه الظاهرة، ويطلق عليها الفقيه "**Goldman**" اسم "**Droit.Transnational**"، في حين يطلق عليها الفقيه "**Gaillard**" وصف القانون عبر الدولي للالتزامات "**Le droit transnational des obligations**"، والفقيه "**Loquin**" اصطلاح

القواعد غير الداخلية "**Règles a-étatiques**"

¹ انظر :- محمد درويش " قانون التجار " دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 304-305

² انظر:- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي"ص 157.

³- انظر :- بن احمد الحاج "التحولات الاقتصادية واثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية ، ص 197 .

اما على مستوى العربي فلقد حاولوا ترجمة هذا المصطلح اما ترجمة حرفية او ترجمة وظيفية فيقصد بالترجمة الحرفية ترجمة المصطلح كما هو اذ، ان مصطلح **lex mercatoria** يتكون من كلمتين هي **lex** والتي تعني التشريع او القانون و **mercatoria** التي تعني التجارة ، وبهذا يصبح قانون التجاري هو الترجمة الحرفية لمصطلح **lex mercatoria**.

الا ان هذه الترجمة يعيب عليها لكونها لا تحتوي على ما يميزها عن القانون التجاري الداخلي اما الترجمة الوظيفية والتي يقصد بها الوصول الى مضمون المقصود حتى ولو كان على حساب الترجمة الحرفية ، وحسب هذه الترجمة يكون مصطلح **lex mercatoria** مرادفا للمصطلحات التالية : قانون التجار – بدلا من قانون التجارة - ، قانون التجاري الدولي ، قانون التجارة الدولية ، قانون التجارة الجديد ، قانون التجارة الدولية في ثوبه الحديث ، قانون التجارة الدولي الجديد ، قانون المادي او الموضوعي للتجارة الدولية ، قانون التجاري الدولي ، قانون التجاري الدولي للشعوب ، قانون الأعمال الدولي الخاص او القانون الاقتصادي الدولي الخاص⁽¹⁾

ومع ذلك فقد عمد الكثير من الفقهاء إلى وصف تلك الظاهرة باستخدام اصطلاحات أخرى، تتفق كلها بالرغم من تعددها على الطبيعة عبر الدولية لها، وعلى طبيعتها الاقتصادية التي تتعدى المفهوم الضيق لنظرية الأعمال التجارية.

وعلى الرغم من تعدد المصطلحات التي وصفت بها الظاهرة فان اصطلاح الذي اصبح مفضلا لدي العديد من الفقهاء ، هو القواعد عبر الدولية **règles transnationaleshg**، اذ يتميز هذا المصطلح بانه تعبير جديد لم يسبق استخدامه في فروع قوانين اخرى ، كما انه يبتعد عن الغموض واللبس ويتمتع بالحيادية .⁽²⁾

الفرع الثاني : تعريف قانون التجارة الدولية

لقد تعددت تعريفات الفقه لهذا القانون وتباينت تباينا لم يتفق فيه الفقهاء على تعريف موحد لهذا القانون ، فقد عرفه البعض على أنه " : القواعد القانونية التي تتمتع بالالزام مستقل عن الانظمة القانونية الداخلية ، وعن نظام القانون الدولي العام ، انها قواعد ذلك الوسط الاجتماعي الذي يجمع مشروعات الاعمال بمناسبة علاقاتهم الاقتصادية الدولية والتي توصف اختصارا بكونها اعمال عبر الدول أو عبر الحدود " كما أنه يتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية والعلاقات المالية المصاحبة لتلك التعاملات" ، بينما عرفه البعض الآخر بأنه " : النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية " 2 في حين عرفه الأستاذ Goldman بأنه مجموعة من القواعد والمبادئ والعادات المستمدة من

¹ انظر:- نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 160

² أنظر:- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق " ، 170.

الأوساط التجارية الدولية ، والتي تتجدد بصفة مستمرة لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها ،⁽¹⁾ وتأكيد على هذا المعنى عبر الأستاذ "Loquin" و تأكيد هذا المعنى فاعتبر أن "Lex Mercatoria" هو نظام قانوني جديد، يتكون في أحضان مجتمع دولي من رجال الأعمال والتجار منسجمين ومتضامنين بقدر كاف لإبداع هذه القواعد وضمان تطبيقها".

وأما الأستاذ "Stranger" فقد اعتبره "مجموعة من الإجراءات التي تؤدي لحلول ملائمة ومتوقعة للتجارة الدولية بشكل فعال من الناحية القانونية، ومن دون الارتباط بالنظم القانونية الوطنية".⁽²⁾ في حين عرفه الأستاذ "Philip C. Jessup" القاضي بمحكمة العدل الدولية عند إصداره لمؤلفه "Transnational Law" ، بأنه : "القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات و الوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة".

وعرفه فريق اخر بانه " القواعد التي ابدعها التجار عبر الحدود باعتبار انها تلائم مقتضيات لتجارة الدولية"⁽³⁾

ومما يتضح ان قانون التجارة الدولية هي كيان من القواعد تكون او في طريق التكوين بجهد من التجار انفسهم من دون غيرهم ، وتكتسب هذه العادات والاعراف قوتها الملزمة باتباعها بانتظام واضطراد من قبل كل من يرغب ممارسة نشاط اقتصادي دولي مهما تناقض ذلك او اختلف مع احكام القانون الوطني .

وهو نظام جديد مستقل عن النظم القانونية الوطنية وعن نظام القانون العام يؤدي الى تخلي عن القانون الوطني الذي لا يلائم علاقات التجارة الدولية⁽⁴⁾

كما عرفته الامانة العامة لمنظمة أمم متحدة سنة 1965 بانه " مجموعة القواعد التي تسري على العقود التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين واكثر "

اذن فقانون التجارة الدولية عبارة عن مجموعة القواعد واجبة التطبيق تفصيليا في العلاقات التجارية المنتمية الى قانون خاص، والتي ترتبط بدول مختلفة اي يتوفر فيه مجموعة الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة المبرمة في مجال معين بالاضافة الى العرف التجاري الدولي السائد في علاقة تجارية معينة ودوره التنظيمي ، حيث يسعى الى ضبط مجتمع التجار وتجميع قواعد موحدة لتحكم النشاط التجاري الدولي بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي الذي يسود في كل دولة من الدول وبهذا يتوفر في مفهومه ما يجب ان يتوفر في اي قانون دولي مستقل.⁽⁵⁾

الفرع الثالث: خصائص قانون التجارة الدولية.

¹"النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية " ، ص352 الكريم عبد محمد انظر:- عدلي

انظر:- بن احمد الحاج " المرجع لسابق " 199²

انظر:- بلقواس سناء " الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي " ص137³

انظر :- احمد سعيد الزقرد ، " أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية -البيع الدولي للبضائع- المكتبة العصرية للنشر⁴

والتوزيع، المنصورة، 2007،"ص.221

انظر :- عمر سعد الله " قانون التجارة الدولية "، ص8⁵

لما كان التبادل التجارى للسلع والخدمات الذى يتم خارج حدود الدولة يتم فى بيئة تختلف تماماً عن ذلك الذى يتم داخل إقليم الدولة.

فكان من الطبيعى أن يخضع هذا التبادل التجارى الحر للسلع والخدمات لقواعد قانونية تختلف عن تلك المنصوص عليها فى التشريعات الوطنية والتى تحكم حرية التجارة الداخلية. الأمر الذى جعل قواعد قانون التجارة الدولية يتميز بخصائص معينة تتمثل فيما يلى:

اولا : قانون التجارة الدولية قانون تلقائي.

من المعلوم أن القانون بمفهومه العام هو أصلا قانون تلقائي النشأة، حيث بدأ يتكون بداية من مجموع الأعراف والعادات التى كانت سائدة بين الأفراد فى المجتمع، وبقي على هذا الحال إلى أن ظهرت الدولة الحديثة وبدأت تنهض بسن القوانين الوضعية⁽¹⁾.

اذ يذهب اغلب الفقه المناصر لهذه النظرية الى التاكيد على الطريق العفوية التى تتكون بها قواعد هذا القانون ، ⁽²⁾فهو قانون ذو نشأة تلقائية يعتمد على ما استقر عليه الامر من عادات واعراف فى نطاق الوسط التجارى الدولي ، وما يجرى عليه العمل بشأن المعاملات المتداولة فيها ، ولا يتم سن هذه القواعد او فرض تطبيقها عن طريق سلطة معينة بل يتم احتكام اليها تلقائيا ، فضلا عما يستخلصه قضاء التحكيم من مبادئ قانونية⁽³⁾

ومن الثابت تاريخا ان هذه العادات والاعراف المهنية نشأت قديما فى مجتمعات التجار واعتاد عليها هؤلاء فى مبادلاتهم التجارية ، مما اكسبها الاستقرار فى هذه العلاقات ومعها اعتبرت كمصدر لقانون التجارة الدولية ⁽⁴⁾

وبهذه المثابة فإنّ القواعد ذات الخلق التلقائي ستكون حتما متماشية مع الطبيعة الذاتية للمعاملات الدولية وتتوافق مع توقعات المتعاملين الدوليين لأنهم هم من صمّم فى الغالب لبناتها الأولى بممارساتهم وعاداتهم.

ثانيا : قانون التجارة الدولية قانون طائفي .

يشكل قانون التجارة الدولية قانونا للمجتمع الدولي للتجار، فهو لا يخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص وهي فئة المتعاملين فى التجارة الدولية ومن جهة اخرى فان قواعد هذا القانون لا تنظم الا نوعا واحدا من معاملات التجارة ذات الصفة الدولية والتي تنتمي للقانون الخاص فتشمل بذلك العقود المبرمة فى هذا المجال والتي تتنوع قواعده بحسب الأوساط المهنية ونوع كل تجارة على حد كالحريير والحبوب⁽⁵⁾

1- انظر :- بن احمد الحاج " المرجع السابق " ص 202
انظر:- سلامة ابو عرب " قانون التجارة الدولية " ص 222
انظر:- محمد حسين منصور "العقود الدولية " ص 3482
انظر :- محمد بلاق " قواعد التنازع وقواعد المادية فى منازعات عقود التجارة الدولية " ص 491
انظر:- عمر سعد الله "قانون التجارة الدولية " ص 15 5

وقد كان للطبيعة المهنية لهذه القواعد دور بالغ الأهمية في احتواء الاختلاف الناجم عن تعدد الثقافات القانونية بين المتعاملين في التجارة الدولية، حيث سمحت بانصهار النظم ذات النزعة الأنجلوساكسونية والنظم ذات النزعة اللاتينية في قالب واحد ينطبق محتواه على كافة الروابط العقدية الواقعة في مجتمع التجار العابر للحدود⁽¹⁾.

ثالثاً: قانون التجارة الدولية قانون موضوعي.

على عكس قواعد التنازع التقليدية – إذ تعطي حلولا مباشرة للنزاع المعروض دون الاستناد إلى قانون معين ، لتستبعد بذلك الوساطة التي من الممكن أن تنشأ بين القاضي والقانون واجب التطبيق، حيث أن هذا الأخير يصبح في متناوله مباشرة، وبالتالي .يسهل تطبيقها والعلم بها سلفا لقوة صلتها المباشرة بالقاضي أو المحكم.

وقد أظهر مشهد نمو التجارة الدولية في العقود الأخيرة ،بالإضافة إلى التبدل الهام والمؤثر في الحجم النوعي للمبادلات التي تقوم عليها والأشخاص المحركين لها، عن اتساع وتعقيد متزايد لهذه العلاقات التجارية التي تتخطى الحدود الإقليمية، الأمر الذي تعذر معه على المشرع الوطني ملاحقة هذه المعاملات بالتنظيم، وفي حين لم يجد أحسن من رجال التجارة الدولية أنفسهم للقيام بهذه المهمة، عن ط ريق استخلاص قواعد موضوعية مباشرة تكون أكثر قابلية للتلائم مع حاجاتهم ومصالحهم التجارية وذلك لعجز القوانين الوطنية عن مسايرة المتطلبات التجارية الدولية⁽²⁾

المطلب الثاني : عولمة عقود التجارة الدولية

يعود السبب الرئيسي لاتجاه فكر القانون إلى عولمة القانون يتركز في الرغبة في تجاوز القوانين الوطنية و الجدولة بينهما وبين حكم منازعات التجارة الدولية فضلا عن الاستجابة لاماني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركة تلك التجارة وتطبيق ما استقرت عليه من قواعد وأحكام ، فالأولاد إلى عولمة القانون يهدف إلى الاعتماد بصورة كلية على ممارسات الشركات دولية للنشاط في خلق قانون مستقل للتجارة الدولية ينشأ عن قواعد السلوك التي تقرها عند تنظيم ما تقوم به من أنشطة فهي ليست وسيلة لتحقيق الأهداف وتلبية رغبات الدول المتقدمة وسعيها المستمر إلى فرض أسس وقواعد معينة على الدول النامية وما ينتمي إليها من شركات ومؤسسات⁽³⁾

بيد انه يلزم لاقتناع الكافة بضرورة هذا الاعتماد وأهميته في مجال التجارة الدولية البحث عن الأسباب التي تؤهل الفكر إلى قبوله وتيسر الاستجابة له وتمثلت تلك الأسباب في عدم مقدرة القوانين على تقديم الحلول الملائمة لطبيعة المسائل التي تثيرها عقود التجارة الدولية فضلا عما تشكله من إهدار لتوازن العقدي المنشود من قبل الأطراف .

اولا : عدم ملائمة القواعد لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية

1 أنظر:- بهاء علي الدين هلال، قانون التجار الدولي الجديد، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1993، ص17 وما يليها.

انظر:- محمد بلاق "المرجع السابق" ص 291

ص 61 الدولية، التجارة عقود على العولمة انظر:- محمد ابراهيم موسى " انعكاسات³

رغم التصدي الدول لحل مشاكل التجارة الدولية سواء من حيث تشريعاتها الوطنية او من خلال ما تبرمه من معاهدات مع غيرها من الدول الأخرى لتنظيم حاجات تلك التجارة إلا أنها لم تخلوا من الصعوبات التي اعترضتها عند تصديها لهذه المشاكل خاصة وان طبيعة عقود التجارة الدولية قد أضحت متعددة على نحو عجزت معه هذه التشريعات الداخلية عن ملاحقة أنماطها الحديثة.

ان القواعد الوطنية التي تشكل جانبا من قانون التجارة الدولية تفتقر الى الصفة الدولية فانه ليس من مستبعد أن تعاني عقود التجارة الدولية من عدم ملائمة بعض هذه القواعد لحكم ما يثيره من مشاكل، فافتقار هذه الأخيرة الى الصفة الدولية اصدق مدلولاً على عدم استجابتها لما تتميز به هذه العقود من خصوصية وما تتمتع به من ذاتية الأمر الذي يستدعي في بعض الأحيان تجاوز وإخضاع المسائل التي تثيرها لقواعد وضعت خصيصاً من أجلها ، ومن هنا كانت أهمية عادات وأعراف التجارة الدولية والتي استقر عليها العمل في نطاق الأسواق الدولية (1)

في الواقع سجلت ومنه فترة طويلة ، عدم ملائمة القواعد الوطنية لحكم منازعات التجارة الدولية بحيث أن هذه القواعد لا يمكنها أن تقدم حلول مناسبة للعلاقات الدولية ، ودليل على ذلك ما سجله قضاء التحكيم في عدم ملائمة القواعد الوطنية لتسوية ما تثيره العقود من منازعات وفي هذا الشأن يرى بعض الفقهاء أن هذا المسلك ليس مرده عدم ملائمة وإنما مرجعه هو عدم موضوعية بعض المحكمين (2) ودليل على هذا الرأي هو عديد من القضايا منها قضية ابوظبي أو قضية ارامكو (3) ، كما سجل القضاء الفرنسي من عدم ملائمة العديد من قواعد القانون الفرنسي لحكم بعض العقود الدولية التي تدخل في نطاق تطبيقها ، فهذا القضاء لم يسلم بإعمال هذه القواعد خاصة ذات الطابع الأمر منها عندما برز عدم توافقها مع ما تتميز به العقود الدولية من ذاتية كذلك المتعلقة بشرط الدفع بالذهب أو بأهلية الدول ، وباستقلالية شرط التحكم وفي هذا الصدد يعد الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 20-21-1993 في قضية dolico حيث قررت المحكمة وفقا لإحدى القواعد المادية التي يقرها قانون التحكيم الدولي - يعد شرط التحكم مستقلا عن العقد الأساسي الذي يحتويه إما مباشرة او بالإحالة وكذلك وجوده وفاعليته لا يمكن إنكارهما وذلك دون مساس بالقواعد الأمرة التي يقرها القانون الفرنسي أو تلك التي تعد من قواعد النظام العام الدولي دون أن يكون ضرورة بالإحالة إلى قانون وطني معين " (4)

كما قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 14/04/1964 في دعوى سفينة sancarlo ضد المكتب الفرنسي الوطني للحبوب أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي على الدولة والأشخاص المعنوية العامة بان تكون طرف في اتفاق التحكيم لايجد مجالا لإعمال في التحكيم الدولي، على أساس المنع المقرر في المادة 1004 والمادة 83 من قانون مرافعات المدنية " لا يعد من قبل

1 انظر :- محمد بلاق "المرجع السابق " ص 94

2 انظر :- هشام علي صادق ، قانون واجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية ، ص703

3 انظر :- محمد ابراهيم موسى "المرجع السابق " ، ص95-96

4 انظر:- محمد بلاق " المرجع السابق " ص 96

النظام العام الدولي وبالتالي فإنه لا يشكل عقبة أمام المؤسسة العامة في أن تكون طرفا في اتفاق التحكيم وارد في عقد من عقود القانون الخاص خاضع لقانون أجنبي يجيز شرط التحكيم في مثل هذا النوع من العقود الدولية⁽¹⁾

أضف إلى ذلك أن التشريعات الوطنية تقسم العلاقات التعاقدية الى مجموعات مختلفة من عقود، بحيث درجت هذه القوانين الى تصنيف هذه العقود الى المسماة منها عقد البيع ، عقد الإيجار ، وعقود غير مسماة . وأفرزت لكل نوع منها مجموعة من القواعد الخاصة بها، ومع هذا فان هذه التصنيفات لا تتلاءم مع العلاقات الدولية نظرا لكونها علاقة مركبة ومعقدة تجمع بين طبيعتها مختلف الصور التي تعرفها القوانين الداخلية ،فانه يصعب إدراجها تحت واحدة منها ،الأمر الذي يستلزم تجاوز هذه التصنيفات حتى لا تؤدي هذا إلى تشويه العلاقة بإخضاعها لقواعد تستجيب لمتطلباتها، هكذا يبدو أن القوانين الوطنية تتضمن بعض القواعد القانون التي تنافي في جوهرها ما يسير عليه الواقع العملي لعقود التجارة الدولية ، لهذا يتعين العمل على تجاوز تلك القواعد والتخفيف من غلواء هذا التناقض ، والبحث عن حلول أخرى تتلاءم والطبيعة الخاصة لتلك العقود وتستجيب لما لحقها من تطور

فطبيعة المسائل التي تثيرها عقود التجارة الدولية وتنوع أنماطها يقتضي التجاوز القوانين الوطنية ودعوة إلى إعمال القواعد ، تتلاءم مع المعطيات الجديدة الملازمة لهذا التطور وذلك النمو على نحو يسمح بتجنب معوقات تطور تلك التجارة . إن عدم ملائمة القواعد الوطنية لتسوية منازعات التجارة الدولية تبرز أيضا عند تعارضها ، مع تلك التي وضعت خصيصا لحكم هذه المنازعات الأمر الذي يقضي تخليها عن حكمها وإفساح المجال أمام هذه الأخيرة .

في الواقع أن هذا التخلي تقره الاتفاقيات الدولية ويوجد مجالا لإعماله أمام غرفة التحكيم الدولية⁽²⁾ لقد أقرت الاتفاقيات الدولية أولوية القواعد الدولية ، اتفاقية كانت ام عرفية في تسوية منازعات التي تثيرها عقود الدولية ونصت على هذه الأولوية المادة 2 من اتفاقية جنيف سنة 1961 بشأن التحكيم الدولي ، فلقد أبرزت هذه المادة أولوية القواعد الاتفاقية في التطبيق بالمقارنة بالقواعد الوطنية باعترافها بحق الدولة والأشخاص العامة في اللجوء التحكيم حتى في الأحوال التي تحرم فيها القواعد الوطنية مثل هذا اللجوء ، كما نصت على تلك الأولوية المادة 9 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع حيث تكرر أن عادات وأعراف التجارة الدولية يجب تفضيلها وإعطائها الأولوية في التطبيق على القواعد الأخرى سواء كانت تلك القواعد تم تقريرها من خلال اتفاقية دولية أو عن طريق اللجوء إلى إحدى قواعد التنازع وإذا كان التعارض مع القواعد الدولية التي تم إقرارها لحكم عقود التجارة

¹ انظر:- محمد ابراهيم موسى " التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية " دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية ، طبعة 2005 ، ص 28

² انظر:- محمد ابراهيم موسى " المرجع السابق " ص 34

الدولية يعد دليلا على عدم ملائمة بعض القواعد الوطنية لحكم¹ المسائل التي تثيرها هذه العقود، فان قاضي العقد لا يمكنه الوصول إلى هذه النتيجة عندما تكون هذه القواعد مستقاة أو مستلهمة من الشروط أو نماذج التي تضعها اللجان الدولية .

كما برهنت أحكام التحكيم الدولية على أولوية القواعد الدولية في التطبيق فكثير من هذه الأحكام تلجا إلى أعراف وعادات التجارة الدولية قبل اللجوء إلى أي قاعدة وطنية وهذا ما أكدته الحكم التحكيم الصادر في 1968 في النزاع رقم 1526 حيث قضت محكمة التحكيم أن الدولة لا يمكنها أن ترفض اللجوء إلى التحكيم حتى ولو كانت قوانينها الوطنية لا تجيز لها ان تلجا إليه ،فعدم صلاحية هذه يجب أن تفسر على إنها غير منتجة لأثارها في مجال العلاقات الدولية ،ويتلخص وقائع هذا النزاع في قيام إحدى حكومات إفريقيا بمنح مواطن بلجيكي متوطن بها امتيازاً بشراء منتجات من مناجمها وقبل الأجل المتفق عليه قامت هذه الدولة بإلغاء لجأ ورثة الممنوح له الامتياز إلى محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية للمطالبة بالتعويض وفقا لشرط التحكيم المدرج والذي يقضي أن منازعة تتعلق بتفسير أو تنفيذ الاتفاق تكون من اختصاص محكمة التحكيم الدولية ، وقد رفضت الحكومة الأدلة المدعى عليها الاشتراك في إجراءات التحكيم إلا أن محكمة التحكيم أصدرت حكمها السابق (2)

كما أن بعض القواعد الوطنية قد اشتقت من الشروط أو من النماذج التي تضعها اللجان الدولية خاصة في مجال العقود البحرية أين تستقى التشريعات الوطنية نصوصها من القواعد التي تقرها هذه اللجان مثلا ما أقرته الجمعية للقانون لدولي بشأن البيع والتي تعرف بقواعد وارسواكسفورد والتي تمثل تجسيد لما يجري عليه العمل في الحياة الدولية .

لكن في كل الأحوال يبقى التساؤل مطروح حول إذا ما كان تجاوز القوانين الوطنية بحجة عدم ملائمتها بحكم مشاكل عقود التجارة الدولية أمرا كافيا لتبرير هذا التجاوز ام انه يتعين البحث بموضوعية عن الاثر الذي يترتب على أعمال تلك القواعد على موضوع النزاع بما لا يشكل اعتدادا على توقعات المشروعة لأطراف العقد التجاري الدولي (3)

ثانيا : إهدار التوازن العقدي

يعد إهدار التوازن العقدي من طرف القوانين الوطنية في مجال التجارة الدولية سببا أساسيا في تجاوزها وخلق قانون خاص بهذه العلاقات ،يقوم أساس على تطبيق الممارسات التي اعتاد عليها أطرافها ولما كان التوازن العقدي هو الغاية المبتغاة من قبل الأطراف فانه يتعين على العقد مراعاته عند إعماله للحلول التي يشير بها قانون العقد لما يمثله المساس من إهدار التوقعات المشروعة للأطراف ،مع هذا فان هذه المحافظة تقتضي من قاضي العقد تقدير التوازن بدقة والنظر إلى كل حالة على حده

¹ انظر :- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، ص 82

² انظر :- محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق ، ص 85 وما يليها

³ انظر :- محمد بلاق " المرجع السابق " ص 98

، فلا يمكن تقرير قاعدة عامة في هذا الشأن ، ففكرة التوازن العقدي من الممكن أن تقودنا في بعض الأحوال إلى تحديد الحالات التي تتدخل فيها القواعد الوطنية لحكم المسائل التي تثيرها عقود التجارة الدولية.⁽¹⁾

ويقصد بفكرة التوازن العقدي هي حصول كلا من الطرفين مقابل لما حصل عليه الآخر من ميزة ، اي توازن بين حقوق والتزامات الأطراف ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق المفاوضات عادلة يتم من خلالها مناقشة كل بند من بنود العقد، اذ بفضلها يحصل احدهم على مقابل لبعض الشروط العقدية ، فهذه الأخيرة تشكل في مجملها التوازن العقدي ، فكل شرط يمثل عنصرا أساسيا في تحقيق هذا التوازن . طالما انه كان واحد من تلك التي دارت حولها مفاوضات الأطراف ومناقشاتهم ،

وعلى الرغم من أهمية هذا التوازن والدور الذي يلعبه في مجال عقود التجارة الدولية ، اذ غالبا ما تؤدي القوانين الوطنية وما تتضمنه من قواعد تنازع الى اهدار التوازن العقدي في مجال عقود التجارة الدولية و يعد هذا سببا أساسيا في تجاوزها وخلق قواعد خاصة بها. فالنزعة الفردية هي التي تسيطر على العلاقات التجارية والاقتصادية في الوقت الحاضر وتدفع في نفس الوقت كل طرف إلى البحث عن مصالح الفردية و محاولة تحقيقها . تتعارض بصورة كلية مع الهدف الذي تسعى القوانين الوطنية إلى تحقيقه وهو تغليب مصلحة الجماعة على أمانى و رغبات الأفراد ،ومعه يبدوا التوازن العقدي كحجة تقود إلى الأخذ في الاعتبار التوقع المشروع للإطراف.⁽²⁾

اذ تلعب فكرة التوازن العقدي دورا مهما في مجال العلاقات الدولية ، اذ لقيت هذه الفكرة لدى واضعو الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية الدولية في مجال النقل الدولي للبضائع التي استعانت بهذه الفكرة وهي بصدد صياغتها لقواعد موحدة لهذا النوع من العقود ، فإذا كانت هذه الاتفاقيات تضع حدا قانونيا لمسؤولية الناقل الدولي ، فإنها حاولت إيجاد نوعا من التوازن بين الالتزامات التي تفرضها على عاتق الأطراف وذلك بتصريحها للناقل بغرض تحديد تكميلي لمسؤولية عندما يتم النقل بأسعار منخفضة ، هذا ما تبرزه بوضوح المادة 45 من اتفاقية 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع عن طريق السكك الحديدية حيث قررت انه عندما توافق هيئة السكك الحديدية على نقل البضائع بشروط خاصة وبأسعار مميزة واستثنائية تتضمن تخفيض واضح وأكد لثمن مقارنة بالتعريف العامة يحق لها تحديد مقدار التعويض المستحق في حالة تجاوز ميعاد التسليم شريطة بيان مثل هذا التحديد في التعريف.

كما أن هناك العديد من أحكام التحكيم الدولي التي أبرزت أهمية كل شرط عقدي كعنصر في التوازن العقدي نذكر منها حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية الفرنسية **ccc** في سنة 1975 التي أكدت فيه إن مبدأ التوازن العقدي يستلزم أن تبقى الالتزامات بين الأطراف المتوازنة.⁽³⁾ وبالرجوع إلى المعيار الذي يمكن الاستناد إليه لتقدير تحقيق التوازن العقدي من عدمه، فإنه

¹ انظر:- محمد ابراهيم موسى " التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية" ص 41

² انظر:- محمد بلاق " المرجع السابق " ص 99

³ انظر:- محمد ابراهيم موسى "انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية" ص 91

يكن في الكيفية التي يتم من خلالها سير المفاوضات العقدية من ناحية، وفي صفة الأطراف من ناحية أخرى، فإذا كانت فكرة التوازن العقدي تقوم على فكرة مؤداها أن الشروط العقدية هي محصلة مفاوضات طويلة وعادلة بين الأطراف، فإن ذلك ينتفي عند تحقق عدم التكافؤ الاقتصادي أو الفني بينهم، ولعل هذا الأخير نلمسه بوضوح في العقود التي تبرمها دول العالم الثالث التي لا تملك في سبيل إبرام عقودها إلا الإذعان للشروط العقدية المتضمنة في العقود النموذجية أو الشروط العامة للعقود التي تقرها الدول الكبرى، نظرا لعدم مقدرتها على إجراء مفاوضات حرة وعادلة طالما أنها تقدم على التعاقد بدافع من حاجتها الماسة إلى إبرامه⁽¹⁾.

غير أن هذا التكافؤ لا يقتصر على الدول النامية فقط وإنما يمتد إلى كل طرف ضعيف لا يتوفر له الوسائل التي تمكنه من إجراء مفاوضات يقدر من خلالها على إقامة نوع من التعادل في الالتزامات بينه وبين الطرف الآخر، وفي مقابل ذلك فإن عدم التكافؤ ليس دليلا على انتفاء التوازن العقدي والسماح للقاضي العقد بإعمال حلول التي تشير بها قواعد المختارة، ومن ثم فإنه لا يعد كل عدم تكافؤ سبب في إعمال هذه الحلول في الأحوال التي يبدو فيها واضحا أو عندما يتمكن الطرف القوي من فرض شروطه وإجبار الطرف الآخر إلى الرضوخ للطلبات⁽²⁾ وهو ماقررته محكمة جرونيل في حكمها الصادر في 24-01-1996 في نزاع بين شركة هربر روبونس وشركة سيمري، حيث أكدت المحكمة أن شرط عدم المسؤولية المدرج بالمادة 08 من الشروط العامة لشركة هربر غير معلوم للمتعاقد الآخر وغير مقبول منه، يظهر بوضوح إجبار الطرف القوي للطرف الآخر على قبول شروطه العقدية المعدة سلفا مما سبق يمكن القول بأنه من الصعب الادعاء بانتفاء التوازن العقدي ومع ذلك فإن غياب التفاوض الحر والحقيقي من شأنه التشكيك في قيامه. فإذا كان من الصعب التسليم بعدم التعادل الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد. فإن غياب المفاوضات الحرة والعادلة يعد دليلا قاطعا على تحققه والذي تبرزه في بعض الأحوال صفة الأطراف وعدم التكافؤ بينهم⁽³⁾.

وهكذا يتضح أن ضابط التوازن العقدي يعد من بين أهم الدعائم التي تستند إليها الشركات التجارية الدولية للقول بضرورة خلق قواعد خاصة بالعلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية، لتتجاوز بحكمه وموضوعية القوانين الوطنية⁽⁴⁾.

ثالثا - تجاوب التحكيم الدولي:

لقد ساهم التحكيم التجاري الدولي بدور فعال في خلق قواعد موضوعية خاصة بعقود التجارة الدولية، نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجارة ورجال الأعمال، وذلك بإيجاده للحلول الذاتية التي تتواءم وطبيعة هاته العقود، وإرسائه لبعض العادات والقواعد التي ليس لها نظير في الأنظمة الوطنية،

¹ انظر:- محمد بلاق " المرجع السابق " ص 101

² انظر :- محمد إبراهيم موسى " التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية " ص 46

³ انظر:- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، ص 97

⁴ انظر:- محمد بلاق " المرجع السابق " ص 101

ما دعى بعض الفقه إلى القول أن التحكيم قد أضحى أحد العوامل الرئيسية في خلق وتطبيق قانون التجارة الدولية التي تشكل القواعد المادية حيز الزاوية فيه (1)

ولقد أصبح التحكيم الدولي على هذا النحو منافسا خطيرا للقضاء الوطني، خاصة وأن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون طرح نزاعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة، لا يتقيدون بقواعد القوانين الداخلية التي أضحت لا تواكب التطور الحاصل على الصعيد الدولي، فاستقر بهم المطاف على إخضاع العقود التي يبرمونها إلى القانون الذي يرسون هم أنفسهم قواعده وأحكامه، وهو ما اصطلح عليه الفقه الحديث تسمية قانون التجارة الدولي "**Lex Mercatoria**" ونتيجة لذلك أصبح المتعاقدون يحاولون إدراج شرط التحكيم في عقودهم رغبة منهم في تدويل العقود وإخضاعها للقانون التجاري الدولي، ما يكفل لهم تطبيق العادات والأعراف المهنية السائدة لدى التجار، والتي تعتبر بدورها من المصادر الأساسية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فتنطبق مثل هذه العادات والأعراف من شأنه أن يشعر المتعاقدين بالأمان القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة، خاصة إذا علمنا أن القائمين على تطبيق هذه الأحكام الموضوعية يعتبرون من المختصين الذين يملكون دراية واسعة عن خبايا هذه التجارة والعارفين جيدا بطبيعة هذه الأعراف ذات الطابع الفني، والتي يكفل أعمالها تجنيد المتعاقدين مغبة مفاجئات القوانين الداخلية التي يجهلون المضامين الموضوعية لأحكامها ، فالتحكيم التجاري الدولي يمثل على هذا النحو تعبيراً عن رغبة المتعاملين على مسرح الحياة الخاصة الدولية في التحرر من الأحكام الوضعية التي تتضمنها النظم القانونية الوطنية التي تواجه في الأصل المعاملات الداخلية و لا تتلائم في غالب الأحيان مع طبيعة التجارة الدولية (2)

و بالنظر إلى المكانة التي أصبح يتبوؤها التحكيم كأداة متميزة لخلق و تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية، لدرجة قرر معها البعض أنه سيأتي اليوم الذي يستطيع فيه التحكيم خلق قانون خاص دولي ليحل محل القانون الدولي الخاص (3)

فالمحكيم الدولي قد يقومون بدور بمناسبة خلقهم للعديد من القواعد التي تكفل الحل المناسب للنزاع المعروف والتي تأخذ بعين الاعتبار مصالح وحاجات التجارة الدولية ، فالاستاذ **KAHAN** يؤكد على انه يتعين على المحكمين خلق قواعد القانونية عندما تقصر القواعد القانونية المستمدة من المصادر المكتوبة عن اعطاء الحل الملائم ، نفس الامر يؤكد الاستاذ "**Goldman**" عندما يقرر ان مهمة محكمة التحكيم لاتحدد فقط بمجرد التحقق من وجود القواعد القانونية وانما تساهم في احيان كثيرة في خلق هذه القواعد (4).

¹ انظر :- محمد محمود ياقوت " مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون العقد الدولي " 345
² انظر:- هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية ، الفنية للنشر ، الإسكندرية ، 1987 ص 02
³ انظر:- محمد محمود ياقوت " مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون العقد الدولي " 353
⁴ انظر:- سلامة ابو عرب " القانون التجارة الدولية " ص 95

المطلب الثاني : اساس تحرر عقود التجارة الدولية من حكم القوانين الداخلية امام قضاء لتحكيم

التجاري الدولي

من العسير تجاهل التحكم التجاري الدولي بوصفه القضاء العام لمجتمع التجار العابر للحدود لعادات واعراف التجارية التي نشأت بين المعاملين على مسرح التجارة الدولية والتي تشكل بما يسمى بقانون التجار الذي يعد الاكثر ملائمة لحكم روابط العقدية ، بدلا من احكام القوانين الوطنية والتي لا تعبر سوى عن ظروف ومتطلبات المجتمعات الداخلية .

ومن هنا كان محكمين يحرصون على تدويل عقود التجارة الدولية واخضاعها الى العادات واعراف ، وهو ما يقتضي في نفس الوقت تحريرها من القوانين الداخلية الواجبة التطبيق بمقتضى قواعد الاسناد التقليدية .

على ان تحرير العقد الدولي من احكام القوانين الوطنية امام قضاء التحكيم لم يعد يستند الى مطلق سلطان الارادة ، وانما على حقها في هذا الصدد المستمد من قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص التي استقر عليها العمل امام المحكمين ، وهي قاعدة تبيح لارادة المتعاقدين سلخ العقد الدولي عن القوانين الداخلية وان ظلت الرابطة العقدية خاضعة لاحكام القانون التجاري الدولي . وهذا يعني ان العقد الدولي امام القضاء التحكيم وان تصور افلاته من احكام القوانين الداخلية اذ يبقى خاضعا للعادات والاعراف التجارية وهو ما يسميه الفقه بالعقد دون قانون يحكمه .

وهذا لا يتأني هذا الا اذا اسلمنا ان قانون التجارة الدولية يتمتع بالقوة الملزمة التي تجيزه قانونا للعقد ، ومن هنا نجد ان المحكمين يتجهون نحو تدويل عقود تجارة الدولية عندما يتعلق الامر بمصالح التجارة الدولية وانطلاقا من ذلك يشور التساؤل حول اساس تدويل العقد الدولي امام قضاء التحكيم⁽¹⁾

مع تنوع انماط عقود التجارة الدولية الحديثة ، ظهر جليا قصور منهج التنازع التقليدي لاجاد الحلول المناسبة لهذه العقود ، بالنظر لما يؤدي اليه ذلك من تطبيق احد القوانين الوطنية التي وضعت اساسا لحكم العلاقات و المبادلات الداخلية ، الامر الذي لا يستجيب وطبيعة هذه العقود ذاتها التي تقتضي تعدد روابط الاسناد على نحو يصعب معه ان يدعي نظام قانوني واحد كفايته لحكمها .

ومن هنا يتجه الجانب من الفقهاء المعاصرين الى تأكيد الحاجة الى وجود العقد المتحرر من سلطان القوانين الداخلية او العقد الطليق في مجال التجارة الدولية .⁽²⁾

فالعقد الطليق قد اصبح حقيقة واقعية في التجارة الدولية ، و يعد هذا الاخير عقد يتسم بالاكتمال الذاتي ، اذ يتضمن نصوصا اتفاقيه مفصلة لروابط العقدية على نحو يصير العقد معه كافيا ذاتيا بحيث يغني المحكم عن الاستعانة باي قانون غير العقد ذاته ، بل ان رجوع المتعاقدين الى قانون دولة معينة لمعالجة ماعسى ان يكونوا قد سكتوا عن تنظيمه ، لا يعني ان هذا القانون قد اصبح قانون واجب التطبيق

¹ انظر:- هشام علي صادق " قانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية" ص 158
² انظر:- محمد محمود ياقوت" حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " ص 200

اذ يندمج هذا الاخير ليصبح جزءا من شروط التعاقدية وفي هذه الحالة يظل العقد طليقا خارج سيطرة القانون يتمتع بتنظيم ذاتي مرده ارادة الاطراف وحدهم ، ومن تم يخضع لقاعدة التجميد الزمني لهذه الاحكام في لحظة ابرام العقد بحيث لا يلحقه اي تغيير على القانون المختار من تعديلات لاحقة وهذا ما يحقق للاطراف الامان والاستقرار في العلاقات التجارية الدولية

في مقابل ذلك فان سلطات الارادة يستمد قوة الملزمة من قاعدة قانونية تخوله حق وضع شروط تعاقدية يلتزم باحكامها، ومن هنا نشأة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في قانون التجارة الدولية اسوة بقانون الداخلي ، بحيث يستمد المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتي للعقد من سلطان القانون الذي منحهم هذه القدرة بمقتضى نصوصه مثل المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي (1) .

في هذا الاطار ويرى انصار النظرية الشخصية التقليدية ان حق المتعاقدين في تنظيم روابطهم التعاقدية الدولية لا يستند الى مبدا سلطان الارادة الذي يعلو فوق القانون و انما يستند الى قاعدة مادية من قواعد القانون الخاص ويترتب على هذا ان تندمج احكام القانون المختار في العقد الذي يتحرر من القوانين الداخلية (2).

و رغم ان هذه النتيجة تخالف ما انتهى اليه الراي الفقهي الراجح الذي يعتنقه القضاء الداخلي و الذي يرد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد في العلاقات الخاصة الدولية الى قاعدة من قواعد تنازع القوانين.

و هو ما يؤدي الى خضوع الرابطة العقدية الى الاحكام الامرة في القانون المختار الا ان هذا الاتجاه يطبق امام قضاء التحكيم الدولي.

واساس ذلك ان وظيفة المحكم تختلف عن وظيفة القاضي في كون ان المحكم يستمد اختصاصه من ارادة الاطراف فهو لا يسعى الى توزيع الاختصاص بين قانونه وقوانين اخر مثل القاضي، ذلك ان المحكم لا يملك قانون داخلي يعد بمثابة قانون اختصاصه مما يجعل كافة قوانينه بالنسبة اليه قانون اجنبي الامر الذي يفقد معه قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة طابعها التنازعي كقاعدة من قواعد توزيع الاختصاص التشريعي وفي هذه الحالة يلزم المحكم باحترام ارادة الاطراف في الاختيار المادي لقانون العقد الذي يحميهم على هذا النحو من اي تعديلات لاحقة للتشريعات - صيانة توقعات الاطراف خلافا للاختيار التنازعي .

ومن ناحية اخرى انه يحق للمتعاقدين اختيار قانون غير داخلي مثل القانون التجاري الدولي (3) الامر الذي لايتأتى الا من خلال قواعد الاسناد والحال ان هذه الاخيرة لاتشير الى اختصاص قانون عابر للحدود .

¹ انظر:- هشام علي صادق "المرجع السابق" ص 163

² انظر:- محمد محمود ياقوت "المرجع السابق" ص 202

³ اذ يرى جانب من الفقه ان انكار البعض للصفة القانونية لقواعد القانون التجاري ، من شأنه ان يؤدي الى اندماج هذا القانون في العقد باعتباره مجرد شروط تعاقدية الامر الذي يقتضي في رايه اخضاع العقد في هذه الحالة للقانون المختص بمقتضى قاعدة التنازع

ولعل ما يلاحظ على التطور الفقهي الحديث في مجال الاختيار الارادي لقانون العقد امام المحكمين هو ان الاختيار يستند الى قاعدة من قواعد القانون التجاري الدولي ترخص للمتعاقدين باختيار القواعد التي يرونها مناسبة لتنظيم روابطهم التعاقدية ،دون ان تكون صلة بين القانون المختار والعقد - وهي قاعدة حرية مبدا التعاقد (1)

وهكذا يستند الاختيار لقانون العقد امام قضاء التحكيم الى قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص تبيح للمتعاقدين حق الاختيار المادي لاحكام التي يرونها مناسبة لتنظيم روابطهم العقدية .

لقد تشكك جانب من الفقه المؤيد للفكرة العقد الدولي الطليق في سلامة القول بالكفاية الذاتية لهذا العقد والذي يصعب على أطرافه ان يتوقعوا مسبقا كافة اوجه الخلاف المتصور بينهم مما يحتم التسليم بما عسى ان يشوبه من فراغ تنظيمي يقتضي علاجه الرجوع لقانون معين (2)

ولهذا يري هذا الفقه ان العقد الطليق لايعني ان العقد قد اصبح خارج نفوذ القانون مستندا الى ذاته وانما اشترط هذا الفقه ان يكون ثمة قانون اخر تستمد من الرابطة العقدية قوتها الملزمة حتي ولو كان هذا القانون لاينتمي لدولة محددة مثل القانون التجاري الدولي . ومن تم فالمقصود بالعقد الطليق امام قضاء التحكم لا يعني تحرره من سلطات القانون وانما العقد يقلت من احكام القانون الدولة مع خضوعه في نفس الوقت الى الاعراف الدولية وهو ما يسمى بالطابع النسبي للتحرر العقد الدولي من حكم القانون.

وهذاو يري جانب من الفقه المؤيد لخضوع العقد لقواعد قانون التجاري الدولي انه يمكن اخضاع العقد للقانون الذي اختاره الأطراف الأمر الذي من شأنه ان يؤدي الى التطبيق الجامع لكل من القانون المختار والقانون التجاري الدولي في ان واحد (3)

أما اذا سكت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد ، فيرى البعض ان المحكمين اسناد الرابطة العقدية للقانون الداخلي المختص بمقتضى قاعدة اسناد التي يرونها مناسبة في ضوء المبادئ في القانون الدولي الخاص مع مراعاة عادات والاعراف التجارة الدولية .

في حين ذهب جانب من الفقه الى القول بان سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون دولة معينة لحكم العقد والتجاءهم الى التحكيم او ادراج شرط التحكيم في العقد يعد في حد ذاتها دليلا على انصراف ارادة هؤلاء الى اخضاع العقد للقواعد المادية التي نشأت داخل مجتمع الدولي للتجارة ورجال الاعمال هذا ما لم يثبت العكس .

فيما لو سكتت الارادة في اختيار قانون العقد اما في حالة عدم الاعتراف بالقوة الملزمة لقواعد القانون التجارة الدولية ، ، فاختيار المتعاقدين لهذه القواعد امام المحكم هو اختيار تنازعي يقوم في رايه على قاعدة من قواعد التنازع القوانينين يخضع العقد بمقتضاها لاحكام القانون التجاري

¹ انظر :- هشام علي صادق - المرجع السابق ص 182

² انظر:- هشام علي صادق " المرجع السابق " ص 183

³ انظر:- محمد محمود ياقوت " المرجع السابق " ص 328

بل ويقرر جانب من الفقه ان تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية يكون واجبا بمجرد اللجوء الى التحكيم او تضمين العقد شرطا للتحكيم حيث يتحتم تطبيق هذه القواعد تلقائيا في هذه الحالة حتى ولو لم تتوجه الى ذلك الارادة الاطراف صراحة وذلك استنادا لارادتهم الضمنية التي تستخلص من هجرهم لقضاء الدولة والتجائهم للتحكيم للفصل في منازعاتهم .

ونخلص في النهاية الى القول ان سواء اعتبر قضاء التحكيم اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه احكام القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية ، او اعتبر مثل هذا الاختيار اختيارا تنازعا يخضع العقد بمقتضاه للقانون المختار ، فالعقد يظل في جميع الاحوال خاضعا للاعراف وعادات التجارة التي نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجار ورجال الاعمال (1)

المطلب الثالث : مصادر قانون التجارة الدولية

وتتمثل مصادر ومكونات قانون التجارة الدولية في العادات والأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة .

الفرع الاول: الأعراف والعادات التجارية الدولية :

يجمع المناصرون نظرية القواعد عبر الدولية على ان العرف هو المصدر الرئيس لهذه القواعد ، اذ تمثل هذه العادات والأعراف التجارية تنظيما جديدا من الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على إتباعها، وتجد مصدرها في عادات وأعراف المهنة والسوابق القضائية، نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم الذي يقوم بدور فعال في خلق هذه القواعد، وهي قواعد تلقائية النشأة في إطار الأوساط المهنية والتجارية التي ترتبط بأكثر من دولة، وتستجيب لمتطلبات التجارة الدولية. كما أطلق عليها الفقيه M.KAHN "قانون حقيقي للمجتمع الدولي للبائعين والمشتريين". (2)

ولقد انتهى الفقيه "Schmitthoff" في الدراسة التي قام بها حول أعراف التجارة الدولية عام 1980، وذلك تحت رعاية معهد قانون وعادات الأعمال الدولية التابع لغرفة التجارة الدولية، إلى اتفاق معظم التقارير التي قام بجمعها من أهم سبعة عشر دولة على عدم التفرقة بين الأعراف عبر الدولية والأعراف الداخلية من حيث الأركان(3).

وقبل التطرق لمفهوم أعراف التجارة الدولية يجب البحث أولا في المفهوم الداخلي للعرف والتمييز بينه وبين العادة، ذلك أنّ المعالجة الوجيزة للمفهوم الداخلي للعرف سيساعدنا على فهم نظرية العرف بمفهومه عبر الدولي.

¹ انظر:- محمد محمود ياقوت " المرجع السابق " ص229

² انظر:- منير عبد المجيد "التنظيم التحكيم التجاري الدولي " ص 41

³ انظر :- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 258.

اولا- المفهوم الداخلي للعرف: يعد العرف أسبق مصادر القانون ظهورا، حيث عرفته الإنسانية منذ أقدم العصور، إلا أنه ومع تطور المجتمعات وتزايد تدخل الدولة بدأ يفقد مكانته لصالح التشريع الذي أصبح المصدر الرسمي الأول للقانون وبقي العرف كمصدر رسمي احتياطي⁽¹⁾.

ويعرف الأستاذ "إبراهيم الخليلي" العرف بأنه "إطراد أو تكرار الناس لسلوك في مسألة ما بطريقة معينة مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا، بينما يعرفه الأستاذ سمير تناغو بأنه "سنة يتبعها الناس مع شعورهم بالزامها إلزاما قانونيا"، وأما في فقه الشريعة الإسلامية فيعرف شرعا على أنه "ما هو معروف من الدين وما لا ينكره الناس من مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال التي اتفقت عليها أحكام الشرائع"⁽²⁾.

وكما هو معلوم ان للعرف عنصرين يتمثل في العنصر المادي والمعنوي ، فأما الركن المادي فهو تكرار سلوك معين يسود إتباعه بطريقة عامة لمدة زمنية طويلة وبشكل مستمر ومطرد، أي أن يكون قد اتبع بشأن عادة معينة صورة واحدة واستمرت بنفس النمط منذ ظهورها بغير انقطاع، ولكن لا يشترط أن يسود إتباع العادة بين جميع أفراد المجتمع، كما لا يشترط توافر الإجماع المطلق بشأنها، بل يجوز إتباعها من قبل مجموعة من الأشخاص فقط وفي جهة معينة، ويسمى العرف في هذه الحالة بالعرف المحلي أو العرف المهني⁽³⁾.

أما الركن الثاني للعرف فهو "الركن المعنوي" وهو يعني توافر عنصر الإلزام في العادة وهو ما يصطلح على تسميته ركن الاعتقاد بلزوم العادة وهو ما يميز العادة الاتفاقية عن العرف باعتبار هذه العادة قانونية تقتزن جزاء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتها، كما يقصد به الركن النفسي غير مادي، والذي يعني احساس الذين يتبعون السلوك المعتاد بان هذا السلوك ملزم لهم قانونا.

وهذا الشعور بالإلزام هو شرط جوهري لتكوين العرف، فإذا ما استقر هذا الشعور لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة، فإنه يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية ملزمة للأفراد وواجبة الاحترام شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية. والعادة طالما ظلت مفترقة إلى الركن المعنوي، ولم يقم في أذهان الناس الاعتقاد بلزومها، فإنها تبقى عامة غير ملزمة، ولا ترقى إلى مرتبة العرف الملزم الذي له قوة القانون ولكن متى تحقق في العادة عنصر الإلزام فإنها تستكمل ركنها المعنوي وتتحول إلى عرف⁽⁴⁾.

ومن تم فالفرق بين العادة والعرف على حسب الفقيه " gény " يتمثل في كون العرف يتكون من الركنين السابقين، الا ان العادة قد تعبر عن الركن المادي للعرف لكنه لايلزم لها استيفاء الركن المعنوي ، ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة ، ان الاولى قاعدة قانونية تتمتع بالالزام الذاتي دون

1- ويحتل العرف في القانون الجزائري المرتبة الثالثة، حيث أعطت المادة الأولى من التقنين المدني للتشريع المرتبة الأولى، والمرتبة الثانية لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد القاضي ما يفصل بموجبه من قواعد في النزاع المطروح أمامه في كل من التشريع والشريعة والعرف على التوالي، حكم بمقتضى مبادئ القانون وقواعد العدالة. انظر :- المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

2 انظر :- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية العالمية واثرها علي النظام القانوني للعقود التجارة الدولية " ص 205

3 انظر :- حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 143 و 144.

4 انظر:- باسم محمد صالح" القانون التجاري القسم الأول- المكتبة القانونية- بغداد - 2006 ص 17

الحاجة الى اتفاق الاطراف حتى تصبح واجبة التطبيق ، في حين العادة يلزم الاتفاق الصريح او الضمني ، حتى تصبح واجبة التطبيق ، ولهذا توصف العادة بكونها اتفاقية, فمركز العادة لا يتعدى مركز شروط العقد⁽¹⁾. لذلك يذهب "Pedamon" إلى القول بأن عادات التجارة تأخذ مكانها بجوار الاتفاقات، أما أعراف التجارة فتبقى بجوار التشريع فالعادة لها قيمة الاتفاق الذي خلق العلاقة التعاقدية بينما العرف له قيمة القاعدة القانونية⁽²⁾.

ولقد وقع النظام القانوني الفرنسي في صعوبة التفرقة بين العادة والعرف ، بداية من مصطلح ، فاذا كان واضحا ان مصطلح " Coutume " والذي يعني العرف ، اذ يقابله مصطلح "Usage" وهو العادة طبقا للفقيه " gény " ، إلا أن الفقه الفرنسي يستخدم مصطلح "Usage" بمعنى coutume وذلك دون أن يقصده، وحتى تتم التفرقة بين العادة والعرف، أصبح يعبر عن العرف بمصطلح "Usage de droit" أي "العادة القانونية"، وعن العادة بمصطلحات منها " Usages conventionnels" أي "العادات الاتفاقية" **Usages interprétatifs** أي العادة المفسرة⁽³⁾.

كما قد وقع القضاء الفرنسي في تذبذب لغوي، حيث أخلط بين العادة والعرف في بعض أحكامه، فكثيرا ما كان يشير إلى العادة قاصدا العرف، أو يشير إلى العرف قاصدا العادة، الأمر الذي أدى بمحكمة النقض الفرنسية إلى درجة أنها أصبحت لا تفرض منذ بداية القرن الماضي رقابتها على قاضي الموضوع في التحقق من وجود العرف أو تفسيره أو تطبيقه، وذلك باستثناء الحالات التي يحيل فيها التشريع إلى العرف⁽⁴⁾.

ثانيا- المفهوم عبر الدولي للعرف : تعتبر العادات والاعراف التجارة الدولية من اهم مصادر القواعد عبر الدولية ، حيث دابت الاوساط المهنية والتجارية على اتباع عادات معينة في معاملات التجارة الدولية وذلك في اطار كل مهنة على حدى مثل العادات السائدة في شان تنظيم تجارة الحبوب وتجارة الحرير ، وكذا العادات والاعراف التي قننتها العقود النمطية ، والشرط العامة التي وضعتها المؤسسات المهنية ذات الطابع الدولي مثل غرفة التجارة الدولية او الصادرة عن مؤسسات دولية مثل المجلس الاقتصادي الاوربي التابع لامم المتحدة⁽⁵⁾

كما عبر عنها بعض الفقهاء المناصرين لنظرية القواعد عبر الدولية بانه " الاعراف المهنية والتجارية للقانون التجاري الدولي ، الذي يحكم مجتمع ورجال الاعمال ، تشكل المصدر الاول لهذا النظام القانوني المستقل عن سلطان الدولة"⁽⁶⁾

¹ انظر :- نادر محمد ابراهيم " مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادي الدولي " ص 260

² انظر:- سلامة ابو عرب " قانون التجارة الدولية " ص 67

³ انظر :- نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 262

⁴ انظر :- بن احمد الحاج " المرجع السابق " ص 206

⁵ انظر:- محمد محمود ياقوت " حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " ص 329

⁶ انظر:- نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 278

وقد عرف الفقيه " goldman " الاعراف التجارية بقوله " أنها قواعد من صنع ممتهني التجارة الدولية مباشرة و دون تدخل تشريعي ، تفرض نفسها كقواعد قانونية لها بينتها و خصائصها الملزمة على الأشخاص الذين يوجه إليهم " ، كما يري هذا الفقيه ان عادات التجارة الدولية تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية العرفية التي تنطبق في حالة غياب أي احالة صريحة وضمنية من جانب الاطراف مادام انهم لم يستبعدوا صراحة باتفاق خاص وترد القوة الملزمة لهذه العادات الى شعور رابطة التجار داخل النطاق الذي تغطيه هذه العادات بان لها قوة ملزمة (1)

وفي هذا الشأن يشير الفقيه dreains ان "الاعراف وعادات التجارة الدولية قد تعتبر بمثابة نظام قانوني مختص يمكن ان يسند اليه العقد ، او باسناده الى نظام قانون وطني سواء بسواء"(2) وكما يقول الاستاذ "هامس كيلس HAMS KELSE" انها " عبارة عن قواعد معيارية من خلق الجماعة المستقلة على الصعيد التجارة الدولية "

وتشكل هذه العادات المصدر الاول لقواعد التجارة الدولية، وهو مصدر بطيء التكوين والتعبير، لا ينشأ عادة في فترة وجيزة وانما يجب ان يتكاثر الاعتياد على اتباع قواعده بصورة منتظمة وعلى سبيل التكرار بحيث يثبت لها طابع الاستقرار ويستقر الإيمان في نفوس المخاطبين باحكامه بان يكتسب صفة الالتزام في حقهم .

من خلال التعريفات يتبين غموض التمييز بين مصطلحي العادات والقواعد العرفية ، فاحكام محكمين تستخدم عدة مصطاحات مختلفة مثل : عادات التجارة الدولية – اعراف التجارة الدولية – مصالح التجارة الدولية وهي تقصد في الغالب معني واحد هو العادات التجارة، هذه العادات التي يلحق بها صفة الدولية التي لاتخضع عند تكوينها لسلطان نظام قانوني وطني محدد ، فهي تنشأ عفويا في الاوساط التجارة الدولية لحكم العلاقات التجارية والاقتصادية التي تتم على المستوى الدولي ، بعبارة هي تنشأ وتتطور في بيئة اقتصادية دولية خالصة بعيدا عن كل الانظمة القانونية الوطنية (3)

ولقد ساهمت العادات التجارة الدولية مساهمة فعالة في ايجاد قواعد مادية استقر العمل عليها بين التجار ورجال الاعمال في معاملاتهم التجارية الدولية، حيث عملت العديد من المؤسسات التجارية الدولية المتخصصة على تقنين هذه العادات والاعراف السائدة في مجال او اخر من مجالات المعاملات الدولية ، كما هو الشأن بالنسبة للشروط التي وضعتها جمعية لندن لتجارة القمح التي تاسست عام 1877 وجمعية الامريكية لتجارة الحرير عام 1873 اضافة الى مجموعة المصطلحات التجارية المعروفة باسم

incoterms الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سنة 1935 (4)

¹ انظر :- طيب زروتي : مناهج تنازع في العقود الدولية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية – جامعة الجزائر - ، الجزء 36 . رقم 1998 ، 03 ، ص 130

² انظر:- محمد بواط" التحكيم في حل النزاعات الدولية " ص 136

³ انظر:- سلامة ابو عرب " المرجع السابق ص 62

⁴ انظر:- محمد جراد "دور الارادة في التحكيم التجاري الدولي" ص 68

هذا وقد حثت العديد من الاتفاقيات وأنظمة التحكيم على تطبيق العادات التلقائية للتجارة الدولية باعتباره قانون اختصاص محاكم ، من بينها اتفاقية فينا 1980 الخاصة بالبيوع الدولية للبضائع (1) والتي قضت بأن يتعين تطبيق الأعراف والعادات الأكثر ذبوعاً والمرعية بانتظام من قبل الأطراف في العقود من ذات النمط في الفرع التجاري المعبر.

كما نصت عليها المادة 07 من اتفاقية الاوربية لتحكيم عام 1961 (2)

وقد كرستها اتفاقية عمان لتحكيم التجاري الدولي بدورها صراحة هذا الحكم في المادة 27 (3) وقد جرى قضاء التجاري الدولي باعتباره القضاء العام الذي تشكلت في اطار العادات والاعراف على تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون الحاجة الى اعمال منهج قاعدة التنازع . وهذا بخلاف القضاء الداخلي الذي لايتصور اعمال هذه الاعراف والعادات على منازعات التجارة الدولية المطروحة عليه من خلال منهج التنازع لانها لا تشكل في الاصل جزءاً من نظامه القانوني ، كما ان التنازع لا يمكن ان يتصور قيامه الا بين قوانين وطنية ، بالرغم ان قضاء يميل الى سماح بتنفيذ احكام المحكمين التي طبقت الاعراف التجارية الدولية ، وحتى في الفرض الذي يختار فيه المتعاقدون هذه الاعراف والعادات ، فان هذا الاختيار لا يعدوا ان يكون اختياراً مادياً تنزل بمقتضاه تلك الاعراف منزلة الشروط التعاقدية ، لما يترتب عنه من ان يظل العقد خاضعاً للقواعد الامرة في القانون الداخلي الذي تشير باختصاصه قواعد الاسناد في دولة القاضي عند سكوت المتعاقدين على الاختيار التنازعي للعقد ، لكن هذا لا يمنع من احالة بعض القوانين الداخلية الى تطبيق العادات والاعراف السائدة والتي قد تتطابق مع عادات واعراف التجارة الدولية وبالتالي تطبق هذه الاعراف باعتبارها القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد بناء على احالة النصوص الداخلية في قانون لدولة التي اشارت هذه القواعد باختصاصه(4)

ومن تطبيقات العادات والأعراف التجارية الدولية في مجال التحكيم، نجد القضية المعروضة على محكمة النقض الفرنسية في قضية " VALENCIANA " والتي طبق فيها المحكم ما يسمى قانون ، " التجار ، حيث تتلخص وقائع القضية أن شركة "Américain primary coal" التزمت بتوريد لمدة ثلاث سنوات لشركة إسبانية "Espagnole Valenciana de Cements Portland كمية من الفحم ، حيث نصت المادة 07 من العقد على تسوية النزاع وفق نظام تحكيم (CCI) في مسائل الإجراءات، أما القانون الواجب التطبيق على الموضوع فلم يحدد من قبل الأطراف وعليه أصدر المحكم حكماً جزئياً يقضي بخضوع النزاع لعادات التجارة الدولية باعتبارها القانون الأكثر ملائمة للنزاع. فدفعت الشركة الإسبانية ببطان الحكم للأخذ بالعادات التجارية، في حين كان من

¹ المادة التاسعة يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما"،

² المادة 1/7 بنصها " في حالة تطبيق المحكم لقانون الارادة ، او لقانون الذي تحدده قواعد التنازع الملائمة للنزاع فانه يتعين في كلتا الحالتين ان يضع المحكمون في افي اعتبارهم عادات واعراف التجارة الدولية "

³ المادة 27 والتي تنص " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لعقد المبرم بين طرفين واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة او ضمناً ام وجد ، والا وفقاً لاحكام القانون اكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على ان تراعي قواعد واعراف التجارة الدولية المستقرة"

⁴ انظر:- محمد بلاق "قواعد التنازع وقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية" ص 114

المفروض تطبيق قواعد تنازع القوانين في حالة غياب الإرادة الصريحة لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع. وتم صدور القرار لصالح الطرف الفرنسي عن الغرفة المدنية بتاريخ 1991/ 10/22. (1)

الفرع الثاني المبادئ العامة :

أمام صعوبة الوصول إلى قواعد مشتركة بين النظم القانونية المختلفة ذهب العديد من الفقهاء إلى ضرورة اللجوء إلى مصدر أعلى هو ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون كقانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية .

وتعد هذه المبادئ أحد المصادر الرئيسية للقانون التجارة الدولية ، وتعرف **هذه المبادئ بأنها** " مجموعة القواعد العامة والأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية وتتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة التشريع والعرف، في حين أنها في دائرة المعاملات الدولية لا تحمل نفس الطابع فبعضها يستخلص من النظام القانوني الداخلي مثل مبادئ حسن النية وعدم التعسف، وبعضها يستخلص من النظام القانوني الدولي مثل مبادئ المساواة وحق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية". (2)

في حين عرفها الفقيه **mamm** "بأنها القواعد التشريعية التي تصادف قبولاً في كثير من النظم القانونية ايا كانت درجة تقدمها، وهي قواعد تطبق مباشرة على النزاع دون وساطة من قواعد التنازع (3) اي هي قواعد مادية ذات طابع موضوعي تتكفل مباشرة بحسم النزاع حيث يقوم المحكم بتطبيقها مباشرة دون حاجة لمنهج التنازع القواعد يستخلص منها الحلول لمنازعات عقود الدولية(4) كما يمكن تعريفها بأنها المبادئ المعترف بها من دول مختلفة في مجموعها ، او هي مبادئ مشتركة مستمدة من الانظمة القانونية الداخلية وتصلح لتطبيقها على منازعات الدولية والعلاقات الخاصة مع وجوب بعض التباين في اسلوب التطبيق .

اما في مجال التجارة الدولية فهي تلك المبادئ القانونية السائدة بين الدول في شان تنظيم المعاملات الاقتصادية بين اشخاص قانون الخاص او بينهم وبين الاشخاص قانون العام والتي يكشف عنها العقل المجرد او تكشف عنها الدراسات المقارنة لنظم قوانين وطنية .

و يبدو أن شراح اختلفوا في تكييف المبادئ العامة للقانون، حيث يرى جانب منه أنها تمثل في مجموعها النظام العام الدولي بما يتضمنه من مبادئ أساسية لا يجوز للمحكم الدولي وهو ينظر موضوع

1 انظر:- محمد بواط " المرجع السابق " ص69

2 انظر:- بلقواس سناء "الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي " ص129

3 انظر:- محمد بواط "المرجع السابق " 136

4 انظر :- محمد حسن منصور " العقود الدولية" ص 10

النزاع تجاوزها، وإلا كان جزاء مخالفة ذلك بطلان الحكم. حيث يدعو هذا الفقه المحكم الدولي إلى الإبتعاد عن تسبب أحكامه على مقتضى القوانين الوطنية وإستبعاد قواعدها حتى ولو تعلقت بالنظام العام الوطني، وذلك إستنادا إلى وجود مبادئ أساسية في المجتمع الدولي للتجار تمثل النظام العام الدولي.⁽¹⁾

اذ فيرى **Eric loquin** "أن" المبادئ العامة للقانون مثل القانون الوطني لأنها تعتبر قواعد قانون تؤخذ بعين الإعتبار من طرف المتعاملين في حقل التجارة الدولية، وحتى لا تبقى هذه المبادئ مجرد مصطلح سطحي فإن تطبيقها يجب أن يكون ماديا، وهذا لا يمكن إلا بوجود قرارات تحكيمية معلنة توضحه"

أما الأستاذ **Goldman** فيرى أن "المبادئ العامة للقانون لها طابع العادة.. مثل الأعراف" وهو بذلك لم يميز بينها وبين الاعراف .

ويرى جانب آخر من الفقه أن" المبادئ العامة للقانون أصبحت حقيقة واقعية لا يمكن تجاهلها في الميدان الدولي، وأن صفتها الدولية أدت إلى جعلها قانونا معدا أساسا لحكم المبادلات التجارية الدولية."

في حين يرى الفقيه **Derrains** أن"المبادئ العامة للقانون هي قواعد ذاتية التطبيق بحيث أنها لا تستمد أساسها من إرادة الأطراف وإنما من النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي الذي يضع العقد . الدولي في علاقة مباشرة مع هذه القواعد"⁽²⁾

ومن أمثلة المبادئ التي تؤثر تأثيرا كبيرا على واضعي القواعد القانونية عند سنهم لها، وعلى القضاة عند فصلهم في النزاعات المطروحة أمامهم، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ العدالة الاتفاقية، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، مبدأ القوة الملزمة للعقد، مبدأ احترام التوقعات المشروعة للأطراف، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، مبدأ الغش يفسد كل شيء ، مبدأ المنافسة غير المشروعة ، مبدأ الاثراء على حساب الغير.

وترجع اهمية المبادئ العامة الى كونها تشكل طوق نجاة لكل قاض او محكم لم تسعفه قواعد القانون واجب التطبيق على المنازعة في الوصول الى حل عادل لها فهي تسمح لهما بتجنب الاثار الضارة الناتجة عن تطبيق قواعد القانون المختص في بعض الاحيان ⁽³⁾.

وقد تباينت اراء الفقيه تباينا واضحا فيما يتعلق بتحديد القيمة القاعدية لهذه المبادئ، اذ يرى البعض أنه من المستحيل ومن غير الواقعي الإحالة إلى المبادئ العامة ، فهي ليست بقانون ، أو نظام قانوني يمكن تطبيقه أو الإحالة إليه.اذ يرى الاستاذ **kassis** ان هذه المبادئ لاتعدو ان تكون سوي دافع ملهم لخلق قواعد جديدة هذه القواعد يبدعها القاضي او المحكم عند حسمه للنزاع ، و لعل اهمها هذه الانتقادات :

¹ انظر :- عدلي محمد عبد الكريم"النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية" ص 356

² انظر :- محمد جارد "دور الارادة في التحكيم التجاري الدولي" ص 175

³ انظر :- سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 79.

- 1- ان مبادئ العامة للقانون فكرة غامضة غير محددة مضمونا و غير معلوم للأطراف او القاضي ، مما يفتح بابا واسعا للجدل حول تحديده ويتنافى ذلك مع استقرار المعاملات وما ينبغي ان تنسم به العقود من احكام مؤكدة على الاقل بصدد القانون واجب تطبيق عليها مستقبلا (1)
 - 2- أن التطبيق الكامل للمبادئ العامة للقانون يفضي إلى صعوبة أعمال الرقابة على القرار التحكيمي ، وذلك أن مثل هذه القرارات والتي مبناه المبادئ العامة للقانون ، هي في حقيقتها وجوهرها قائمة على هدى من أصدرها ، وبالتالي تؤدي إلى عدم تحقيق الأمان القانوني المطلق . فهذه المبادئ لم تتضح بعد ، الأمر الذي يؤدي إلى عدم وجود ضمان حول مضمونها ، وبذلك يفتح المجال لتحكم المحكم. وبذلك يتحول التحكيم الدولي إلى " تحكيم طليق " قادر على الإفلات من أي رقابة.
 - 3- إن أي عقد يبرم بين الأشخاص لا بد من رده و إسناده إلى نظام قانوني يؤسس مشروعيته ويحدد آثاره ، فالمبادئ العامة للقانون يجب أن تتحقق فيها درجة كافية من التجريد والعمومية لأجل الدخول في إطار القياس القانوني الذي يسمح بالتمييز بين المبدأ العام والعادات المهنية أو العرف.
 - 4- ان المبادئ العامة تكون غير كافية في حالات كثيرة وتعجز عن تقديم الحلول الملائمة للنزاع مثل تحديد مدة التقادم والمدة التي يجوز للمشتري فيها التمسك بالعيب الخفي حيث لا توجد مبادئ موحدة بشأنها مما يدفع الى تطبيق احد القوانين .
 - 5- ان هذه المبادئ ليست متحققة في كافة الدول المختلفة وفي حقيقة الامر انها قواعد وطنية بحثة مشتقة من القوانين الداخلية للدول وليست مستقلة عنها وهي على هذا النحو لا تتماشى مع متطلبات التجارة الدولية .
 - 6- ان العالم ينقسم الى دول اشتراكية واخرى راسمالية وفي كلا هاتين النظامين يتميز بفلسفة مختلفة تماما فالنظام الاول يجد اساسه في تقديم الجماعة على الفرد والثاني يقدم الفرد على الجماعة وازاء هذا الاختلاف البين يستحيل وجود مثل هذه القواعد فمبدأ حسن نية متحقق في النظامين ولكن مفهومه مختلف في كل منهما .
- ورغم هذا الاختلاف فقد ذهب جانب من الفقه ان فكرة حسن النية هي التعاون وبدل العطاء بين الافراد المجتمع من اجل المصلحة العليا لهذا المجتمع او انه لا يمكن فهم حسن نية من خلال علاقة دائن بمدين وهي فكرة يصعب تعريفها في قالب مجدد (2)
- في حين ان مناصرين القانون التجاري الدولية يعترف للمبادئ العامة للقانون بالقيمة القانونية ، فقانون التجارة الدولية هو مجموعة من المبادئ والعادات وقرارات التحكيم يتم الكشف عنها بطريق مقارنة العديد من النظم القانونية لاستنباط القاسم المشتركة بينها ، (3)

¹ انظر:- محمد حسين منصور " العقود الدولية " ص 33

² انظر:- عدلي محمد عبد الكريم ' المرجع السابق " ص 363

³ انظر:- سلامة ابو عرب " المرجع السابق " ص 88

اذ تتميز هذه المبادئ بصفة العمومية النابعة من تواجد هذا المبدأ على مدى جغرافي الذي يشمل غالبية الدول القائمة في المجتمع الدولي وليس على ما تتضمنه هذه المبادئ من احكام (1) وتستمد هذه المبادئ قوتها الالزامية من الاعتقاد الراسخ لدى اعضاء المجتمع الدولي من التجار ومهنيين ورجال الاعمال بضرورتها واهميتها لتنظيم العلاقات القائمة بينهم وليس من القوانين الوطنية .

ولهذا يؤكد البعض ان المبادئ المشتركة كأحد مكونات القانون التجاري الدولي تختلف عن المبادئ العامة السائدة في الأمم المتعدنة والتي تشير اليها المادة 38 من لائحة تنظيم محكمة العدل الدولية فهذه الاخيرة وان كانت مستمدة بدورها من القوانين الوطنية ، الا ان ملاحظ في اعمالها امام محكمة العدل الدولية في صدد العلاقات السياسية بين الدول صاحبة السيادة والسلطة قد تنتهي بها الى مضمون يختلف بالضرورة عن المضمون الذي يؤدي اليه تطبيقها امام قضاء التحكيم التجاري الدولي في مجتمع المهنيين من التجار ورجال الاعمال(2)

وقد استطاع التحكيم التوصل الى العديد من المبادئ المشتركة وان يستخلص منها مايناسب العلاقات الاقتصادية الدولية حتى أصبح للمبادئ العامة في هذا مجال طابعها المميز الذي يتفق وطبيعة المجتمع الدولي للتجار ورجال الاعمال ، وعدت هذه المبادئ من مكونات القانون التجاري الدولي مثل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، قاعدة تنفيذ العقود بحسن نية... (3)

وقد اسهم هذا القضاء في التطويع فكرة مبادئ القانونية العامة حتى تتلائم مع معطيات التجارة الدولية ، فاذا كانت نظرية الحوادث الطارئة تخول للقاضي سلطة مطلقة في تعديل العقود برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فان قضاء التحكيم كثيرا ما يحجم عن اعمال هذه النظرية في اطار طائفة من عقود التجارة الدولية التي تجري في مجتمع مهني محترف يتوقع عادة اطرافه ظروف استثنائية، ذلك ان معطيات التجارة الدولية قد تقيد سلطة المحكم في تعديل عقود المدة ذات التنفيذ مثل التوريدات الدولية وكذلك العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل وايضا عقود تسليم المفتاح في يد طويل الاجل

ومن جهة اخرى فقد رأى قضاء ان التأخير في الوفاء لا يعد أجالا بعقود التجارة الدولية طويل المدى لانها مسألة يجب ان يتوقعها الاطراف في هذا النمط(4)

ومن جهة اخرى فقد استخدم التحكيم هذه الفكرة لاستلهاام بعض القواعد ذات الطابع الاخلاقي والتي تستوجب محاربة الفساد واحترام القوانين الداخلية الامرة في الدول المضيفة للاستثمار .مثل القواعد التي تحظر الوساطة في العقود المبرمة بين الدول والمستثمر الاجنبي ، إذ هناك العديد من الأحكام التي قضت ببطلان الاتفاق على العمولة بين المستثمر الأجنبي والوسيط الذي ساعده على

انظر:- محمد بواط " التحكيم في حل النزاعات الدولية " ص 132¹

انظر:- هشام على صادق " القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية " 183²

انظر :- هشام صادق " المرجع السابق " ص 181³

انظر:- منير عبد المجيد " التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي " ص 236⁴

التوصل لاتفاق من أجل الاستثمار في الدولة المتعاقد معها، وذلك لمخالفة الاتفاق المبادئ الأخلاقية والقانونية العامة التي تحرم الفساد⁽¹⁾.

وبهذا قضت هيئة التحكم بموجب مبادئ العامة في القضايا التالية في قضايا التالية : قضية ابو ظبي- سافير - ارمكو .

ومن هنا يتعين تفسير الاشارة المتعاقدين الى المبادئ القانونية المشتركة في عقودهم التجارية الدولية على مايفيد رغبتهم في تدويل العقد واخضاعه للحلول التي يستلمها المحكمون بصدد المسائل التي ليس لها تنظيم في العقد ولا يوجد بشأنها اعراف وعادات مستقرة في مجال الدولي ، تلك المبادئ تعين المحكمين على استخدام قدراتهم الخلاقة في استنباط الحلول المناسبة للعلاقات التجارية العابرة للحدود فهي تشكل درع امان لكل قاضي او محكم في مأزق حيث تسمح عموميتها له بالتطبيق على مختلف الازواضع والمسائل التي تعرض عليه وتعطيه حرية تقدير واسعة لمعالجة النقص في النظام القانوني او القصور في العقد⁽²⁾.

الفرع الثالث : قواعد العدالة

ترتبط العدالة بمصادر ومكونات قانون التجاري الدولي حيث يستطيع المحكم باسم العدالة أن يستلم الحلول للمسائل التي يتناولها ذلك القانون بالتنظيم، وتختلف معاني العدالة عند المفكرين اذ يقول عنها " مونشيكو" في كتابه روح القوانين " ان مفهوم العدل يدل اول ذي بدء على ذلك المبدأ الاخلاقي الذي يفترض احترام معايير الحق من جهة وعلى الفضيلة التي تتطلب احترام حقوق الآخرين من ابناء المدينة وأخر هي فكرة وشعور نفسي تختلف بحسب ما تعتقده انه ظلما او عدلا من جهة ".

ويرتبط معناها عند فقهاء اخرين بمفاهيم اخرى كالحرية الحق المساواة الاخلاق الى غير ذلك مما يؤدي الى التساؤل عن اهميتها كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية واحد مكوناته.⁽³⁾

تعني العدالة تحقيق التوازن الدقيق لنشاط الانساني وفي نفس الوقت التطلع نحو هذا التوازن والبحث عنه وهي بذلك تختلف عن القانون الذي لا يهتم بنتائج هذا التطبيق ، فالقاعدة القانونية يجب ان تطبق كما هي حتى ولو ادى تطبيقها الى نتيجة لا تتفق واحساس القاضي بالعدالة .

اذ يرى البعض ان قانون تجاري الدولي يعد قانون بمعنى الفني فان قواعد تطبيق بغض النظر عن تحقيق التوازن بين الاطراف وعن النتائج التي يؤدي اليها هذا التطبيق⁽⁴⁾

1 انظر :- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية العالمية واثرها على النظام القانوني للعقود التجارية الدولية " ص210 وقد أيدت محكمة استئناف باريس في قرار صادر لها بتاريخ 10/09/1993 حكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان أمامها، حيث كان ذلك الحكم قد قضى بصحة العقد موضوع النزاع، وذلك على أساس عدم ثبوت أن كل من محل العقد وسببه قد انصبا على استغلال النفوذ وتقديم الرشوة. انظر :- في تفاصيل هذا القرار: حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية،

² انظر :- محمد حسن منصور " العقود الدولية " ص33

³ انظر :- عمر سعد الله " قانون التجارة الدولية " ص 96

⁴ انظر :- محمد محمود ياقوت " حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " ص 267

والتطبيق هذه القواعد على مجتمع التجار يقتضي التسليم بان قانون التجارة الدولية هو تعبير عن العدل الذي صنعه هذا المجتمع لا العدل المطلق الذي لا يتغير لذا يجب تطبيق هذا القانون بصرف النظر عن اعتبار هذه القواعد غير عادية لانه ليس سببا مبررا لتجاهل القاضي او المحكم لها وبهذا المفهوم تخرج قواعد العدالة من مكونات التجارة الدولية.(1)

على نقيص ذلك يميل جانب من الفقه الى اعتبار العدالة مصدر من مصادر قانون .التجاري الدولي على اساس قيمتها التي تبدوا كأداة لسد النقص حينما تنعدم القاعدة القانونية ، وهي ميزان لقياس عدالة قواعده ، بحيث يمكن القول بان القاعدة القانونية الوحيدة واجبة التطبيق على قضية ما ليست هي القاعدة الملائمة وان اعمالها يمكن ان يسبب ظلما، اذ تسمح هذه الفكرة بالتصحيح تلك القاعدة او احلال غيرها مكانها ، فالعدالة كما يقول الاستاذ كاريونيه تعالج احيانا بعض التعب الذي يعترى القانون. ومع ذلك فان جانب من فقه ذهب الى القول بان تحكيم العدالة لا يعني ان محكم يقضي في نزاع وفق تقديره الشخصي لانه سيختار في الواقع الامر قانون معين يراه اكثر تحقيا للعدالة من وجهة نظره ، بل وفي الغالب ما يطبق المحكم في هذه الحالة العادات والاعراف الدولية السائدة في نطاق الاسواق الدولية بوصفها تعبيراً عن العدالة التي يعرفها التجار ورجال الاعمال العابرين للحدود ، الامر الذي يصون توقعات هؤلاء المشروعة .

مهما قيل ان هذا الاتجاه يحرم المتعاقدين من الامان القانوني لعدم معرفتهم المسبقة بما سينتهي اليه المحكم في النزاع باسم العدالة ، الا ان محكمين لا يلجؤون الى خلق الحل باسم العدالة الا عند عدم وجود قاعدة موضوعية في الاعراف والعادات التجارية او مبادئ القانونية المشتركة وهذا ما يقلل من خطورة النقد الذي وجه الى الرأي السابق.

وتعتبر العدالة من خصوصيات ومبادئ العامة في قضاء الداخلي و قضاء التحكيم - الذي لا يقتصر دوره للفصل في النزاع وفقا للقانون وانما يمتد الى حل النزاع بطريق يستجيب لمصالح الاطراف المتنازعة من الناحية الاقتصادية - الا ان الحاجة الى هذه الفكرة تبدوا إلحاحا وضرورة في مجال قضاء التحكيم لان قواعد قانون التجارة الدولي لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا مقارنة مع القوانين الداخلية وانما هو قانون غير كامل مما يقتضي معه الرجوع الى قواعد العدالة لاستكمال هذا النقص(2)

كما ان قضاء التحكيم لم يقتصر على اللجوء الى فكرة العدالة لسد العجز في احكام قانون التجاري بل انه قد ذهب للقضاء وفقا لمطلق هذه الفكرة ايضا دون التقيد باحكام القوانين الوضعية اذا ما فوضت المتعاقدون في ذلك صراحة ، وهو ما يطلق عليه التحكيم مع التفويض بالصلح او تحكيم العدالة ، والذي لا يحوز الالتجاء اليه الا باتفاق الاطراف صراحة على ذلك في العقد الاصلي او في وثيقة مستقلة ، وعندئذ لا يتقيد المحكم بحكمه بالنصوص القانون وانما يمكنه الاعتماد على قواعد

¹ انظر :- هشام على صادق " القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية " ص 172

² انظر :- محمد محود ياقوت " المرجع السابق " ص 328 ومايليها

العدالة والإنصاف البحثة وحدها وفي هذا الصدد يرى الاستاذ "ديرين" ان شرط التحكيم مع التفويض بالصلح قد يسمح احيانا للمحكمن بان يعطوا للمنازعات التي تخضع لهم حولا تقوم على العدالة والتي ساهمت بتكرارها في حلق قواعد تساهم في تكوين القانون مادي للتجارة الدولية، كما يرى الفقيه " carrabier " انه من بين الاهداف الاساسية للتحكيم انه يعمل على إيجاد عدالة مبنية على المعطيات العملية لكل حالة على حدى بدلا من التطبيق الصارم للفوضى للقانون ".

وقد نصت بعض نصوص التشريعية والاتفاقية الدولية على التحكيم العدالة.

فتجد مشرع فرنسي في مادته 1474 قانون مرافعات (1) على انه " يفضل المحكم في النزاع المعروض على مقتضى القواعد القانون مالم يخوله الطرفان في اتفاق التحكم مهمة الفصل كمحكم " ومادة 4/39 قانون التحكم مصري سنة 1994 بنصها " يجوز لهيئة التحكيم اذا اتفق طرف التحكم صراحة على تفويض بالصلح ان تفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد باحكام القانون "

اما مشرع الجزائري فنص صراحة في 458 مكرر 15 من مرسوم 09-93(2) ولم يؤكد التعديل الجديد لقانون اجراءات المدنية والادارية 09-08 على التحكيم بالصلح .

اما في فيما يخص الاتفاقيات الدولية , فنجد ان اتفاقية جنيف سنة 1927 و اتفاقية نيويورك سنة 1958 لم ترد اي اشارة للتحكيم بالصلح ، على خلاف اتفاقية الاوربية للتحكم التجاري الدولي لسنة 1961 والتي اكدت عليه بموجب المادة 2/7(3).

بل ابعد من ذلك يرى فقهاء ان مجرد الالتجاء المتعاقدين الى تحكيم العدالة يفيد في حد ذاته رضا هؤلاء الضمني بتطبيق اعراف وعادات التجارة الدولية .

وقد أخذ قضاء التحكيم بمبادئ العدالة والإنصاف في عدة مناسبات، ففي قضية "Sapphir" بين شركة **Patroleum Sapphir** ضد الشركة البترولية الإيرانية سنة 1963 قرر "International" قرر المحكم " كافان CAVIN" القاضي بالمحكمة الفيدرالية السويسرية تطبيق قواعد العدالة بإعتبار ذلك موقفا وديا وأيضا قضية "LIAMCO" ليامكوبين شركة **Libyan American Oil Company** ضد الحكومة الليبية حيث قرر المحكم الأستاذ "المحصاني" في قراره الصادر في 1977/04/12 بجنيف تطبيق قواعد العدالة والإنصاف التي تقضي بحق التأميم الليبي مقابل تعويض منصف وعادل.

1 تنص المادة على "يفضل المحكم في النزاع المعروض على مقتضى القواعد القانون مالم يخوله الطرفان في اتفاق التحكم مهمة الفصل كمحكم مصالح " .

2 اذ تنص هذه المادة " تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح اذا خولتها اتفاقية الاطراف هذه السلطة "

3 تنص المادة على " المحكمون في التحكم الودي يفصلون على اساس ارادة الاطراف اذ أجاز القانون المطبق ذلك"، انظر :- جارد محمد " دور الارادة في التحكيم التجاري الدولي" ص 70 ومايلها

ومن تطبيقات العدالة في التحكيم يحوز للمحكم استبعاد فكرة التقادم في الموضوع البيع الدولي للمنفولات المادية رغم توافر شروطه , كما يجوز له الحكم بالمقاصة بالرغم من عدم تتوفر شروطها كما يجوز له تقدير التعويض على غير الاسس والعناصر المنصوص عليها في القانون، .
ويظهر من خلال ماتقدم ان المحكم بالصلح يتمتع بحرية الفصل في النزاع يستمدها من ارادة الاطراف بحيث يضطلع بمهام محددة وهي على سبيل تعبير عبد الحميد احذب" تهدف الى اعطاء حل مهدي يطيب الخواطر بحيث ياتي المحكم بحل بردا وسلاما على القلوب التي بدعت تشتغل".
وفي ختام يمكن القول ان التحكيم مع التفويض قد هيا للمحكمين خلق حلول تجد ركيها في فكرة العدالة غير مقيدين بتطبيق قواعد قانون الوضعي.

ومن تم تصح العدالة بهذا المفهوم احدي مكونات القانونالتجارة الدولية (1)

المبحث الثاني : مدى تمتع قانون التجارة الدولية بالقيمة المعيارية التي تجيز اعتماده قانونا للعقد

تعتبر تمتع قانون التجارة الدولية بالقوة الملزمة التي تجيز اعتباره قانون للعقد هي مسألة اولية يتوقف مدى صحة القول بتحرر العقد من احكام القوانين الداخلية امام قضاء التحكيم الدولي ليخضع لأحكام هذا القانون ، لان افتقار هذا الاخير الى القوة الملزمة يعني ان العقد طليقا بلا قانون يحكمه علي نحو ما اراد وتعدد الاتجاهات في شأن تحديد الطبيعة الوضعية لذلك القانون، وعمّا إذا كانت قواعد تتمتع بنفس القيمة المعيارية للقواعد القانونية، وذلك نتيجة الاختلاف حول تحديد الذي تنتقل منه تلك القواعد من المجال عبر غير الوضعي إلى النطاق الوضعي (2).

على انه يمكن تقسيم اتجاهات الفقه الى رأيين : رأي مناهض ينكر على تلك القواعد الطبيعة الوضعية ، واتجاه حديث يعترف بذلك .

وبناء على ما سبق سنبحث في الموقفين تباعا وذلك لتبيان وتحليل الأسس التي اعتمد عليها كل منهما لتبرير رأيه بشأن القيمة القاعدية لقانون التجارة الدولية.

المطلب الاول : الموقف الفقهي من الطبيعة المعيارية لقواعد قانون التجارة الدولية.

قبل التطرق الي موقف الفقه من مدى اتصاف القواعد عبر الدولية خاصية الالزام الذاتي بالاستقلال عن الانظمة القانونية الداخلية نتطرق اولا الى تعريف النظام القانوني على النحو التالي :
ولقد اختلفت التعريفات التي نادى بها الفقه حول تحديد النظام القانوني الا انه يمكن جمعه في ثلاث اتجاهات :

اولا - الاتجاه الاول : عرف النظام القانوني في ضوء النظرية العامة للقانون القائمة على اساس نظرية هانت كلس الشهيرة التي اطلق عليها اسم نظرية الخالصة للقانون ، حيث تقوم نظريته على اساس وحدة النظام القانوني في التدرج الهرمي ، كما تقوم هذه النظرية على اساس التطابق بين القانون والدولة ،

¹ انظر :- محمد محمود ياقوت " المرجع السابق " ص 231
² انظر:- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 209.

فالدولة هي تجسيد للقواعد القانونية النافذة ، وقواعد القانون ليست علي درجة واحدة بل ان بعضها يعلو فوق الاخر ، فهي شبيهة بالهرم المكون من عدة درجات وتتماسك هذه الدرجات فيما بينها ، نظرا لان صحة القواعد الموجودة في كل درجة تعتمد علي القواعد الموجودة في الدرجة الاعلى .

وفي هذا السياق يعرفه كل من الفقيه **RIGAUX** بانه " مجموعة متناسقة من القواعد التي تتأتي من مصادر مترابطة على نحو تدريجي ، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ ونفس الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب ان نحكمها "، والفقيه **VIRALLY** يقول بانه " نظام تهذيب الروابط الاجتماعية يميزه فقط وضع قواعد ولكن ايضا انشاء نظم مخصصة لظبط الروابط الاجتماعية او لحل المنازعات "

وانطلاقا من ذلك نجد ان هذا الراي يعتبر النظام القانوني هو القانون الذي تطبقه المحاكم ، فهو مجموعة قواعد متناسقة ومرتبطة ببعضها البعض ، ولكنها ايضا مغلقة لاتقبل اي انتقال لقواعد اخرى من نظام اخر ، والتغيرات التي تظهر في نظام قانون معين سدها بطريقة التفسير لا بطريقة استعارة قواعد من نظام قانون اخر (1).

وقد انتقد هذا التعريف على اساس انه اغفل الجانب التنظيمي ، وهو وجود هيئة متماسكة لها تنظيم الخاص ، وقدرتها على خلق القواعد القانونية التي الروابط الاجتماعية وهي هيئة لها وجود حقيقي ملموس ، هذا الجانب اشار اليه "**SANT ROMANO**" في تحليله لفكرة النظام القانوني.

ثانيا - الاتجاه الثاني ينظر هذا الاتجاه الى النظام القانوني على انه تنظيم او بناء ، وفي هذا الاتجاه ذهب الاستاذ "**GUY ROCHER**" الى ان فكرة النظام القانوني تتحقق بوجود اجهزة او هياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية تتولى مهمة وضع القوانين الجديدة وصياغتها كما تتولى تقنين القواعد الموجودة وتسهر على احترامها كما وضع "**HENRY PERRITT**" ثلاثة شروط للاعتراف بوجود نظام قانوني وهي :

1- اصدار القوانين

2- فرض الانضباط عن طريق القضاء

3- القوة التنفيذية للاحكام التحكيم

فلكي يوجد نظام قانوني لابد من وجود قوانين يطبقها القضاة ، ونظام الالزام يفرض على الاشخاص ، فالنظام القانوني يستخدم لتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة ، فقد عمد والى تركيز على جانب العضوي لسد النقص والعجز عند الاتجاه الاولي الذي ركز علي السمة القاعدية

ثالثا - الاتجاه الثالث : يجمع هذا الاتجاه بين الرايين السابقين ، اذ يرى ان النظام القانوني يتكون من هيكل وتنظيم وايضا قواعد تطبق داخل هذا النظام ، وتزعم هذا الراي الفقيه "سانت رومان **SANT ROMANO**" الذي يري ان النظام القانوني لابد من اي يتشكل من مجتمع متجانس بدرجة كافية

¹ انظر:- صالح المنزلاوي" القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الالكترونية " ص199

وسلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان ، ومجموعة قواعد تنظم سلوك الاشخاص داخل هذا النظام ، فالنظام القانوني عنده لايتكون من مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الاشخاص داخل المجتمع فحسب وانما علاوة على ذلك من عناصر اخرى هي مجتمع منظم ومتماسك ، والسلطة التي ربما تاخذ شكل الجهاز الاداري للدولة او اي شكل اخر ، فالنظام القانوني قبل ان يكون قاعدة فهو تنظيم وبناء ومجتمع يسري فيه ، ومن تم فالنظرة الى النظام القانوني دون توافر الجانب العضوي او الجانب القاعدي هي نظرة غير مقبولة (1)

الفرع الاول : المذهب المنكر للقيمة القانونية لقانون التجاري الدولي

يتميز الاتجاه المناهض لنظرية القواعد عبر الدولية بكونه لايعترف لهذه القواعد بالطبيعة الوضعية بالاستقلال عن الانظمة القانونية الداخلية . حيث تدور معظم حجج هذا الاتجاه حول نفي وجود نظام قانوني عبر دولي بمفهوم النظام القانوني ، حيث تزعم هذا الموقف الاستاذ الامريكي **francis Mann** ، اذ ينكر هذا الاتجاه استيفاء قانون التجاري الدولي لاركان النظام القانوني من منظور نظرية سانت رومان اي عدم استيفائه لركني المؤسى والمعيارى.

اولا: تخلف الركن المعيارى لنظام القانون عبر الدولي

يتمسك انصار هذا الاتجاه بعدم تمتع هذا الاخير بما تستلزمه الطبيعة الوضعية من صفات ، وعيوب تمتع في ذاتها من اتصاف تلك القواعد بهذه الطبيعة .

أ- عدم تمتع القواعد عبر الدولية بالخصائص القواعد القانونية

يري انصار هذا الراى ان القواعد عبر الدولية لا تمتعها بخصائص القواعد القانونية المتمثلة في صفتي العمومية والتجريد ، وتخلف الجزاء المادى.

1- عدم تمتع بالتجريد او العمومية : من المعلوم انه من خصائص القاعدة القانونية انها مجردة ، فيتم

تطبيقها على الواقعة او الاشخاص متى توافرت الشروط التي وضعتها ، فهي ليست موجهة إلى شخص بعينه او واقعة بذاتها ، وإنما العبرة في اتصافها بالعمومية هو تحقق الشروط .(2)

ومن المعلوم ان القاعدة القانونية كما قلنا سابقا تعد لمواجهة حالات غير متناهية متى توافرت شروطها اي "لا يستغرقها التطبيق المنفرد" ، وهذا الحالة لاتنطبق على قواعد عبر الدولية باعتبار انها منهج متجدد القواعد نظرا لانها غير سابقة الخلق ، بل وجدت لواقعة بذاتها ، ولاشخاص معينين فهي

¹ انظر :- صالح المنزلاوي "المرجع السابق " ص200.

² انظر :- نادر محمد ابراهيم "مركز قواعد عبر الدوليامم التحكيم الاقتصادى الدولي "ص 212

إذا قاعدة تتصف بالحل الذاتي ، مما ينفي عنها صفة التجريدو تخلف هذا الاخير سيؤدي حتما الى تخلف صفة العمومية .

ولا شك ان انتهاء **Mann** الى ان ما يطلق عليه مصطلح **lex mercatoria** هو غالبا احساس تحكمي بالعدالة ، او انتهاء "**zaki**" الى ان نظرية القواعد عبر الدولية هي مجرد " نزعة قانونية زائفة غالبا غير برينة " .

كما يحتج انصار هذا الراي بعدم وجود قانون عبر دولي ذو طبيعة عامة، ذلك ان العادات واعراف التجارة الدولية هي متباينة من عقد الي اخر و حتي داخل المهنة الواحدة ،هذا الاختلاف يحد من ذاتة اتصافها بصفة العموم، كالاعراف الخاصة بتجارة الحبوب و التبغ والقهو مثلا والتي يغلب عليها الطبيعة المحلية ، وعلى هذا النحو تعد عقود النمطية والشرط العامة وسائر العادات التجارية مجرد اقتراحات او صيغ قانونية معروضة على رجال الاعمال عبر الدولي الذين لهم حرية قبولها او رفضها فهي لا تلزمهم مالم يتفق الاطراف على اتباعها وحتى في هذه الحالة فان مصدر الزام هذه العادات يرجع الي كونها شروط تعاقدية تضمنها العقد وبالتالي فهي ذات طابع فني اكثر من الطابع القانوني . (1)

2- تخلف الجزاء : يشير بعض مناهضين لنظرية القواعد عبر الدولية الى انه وعلى فرض من وجود قواعد عبر دولية تمتع بصفتي التجريد والعمومية الا ان هذه الاخيرة لا تتمتع بالجزاء المادي الذي يجعل منه قاعدة قانونية ، وهو عنصر يحتاج لوجوده وتقريره إلى السلطة العامة التي تتولي صياغة القواعد ومعاقبة المخالف لها في الوسط الاجتماعي الذي تمارس نفوذها فيه ، وفي هذا الشأن يقول الدكتور عبد الكريم سلامة ان " اي نظام قانوني لا تقوم له قائمة ، مالم تقترن قواعد بجزاء يكفل احترامها وبقاءها ولا مراة في ان النظام القانوني للدولة يميزه وجود ذلك الجزاء الذي تتكفل السلطة العامة بتوقيعه عند الاقتضاء .وهنا يلاحظ ان القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تفتقد هذا الجزاء "

ويقصد بالسلطة في نطاق النظام القانوني وجود آلية مهما كانت بدائية لتنفيذ القانون وللرقابة والضمان والعقوبات، وإلا كان ذلك إنكارا لقانونية القواعد التي تنشأ على هامش قانون الدولة كالقواعد العرفية ويمكن إدراك مظاهر تلك السلطة ووجودها من وجود علاقات محددة داخل وسط اجتماعي معين، ومن وجود الأجهزة اللازمة لتنظيم تلك العلاقات عن طريق قواعد أمره مقترنة بعقوبات تحفظ لها وجه الإلزام، وهذا ما يحقق معنى السلطة المقصود(2).

وعليه فلا بد من أجل الاعتراف بوجود نظام قانوني للقانون التجارة الدولية ، وجود سلطة مهنية وليس سلطة عامة ، وان كان جانب من الفقه المناهض لنظرية قانون التجارة الدولية لا يعترف بغير السلطة العامة كسلطة لفرض احترام القاعدة القانونية وإضفاء عنصر الإلزام عليها، فإن جانبا آخر من

¹ انظر :- محمد محمود ياقوت" المرجع السابق "ص 321،
² أنظر: - محمد محسوب درويش، المرجع السابق، ص 357

المناهضين لها لا ينكر وجود السلطة المهنية في النظام القانوني عبر الدولي، إلا أنها سلطة لا تملك مع ذلك الوسائل الكافية لتحقيق كل أغراضها، وهو ما يحتاج في النهاية للرجوع إلى نظام قانوني حقيقي وكامل يستمد منه الفعالية هو النظام القانوني للدولة.⁽¹⁾

ويبررون هذا الرأي هو تعذر تنفيذ احكام المحكمين بغير ومعاونة السلطة العامة للدولة التي تملك رفض تنفيذه ومن ثم تجعل قرار التحكيم بلا قيمة ، مما يجردالنظام القانوني على هذا النحو من صفته وهذا لعجزه بذاته عن فرض الجزاء الذي يكفل احترام قواعده ، وهو الامر الذي لم ينكره انصار القانون التجاري الدولي ، حيث اكد انه في ظل الوضع الراهن لايمكن تأكيد وجود قواعد عبر الدولية تتمتع بصفة الجزاء المادي الا اذ اندمجة في الانظمة القانونية الداخلية ، فبذلك تصبح مثلها مثل القواعد الداخلية تتمتع بصفة الالزام .

وفي هذا الشأن يرى الاستاذ **kassis** الى انه لا يكفي التمسك بوجود جزاءات مهنية تضمن تطبيق هذه القواعد ، فوفقا له تلك الجزاءات قاصرة على القواعد الامرة فهي لا تمتد الى قواعد المكملة وان القواعد عبر الدولية لاتتخذ صورة القواعد الامرة الا حيث يحكم بها المحكم كما يضيف هذا الفقيه الى ان الجزاءات لاتضمن للقواعد عبر الدولية استقلالها تلك للقواعد ، حيث ان التنفيذ الجبري لحكم التحكيم يتطلب اللجوء دائما الى النظام القانون الداخلي،⁽²⁾

يرى الدكتور عبد الحكيم عبد الرحمن أن : "محتوى القانون عبر الدولي فضفاض، غير مؤكد، غامض في طبيعته وغير محدد في نطاق تطبيقه، ويترتب على ذلك أن المحكم سيرجع لنظم قانونية أخرى مما يفتح الباب للنظرة الشخصية وهو أيضا مجرد من المحتوى في القانون الوضعي أيا قيمته المحتملة⁽³⁾ وحتى في الحالات التي يحيل فيها المتعاقدون إلى العقود النموذجية أو إلى مجموعة من العادات والأعراف المقننة، فإن احترام الأحكام الواردة فيها حسب الفقيه "**Lagarde**"، ليس منبعه تشكيلها لقواعد قانونية ملزمة في الأصل، وإنما بحسبانها تشكل جزءا مندمجا في العقد الذي أبرموه، فالشيء الأكيد هنا هو عدم شعورهم بالزامية تلك الأحكام، بدليل أنه يجوز لهم استبعادها وتنظيم عقدهم على نحو مغاير دون أن يتعرضوا لأي جزاء⁽⁴⁾.

3- عيوب تمنع التمتع بصفة القواعد القانونية

وتتمثل هذه العيوب التي تمنع من تمتعها بصفة القواعد القانونية في : التناقض ، النقص ، والطبيعة المكملة

1- **التناقض** : يشير الفقيه **kissis** ان المبادئ التي تشكل احد صور نظرية *lex mercatoria* تحمل مضامين متناقضة من امثلتها : يعتبر رفض قضاء التحكيم في اطار غرفة التجارة الدولية لنظرية

¹ انظر :- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية العالمية واثرها على عقود التجارة الدولية " ص252

² انظر :-نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 212

³ انظر :- بلقواس سناء " الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي ص 133

⁴ انظر:- بن احمد الحاج ' المرجع السابق ' ص 253

" الظروف الطارئة " اعمالا لمبدئ "قدسية العقد " و "قرينة الاحتراف" امرا متعارض مع مبدأ " المحافظة على توازن الاداءات ذات التنفيذ المستمر " وهو متعارض ايضا مع مبدأ " العدالة " وبوصفه ايضا مبادئ *lex mercatoria* (1).

2- **النقص** : نتقد مناهضي نظرية القواعد عبر الدولية عدم كمال النظام القانوني للقواعد عبر الدولية فعلى سبيل المثال يذهب الدكتور احمد عبد الكريم سلامة الى ان قواعد عبر الدولية لم تتعد طور التكوين لعدة اسباب اولها " ان المنهج الموضوعي في القانون الدولي الخاص والذي يتضمن بالنسبة له نظرية القواعد عبر الدولية لا يحتوى على قواعد كافية يمكن ان تغطي مختلف المسائل التى تثور في مجال العقود الدولية ، فان اشتمل على قواعد تتصل بتفسير تلك العقود وابرامها، الا انه يخلو من القواعد القانونية التى تحكم مسائل اخرى على درجة كبيرة من الخطورة والاهمية، ومن ذلك اهلية الاطراف ، التراضي ، التقادم المسقط ، الفوائد التأخيرية "اذ يصفها انصار هذا الراي بانها مجرد لغز. (2)

فانصار هذا الراي يعترفون بان قانون التجارة الدولية لا يحتوى على كل القواعد اللازمة لحسم الخلافات التى تثور بمناسبة انعقاد او تنفيذ العقود الدولية. فهو ان اشتمل على بعض من القواعد التى تتعلق بابرام هذه العقود وتفسيرها وتنفيذها. الا انه يخلو من بعض القواعد التى تعدو على درجة كبيرة من الاهمية ، وبعبارة اخرى يعترف انصار هذا الاتجاه بان قانون التجارة الدولية لا يرقى الى مرتبة الانظمة القانونية الوطنية من حيث كمالها وشمولها وحسن حيكمتها . فهو دائما في حاجة الى من يمد له يد العون والمساعدة ليكمل بها نقصه ويسد بها ثغراته. وهذه المساعدة وذلك العون لن يتأتيا الا عن طريق احد الانظمة القانونية الوطنية التى على صلة بالنزاع. ومن تم فان اللجوء الى قواعد عبر الدولية لا يكون الا في حالة عدم وجود نظام عام او قوانين بوليس واجبة التطبيق في قوانين احدى الدول التى على صلة بالنزاع

3- **سيادة الطابع المكمل** : اذى يرى بعض المناهضين انه لايقوم اي نظام قانوني متكامل الا بوجود قواعد قانونية امرة ، والملاحظ على قواعد الموضوعية للقانون التجارة الدولية ان غالبيتها تتسم بالطابع المكمل والمفسر لارادة المتعاقدين(3) ، اذ لايتصور ان يقوم نظام قانوني متكامل مجردا على هذا النحو من القواعد الامرة التى تهدف الي حماية مصالح الجماعية ، ولا يتوقف تطبيقها علي ارادة المتعاقدين ،ذلك ان القواعد القانونية المكملة هي في حقيقتها مجرد "ترف قانوني " لاتصلح اساسا لانشاء نظام قانوني مستقل ومتكامل (4)

اذ يرى احمد عبد الكريم سلامة من " ان عادات واعراف التجارة الدولية ، وان شكلت قواعد قانونية ، قادرة على حكم وتنظيم العقود الدولية ، الا ان تلك القواعد ليست الا قواعد تخييرية او تكميلية ، فهي

¹ انظر :- نادر محمد ابراهيم " مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادي الدولي " 219

² انظر :- نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 220

³ انظر :- محمد محمود ياقوت " حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " صفحة 333

⁴ انظر :- احمد عبد الكريم سلامة " نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "، دار النهضة العربية ،

لاتطبق بقوة سريانها بل لابد ان يقرر الاطراف ، باردتهم الصريحة او الضمنية ، رغبتهم في سريان احكامها .

ثانيا- تخلف الركن المؤسسي في النظام القانوني عبر الدولي: يؤكد الفقه المناهض لنظرية قانون التجارة الدولية على تخلف الركن الثاني الواجب توافره للقول بوجود نظام قانوني، والمتمثل في الركن المؤسسي أو العضوي، على أساس أن هذا الأخير لا يتوافر إلا حيث نكون أمام جماعة متماسكة، منسجمة ومنتظمة بشكل كاف، ، والحال هو ان هذه الصفة لا تتوافر في قانون التجارة الدولية لكونها تفقد الى التنظيم لجماعة التجار ورجال الاعمال العابرة للحدود والذي يعطيها صفة الوحدة او التماسك لازمين لاي نظام قانوني خاصة بعد التوسع في مجال التجارة الدولية بين اشخاص ينتمون الى انظمة قانونية مختلفة،الذي قد ادى الى وجود جماعات متباينة من التجار لكل منها اعراف وعادات خاصة، التي تعكس بشكل او باخر مجموعة المصالح المتعارضة ، الامر الذي لايتفق مع وجود فكرة النظام القانوني بصفة عامة (1)

اذ يرى الدكتور محمد درويش الى ان غياب التناغم والانسجام بين قرارات المحكمين الصادرة عن جهة واحدة يعبر دوما شك عن بناء غير منسجم لهذه الجهة بحيث لايمكننا ان نتحدث عن مؤسسة بالمعنى الفني والتي هي مظهر لتنظيم الجماعة وتماسكها ووحدها " (2)

وفي هذا السياق يؤكد الاستاذ " **lagarde** " على انه يتعين البحث عن وجود هذا المجتمع في ضوء الواقع الحالي للممارسات والروابط التي تتم بين التجار الدوليين ، هذا الواقع سينبئ بدون جدال من ناحية اولى ، بوجود تعددية كبيرة في اوساط او مجتمعات التجار الدوليين ، وان هذه التعددية تقوم على التنافس الشديد بين اعضائه ، اذ لكل مصالحه الخاصة التي تختلف عن مصالح الاخرين بحيث لا يوجد ما يؤلف بينهم ، وبعبارة اخرى لا يوجد هدف مشترك لاعضاء هذا المجتمع المزعوم فمصالحهم تتناقض وتتباين لان فكرة العقد في ذاتها والتي تكاد ان تكون الوسيلة الوحيدة للتبادل التجاري الدولي في الوقت الحاضر تؤسس على قاعدة تعارض المصالح .

وسينبئ الواقع الحالي للمبادلات التجارية الدولية من ناحية ثانية ، بوجود عدم توازن بين هؤلاء الاعضاء ، فانصار قانون التجار الدولي الجديديانفسهم يسلمون بان قواعده تصاغ بمعرفة المشروعات الكبرى التي تسيطر على واقع المبادلات التجارية الدولية وان المشروعات الكبرى او المنظمات المهنية التي تهيمن عليها هذه المشروعات الاخيرة ، اذ ان القواعد هذا القانون يتم فرضها من قبل الاطراف ذوى الباع او السطوة او مايمكن ان نطلق عليه الاطراف الاقوى وذلك باستعمال الضغوط الاقتصادية والمهنية التي لايمكن لغيرهم استعمالها ، بعبارة اخرى هم يرون في هذا القانون الذين يحاولون اثبات

¹ انظر :- وفاء مزيد فلحوظ " المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الي الدول النامية " منشورات الحلبي الحقوقية ، حلب ، الطبعة الاولى ، سنة 2008 ، ص 867

² انظر :- نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 226

وجوده " القانون الاقوي " ولا شك ان هذا التاكيد يدعو الى التأمل والبحث عن حقيقة الدوافع التي تدفع انصار هذا القانون للزود عنه .

وفي هذا الشأن يرى الدكتور احمد عبد الكريم سلامة ان القواعد عبر الدولية وان كانت تستجيب لحاجات التجارة الدولية وعدالة اداءات الاطراف فلا يجب ان ننسى انها عدالة عرجاء ، لانها تكون في الغالب عدالة مشوهة تحابي احد الاطراف العقد فقط وهو ليس اي طرف وانما الطرف الاقوى اقتصاديا ، فهو الذي يضع هذه القواعد ويملى تطبيقها ، ومنها يتكون قانونه " وانعدام التوازن السالف الذكر يؤكد لنا من ناحية اولى ، سذاجة الادعاء بوجودمجتمع متماسك ومنظم للتجار الدوليين ، ومن ناحية ثانية بوجود قانون مستقل للتجار الدوليين .

ويؤكد الاستاذ " lagarde " من ناحية ثالثة على انه يعد من الخطا التدليل على وجود هذا المجتمع بالاستناد الى التسليم المفاجئ بوجود بعض من القواعد المعيارية التي تحكم الروابط والعلاقات والتي تنشأ في هذا النطاق ، لان القواعد هذا الاخير لازالت حتى الان مشكوك في معياريتها واصلها⁽¹⁾ وهذا الفرض ينطبق على مجتمع التجارة الالكترونية بحيث نفي عليه صفة وجود مجتمع منسجم ومنظم فهو يضم اشخاص ينتمون الى دول وانظمة قانونية متباينة وهم في الغالب لايعرفون بعضهم البعض ولا يوجد بينهم رابط اجتماعي سابق على رباط العمل ، ولا تجمعهم ثقافة واحدة او فكر ايديولوجي .

ويؤكد انصار هذا الاتجاه كذلك ان عدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار والمهنيين والفنيين داخل جماعة التجارة الالكترونية قد اسفر على وجود عادات خاصة بكل طائفة عن مصالحها المتعارضة مما يصعب مع القول بتوافر فكرة التنظيم الموحد اللازم لقيام النظام القانوني . وقد عرض استاذ " HOBBS " لنظرية تنازع او تعارض المصالح داخل المجتمع الشبكي مؤكدا ان وجود هذا التنازع يكون في اقصى حالاته في الفرض الذي لا يستطيع فيه الأفراد الجماعة ان يحددو مصالح الخاصة لكل منهم او مصالح الجماعة ككل ، وفي هذه الحالة تظهر كما لو ان مصالح ادهم تتعارض مع الاخر ، فجماعة الانترنت تظم طوائف عديدة تتعارض مصالحهم بشكل كبير مثلا قرصان المعلومات ، المهني في سوق الالكتروني ، المستهلك الالكتروني ...

وقد اعطي الاستاذ " christian hoedi "مثلا يتمثل عندما يكون مقدم الخدمة سويديا يقترح او يقدم خدمة سباق في السويد على ان تقديم الخدمة يكون في باريس ، واحد العملاء مقيم في اسبانيا ، والوسطاء سيكون كل منهم في بلده ، والشركة المعنية بتحميل هذه الخدمة عبر شبكة الويب héberge le site في انجلترا والعميل الاسباني يمكنه الاتصال بمقدم خدمة الدخول على شبكة fournisseur d'accès في الولايات المتحدة الامريكية .

انظر :- سلامة ابو عرب " دروس قانون التجارة الدولية " ص 274¹

نجد من خلال هذا المثال ان مصمم الخدمة يرغب في تسويقها للعملاء ويحاول في ذات الوقت تقليل من مخاطر القانون التي قد يتعرض لها وبالتالي سيختار قانون مناسب له ، في مقابل ذلك نجد العملاء يسعون للاستفادة من الحماية القانونية التي توفرها لهم قواعد حماية المستهلك في بلادهم ، اما الوسطاء فهم غير مسؤولون (1)

وينتهي الدكتور ابو زيد رضوان الى ان فكرة قانون التجارة الدولية هي فكرة هلامية تمنح المحكم الدولي فرصة لان يصدر حكما تحكيميا لا حكما تحكيميا ، فقواعد هذا القانون المزعوم وجوده تتخذ في غالب الاحيان اداة لتغليب القوي على الضعيف ، وتهدف الى جعل عقود التجارة الدولية اداة فذة لتحقيق التبعية الاقتصادية التي تنشده الدول الصناعية المتقدمة تحقيقها ، كي يبقى القوي قويا والضعيف ضعيفا وان تغيرت الوسائل والاساليب . (2)

وبالتالي يرى الاتجاه المناهض لنظرية القواعد عبر الدولية ان هذه الاخيرة لا يمكن ان تكون نظام قانوني الذي يترتب عليه لزاما حرمان تلك القواعد من الصفة الوضعية ، فتلك القواعد لم تستوف على الاقل ، اركان النظام القانوني التي تتطلبها نظرية تعدد النظم القانونية .

الفرع الثاني : الاعتراف بالطبيعة الوضعية لقانون التجارة الدولية.

يري هذا الاتجاه ان القواعد عبر الدولية تتمتع بالطبيعة المعيارية المستقلة عن الانظمة القانونية الداخلية وعن النظام العام الدولي.

اذ يتبنى الاتجاه المناهض لنظرية القواعد عبر الدولية مفهوم الوضعية الاجتماعية وبالذات في صورة نظرية تعدد النظم القانونية للفقهاء الايطالي " romano " فان اسانيد هذا الاتجاه في اثبات تمتع هذه القواعد عبر الدولية بالطبيعة الوضعية ، تعتمد على اثبات توافر اركان النظام القانوني لدى " romano " الا وهي : الركن المعياري والركن المؤسسي

أولاً- استيفاء قواعد قانون التجارة الدولية للركن القاعدي: يؤكد الاتجاه المناهض لنظرية القواعد عبر الدولية على ان هذه القواعد تستوفي متطلبات الركن المعياري الذي تتطلبه نظرية " romano " ، وبالتالي فان تلك القواعد تتمتع بالوضعية على رغم من عدم انتمائها الى مجتمع يتصف بكونه دولة ، فالقواعد عبر الدولية تتمتع بخصائص القواعد القانونية ، كما انها لاتعاني من اية عيوب تمنع اتصافها بتلك الخصائص .

أ- التمتع بالتجريد وبالعمومية : يؤكد انصار هذا الراي ان قانون التجارة الدولية هو بمثابة تنظيم القانون ذو طبيعة موضوعية و ذو قيمة خاصة و يتشكل هذا القانون من العادات و الممارسات التي استقرت في

¹ انظر :- صالح المنزلاوي "المرجع السابق " ، ص 201-203

² انظر :- سلامة ابو عرب " المرجع السابق " ص 286

المجتمع ،اذ تعتبر هذه هذه الاخيرة قواعد قانونية ذات طابع مضمون عام و مجرد لاستقرار العمل بها بتكرار تطبيقها على نحو مضطرب او تغلغلها في اطار مجتمع معين ليحكم مصالح مشتركة ثم ادراجها ،(1) فاصبحت على هذا النحو تنصف بصفة العمومية والتجريد ، في الوقت الذي شعر فيه المتعاملون في هذه الاوساط باهميتها وضرورتها لتنظيم مجتمع التجار الدولي و(2) هو ما يضىف عليها طابع القانون الملزم فتحولت هذه الاعراف من سوابق قضائية الى قواعد مجردة ، وهو ما يغني عن خضوع عقود التجارة الدولية لقانون دولة ما. ويفرض على المحكم تطبيق هذا النظام من تلقاء نفسه تطبيقا مباشرا ، ويسرى عليه مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

ولا ينبغي فهم الصفة العمومية التي تتصف بها القاعدة القانونية ، بانها اعتياد جميع الناس على اتباعها ، بل يكفي ان تخصص القاعدة في مهنة او طائفة معينة او في نوع معين من المعاملات واستنادا الى ذلك طبقت محكمت التحكيم لجمعية المصدرين الهولندية للحبوب والبنور عادات هذا الفرع من التجارة في خصوص تاريخ المطالبة والالتزام بالضمان .

كما ان القواعد اللازمة للتحكيم التي تنصب على نوع معين من البضاعة المبيعة ، تكون بالضرورة مختلفة على تلك التي يجب اتباعها عندما ينصب النزاع على توريد مهمات ، ويجب ايضا ان تتلاءم الاجراءات والقانون الواجب التطبيق .

ولاشك ان العرف التجاري هو مصدر في معظم التشريعات فهو و القانون سواء ، رغم ان هذه القواعد لا تنتمي الى جهاز تشريعي معين فقد اضفت محكمة النقض الفرنسية عليها طابعا قانونيا و في هذا يشير "**Derains** " : ان العادات و الاعراف في التجارة الدولية تعتبر بمثابة نظام قانوني مختص".

و قد رددت محكمة استئناف باريس هذا المبدأ امرا في احكامها العديدة موضحا ان عادات التجارة الدولية تعد احكاما قانونيا ،يجب تطبيقها على النزاع دون الحاجة الى اتفاق الاطراف على ذلك و ان هذه القواعد يفترض العلم بها من جانب المهنيين و يمتنع عليهم الاعتذار بجهلها ،كذلك الحكم الذي اصدرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 6 جانفي 1987 من ان محكمة النقض لا تملك الرقابة على وجود او تطبيق مبادئ و عادات التجارة الدولية .

كما ان "**Goldman**" لم ينكر صفة القانون على هذه القواعد ولكنه شبه هذه العادات بالقواعد الاجنبية استنادا الى انها لا تنتمي الى النظام القانوني الداخلي الفرنسي وان المحكمة اذا رفضت الرقابة على وجودها و تفسيرها مثلما ترفض هذه الرقابة النسبة لقوانين اجنبية الا في حالة المسح و ان هذا الحكم ليس فيه عودة الى الوراثة (3).

1 انظر :- منير عبد المجيد" التنظيم التحكيم التجاري الدولي" ص 54

2 انظر :- هشام صادق قانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ص 200

3 انظر :- منير عبد المجيد" المرجع السابق ص55

حقا ان هذه الاعراف قد تتعلق بتجارة او مهنة معينة ، مما يجعلها تختلف باختلاف الاوساط التجارية او المهنية التي تشكلت في اطارها ، بل وباختلاف نوع العقود التي تنطبق عليها ، وهو ما قد يحد في النهاية من اطلاق عموميتها ، الا ان هذا الاعتبار لاينفي عن هذه الاعراف مع ذلك صفة الملزمة في اطار مجتمع المهنة او التجارة التي تكونت في رحابه .

ولهذا يرى البعض ان اعراف التجارة الدولية تحتل مركزا وسطا بين قواعد القانون ، العامة والمجردة ، من ناحية والقواعد العقدية من ناحية اخرى .⁽¹⁾

لاشك ان تمتع القاعدة القانونية بالتجريد يستتبعه اتصافها بالعمومية ، ومع ذلك يتعين التنبيه الى ان الطبيعة الفنية للاعراف التجارية الدولية وتعددتها بين الاسواق المختلفة لا يحرمها من الصفة العمومية ، فعلى الرغم من اتصاف الاعراف عبر الدولية من حيث الظاهر ، بكونها مجرد تطبيقات مهنية تختلف باختلاف السلع والخدمات التي تتعلق بتنظيمها ، الا ان ذلك النظر الوصفي ، يتجاهل الاختلاف الكمي والنوعي بين معطيات التجارة الدولية ذلك لان الاعراف التجارية الدولية لا تحكم حالات فردية وانما هي قواعد عامة ومجردة .

ومن المعلوم ان القوانين الداخلية ، ذاتها تعرف ظاهرة الأعراف التي يقتصر تطبيقها على نطاق خاص ، كما هو الحال في شان الأعراف المحلية⁽²⁾.

اما القول بان قواعد عبر الدولية جاءت لخدمة مصالح الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف راي مردود عليه ذلك ان قضاء التحكيم قد طبق قواعد عبر دولية انتهت به في الأخير إلى إنصاف الطرف الضعيف اقتصاديا وليس الطرف القوي.

ففي قضية تعرف بقضية "Fougerolle"⁽³⁾، أصدرت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية قرارا لمصلحة بنك الشرق الأوسط اللبناني الوكيل، والذي تعهد بموجب عقد الوكالة المبرم مع موكله الفرنسي "Fougerolle" في 1975/08/01 على أن يساعده في إتمام إبرام عقد إنشاء مستشفى عسكري مع الحكومة السورية، وتم تضمين العقد شرطا يقضي بانتهاء عقد الوكالة بقوة القانون، إذا لم ينجح الوكيل في إتمام عقد الإنشاء قبل تاريخ 1976/06/30.

وعلى الرغم من نجاح البنك في مهمته، وإسناد عملية الإنشاء إلى الموكل السوري بموجب عقد مبرم في 1976/05/24، إلا أن مصادقة البرلمان السوري قد تأخرت إلى 1976/12/27، وكان سبب التأخر في المصادقة على تلك العملية مبررا للموكل الفرنسي من أجل التنصل من التزامه وعدم دفع العمولة المتفق عليها للطرف اللبناني، إلا أن هيئة التحكيم وعند نظرها في وقائع النزاع المطروح أمامها، وعلى الرغم من أنها لم تكن تتمتع بسلطة التفويض بالصلح، فقد طبقت المبادئ العامة للالتزامات

¹ انظر :- هشام صادق " المرجع السابق " ص 201

² انظر :- نادر محمد ابراهيم" مركز القواعد عبر الدولية " ص 236

³-انظر :- في وقائع هذا النزاع ومضمون قرار التحكيم وإجراءات الطعن فيه أمام القضاء : نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 540 وما يليها.

المعمول بها في التجارة الدولية، وهو ما أفضى إلى الحكم على الموكل الفرنسي، وهو الطرف الأقوى اقتصادياً، بدفع جزء من العمولة الجرافية التي نص عليها العقد المبرم بين الطرفين.

وفي نزاع آخر انتهت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحرية بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 1995/10/20 تحت رقم 922 إلى تطبيق قواعد عبر دولية حققت في النهاية مصلحة الطرف الضعيف اقتصادياً⁽¹⁾.

وقد تمحورت الوقائع حول عقد بناء سفينة صيد بين طالب البناء، وهو من مدغشقر، ومتعهد البناء وهو فرنسي، إلا أنه وبعد مرور فترة قصيرة من تاريخ تسليم السفينة، تعرضت للعديد من الأعطاب، مما أدى بطالب البناء إلى عرضها على خبير مختص، ثم اللجوء إلى قضاء التحكيم تحت رعاية غرفة التحكيم البحرية بباريس، بناء على اتفاق التحكيم بين الأطراف، مطالباً بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة إصلاح تلك السفينة وعدم استغلالها. فدفع متعهد البناء أمام هذه الجهة بتقادم الدعوى لرفعها بعد الميعاد المقرر في القانون الفرنسي.

وبالنظر إلى عدم اتفاق الطرفين بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد، قررت الهيئة أن ذلك القانون هو "**La lex mercatoria**"، وبرجوعها إلى الشروط التعاقدية التي تنظم ضمان العيوب الخفية، اتضح لها أن أثر الضمان ومدته، والمسؤولية عن المفاولين من الباطن لم تحدد ميعاداً من أجل اللجوء إلى القضاء.

وبهذه المثابة، ونظراً لأن اللجوء إلى القاضي وفقاً للمبادئ العامة للتجارة الدولية ينبغي أن يكون خلال ميعاد كاف لا يجعل المدعى عليه يعاني من ميعاد طويل، وحيث أن القاضي قد تمّ اللجوء إليه بعد بضعة أيام من إيداع الخبير لتقريره، فإن مسلك المدعي يعدّ كافياً والدعوى لم تتقادم، وبذلك انتهت الهيئة إلى إجابة المدعي في طلباته.

وواضح من خلال ما سبق أن هيئة التحكيم قد طبقت قواعد قانون التجارة الدولية، وكان أعمالها لصالح طرف ينتمي لدولة متخلفة (مدغشقر)، ضد طرف ينتمي لدولة متقدمة (فرنسا)، وكل هذا مع استبعاد تطبيق القانون الفرنسي في فرنسا، وتحت رعاية مؤسسة تحكيم فرنسية، علماً أنّ أعماله كان سيؤدي إلى تحقيق مصلحة الطرف الفرنسي القوي اقتصادياً على حساب المدعي!؟.

وتأكيداً على عمومية وتجريد القواعد عبر الدولية يكفي أن نشير بأن قواعد القانون الدولي العام قد ولدت هي الأخرى في ظل أوضاع كانت تسيطر فيها الدول الرأسمالية الكبرى على العالم، أين كانت كل البلدان التي تعتبر دولا نامية اليوم، مستعمرة آنذاك، ولم تساهم في خلقها أو انتقائها بشكل أو بآخر، ومع ذلك فهناك شبه إجماع فقهي على اتصافها -أي قواعد القانون الدولي- بالقيمة القاعدية، وكونها

1 انظر :- نادر محمد إبراهيم، نظرية "La lex Mercatoria" في فقه الدول النامية، تعليق على حكم غرفة التحكيم البحرية في باريس رقم 922، والصادر بتاريخ 1995/10/20، مجلة الجمعية البحرية المصرية، العددان 11 و12، يناير وجوان 1997، ص125 و ص129.

قواعد عامة ومجردة، فلماذا يثار جدل مؤسس تأسيسا أصبح في ذمة التاريخ عندما يتعلق الأمر فقط بقانون التجارة الدولية؟⁽¹⁾

ب- **تمتع بالجزاء** : يجتمع الاتجاه المناصر لنظرية القواعد عبر الدولية على ان هذه القواعد تتمتع بالجزاء الذي يكفل لها الطبيعة القاعدية ، وهو جزء يتأثر بطبيعة المجتمع عبر الدولي وطبيعة علاقات الاعمال عبر الدولية ، فهو جزء من طبيعة خاصة .

اذ يرى هذا الاتجاه ان الجزاء فهو خارج عن قاعدة القانون و ليس ركنا فيها فهناك ،قواعد قانونية معترف بها لم ينكر احد طبيعتها مع ذلك لا تتمتع بالجزاء الذي يكفل احترامها ، فالجزاء عنصر اضافي لفعالية القاعدة القانونية و ليس عنصر لوجودها مثل قواعد القانون الدستوري ، والقانون الدولي العام الذي اثارته مثل هذا الجدل لعدم وجود سلطة المجتمع الدولي يمكنها ان توقع مثل هذا الجزاء عند مخالفة قواعده و مع ذلك لم يقلل احد بان احكام هذا القانون لا تشكل نظاما قانونيا و هذا لا يعني الفصل بين القانون و الجزاء ، و انما اصبح الجزاء غير قاصر على القهر و الاجبار فقد يكون الجزاء ذو طبيعة مادية و قد يكون ذو طبيعة ادبية⁽²⁾

اذ يرى هذا الرأي :

1- ان استلزام اصلا لقيام اي نظام قانوني ان يكفي برايه شعور الاطراف باهمية قاعدة معينة لضبط سلوكهم الاجتماعي بمعنى الشعور النفسى الكامن ، والوعي السائد لدى المهنيين ومجتمع التجار ، باتباع تلك القواعد تلقائيا و اراديا لها ويعملون على احترامها ، بما يضيف عليها الطابع الملزم لتغدو تلك قاعدة قانونية ملزمة على نحو يتحقق معه نظام الهيكل القانوني الذي يمكن ان يتحقق في مجتمع معين ولو لم يتمثل في شكل دولة . على غرار ما هو الوضع مثلا في القانون الدولي العام .

2- ان القانون التجاري الدولي السائد في مجتمع التجارة له جزاءاته الذاتية الخاصة به والتي تلائم اشخاص هذا المجتمع والتي يفرضها قضاؤه المستقل عن الدولة بحيث يضمن له الاحترام المتطلب لقواعده الامر الذي اضفي على هذه القواعد الطابع القانوني الملزم وكفل لها صفتها الوضعية التي يصعب انكارها، فلقد اثبت التجربة العملية قيام الاطراف بتنفيذ حكم المحكمين طواعية رغم اعتمادها على تلك الاعراف و ذلك خشية تعرضهم للجزاءات التي قد يفرضها عليهم المتعاملون في الوسط ذاته.⁽³⁾

اذ تحرص المؤسسات التحكيمية الدائمة على ضرورة التزام أطراف النزاع بتنفيذ القرار التحكيمي الفاصل في النزاع، وهي في سبيل تحقيق ذلك تستخدم جميع الوسائل المتاحة لها من أجل الضغط على الطرف المحكوم ضده لتنفيذ القرار التحكيمي، حيث يمكن لها ممارسة سلطة قهر تجعل أطراف الخصومة التحكيمية مكرهين بطريقة غير مباشرة على التنفيذ .

¹ انظر :- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية واثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية " ص 261

² انظر :- صالح المنزلاوي قانون واجب التطبيق علي العقود التجارة الالكترونية "ص 210

³ انظر :- محمد محمود ياقوت " حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " ص 215

ويرى الفقيه "René David" أن "هناك عدة أصناف للإجراءات التي تتبعها المنظمات المهنية ضد المحكوم عليهم الذين لا ينفذون القرارات التحكيمية التي صدرت ضدهم، وأول إجراء هو النشر، حيث ينشر عدم تنفيذ الشخص الذي صدر القرار ضده، ومثل هذا الإجراء سوف يؤدي إلى تردد باقي الأشخاص للتعامل مع هذا الطرف الذي قبل بالتحكيم ورفض الإلتزام بالقرار التحكيمي.

اذ تصنف العقوبات إلى ثلاثة أنواع:

1. عقوبات أدبية.
2. عقوبات مالية.
3. عقوبات كعضو في الجمعية.

أولا : العقوبات الأدبية.

تمس هذه العقوبات الأدبية بالسمعة التجارية للطرف الراض للتعويض، لذا فإن غالبية المؤسسات التحكيمية الدائمة ترى أن العقوبة الأكثر ملاءمة ضد الطرف الذي يرفض تنفيذ القرار التحكيمي هي إتخاذ هذا الموقف ضده عن طريق شهر إسمه، وتشويه سيرته على نحو يجعل المتعاملين الإقتصاديين في حقل التجارة الدولية يتجنبون التعامل معه مستقبلا، وهذا ما يؤثر على مركزه الإقتصادي في وسط التجارة الدولية.

وقد عرف هذا التدبير التأديبي نجاحا كبيرا في حقل التجارة الدولية، لأنه يتكيف مع حاجيات المجتمع الدولي للتجار، كونه يسعى إلى تدعيم وحدة هذا المجتمع عن طريق نشر والإعلان عن الأعضاء غير المرغوب فيهم في حقل التجارة الدولية⁽¹⁾

ثانيا -العقوبات المالية:

تتجسد في العقوبات المالية التي توقع على الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ القرار التحكيمي، وهذا ما ذهبت إليه بعض لوائح التحكيم الدولية التي تشترط صراحة وجوب إيداع مبلغ مالي لدى خزانة المحكمة عند بداية سير الدعوى التحكيمية، والذي يمثل ضمانا وكفالة لتنفيذ قرار التحكيم، فالطرف الذي سيرفض هذا التحكيم سيخسر حتما هذا المبلغ جزاء له عن عدم التنفيذ.

"وكذلك ما نصت عليه الصيغ النموذجية التي وضعتها المجموعة الإنجليزية "LIYODS" التي تنص على مجموعة من التدابير من أجل ضمان تنفيذ القرارات التحكيمية، ومثال ذلك الصيغة النموذجية لإتفاق التحكيم في⁽²⁾ حالة تصادم السفينة مع أخرى والتي تنص على "على كل من الطرفين تقديم كفالة للآخر" وهذه الكفالة تستخدم لتغطية المصاريف .

ثالثا - العقوبات السالبة لحقوق الراض للتعويض بصفته كعضو في الجمعية:

¹ وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من العقوبات أنتهج في العقود النموذجية الخاصة بتجارة الحبوب التي وضعتها اللجنة الإقتصادية الأوروبية حيث نصت المادة 19 منها على: "يمكن للأطراف السماح لمحكمة التحكيم التي أصدرت القرار بنشر إسم الطرف الذي رفض تنفيذه"

² انظر :- محمد جارد " دور الارادة في اختيار التحكيم التجاري الدولي " ص163

يترتب على هذه العقوبات حرمان الرافض للتنفيذ من صفته كعضو في الجمعية أو النقابة، وكل الحقوق والمزايا التي تمنحها إياه هذه الصفة، وإخراج الطرف الذي لم يحترم عاداتها خارج هذه الجمعية، وحرمانه من التسهيلات التحكيمية التي تقدمها الجمعية مستقبلاً . إضافة إلى ذلك هناك بعض العقوبات أكثر قساوة تفرضها بعض المؤسسات التحكيمية الإيطالية بمنع الرافض للتنفيذ من الدخول في البورصات والصفقات التي تسيروها أو مراقبتها، مثل ما أخذت به

"Assiciation Granania de Millan".

وعليه إذا كان التحكيم هو أحد الأهداف الأساسية لهذه النقابات والجمعيات، فإن التاجر الذي لا يخضع له يجب أن يعاقب، لأنه يضر بالهدف المشترك الذي يسعى النظام التحكيمي ضمان إحترامه⁽¹⁾ وواضح أن مثل هذه الجزاءات تعد كافية للقول باتصاف القواعد عبر الدولية بصفة الإلزام، وحتى إن كانت ليست شبيهة بتلك التي توقعها الدولة في نطاق مجتمعها، إلا أن هذا لا ينفي عنها تلك الصفة، طالما أنها جزاءات فعالة تتناسب مع طبيعة العلاقات القائمة في المجتمع لرجال الأعمال، ومن شأنها توفير الأمان القانوني، وزرع الثقة في الوسط الاقتصادي، وهذا ما يكفل لها في النهاية الطبيعة الوضعية التي أصبح يستحيل إنكارها⁽²⁾

وإذا كان القضاء الحديث يتجه الى السماح بتنفيذ احكام المحكمين التي طبقت قواعد قانون التجارة الدولية فانه لا يعني تجريده من صفة النظام القانوني بدعوى انه يعتمد في تنفيذه لجزاءات على السلطة القضائية في الدولة التنفيذ بقدر ما يعني اعتراف هذا القضاء بوجود هذا النظام القانوني الذي يقوم على تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القانون الداخلي .

اضف الى انه لا ضرر في تنفيذ احكام وقرارات صادرة من قبل القضاء مادامت هذه القواعد هي نتاج اتفاقيات دولية تدخل هي الاخرى في نطاق التشريعات الداخلية ، و بالتالي لا يجد القاضي اي حرج في الرجوع اليها لتقرير احكامه، اما بالنسبة لتلك الصادرة من هيئة التحكيم قد كلفت اتفاقية بنيويورك سنة 1958 الخاص بتنفيذ احكام تحكيم الاجنبية بتنظيمها والتي لم ترهن تنفيذ قرارات التحكيم باي شرط متعلق بسندها القانوني .⁽³⁾

اما القول بان الاعراف التجارية تتسم بطابع مكمل يتوقف اعمالها على هذا اللجوء ارادة الاطراف، ذلك ان القواعد القانونية المكمل لم ينكر احد قيمتها على تنظيم مجتمع، بل ان هذه القواعد موجودة اصلا في المجتمعات الداخلية والتي لم يقل احد بانها مجتمعات تفتقر الى النظام القانوني المنظم للعلاقات افرادها .

¹ حيث نصت المادة 25 من اتفاق تفاهم على مستوى المنظمة العالمية للتجارة، فقد أنشأت هذه الأخيرة جهاز تسوية الخلافات التحكيمية (ORD) مكلف بالسهير على تنفيذ القرارات ، حيث يمنح هذا الجهاز مهلة 90 يوما لأطراف النزاع لتنفيذ القرار التحكيمي، وفي حالة تعنت أحد أطراف النزاع عن تنفيذه يتم اللجوء إلى التعويض، وتعليق الإمتيازات على محل النزاع
² انظر :- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية العالمية واثرها على عقود التجارة الدولية " 263
³ انظر :- محمد بلاق قواعد التنازع وقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية " ص 120

كما ان الفقه استقر على ان الالزام هو عنصر جوهري من عناصر القاعدة القانونية الامر كانت ام مكملة ، ومع ذلك فيجب الاعتراف بان الكثير من القواعد المنظمة لمجتمع التجار ذات طابع مكمل، و لكن هذا لا يمنع من وجود بعض القواعد الموضوعية ذات الطابع الامر (1).

كما ان القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية غير كافية لتغطية كافة المسائل التي يمكن ان تثار في اطار العلاقة الدولية الخاصة ، حتى في مجال التي استقر فيها بعض الاعراف على قواعد محددة مثل مجال البيوع البحرية الدولية ، الائتمان المستندي . فان هذه الاعراف مازالت قاصرة على الاحاطة بكافة المسائل التي يمكن ان تثار بشأنها النزاع بين المتعاملين .

بل هناك مجالات سكت عنها القواعد الموضوعية للقانون عبر الدولي عن تقديم اي حل للنزاع الذي قد يثار بشأنها مثل : الاهلية ، سلامة الرضا ... ومثل هذا النقص قد اعترف به انصار هذا الموقف، و ان دل هذا انما يدل على عدم اكتمال النظام القانوني الذي تنتمي اليه هذه الاحكام و لهذا يشير الفقه بضرورة سد الثغرات في الاحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولية عن طريق الرجوع الى القوانين الداخلية للدول و يتانى هذا باللجوء الى قواعد الاسناد و تطبيق القانون الذي تشير باختصاصه.(2)

ثانيا- استيفاء النظام القانوني عبر الدولي للركن العضوي

يؤكد الاتجاه المناصر لنظرية القواعد عبر الدولية ، على ان تلك النظرية لم تقتصر على استيفاء الركن المعياري فهي تستوفي ايضا الركن المؤسسي لدى نظرية تعدد النظم تعدد النظم ، اذ ان التطور الحالي للعلاقات التجارية الدولية قد اسفر عن وجود جماعات مختلفة من التجار والمهنيين والفنيين لكل منها اعرافها وعاداتها الخاصة التي تعبر عن مصالحها مكونتا بذلك مجتمع دولي منظم ومتناسك .

1-المجتمع عبر دولي مجتمع منظم:

لقد سبقت الإشارة ان الاتجاه السابق قد ربط فكرة النظام القانوني بالدولة بحيث لم يتصور وجودا لمثل هذا النظام خارج اطار الدولة ، الا ان صناعة القانون لم تعد في ذاتها حكرا على الدولة حيث يمكن ان يوجد اكثر من نظام قانوني واحد في الدولة طالما توافر لكل منها العنصران الازمان لوجوده وهما التنظيم والقواعد (3) كالمجموعات المهنية و النقابات و المهن الحرة ، هذه المؤسسات تضع قواعد اخرى خاصة بها لها خصائص القاعدة القانونية و تضع الجزاء على من يخالف احكامها.

و على هذا الاساس لم يعد الفقه الحديث يستلزم وجود الدولة كشرط لنشأة النظام القانوني ، فالقواعد القانونية يمكن ان توجد في كل مجتمع دون استلزام اتخاذه شكل الدولة طالما كان بشكل وسطا متماسكا بدرجة كافية في معاملاته و علاقات افراده

¹ انظر :- محمد محمود ياقوت حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي " ص 335

² انظر :- هشام صادق" قانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية " ص 289

³ انظر :- محمد محمود ياقوت " حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ص 333

ان تعدد الجماعات او الطوائف المهنية داخل المجتمع لا يؤدي الى تعارض مصالح هذه الجماعات او الوحدة ،اذ ان مصطلح هذا الاخير يعني مجموعة من الاعضاء يعيشون معا و لهم اموال و مصالح مشتركة اذ ان فكرة الجماعة تشكل ما يطلق عليه التعايش اكثر من العيش معا ، كما تتضمن شعورا بالانتماء الى ثقافة واحدة و قيم واحدة و ارادة واحدة و تتصرف دائما بطريقة الوحدة او الرباط الجماعي و هذا يتفق مع قول الاستاذ "ILLERY" بان الجماعة هي مجموعة يرتبط اعضاؤها بشعور قوي بالمشاركة، اذن فالتباين في المصالح يعد من مقتضيات العمل التجاري بل و من عوامل وحدته لا انقسامه اذ يبقى دائما الحد الادنى من المصالح بين تلك الجماعات بدفعهم الى التضامن سعيا لتحقيقها حيث يتطلع هؤلاء دائما الى تحقيق هدف واحد هو اشباع حاجات التجارة الدولية بهذه المتابة لا يصح الاحتجاج بتعدد الطوائف داخل المجتمع الدولي لانكار صفة النظام القانوني لان هذا التعدد موجود داخل النظام القانوني الوطني كجماعة التجار و الزراعة و الصناعة و هو موجود ايضا في المجتمع الدولي الا ان احد لم ينكر له الصفة القانونية⁽¹⁾

فمن الملاحظ ان مجتمع التجار عبر الدولي يتم تشكيله من قبل اشخاص عبر الدولي ، مثل الشركات المسيطرة على المبادلات الدولية، والمشروعات الصناعية التي تسيطر على وحدات الإنتاج، والبنوك التي تتولى إدارة التدفقات النقدية على المستوى الدولي، علاوة على مؤسسات هذا المجتمع والمتمثلة في مراكز التحكيم التجاري الدولي والجمعيات المهنية، وكلها هيئات تتولى إنشاء قواعد قانونية مؤهلة لتنظيم العلاقات داخل المجتمع الدولي للتجار وضبط تصرفات أعضائه، وهذا هو النظام بعينه⁽²⁾. وتجسد تنظيم مجتمع الاعمال عبر الدولي من خلال دور التنظيمات المهنية و لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولية و غرفة التجارة الدولية و مراكز التحكيم فهذه المؤسسات الهيئات لا يقتصر دورها على تدوين العادات المستقرة في التجارة الدولية وتعتبر هذه القواعد هي مصادر قانون التجارة الدولية ، اذ تضم هذه المؤسسات ممثلين عن كافة الدول و لهذا فهي اقدر من غيرها على تحقيق مصالح اعضائها من المشاركين في هذا المجال.

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه بأنه ومادام أن القواعد المعيارية هي مظهر متأخر للمؤسسة (L'institution)، والتي هي تعبير عن الكيان الاجتماعي المنظم، فإن أعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة التي يكشف عنها قضاء التحكيم في قراراته ما هي في الحقيقة سوى تعبير عن وجود مجتمع عبر دولي منظم ومنسجم.

ومما سبق فقد انتهى "kahan" الى وجود مجتمع عبر دولي للبايعين والمشتريين يجمعهم وحدة الهدف الا وهي مصلحة الاقتصادية.

2-المجتمع عبر دولي منسجم:

¹ انظر :- صالح المنزلاوي "قانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ص" 211
² انظر :- محمد محسوب درويش، قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 335.

إن وحدة مصالح المجتمع عبر الدولي للأعمال هي السبب وراء توافر حد أدنى من الانسجام بين أشخاصه، كما يجمعهم هدف واحد يتمثل في المصلحة الاقتصادية المشتركة⁽¹⁾.

ويشير الفقيه "kahan" في أحدث أبحاثه حول نظرية القواعد عبر الدوية مثال نموذجي للتضامن الاجتماعي بين المتعاملين في نطاق مجتمع التجار العابر للحدود، إلا وهو مجال البنوك، إذ وعلى الرغم من تركيز هذا النشاط، و شدة التنافس القائم بينها، فمن الملاحظ أن عمليات تمويل المشاريع في العصر الحديث أصبحت تتطلب أموالا طائلة، الأمر الذي إلى تطلب اشتراك أكثر من ممول لإتمام العملية، ومثل هذه المشروعات المشتركة تتطلب قدرا من روح العمل الجماعي الذي جعل البنوك حريصة على التعاون في مجال تبادل المعلومات، وهو ما يعد شكلا من أشكال التضامن بمعناه الاجتماعي⁽²⁾.

ويتجسد انسجام ووحدة المجتمع عبر الدولي من خلال الدور الذي تلعبه مراكز التحكيم الدولية والجمعيات المهنية التي تتولى مهمة وضع معايير، وضبط سلوكيات أعضائها، وكلها مؤسسات تسعى لتأكيد وحدة وترابط هذا المجتمع، وذلك تحقيقا للهدف الذي يتطلع جميع أشخاص هذا المجتمع إلى تحقيقه، ألا وهو إشباع حاجات التجارة الدولية. وأما المنافسة التي يمكن ملاحظتها بين هؤلاء الأعضاء فهي من ضرورات التجارة الدولية، مما يعني أن ذلك التنافس هو عامل للوحدة المؤسسية، وليس عاملا من شأنه الإخلال بالتوازن المفروض في المجتمع.

وعلاوة على دور هذه المؤسسات في تأكيد وحدة وانسجام هذا المجتمع، فإن وحدة الهدف تشكل عنصرا آخر يجمع المتعاملين فيه، فهم يسعون جميعا لتحقيق هدف واحد هو إشباع حاجات التجارة الدولية، وأما المنافسة التي يمكن ملاحظتها بين هؤلاء فهي من ضرورات الحياة التجارية، والتي تشكل قاسما مشتركا بين كل من يدخل في هذا المجال:

إن مجتمع التجار العابر للحدود ليس مجرد وحدة عضوية أو بناءا ماديا، بل له وجوده الخاص، والذي يشبه فكرة الأمة التي تسعى دوما لبناء قواعد موحدة، ونفي كل ما يمكن أن يشكل عائقا أمام تدفق المبادلات التجارية الدولية⁽³⁾.

وبذلك نخلص بأن قواعد قانون التجارة الدولية تنتمي لمجتمع عبر دولي يتسم بالانسجام والتنظيم، وبالتالي فإن هذه القواعد تستوفي الركن المؤسسي وال وفقا لنظرية تعدد النظم القانونية الموروثة عن الفقيه الإيطالي " romano "

المطلب الثاني : موقف النظم القانونية الوطنية من الطبيعة المعيارية لقانون التجارة الدولية

لا يكفي استقرار قضاء التحكيم الاقتصادي الدولي على مشروعية تطبيق القواعد عبر دولية حتى يقوم المحكم بتطبيقها بالاستناد إلى سلطته أو استنادا إلى حرية الأطراف في منحها صفة القواعد القانونية

1 انظر :- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية العالمية واثرها على عقود التجارة الدولية " ص 256

2 انظر :- نادر محمد ابراهيم " مركز القواعد عبر الدولية " ص 252

3 انظر :- محمد محسوب درويش، قانون التجار الدولي، ص 336.

الواجبة التطبيق . فمن معالم نسبية استقلال التحكيم الاقتصادي الدولي ، وبالتالي نسبية استقلال قواعد عبر الدولية ، ضرورة ان يأخذ المحكم في الاعتبار مدى مشروعية تطبيق تلك القواعد من المنظور الانظمة القانونية الداخلية ، وفاء لالتزامه بان يصدر حكما يتمتع بفاعلية التنفيذ في هذه القوانين الداخلية الكتصلة بالنزاع .

لقد تباينت الانظمة القانونية الداخلية في موقفها من مشروعية تطبيق القواعد الدولية عبر أمام قضاء التحكيم بين اتجاه محافظ واخر متحرر.

وسنحاول تحديد موقف الأنظمة القانونية الوطنية من قانون التجارة الدولية من خلال تبيان كل النظام القانوني الفرنسي باعتباره نموذجا للأنظمة القانونية المتحررة اتجا مشروعية هذا القانون ، و موقف النظام القانوني الإنجليزي كنموذج للأنظمة القانونية الداخلية المحافظة ، وذلك قبل التعرض لموقف النظام القانوني الجزائري وذلك تباعا في ما يلي:

الفرع الاول : موقف النظام القانوني الفرنسي من الطبيعة المعيارية لقواعد قانون التجارة الدولية.

يعتبر النظام القانون الفرنسي من الانظمة الرائدة في مناصرة مشروعية قواعد عبر الدولية ، اذ وجدت هذه النظرية في فرنسا ارضا خصبا لنمائها من العقد السادس من القرن 20، حيث لاقت استقبالا فقهيها هائلا بعد تشيع لها اغلب الفقه المهتم بعلاقات التجارية الدولية لاسيما في جامعة "digin" اين كا يعمل الاستاذ " فولدمان" (1)

وقد تبني المرسوم الفرنسي للتحكيم لعام 1981 تنظيما متحررا لسلطة الاطراف والمحكم في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق ، وذلك بالشكل الذي يقر بمشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية وهو نفس الموقف الذي اخذه القضاء الفرنسي .

أ- موقف التشريع الفرنسي :

اذ اقر التشريع الفرنسي بمشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية امام التحكيم التجاري الدولي بتبنيه ضياغة متحررة في شان سلطة الاطراف والمحكم في تحديد القانون واجب التطبيق علي الموضوع ، حيث نصت المادة 1496 على انه " يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاختيار، طبقا للقواعد التي يقدر أنه من الملانم أعمالها، ويراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية".

حيث يرى الفقه الفرنسي ان المادة قد ساوة بين سلطة المحكم والاطراف في اختيار قواعد القانون وليس قانون واجب التطبيق² وهذا يعني امكانية تطبيق عدة انظمة قانونية داخلية منفردة او مجتمعة مع تطبيق قواعد عبر دولية، واعراف التجارة الدولية أو حتى تطبيق هذه الأخيرة ومن دون ان تكون مجتمعة مع تطبيق أية قواعد تنتمي لقانون وطني معين . وهو التفسير الذي جاء به الفقيه

1 انظر :- سلامة ابو عرب" دروس في قانون التجارة الدولية" ،ص 36

2 انظر :- نادر محمد إبراهيم، القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي"ص 535

gldman، اذ يفسر عبارة القواعد القانونية التي اختارها الاطراف او القواعد القانونية التي تبدو للمحكم تفسيراً واسعاً بحيث يجوز ان يكون محل اختيار اما قواعد قانون وطني معين واما قواعد القانون التي يحتويها قانون التجارة الدولية⁽¹⁾

وعلى نفس النهج اشار الاستاذ "Pierre Bellet" الرئيس الشرفي لمحكمة النقض الفرنسية إلى أن "عبارة القواعد القانونية الواردة في نص المادة 1496 تمنح للاطراف حرية عمل خليط من القواعد ذات مصادر مختلفة بغية التخلص من سطوة القواعد الامرة في القوانين الوطنية فيما عدا القواعد النظام العام الدولي الفرنسي الذي يحتمل ان تتدخل في وقت لاحق اذا ما طلب احد الاطراف الاعتراف بحكم التحكيم او الامر بتنفيذه في فرنسا طبقاً للحكم الوارد في المادة 1502 قانون اجراءات كما نجد ان المادة 1496 قد فسح المجال لتطبيق الجزئي لقواعد عبر الدولية، وذلك من خلال الزام هذه المادة المحكم بتطبيق الاعراف التجارية خاصة وان هذه الاخيرة تفسر بشكل واسع ليضم الاعراف والمبادئ العامة عبر الدولية .

وفي هذا الشأن يعطي جانب من الفقه للمحكم سلطة تصل الى حد خلق حلول ذاتية للنزاع في حين ان المادة 1496 التي الزمت مراعاة الاعراف التجارية لايعني ان المحكم مفوض بخلق المبادئ العامة وتطبيقاً بوصفها اعراف تجارية اذ ان مفهوم المبادئ يختلف عن مفهوم الاعراف التجارية .

الا هناك جانب من الفقه اخذ موقفاً متحفظاً من القواعد عبر الدولية، حيث يرى عدم كفاية قواعد عبر الدولية للقول باستيفاء المحكم لالزامه بتطبيق قواعد القانون، فينبغي دائماً تطبيق قانون داخلي، اذ يقتصر دور المبادئ العامة في الدور المساعد او الاحتياطي⁽²⁾ على ان الفقه يجمع بان هذا الدور يكون في حالة منح المحكم سلطة التفويض بالصلح وهو مانصت عليه المادة 1497 " يقوم المحكم بالتفويض بالصلح اذا ما منحته اتفاق الاطراف تلك المهمة".

وعلاوة على ذلك فان التشريع الفرنسي يمنح للمحكم قدراً اخر من الاستقلال الاجرائي عن الانظمة القانونية الوطنية، لاسيما من حيث عدم استلزام الارتباط بين مكان اجراء التحكيم وتطبيق قواعد التحكيم السارية في قانون ذلك المكان .

حيث نصت المادة 1494 على انه "يحدد اتفاق التحكيم مباشرة او عن طريق الاشارة الى لائحة التحكيم الاجراءات الواجبة الاتباع اثناء سريان التحكيم، كما يمكن ان تخضع هذه الاجراءات الى قانون واجب التطبيق الذي يحددها، وفي حالة عدم فصل اتفاق التحكيم في هذه المسألة يقصل المحكم في مسائل الاجراءات اما على نحو مباشر او عن طريق الاشارة الى قانون او لائحة حسب الاقتضاء⁽³⁾

¹ انظر :- سلامة ابو عرب دروس في قانون التجارة الدولية، ص28

² انظر :- نادر محمد إبراهيم " المرجع السابق ص 537

³ انظر :- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية واثرها على النظام القانونية لعقود التجارة الدولية " ص 274

ب - موقف القضاء الفرنسي :

اقر القضاء الفرنسي هو الاخر مشروعية تطبيق قواعد عبر الدولية امام القضاء التحكيم الاقتصادي ، حيث يعتبر هذا القضاء اول الجهات القضائية التي تعرضت لمشاكل هذا التطبيق ومن اهم القضايا التي تعرضت الي هذه المشاكل في :

قضية sa ضد compania velenciana de cementos protland

تتلخص وقائع هذه القضية في منازعة التي احيلت الى تحكيم غرفة التجارة الدولية -بين شركة اسبانية وشركة امريكية حول تنفيذ عقد فحم اتفقت بموجبه على قيام بتوريد فحم لمدة 03 سنوات على ان يحدد الثمن اتفاقا كل 03 اشهر ، ونتيجة لعدم تحديد الثمن ، تم الاتفاق على ان هيئة التحكيمية هي التي تحددت القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع بموجب حكم جزئي ملتزما بالقانون المدني الفرنسي الجديد .

وفي 03 ماي 1988 صدر حكم تحكيم جزئي انتهت بموجبه هيئة التحكيم المكونة من محكم فرد السيد **de mello** الي ان المنازعة سوف تحسم فقط وفقا لاعراف التجارية الدولية والتي يطلق عليها بشكل اخر قانون التجارة الدولية .وقد طعنت الشركة الاسبانية في حكم مدعية انها مخالفة للمادة 1496 وفقرة الثانية من المادة 1502 والمادة 1504 استنادا ان المحكم لم يلتزم بمهمته التي تحتم عليه تحديد القانون واجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع التي يرها ملائمة عند عدم الاتفاق الاطراف على ذلك القانون وتطبيق الاعراف التجارة الدولية مع استبعاد تطبيق اية قانون داخلي ، وعدم تحديد قاعدة التنازع التي بموجبها تم اسناد المنازعة الى هذه الاعراف .

وقد رفضت المحكمة الاستئناف بباريس طعن شركة الاسبانية ، وصدر حكمها في 13 جويلية 1989 وحكمت " لايلزم المحكم في تحديد للقانون الواجب التطبيق على موضوع بقاعدة تنازع مستمدة بالضرورة من تشريع معين ، بل يجوز له اللجوء الى المبادئ الحاكمة للموضوع وانه عند تطبيق المحكم لهذه المبادئ فاحصا معايير الارتباط المختلفة وباحثا عن الارتباط الاكثر تميزا للنزاع بمجموعة قواعد موضوعية ما ، واخذا في الاعتبار بصفته ينتهي الى تقدير ان ايا من تلك الروابط المتوقعة لاتكفي لتبرير اختصاص تشريعي معين ، فانه يكون قد التزم بحدود مهمته ، حيث يقرر تطبيق مجموعة مبادئ واعراف التجارة والمعروف بالقانون التجاري **lex mercatoria** (1) وهي القواعد ذات الصفة الدولية والتمتعة بسلطة التطبيق لحل النزاع عند غياب اختصاص تشريعي محدد" ، وهو الحكم الذي ايدته المحكمة النقض الفرنسية في 22 اكتوبر 1992 بحكمها بانه " باشارته الي مجموعة قواعد التجارة الدولية والمستخلصة بالعمل والتي تتمتع بجزء القضاء الداخلي فان المحكم يكون قد فصل بموجب القانون ، وبالشكل الذي يلتزم به بموجب الاتفاق المحدد لمهمته" (2)

¹ انظر :- نادر محمد ابراهيم "المرجع السابق" ص 547

² انظر :- نادر محمد ابراهيم "المرجع السابق" ص 548

قضية **vens** ضد **schonenberger** تتلخص وقائع هذه القضية في منازعة بين الشركة الفرنسية **sa vens** والشركة الألمانية **schonenberger** والذي تم الاتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم ، وبموجب انتهاء الشركة الألمانية العقد دون اخطار مقبول ودون موافقة الشركة الفرنسية تم تشكيل هيئة التحكيم للفصل في مدى صحة ذلك الانهاء ، فاصدرت حكما ضد الشركة الألمانية لزمتهما بدفع تعويض الى الشركة الفرنسية عن الانهاء التعسفي .

الا ان الشركة الألمانية طعن في الحكم السالف الذكر امام محكمة باريس استنادا الى ان هيئة التحكيم قد فصلت في النزاع وفقا لقانون الفرنسي على الرغم من اتفاق الاطراف على تطبيق قواعد القانون الدولي .

الا ان محكمة حكمت في هذا الشأن بانه " طالما ان شرط التحكيم ، والذي يثير قواعد القانون الدولي ، يفرض على محكمين تطبيق القانون التجاري "**lex mercatoria**" والمعروف بمجموعة المبادئ العامة للقانون والاعراف التي تم استيعابها وتطبيقها في اطار التجارة الدولية والتي تتمتع بالجزاء في القضاء الداخلي ، فان هيئة التحكيم التي تسبب حكمها اخذة في الاعتبار في شان تفسير العقد بالعادات والاعراف السارية في القطاع محل النزاع لا تكون قد تجاهلت شروط مهمتها"⁽¹⁾

وفي ضوء السوابق القضائية السابقة والتي تعرضت للمشاكل تطبيق قواعد عبر الدولية يمكن استخلاص المبادئ التالية لعل اهمها : تطبيق قواعد عبر الدولية بالرغم من تحديد الاطراف⁽²⁾ للقانون اخر واجب التطبيق ، عدم جواز الدفع بجهل قواعد عبر الدولية⁽³⁾، قواعد عبر الدولية قواعد متميزة عن الشروط التعاقدية⁽⁴⁾

الفرع الثاني : موقف النظام القانوني الانجليزي من الطبيعة المعيارية لقواعد قانون التجارة الدولية
يعتبر النظام القانوني الانجليزي من اشد المعارضين لمشروعية قواعد عبر الدولية ، الا انه تراجع عن هذا الموقف بعد سنة 1978 بموجب قضية "**Eagl star**".

ولهذا سوف نتعرض الى مدى مشروعية قواعد عبر الدولية قبل سنة 1978 وبعدها فيما يلي :

أولا: مشروعية تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية قبل عام 1978:

بالرغم من ان الاستاذ الانجليزي "**chmitthoff**" الاب الحقيقي لقواعد عبر الدولية ، الا ان النظام القانوني الانجليزي يعد من اشد المناهضين للقواعد عبر الدولية على الروابط العقدية الدولية قبل سنة 1978 ، وذلك بموازاة مع موقف الفقه الانجليزي الذي يعتبر بحق معقل الاتجاه المعارض لنظرية القواعد عبر الدولية بمفهومها المستقل⁽⁵⁾

¹ انظر :- نادر محمد ابراهيم القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ص550
² من تطبيقاتها القرار الصادر بتاريخ 15/06/1994 عن محكمة النقض الفرنسية في القضية المعروفة بقضية "Sonidep" ضد "Sigmoil"
³ من تطبيقاتها قرار صادر بتاريخ 10/02/1981 عن محكمة استئناف باريس في قضية "Vilatte" ضد "Agrico"
⁴ من تطبيقاتها قرار صادر محكمة النقض الفرنسية في بقضية "Schönenberger" ضد "Vens".
⁵ انظر :- نادر محمد ابراهيم المرجع السابق "ص252"

اذ رتب الفقه على القضاء الانجليزي مجموعة من النتائج وهي كالتالي :

- 1- لايجوز تطبيق **lex mercatoria** من تلقاء انفسهم
- 2- بطلان اتفاق الاطراف على اخضاع منازعتهم **lex mercatoria**
- 3- احكام التحكيم وفقا **lex mercatoria** لا يجوز للقضاء الانجليزي ان يمنحها القوة التنفيذية طالما ان تلك الاحكام لم تصدر من دولة اجنبية تجيز ذلك .

وهنا يشير الفقيه " Mann " على انه " لا يوجد أحد في أي مكان، سبق وأن أشار إلى أي نص أو مبدأ قانوني من شأنه أن يسمح للأفراد بالتصرف خارج حدود النظام القانوني الداخلي، وحتى فكرة سلطان إرادة الأطراف تتواجد فقط بفضل نظام قانوني داخلي ما، وإن اختلفت الأنظمة في الخصائص والآثار في هذا الشأن، وبالمثل فإن كل تحكيم يخضع بالضرورة لقانون دولة ما" وفي تعليق للفقيه " Mann " على نظرية " **lex mercatorii** " اشار " **park** " الى ان تلك النظرية مجرد ورقة توت لاخفاء سلطة لا يتمتع بها المحكم ، سلطة احلال حسه الخاص التحكيمي بالعدالة محل القانون واجب التطبيق .⁽¹⁾ اذ اعتبر النظام الانجليزي ان عدم اتفاق او عدم تطبيق قانون دولة ما امر مخالف لنظام العام الانجليزي

ويعود سبب مناهضة او رفض القواعد عبر الدولية في ظل النظام القانوني الانجليزي الى عدم اعترافه بما يعرف بالشروط العدالة . وتعرف هذه الاخيرة بانها مجموعة القواعد القضائية التي خلقتها محكمة المستشارين في ظروف تاريخية معينة والتي اصبحت الان جزء من القانون العمومي وهي بذلك تختلف عن العدالة في التحكيم الذي يعني رفضه عدم الالتزام بحرفية القانون الداخلي ، فلو فرضنا ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الانجليزي فان الاتفاق على التحكيم بالعدالة يعني عدم الالتزام المحكم بحرفية تطبيق ذلك القانون والذي يتضمن بمعناه الواسع قواعد العدالة التي ارستها محكمة المستشارين⁽²⁾ كما ان الموقف المحافظ والمتشدد من نظرية العرف كان له دورا في مناهضة القواعد عبر الدولية.

ذلك ان النظام القانوني الانجليزي يشدد في شروط العرف ، فلكي يتمتع هذا الاخير بالصفة الالتزام يجب ان يكون مستقرا ، اراديا ، مؤكدا ، ثابتا ، ومعقولا ، وعلاوة على ذلك ان يكون قديما قدما يتعين اثبات وجوده سنة 1189 اي مع بداية حكم رتشارد الاول او على الاقل اثبات تطبيقه في الاحكام قضائية سابقة.

ولأن قواعد قانون التجارة الدولية هي قواعد يغلب عليها الطابع العرفي، فبديهى أن يمتد ذلك الموقف المحافظ في مواجهتها،³ وفي هذا الشأن يشير الفقيه **goold** الى ان اعرف التجارة الدولية تكون مجرد واقع لا تتصف بالوصف القواعد المعيارية الا اذا تبناها الاطراف او نظام القانون داخلي او فوق

¹ انظر:- نادر محمد ابراهيم القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ص518

² انظر:- نادر محمد ابراهيم المرجع السابق ص520

³ انظر:- بن احمد الحاج " اثر التحولات الاقتصادية على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية " ص 269

دولى، مما يعنى عدم تمتعها بالصفة الملزمة بمجرد وجودها، بل يتعين اتفاق الأطراف على تطبيقها، أو تبني نظام قانوني وطني لأحكامها، وفيما عدا هذه الحالات فإنها تظل مجرد وقائع لا تتمتع بالطبيعة المعيارية.⁽¹⁾

وتأكيدا على موقفه المتشدد من الاستقلال الموضوعي والإجرائي للتحكيم الدولي، فلقد كان القضاء الإنجليزي يعلن اختصاصه بنظر النزاع حتى في الحالات التي يدرج فيها الأطراف اتفاقا يتفقون فيه على فض النزاعات الناشئة عن عقودهم لقضاء التحكيم، وهذا ما يمكن لمسه من خلال دعوى **"Fehrman"**، وهي شركة إنجليزية كانت قد تعاقدت على شحن بضاعة لها من ميناء بحري سوفيتي إلى أحد الموانئ الإنجليزية، غير أنه وبسبب تلف البضاعة أثناء الرحلة البحرية قامت الشركة الإنجليزية برفع دعوى أمام القضاء الإنجليزي الذي أعلن اختصاصه بنظر النزاع على الرغم من أن سند الشحن كان يقضي باللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة البحرية بالاتحاد السوفيتي، وقد استند القضاء الإنجليزي في اختصاصه بنظر النزاع إلى أن المدعي يتمتع بجنسية إنجليزية، كما أن الضرر حدث بإنجلترا وأدلة الإثبات تتوافر كذلك بها.⁽²⁾

كما يتجلى مناهضة النظام القانوني الإنجليزي لقواعد قانون التجارة الدولية برفضه فكرة الاستقلال الاجرائي للتحكيم الاقتصادي وهو ما اقره القاضي الإنجليزي **"Micheal Kerr"** في قضية **"Mellat"**، حيث قرر بأنه **"على الرغم من الاقتراحات التي يقدمها بعض الفقهاء الكبار في ظل الأنظمة الأخرى، فإن علم القانون عندنا لا يعترف بفكرة إجراءات التحكيم العائمة في السماء عبر الدولية، غير المرتبطة بأي نظام قانوني داخلي"**، وقد أكد على هذا المبدأ في قضية **naviera** حيث قرر ان **" كل تحكيم ينبغي ان يكون مستقرا او مقر تحكيمي او مكان اختصاص حيث تخضع قواعده الاجرائية لقانون داخلي نافذ في ذلك المكان "**.

وخلاصة لما سبق تميز النظام القانوني الانجليزي قبل سنة 1978 بالموقف المتشدد ومناهض لنظرية قواعد عبر الدولية⁽³⁾.

ثانيا- مشروعية تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بعد عام 1978:

بعد سنة 1978 تغير موقف النظام القانوني الانجليزي من التحكيم بالصلح بصدور سابقة **"Egalstar"**، استتبع التغيير موقفه اتجاه قواعد عبر الدولية وهو الاتجاه الذي أكد عليه قانون التحكيم الانجليزي 1996⁽⁴⁾، حيث اعترفت محكمة الاستئناف بحكمها الصادر في قضية **"Egalstar"** بمشروعية التحكيم اذ اعتبرت أن: **"المحكمن غير ملزمين بالالتزام الصارم**

¹ انظر:- نادر محمد ابراهيم " مركز القواعد عبر الدولية" ص 520

² انظر:- بن احمد الحاج " المرجع السابق " ص 269

³ انظر:- نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 522

⁴ انظر:- نادر محمد ابراهيم " مرجع السابق " ص 586

بقواعد القانون، ولكن ... لتسوية أي نزاع يحال إليهم وفقا لتفسير قانوني عادل وليس صارم لبنود هذا العقد"⁽¹⁾.

و بموجب هذه القضية استقر نظام القانون الانجليزي بما فيه القضاء الانجليزي على تطبيق قواعد عبر الدواية، و يتضح ذلك من خلال سوابق التي تلت سابقة "Egalstar" منها قضية "Rokoil" سنة 1987، و تتعلق هذه القضية بتنفيذ حكم التحكيم الذي صدر في جنيف تحت رعاية نظام التحكيم غرفة التجارة الدولية، في شان نزاع حول عقد امتياز البحث عن البترول و المرفوع من طرف شركة .

Deulshe Shactbu –Und-TiefbohrgeSELLS chaft Mbh "DST".

ضد حكومة الإمارات رأس الخيمة و شركة رأس الخيمة الوطنية للبترول و التي يشار إليها "Rokoil" حيث لجأت هيئة التحكيم إلى تطبيق مبادئ القانون المقبولة عالميا و الحاكمة للالتزامات التعاقدية . فقضت هيئة التحكيم حكم لصالح « DST » بمبلغ 6.4 مليون دولار أمريكي على الرغم من عدم حضور "Rokoil" إجراءات التحكيم ، ونظرا لعدم التنفيذ الاختياري فلقد لجأت dst إلى إجراءات حجز المدين لدى الغير في انجلترا ممثلا في مستحقات "Rokoil" لدى شركة بترولية الدولية و التي يشار إليها **Sutco** و قد تمكنت " DST " من الحصول على إذن تنفيذ من محكمة لندن العالمية إعمال لمعاهدة نيويورك 1958 ، كما حصلت هذه الشركة على امر قضائي يمنع "Rokoil" من سحب أموالها التي تصل الى 8.5 مليون دولار و الزمت هذه الاخيرة ان تفي ماعليها بالمبالغ المستحقة .⁽²⁾ الا ان شركة " Rokoil " قد طعنت في القرار امام محكمة استئناف انجليزية مستندة على

عدم تحديد هيئة التحكيم الذي تشير اليه قاعدة الاسناد التي تراها تلك الهيئة ملائمة اعمالا للمادة 03/ 13 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ، وان النظام العام الانجليزي يمنع تنفيذ قرارات التحكيم تؤسس التزامات الاطراف فيه على مبادئ القانون المقبولة دوليا غير المحددة و المحتمل سوء تعريفها و في سبيل تحديد مدى مخالفة المبادئ سألته الذكر للنظام العام الانجليزي رات محكمة الاستئناف ضرورة الاجابة على ثلاث تساؤلات :

السؤال الاول : عما اذا كانت الاطراف قد رغبت في خلق التزامات و حقوق واجبة نفاذ قانونا ؟

السؤال الثاني : عما اذا كان الاتفاق ناشئ بشكل ما يكفي اعتباره عقدا واجب النفاذ .

اما **السؤال الثالث** فهو اذا كان يعد تنفيذ حكم التحكيم باستخدام القوة الجبرية للدولة يعد مخالفا لنظام العام . و عند اجابتهم على السؤال الاول والثاني انتهت المحكمة الى ان الاطراف قد رغبوا في خلق التزامات و حقوق النافذة قانونا ، و ان اتفاقهم حول اللجوء الى تحكيم غرفة التجارة الدولية كان

1- وقد جاء النص الأصلي على النحو التالي :

The arbitrators are not to be bound by strict rules of law but ... settle any difference to them " according to an equitable rather a strictly legal interpretation of the provisions of this contract

مشار إليه في : نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص569.

² انظر:- نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 580

صحيحاً ، اما السؤال الثالث فقد اعلنت عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام وفقاً لنظام القانون الانجليزي .

و قد صرح القاضي " Donaldson " بقوله : "انا اوافق على مشروعية نص الاطراف على تطبيق نظام قانوني اخر، يلزم هيئة التحكيم ، و بذلك تجوز.... مشروعية اتفاق الاطراف على ان جزء او كل، علاقاتهم القانونية ينبغي حسمها بواسطة هيئة التحكيم على اساس نظام قانوني اجنبي، او ربما على اساس مبادئ القانون الدولي،.... فأنا لا أرى أية سبب يبرر ألا ينبغي على هيئة التحكيم في دعوى صحيحة، و حيث يتفق الأطراف من ان تطبق القانون الاجنبي او الدولي " (1)

كما يؤكد استقرار القضاء الانجليزي على الاعتراف بمشروعية اعمال القواعد عبر الدولية امام قضاء التحكيم ما ذهب اليه القاضي " staughtin " في حكم الاستئناف فيما يعرف سابقاً "channel tunnel" في سنة 1992 حيث قرر بانه : "البناء و صحة تنفيذ العقد تخضع و تفسر في كل اوجهها للمبادئ العامة المشتركة بين القانون الاجنبي و الفرنسي و في غياب تلك المبادئ العامة للقانون التجاري الدولي كما طبقتها المحاكم الدولية و الوطني (2)

و تماشياً مع تطور القضاء الانجليزي من نظرية القواعد عبر الدولية، اصدر المشرع الانجليزي لقانون التحكيم سنة 1996 و دخل حيز التنفيذ 1997 نص في مادة 46 منه تحت عنوان القواعد واجبة التطبيق على موضوع النزاع.(3)

و بناء على هذا النص يشير الفقيه " redfern " بأن مشروعية اتفاق الاطراف على تطبيق قواعد عبر الدولية بوصفها اعتبارات اتفق عليها الاطراف

ومما تجدر الاشارة ان قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996 قد قنن المبدأ القضائي الذي ارسنه " nemo " الصادر في سنة 1982 والمتمثل في التضييق من اسباب الاستئناف حيث اصبحت تقتصر على حالتى اثبات ان المحكم مخطئ بشكل واضح وان نتائجه تخضع لشك خطير ، لاشك ان التقيد من سلطة القضاء هنا يعني توسيع سلطة المحكم في الجهة الاخرى ، وهو مايناسب تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية (4).

و علاوة على هذا فقد احدث قانون التحكيم الانجليزي الجديد لتطورات هائلة في نظام التحكيم في انجلترا ، و التي لم يكن له عهد بها ففضى بعدم الاختصاص المحاكم الانجليزية بنظر في النزاع الوارد بشأنه اتفاق التحكيم، كما ان للمحاكم الانجليزية لم يعد بمقدورها التدخل في اجراءات التحكيم الا بموجب

¹ انظر:- نادر محمد ابراهيم " المرجع السابق " ص 572

² انظر :- بن احمد الحاج " المرجع اسبق " ، ص 271

³ تنص هذه المادة " على انه تلزم هيئة التحكيم بان تفصل في النزاع وفقاً :

أ-القانون الذي اختارته الاطراف للتطبيق على موضوع النزاع

ب-اذا ما اتفقت الاطراف وفقاً لاعتبارات اخرى يتفقون عليها او تحددها هيئة التحكيم

⁴ انظر:- نادر محمد ابراهيم " مركز قواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادي الدولي " ص 575

نص قانوني يقضي بذلك و هي ما يؤكد ان القضاء الانجليزي تبني استقلال اجراءات التحكيم الاقتصادي على اية نظام قانوني داخلي .

كما اكد النظام القانوني الانجليزي على الاستقلال الموضوعي من خلال اعطاء المحكم وكذا الخصوم الحق في ان يطلبوا من القضاء الانجليزي حسم مسالة قانونية معينة تشكل صعوبة اثناء النظر في موضوع النزاع ، مع اشتراط ان تتعلق المسالة باحكام القانون الانجليزي و ليس اي قانون اخر ، و ان تؤثر بشكل جوهري في حقوق بعض او كل الاطراف، الا ان القانون الجديد قد وضع قيد هام و هو طلب تدخل من قبل الطرفين معا او من المحكم نفسه، فاذا طلبه احد الاطراف لم تجد له تاييد من قبل المحكم، فانه لا يجوز للقضاء الانجليزي التدخل في ذلك. (1)

الفرع الثالث : موقف النظام القانوني الجزائري من الطبيعة المعيارية لقواعد قانون التجارة الدولية

لقد كرس المشرع من خلال القانون 09/ 08 والمتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 1050 مشروعية اتفاق المتعاقدين على اختيار القواعد عبر الدولية لتطبيق على العقد المتسم بالطابع الدولي(2)

والظاهر أن المشرع الجزائري خطا نفس خطى قانون المرافعات المدنية الفرنسي في مادته 1496 والذي أخذ هو الآخر بصياغة متحررة في شأن سلطة المحكم والأطراف في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع.

وإذا كان تأثر القانون الجزائري بالقانون الفرنسي يبدو واضحا ، فإن نص المادة 1050 ق.إ.م.ج تتمتع بخصوصية تميزها عن نص المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي(3)،، تتمثل في أن هذه الأعراف لا تتمتع في القانون الجزائري بدور مكمل، بل تقف على مستوى موازي مع القواعد القانونية الأخرى حتى وإن كانت منتمية لقانون غير وطني على(4)، وكل ذلك على خلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي وحتى المشرع المصري واللذان نصا على ضرورة مراعاة المحكم للأعراف التجارية في فقرة مستقلة .

اذ نجد ان المشرع الجزائري في المادة 1050 إستعمل مصطلح "قواعد القانون" الذي يمتاز بمرونة كبيرة وبمحتوى أوسع، اذ إن تعبير قواعد القانون يعطي الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد، فقد تكون وطنية أو دولية ومنها تطبيق الأطراف المبادئ العامة للقانون أو العادات

1 انظر:- بن احمد الحاج " التحولات الاقتصادية واثرها على عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية "ص272

2 حيث تنص هذه المادة" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"

3-انظر :- في التعليق على نص المادة 458 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى : نادر محمد إبراهيم، القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص 588.

4انظر:- بن احمد الحاج " المرجع السابق " 273

والأعراف التجارية الدولية⁽¹⁾ وما يدل على هذا هو عدم اشتراط انتماء تلك القواعد لقانون دولة معينة كما ذهب إليه صراحة في نص المادة 18 ق.م.ج.

وتجدر الإشارة الى ان عبارة قواعد القانون" المرادف بالفرنسية "**Règles de droit**" الواردة في المادة 1050 هو نفس مصطلح الوارد في المادة 1496 قانون المرافعات المدنية الفرنسي " **Règles de droit**" ، و المادة 17 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس بعد تعديلها سنة 1998 وهي عبارات لا يشكك أحد في دلالتها على إمكانية اختيار أو تطبيق القواعد والأعراف الناشئة في مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود.⁽²⁾

كما كان نص المادة 03/13 من قواعد نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية الذي كان يلزم المحكم بتطبيق "قانون" وليس "قواعد قانونية"، ويلزمه بإتباع منهج التنازع وليس الطريق المباشر، ومع ذلك لم يمنع ذلك هيئات التحكيم وفقا لذلك النظام من تحديد القواعد عبر الدولية باعتبارها قواعد واجبة التطبيق على العقد⁽³⁾.

و الحال نفسه في حالة عدم الاتفاق فيقع على المحكم ان يطبق القانون الذي يراه مناسباً، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أعطى للمحكم سلطة تقديرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في غياب الإختيار الصريح للأطراف. فقد تلجأ الهيئة التحكيمية إلى تطبيق قانون كالجوء إلى المبادئ العامة للقانون والعادات والأعراف التجارية التي تراها ملائم⁽⁴⁾ لأنه لو قصد المشرع غير ذلك لنص صراحة على ضرورة اختيار قواعد قانون دولة معينة، وليس مجرد "قواعد قانون". وهو بذلك قد ساوى بين الاطراف والمحكم في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق.⁽⁵⁾

ومن تم فلن يتاتي للمحكم تطبيق القواعد عبر الدولية بوصفها الأعراف الملائمة من قبل المحكم إلا في حالة غياب اتفاق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق، اما في حالة اتفاق الاطراف علي قانون معين فقد ألزم المشرع المحكم بضرورة تطبيق القواعد التي اختارها الأطراف دون البحث في مصدرها، والا كان حكمه عرضة للإبطال محققا بذلك الاستقرار والأمان القانونيين الذي يسعى اليه اطراف العلاقة التعاقدية، وهو بذلك خالف ماذهب اليه كلا من المشرع الفرنسي⁽⁶⁾ والمصري⁽⁷⁾ اللذان الزما المحكم مراعاة هذه الاعراف والعادات في كافة الاحوال حتى في حالة اتفاق الاطراف على القانون واجب التطبيق، وهذا يعني إمكانية إعطاء القواعد عبر الدولية أولوية التطبيق على القواعد الداخلية استنادا إلى كونها قواعد أمرة وتندرج ضمن الأعراف التجارية التي يتعين على ذلك المحكم مراعاتها، وذلك حتى في الحالات التي يتفق فيها الأطراف على تحديد قانون وطني كقانون واجب

¹ انظر:- جارد محمد " دور الارادة في التحكيم التجاري الدولي " ص53

² انظر :- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 609.

³ انظر :- نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 609.

⁴ انظر:- جارد محمد المرجع السابق "ص 28

⁵ انظر:- بن احمد الحاج " المرجع السابق "ص 278

⁶ انظر :- المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسية

⁷ انظر :- المادة 03/39 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري

التطبيق. بمعنى استبعاد المحكم القانون المختار متى ثبت ملاءمة هذه الاعراف والعادات التجارية الدولية لحل المنازعة الا ان هذا الموقف من شأنه ان يؤدي الى التطبيق الخاطئ الى درجة مسخ تلك القواعد .

وبهذه المثابة فان التشريع الجزائري يعد من الانظمة المناصر لقواعد عبر الدولية، اذ يمنح المحكم سلطة اعمال هذه القواعد على النزاعات المطروحة أمامه دون اشتراط الرجوع إلى أحد القوانين الوطنية، وفي ذلك تأكيد على الاستقلال الموضوعي لقواعده واعتراف منه بمعياريتها وقدرتها على حكم الروابط العقدية المتسمة بالطابع الدولي⁽¹⁾

المبحث الثاني : قانون التجارة وقضاء التحكيم

لعب التحكيم التجاري الدولي عند فصله في المنازعات المرتبطة بعقود التجارة الدولية دورا فعالا في تدويل النظام القانوني لهذه الأخيرة، وذلك من خلال إعماله لقواعد قانونية لا تنتمي للأنظمة القانونية الوطنية، وهو ما بدأ يعتبره البعض بمثابة عولمة للقانون الواجب التطبيق على تلك العقود. فإيماننا من المحكمين وحتى من مشرعي الدول أنفسهم بأنه من الصعوبة بما كان تطبيق قواعد قانونية لا تتفق مع طبيعة المسائل التي تثيرها العلاقات الاقتصادية الدولية، فقد بدأ استقصاء الحلول لمنازعات هذه الأخيرة يتم بالرجوع إلى عادات وأعراف التجارة الدولية، وإلى مجموعة المبادئ عبر الدولية السائدة في مجتمع التجار العابر للحدود.

أما وقد اتجه قضاء التحكيم إلى تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة النظم القانونية الوطنية وإعمال القواعد عبر الدولية بشأنها، فإن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن يتمحور حول المنهج الذي يعتمده في هذا الخصوص، وهو ما سيتم التطرق إليه بعد دراسة دور ذلك القضاء في خلق قواعد موضوعية لتلك العقود.

المطلب الاول : دور قضاء التحكيم في خلق القواعد الموضوعية للقانون التجارة الدولية

يعود الهدف الاساسي من لجوء المتعاملين التجار الدولي الى التحكم كوسيلة لفض منازعاتهم العقدية ، هو تحريرها من سلطات القوانين الداخلية التي تثير الكثير من المشاكل منها: مشكلة تنازع القوانين ، هذه الاخيرة التي تكون مهينة لمواجهة المعاملات الداخلية والتي لا تتلائم مع طبيعة العلاقات التجارية الدولية، لذا غالبا ما يتم ادراج شرط التحكم لتطبيق قانون التجارة الدولية بما يتضمنه من عادات واعراف ، التي تشعرهم بالامان القانوني وتصون توقعاتهم المشروعة ، خاصة وان القائمين على تطبيق هذه القواعد المعروف عنهم انهم متخصصين وعارفين لهذه المهنة وعاداتها ، التي تتميز بالطابع الفني. ومما سبق يكون التحكيم المستقل عن قضاء الدولة وحدة مؤهل لتفسير قواعد القانون الدولي ذات النشأة التلقائية : كما يكفل لها ذاتيتها واستقلالها عن المفاهيم السائدة في المجتمعات الداخلية

انظر:- بن احمد الحاج " المرجع السابق ' ص 280¹

كما توصل قضاء التحكيم الى استخلاص الكثير من مبادئ⁽¹⁾ القانونية المشتركة باعتبارها احد مكونات قانون التجارة الدولية والتي اضيف عليها طابعا مميزا يتماشى ويتفق مع طبيعة المجتمع التجاري ومهنة التجارة الدولية، ومن جهة اخرى ، فان تطور العلاقات الاقتصادية الدولية الذي يشهده المجتمع الدولي ، سيؤدي بالضرورة الى تطور مماثل في القواعد التي تحكم هذا المجتمع ، ومن هنا تبدو اهمية التحكيم بوصفه قضاءا متخصصا يعيش احداث مجتمعات التعامل الدولي ويتابع عاداته واعرافه ، وتقع عليه بالدرجة الاولى مهمة تطويرها بما يتماشى مع الواقع الجديد.⁽²⁾

ولم يقتصر دور قضاء التحكيم عن هذا الحد بل ذهب الى خلق حلول واجب الاتباع عند وجود نقص في قواعد قانون التجارة الدولية التي تتناسب مع متطلبات التجارة الدولية والتي لم تصل بعد الى نظام قانوني متكامل .

لاشك ان اضطرار احكام المحكمين على اخذ بهذه الحلول سيسهم في اضعاف صفة العمومية والتجريد والتي تكتسبها من تكرار الحكم ، وبذلك تتحول هذه الحلول من مجرد سوابق فردية الى قواعد قانونية مثلها مثل قواعد قضائية اخرى.⁽³⁾

و نتيجة للدور الفعال الذي لعبه في خلق قواعد قانونية ، ادى بفقاء الى القول بان محكمين سيخلقون يوما قانونا خاصا دوليا يحل محل القانون الدولي الخاص، اي خلق قواعد موضوعية لقانون التجارة الدولية والتي سنتنفي معها الحاجة الى نظام التنازع التقليدي .

ومن خلال ما سبق يتضح لنا اهمية دور التحكيم في تدويل العقود وخلق قواعد القانون التجاري الدولي خاصة في الحالات التي يصعب فيها ايجاد حل للنزاع المطروح من خلال الاعراف والعادات التجارية ، وهو دور يبدو اكثر وضوحا في حالات التحكيم بالتفويض .

كما يلعب التحكيم دور في تفسير العادات والاعراف المهنية السائدة في مجتمع البائعين والمشتريين العابر للحدود ، والاسهام في استقرار هذه القواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية بما يزيد من احساس الكافة بالزامها وضرورتها لتنظيم هذا المجتمع و ادراك اهدافه⁽⁴⁾

غير انه قد يحول بين قضاء التحكيم ودوره السابق عقبة تتمثل في عدم نشر القرارات هذا الاخير حفاظا على السرية المنازعات التي هي اهم مميزات التحكيم، وحتى لا يؤثر ذلك على سمعة المتعاملين وامكان استمرار معاملتهم في ميدان التجارة الدولية، الامر الذي من شأنه التأثير بالسلب على استقرار القواعد الذي تم التعامل بمقتضاها في المنازعات التي تطرح على قضاء التحكيم ، خاصة وان هذه

1 انظر:- هشام على صادق " القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ص240

2 انظر:- هشام على صادق " المرجع السابق ص242

3 انظر :- سمير نتاغو " النظرية العامة للقانون" ، ص 498 وما بعدها

4 انظر:- محمد محمود ياقوت " حرية المتعاقين في اختيار قانون العقد ص 356

الاحكام قد تصدر دون بيان اسبابها . بل وقد يحول هذا الامر بين التحكيم واداء دوره المنشود في خلق قواعد القانون التجاري الدولي ذات الطابع القضائي (1)

و مما يجب تاكيده هو نشأة القواعد قانون التجاري الدولي لا يكفي حكم المحكمين بمقتضاها وانما يجب ان تكون معلومة لكافة الناس مما يحقق شعور بالزاميتها و، لا يكون ذلك الا بالاعلان عنها في المجموعات الرسمية وغير الرسمية ويساعد في نفس الوقت على استقرارها .

وهذا الامر دفع غرفة التجارة الدولية بباريس الى توصية بالعمل على نشر احكام المحكمين التي تتضمن مبادئ القانون تهم الاوساط التجارية والمهنية مع حذف اسماء الاطراف النزاع او ما قد يتطرق اليه المحكم من امور تمس سمعتهم او تتصل من قريب او بعيد باسرار مهنتهم او تجارتهم وبالرغم من هذا فانه مازال العمل بعدم نشر احكام المحكمين (2)

المطلب الثاني: اساس تطبيق القواعد الموضوعية لقانون تجاري دولي على منازعات المطروحة

امام قضاء التحكيم

من الاهداف الاساسية للالتجاء المتعاملين على مسرح التجارة الدولية الى التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم العقدية ، هو تحرير عقودهم من سلطان القوانين الداخلية واخضاعها للقواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي وذلك بتدويل المحكمون عقودهم التجارية على هذا النحو ومنه يثور التساؤل حول اساس تطبيق هذه القواعد امام المحكمين ، فهل تطبيق هذه القواعد يتم من خلال منهج التنازع وهو الامر الذي يؤيده جانب من الفقه ام ان تطبيقها يتم مباشرة بما لها من قوة سريان ذاتي وهو ما يرجحه جانب اخر من الفقه ؟ وهذا ماسوف نستوضحه فيما يلي :

الفرع الاول : تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجارة الدولية من خلال منهج التنازع

يرى جانب من الفقه ان تطبيق قواعد الموضوعية للقانون التجاري لا يأتي للمحكمين الا بمقتضى قاعدة الاسناد ،فهذه القواعد الموضوعية لا تفرض على المحكم وانما تستمد قوتها وصفتها في التطبيق من ارادة الاطراف ، ولهذا يتعين لكي يطبق المحكمون الاعراف والعادات المهنية ذات الطابع الدولي ان يشير المتعاقدون بتطبيق صراحة او ضمنا بذلك (3)

ومنه فان كان امر الارادة الصريحة واضحا كما لو نص المتعاقدون على خضوع اتفاقهم للاعراف والعادات التجارة الدولية او للمبادئ القانونية المشتركة او لقواعد العدالة ، فان ارادة المتعاقدون الضمنية في تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي يمكن ان يستخلص بمجرد ادراج شرط تحكيم في العقد ، سواء كان تحكيما قانونيا او تحكيما مع التفويض بالصلح .

ويؤسس انصار هذا الموقف بان الحاجة الى قاعدة الاسناد التي تشير الى تطبيق قانون الارادة كشرط لتطبيق قواعد موضوعية لقانون تجاري دولي تترد بالدرجة الاولى الى الصفة هذه القواعد ،

¹ انظر:- هشام صادق على " مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين اسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية " ص 5

² انظر:- هشام على صادق " المرجع السابق '246

³ انظر :- احمد عبد الكريم سلامة " العقد الدولي الطليق " ص 423

لكونها قواعد تكميلية فهي لا تطبق بقوة سريانها بل لا بد ان يقرر الاطراف بارادتهم الصريحة او حتى
ضمنية رغبتهم في سريان احكامها"⁽¹⁾

ومن تم تكون هذه القواعد القانونية المكملة غير قادرة على سريان الذاتي في تطبيقها الا اذا
اعلن الافراد عن ارادتهم عن ذلك صراحة او ضمنا ، وهو بذلك يخالف ما هو معروف عند الفقه الذي
يؤكد على تمتع قواعد القانون المكملة بالقوة القانونية الذي يستلزم تطبيقها تلقائيا،
واخذ بهذا الموقف ينتج عنه اعتبار قواعد القانون التجاري الدولي مجرد عادات اتفاقية التي تنزل
منزلة الشروط التعاقدية ، ومن تم لا تكون واجبة التطبيق الا بناء على تمسك الافراد و اعلان عنها
وبالتالي انكار الصفة القانونية لهذه القواعد .

رغم اعتراف الفقهاء بخلاف ذلك والذي اكدوا على تطبيق قواعد المكملة لا يحتاج لتمسك الافراد
بها او اعلان عنها صراحة او ضمنا لكونها تتمتع بالصفة القانونية .

وبناء على ذلك فان توقف تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي على ارادة الاطراف وفقا لهذا
الراي يعد اختيار مادي وليس اختياره تنازعي لان هذه الاخيرة تشير باختصاص قانون واجب التطبيق
على العقد ولا تكفي بمجرد انزال القواعد التي تم اختيارها منزلة الشروط العقدية كما هو الوضع فيما
لو كان الاختيار ماديا . ولعل مما يدعم توقف تطبيق احكام القانون التجاري الدولي على ارادة الاطراف
ان انصار فكرة العقد الطليق قد قرروا⁽²⁾ ان سكوت الاطراف عن اختيار قانون العقد سواء قانون دولة
او قواعد موضوعية لقانون التجارة الدولية لا يمكن ان يفسر امام محكمين على اساس رغبتهم في
تحرير العقد من مطلق سلطان القوانين ، وعدم التزام المحكمين بغير الشروط التعاقدية ، لان هذا
الامر يتضمن تجاهلا للاعراف والعادات عبر الدولية، وهو مجتمع يتعين على المحكم ان يسهر على
مصالحه واهدافه ولهذا يتعين على المحكم اخضاع العقد لقانون هذا المجتمع أي تطبيق قانون التجارة
الدولية .

على انه لا يعود تطبيق هذه القواعد في هذا الفرض الى ان ارادة الاطراف الضمنية والتي
تتمثل في ادراج شرط التحكيم في العقد لان هذه الارادة قد تكون مقترضة لهذا ادعى بعض الى البحث
عن اساس تطبيق لمحكمين قانون تجارة الدولية عند سكوت المتعاقدين عن اختياره خارج منهج
التنازع ، واساس هذا النظر ان قواعد الموضوعية لقانون تجارة الدولية هي قواعد تتمتع بالصفة
القانونية رغم اتسام اغلب قواعدا بالطابع المكمل التي يجيز الاتفاق على مخالفتها ، وهي بذلك تعد
من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ، او قانون الخاص الدولي ، التي لا تحتاج لاعمالها منهج

¹ انظر :- احمد عبد الكريم سلامة " المرجع السابق " ص 424

² انظر :- هشام علي صادق " القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية " ص 255 ومايلها

التنازع اكتفاء بما لها من القوة السريان الذاتي، وهذا ما ذهب اليه الراي المنادي الى اعمال المباشر للقواعد الموضوعية لقانون تجارة دولية⁽¹⁾

الفرع الثاني : تطبيق القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية من خلال المنهج المباشر

يعتبر منهج المباشر احدث اتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق امام التحكيم التجاري الدولي ، وهو الاتجاه الذي بدء تشير اليه احكام التحكيم صراحة او ضمنا .
اذ يقصد بالتطبيق المباشر بانه المنهج الذي بموجبه يتمتع المحكم بسلطة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق مباشرة دون الحاجة الى الاشارة من قاعدة التنازع الى استخدامها في هذا الشأن
اكتفاء بكون تلك القواعد ملائمة للنزاع⁽²⁾

اذ يرى جانب من الفقه ان قواعد قانون التجاري الدولي هي قواعد تتصف بالصفة القانونية وتتمتع بالالزام الذاتي ، التي تتح للمحكمين تطبيقها على المنازعات المطروحة المتعلقة بعقد من عقود التجارة الدولية، مباشر دون الحاجة الى اختيار المتعاقدين لها ودون حاجة الى اعمال منهج التنازع والرجوع الى قاعدة الاسناد التي تشير بتطبيق قانون الارادة بشأن العقود الدولية ، لان التنظيم الموضوعي والمباشر الذي يتضمنه منهج هذه القواعد يجعل منه منهاجا مستقلا عن كل قاعدة اسناد⁽³⁾.

ويتفق هذا النظر مع طبيعة قواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية ، والهدف الذي تسعى اليه ، ذلك ان القواعد المذكورة تشكلت في اطار مجتمع التجار ورجال الاعمال العابرة للحدود ، والتي وضعت خصيصا للاستجابة لمتطلبات العلاقات الاقتصادية الدولية ، ذلك ان هذه القواعد قد اسهم المحكمين بانفسهم في ارساءها ، وهي على هذا النحو تعد قانون اختصاصهم اي قانون المحكم .

فمن الطبيعي اذن تطبيق المحكمين القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي التي نشأت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية ، على المنازعة التي تثور بشأنها تطبيقا مباشرا دون حاجة الى اعمال منهج التنازع مثله في ذلك مثل القواعد المادية للقانون الدولي الخاص التي خلقها القضاء الوطني والذي يطبقها على العلاقات الدولية الخاصة تطبيقا مباشرا دون الحاجة للمنهج التنازع⁽⁴⁾

و على هذا النحو قد يصدق الراي الذي يؤكد الحاجة على منهج التنازع لامكان لتطبيق هذه القواعد الموضوعية الدولية امام القضاء الوطني ، لان هذه الاخيرة لايسطيع تطبيقها تطبيقا مباشرا كونها لا تشكل اصلا جزءا من نظامه القانوني . فهي قد تكونت من استقرار العمل على اتباعها في الاسواق الدولية ، أي في مجتمع غير مجتمع دولة القاضي المطروح عليه النزاع

ولهذا يعد اختيار المتعاقدين لقواعد القانون التجاري الدولي حتى امام القضاء الداخلي هو مجرد اختيار مادي وليس اختيار تنازعي ، ويترتب على ذلك نزول قواعد هذا القانون التي اشارت ارادة

¹ انظر :- هشام علي صادق " المرجع السابق " ص 256

² انظر:- نادر محمد ابراهيم " مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادي الدولي " ص 452

³ انظر:- هشام صادق علي " المرجع السابق " ص 258.

انظر:- هشام صادق علي " المرجع السابق " ص 262 ومايلها⁴

الاطراف بتطبيقها على العقد منزلة الشروط التعاقدية التي تظل بهذه المثابة خاضعة لاحكام الامرة في قانون الدولة الواجبة تطبيقا والقانون الداخلي التي تشير قواعد التنازع باختصاص عند سكوت الارادة عن الاختيار التنازعي لقانون العقد .

وعلى هذا النحو يصعب اعتبار الاعراف واعادات التجارة بمثابة قانون العقد وفقا لافكار التقليدية في القانون الدولي الخاص فيما لو ثار النزاع بين المتعاقدين امام القضاء الداخلي الا في الحالات التي يصرح فيها المشرع الداخلي بذلك . أي في الفروض التي يمكن فيها استقبال الاحكام الموضوعية للقانون التجاري الدولي في النظام القانوني الداخلي التي ينطبق قانونها على العقد . ويحدث ذلك عندما يحيل القانون التجاري الداخلي الى عادات والاعراف التجارية المستقرة في الاسواق الدولية . او فيما احالت الى هذه الاخيرة نصوص بعض المعاهدات الدولية النافذة في دولة القاضي المطروح عليه النزاع وقد اخذ كل من اتفاقية جنيف سنة 1961 واتفاقية عمان لتحكيم التجاري سنة 1987 وكذا قواعد المنظمة لتحكيم غرفة التجارة الدولية باريس حيث اكدوا على حق المحكم من اخذ بعادات التجارة الدولية عند فصل في النزاع ، سواء اختار المتعاقدين قانون دولة معينة او سكتوا عن هذا الاختيار- وهو ما يشير الى تطبيق هذه العادات تطبيقا مباشرا ، بالرغم من اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة بحكم الرابطة العقدية.

اذ يجد المحكم نفسه في حالة اذا ما اختاروا المتعاقدون قانون داخلي لدولة معينة لتنظيم اربطة العقدية ، بين امرين اولها : هو احترام ارادة المتعاقدين والتي يستمد منها المحكم اختصاصه القضائي، و امر الثاني وهو احترامه الارادة الجماعة لمجتمع التجار الذي ينتمي اليه المحكم. الامر الذي يرجح التطبيق المباشر لقواعد القانون التجاري الدولي .، وهذا الاعتبار الاخير هو الذي دفع جانب من احكام المحكمين الى تطبيق العادات والاعراف التجارة الدولية بالرغم من اتفاق الاطراف على قانون دولة معينة لحكم الرابطة العقدية (1)

على ان قضاء التحكيم يتجه الى تطبيق قانون دولة ما احتراما لقانون الارادة مع اخذ بعين الاعتبار تطبيق مباشر للاعراف وعادات التجارة الدولية خاصة في المسائل التقنية ، وفي هذا الصدد تتم تجزئة الرابطة العقدية حيث تخضع جانب منها الى قانون التجارة الدولية وجانب اخر يطبق ق المختار بحيث يكون تطبيق الاول في المسائل غير التي يتناولها قانون المختار ،ومن جهة اخرى فقد اقر قضاء التحكيم ضرورة تطبيق المباشر للعادات والاعراف التجارة الدولية على المنازعات لعقدية التي طرحت عليه خاصة عند سكوت الارادة عن الاختيار لقانون العقد (2)

على ان ثمة استثناء يتمثل في العقود الاقتصادية الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها ، فقد استقر الفقه على اعتناق وجهة نظر محكمة العدل الدولية التي اكدت ان القانون الواجب التطبيق في هذه

انظر:- هشام صادق " المرجع السابق " ص264 و 259¹
انظر:- الحكم تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم 2583 لسنة 1976²

الحالة وعند غياب الاتفاق الصريح لنظام قانوني وطني اخر فانه يتعين تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وهو بذلك يستجيب للمصالح الدول النامية في تعاقدتها مع الشركات الاجنبية الكبرى⁽¹⁾ غير ان السؤال المطروح في هذا الشأن هو في حالة وجود تعارض بينهما هل يطبق المحكم قانون التجارة الدولية او قانون المختار؟

إن تطبيق قضاء التحكيم القانون الداخلي المختار يتضمن استبعاد ضمناً لتطبيق احكام قانون التجارة الدولية من طرفهم ، وهو بذلك مخالفا لاحكام القضاء الداخلي اذي لايلجا الى منهج التنازع الا في صدد المسائل التي لا يوجد في شأنها قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ، خاصة وان الفقه قد سوى بين القواعد المادية في قانون التجارة والقواعد المادية ذات المصدر الداخلي من حيث وجوب اعمال بالمنهج المباشر دون الاعتداد بمنهج التنازع ، ذلك ان غالبية القواعد المادية في قانون التجارة الدولية ذات طابع تكميلي تتيح للاطراف استبعادها والاتفاق على ما يخالفها مما يجعل اختيار المتعاقدين للقانون الداخلي مجرد اختيار مادي لا يقوم على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وهو ما يؤدي الى انزال احكامه منزلة الشروط العقدية وتطبيقه ما هو الا تطبيق للشروط العقدية التي قد تخالف احكام قانون التجاري الدولي

وهذا لا يتعارض مع ما انته اليه المحكمين ان تطبيق قانون دولة معينة لا يعني استبعاد قواعد المادية في القانون التجاري الدولي استبعادا كاملا ، وهو ما يشير الى رغبة المحكمين في عدم تجاهل بغض هذه القواعد الدولية فيما لو اتسمت بطابع الامر .

ومن جهة اخرى فسر بعض المحكمين اختيار متعاقدين لقانون دولة معينة هو استكمال لنقص موجود في الاعراف والعادات وهو ما انتهى الى تطبيق الجامع لكل من القانون الداخلي المختار وقانون تجارة في نفس الوقت .⁽²⁾

وعلى عكس ذلك فقد اكد البعض من وجود عقود الدولية ذات طابع المركب والتي لم تسايرها التشريعات الداخلية مما يستلزم الرجوع الى العادات والاعراف التجارية التي نظمتها وهي بذلك قد استكملت النقص الموجود في القانون الوطني الذي اختارته المتعاقدين وهو ما يفيد الى ان قواعد قانون التجارة هي ذات سريان ذاتي، وهذا لا يتعارض مع الفكرة التطبيق المباشر لاحكام القانون التجاري الدولي لكون غالبية احكامه ذات طابع تفسيري او ممكما تسمح بالاتفاق على ما يخالفها .

و يميل المحكمين من الناحية الواقعية الى تدويل العقد محل النزاع واخضاعه مباشرة للاعراف الدولية والمبادئ العامة دون تقييد بنصوص القوانين الداخلية ، الا ما تصف منها بالطابع الامر في الدولة التنفيذ حكم التحكيم ، او فيما تمسك المتعاقدون بنصوص القانون الداخلي لرغبتهم في استبعاد الاعراف الدولية . اذ يؤكد "عبد كريم سلامة" ان المحكمين يشعرون في الواقع العملي بضرورة تطبيق

¹ انظر :- الحكم محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 1929 في قضايا القروض بين صربيا والبرازيل

² انظر :- هشام علي صادق " المرجع السابق" ص 269

الاحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولية بوصفه القانون الطبيعي لمثل العلاقة العقدية المطروحة عليهم بصرف النظر عن ارادة المتعاقدين في هذا الصدد (1)

ومن هنا يمكن القول ان اعتداد المحكمين بالقانون الداخلي لا يحول بينهم وبين التطبيق المباشر لقواعد القانون التجاري الدولي ، ذلك ان قانون الارادة الذي تشير اختصاصه قواعد الاسناد الاحتياطية الى استكمال النقص الموجود في قواعد القانون التجاري

وفي حالة التعارض احكامه مع احكام القانون الوطني هو في نهاية الامر اتفاق تسمح به قواعد هذا القانون ذات الطابع المكمل ، مما يجيز القول بان المحكمين قد اخذوا باحكام القانون المختار او غيرها من الشروط التعاقدية المخالفة للقواعد العرفية الدولية المفسرة لارادة الاطراف.(2)

الفرع الثالث : علاقة التكاملية بين منهج التنازع ومنهج المباشر

قد يضطر المحكم الى تطبيق قوانين داخلية لدولة ما لسد النقص الموجود في القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية ، هذا الامر يثير التساؤل حو طبيعة العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية وبين منهج التنازع ؟

إذ يرى جانب من الفقه أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تنافسية، بحيث أن ظهور منهج القواعد المادية قد ارتبط بعدم ملائمة منهج قواعد التنازع لحكم عقود التجارة الدولية، و مقتضى علاقة التنافس هذه هي أن وجود المنهجين يستتبعه استبعاد الآخر، و في ذلك يقول بعض الشراح أن "النظامين لهما من البداية قابلية متساوية للتطبيق، و تلك الملاحظة تبصر بأنه يوجد نظامين قانونيين متنافسين"(3)، و يرى جانب آخر من الفقه على عكس الاتجاه السابق، أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور أو تعايش و ليست علاقة عداء أو منافسة، فالتنافس يقتضي التكافؤ ، و هو ما حمل البعض إلى رفض التطرق و الحديث عن تنازع المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر، مؤكداً أن الأمر في حقيقته لا يعدو أن يكون تكاملاً بين المناهج في إطار هذا الفرع من فروع القانون(4) و سنتطرق فيما يلي بالتعليل إلى وجهة نظر كل طائفة من الفقه، سواء التي ترى في العلاقة بين المنهجين علاقة عداء أو تنافس، أ وتلك التي ترى فيها علاقة تعايش و تكامل.

أولاً - علاقة التناظر أو التنافس:

يري جانب من الفقه ان العلاقة بين المنهجين هي علاقة تنافسية ، اذ ينحصر دور منهج التنازع على التوزيع الاختصاص التشريعي بين مختلف الانظمة القانونية دون اعطاء الحلول الموضوعية للنزاع ، في حين تلعب القواعد الموضوعية دورا في تقديم حلول مباشرة للنزاعات التجارية الدولية وهو الامر الذي ادى الى تقليص دور منهج التنازع .

¹ انظر :- هشام علي صادق " المرجع السابق ص275

² انظر :- محمد محود ياقوت " مدي حرية المتعاقدين في اختيار القانون العقد الدولي " ص 328

³ انظر :- أحمد عبد الكريم سلامة ، " القانون الدولي الخاص "، ص635

687 ص "، المرجع السابق " صادق علي انظر :- هشام⁴

وترجع اسباب التناظر بين هذين المنهجين إلى الاختلافات الجوهرية بينهما، من حيث كيفية تنظيمهما للعلاقات الدولية الخاصة للأفراد و من حيث نطاق تطبيقهما ، و من حيث دور القاضي في أعمال كل منهما ففيما يتعلق بكيفية تنظيمهما للعلاقات الدولية الخاصة للأفراد بصفة عامة و عقود التجارة الدولية بصفة خاصة ، فإن منهج قاعدة التنازع ينهض بذلك التنظيم بطريق غير مباشر وذلك عن طريق ارشاد القاضي الى القانون الذي تستمد منه ذلك التنظيم بواسطة ضابط الاسناد مجرد لا يحدد قانونا معيناً بذاته. أما منهج القواعد الموضوعية فهي تتكفل بنفسه باعطاء ذلك التنظيم بتطبيق القاضي او محكم للقواعد المادية للتجارة الدولية على منازعات هذه الاخيرة مباشرة وعلى هديها يفصل فيها .

اما من حيث نطاق تطبيق فان القواعد الموضوعية تجد ضالته بصفة أساسية في نطاق نوع معين من الروابط و العلاقات الدولية الخاصة، التي تتركز في الأصل في العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية، لتستجيب بذلك على نحو أفضل إلى التوجهات الدولية الخاصة بالروابط التي يحكمها القانون الدولي الخاص. (1)

و هذا عكس ما هو الحال في منهج قاعدة التنازع ، كونه يغطي كافة الروابط الخاصة الدولية كمسائل الأسرة و العقود الدولية و المسؤولية المدنية... إلخ، و هو ما دفع بأنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن في انحصار منهج القواعد المادية و اقتصره على نوع معين من العلاقات الدولية ما يظهر قصوره و عدم كماله(2)

و إذا توقفنا عند دور القضاء في أعمال قواعد كل من المنهجين المتنافسين ، فنجد أنه من المتعذر الإدراك أن منهج قاعدة التنازع هو منهج قضائي ، لأن إعماله يقتضي رفع دعوى قضائية استناداً إلى الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، عندئذ يمكن الرجوع إلى هذا المنهج من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق ، هذا عكس منهج القواعد المادية الذي لا ينحصر إعماله في حالات الخلاف و المنازعات بين أطراف التجارة الدولية، بل يمكن الإستعانة به في المراحل الأولى لنشأة روابط تلك التجارة، كما هو الشأن بالنسبة للعقود النموذجية و الشروط العامة و العادات و الأعراف المهنية، و التي تساعد جميعها في حسن إبرام الاتفاقيات الدولية، فتطبيق هذه القواعد يفترض معرفة القاضي بصفة مسبقة بمضمون هذه القواعد و أهدافها، و كذلك نتائج تطبيقها على النزاع المطروح عليه(3) و هي على هذا النحو تساعد إلى حد ما من فرصة وقوع النزاع، فعن طريقها يمكن أن يعرف مقدماً كل طرف حقوقه و التزاماته.

و بذلك يثبت أن القواعد المادية دولية القلب و القالب، و هذا لملائمتها للروابط العقدية الدولية، فهي مخلوقة من أجلها و تحل مباشرة مشاكلها، بخلاف قاعدة التنازع التي تعتبر وطنية المنشأ

1 انظر : - محمد بلاق " قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولي" ص 122

2 انظر:- أحمد عبد الكريم سلامة " المرجع السابق " ص 634

3 انظر: - هشام علي صادق " القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية "، ص 696

موضوعها الوحيد هو تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الدولية، الأمر الذي قد يؤدي إلى تقليص دور منهج التنازع.

و قد كان من شأن الاختلافات السابق ذكرها، أن أدت إلى وضع كل من منهج قاعدة التنازع و منهج القواعد المادية في حالة تجاذب أو تنافر أو على الأقل في وضعية تنافسية، و هذا بحجة أن المنهج الأخير يضيق الخناق على المنهج الأول، و يظهر في نفس الوقت مثالبه و عدم ملائمته لحاجات العلاقات الخاصة الدولية و يضعه في أزمة لا يستطيع تجاوزها⁽¹⁾، و بهذه المثابة لا يتم اللجوء إلى منهج قاعدة التنازع إلا في الحالة التي لا يجد فيها القاضي حلا للمسألة المطروحة من خلال القواعد المادية ذات التطبيق المباشر، إذ أن هذه الأخيرة هي الأصل بينما لا تلعب قواعد التنازع إلا دورا احتياطيا لا تبدوا أهميته إلا عند عدم وجود قاعدة مباشرة تقبل الإنطباق.

و هذا هو ما يجد صداه عند الرأي الذي يؤكد أن إعمال قواعد التنازع التقليدية مشروط بعدم وجود قاعدة مادية تتصدى للتنظيم المباشر للمسألة المطروحة، بقولهم أن "قواعد التنازع هي الأداة الاستثنائية المتبعة لحل مشكلة التنازع في إطار الروابط الخاصة الدولية"⁽²⁾

ثانيا - علاقة التعايش و التكامل:

يرى جانب من الفقه على عكس الاتجاه السابق ان العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور او تعايش وليس عداء او منافسة ، خاصة و ان ادخال منهج القواعد الموضوعية في منافسة مع منهج قواعد الاسناد من شأنه ان يؤدي الى نتائج غير عادلة بالنظر لانعدام التكافؤ بين المنهجين ، حيث ان منهج الاول هو منهج غير كامل بعجز في وضعه الراهن عن التصدي لتنظيم العقود الخاصة الدولية بمفرده ذلك ان هذا المنهج لم يصل بعد الى تشكيل نظام قانوني متكامل لانه مازال في بداياته الاولى فلا غرو من الاستعانة بقواعد التنازع ولو بصفة جزئية حتى ان الفقيه **BATIFFOL** اقر بان تطبيق القواعد المادية لا يؤدي نادرا الى استبعاد لجوء القاعدة التنازع⁽³⁾

ذك ان الإختلاف و التناقض بين المناهج المتبعة لحل مشاكل التجارة الدولية، ينبغي أن لا ينظر إليه على أساس أنه يشكل أمرا سلبيا، إنما يمكن اعتباره ظاهرة صحية تساعد في البت فيما يعترض عقود هذه التجارة من عوائق، زد على ذلك أن الاختلاف قد ينبه إلى مسائل جديدة تتطلب إضافات تفرض نفسها في الواقع العملي للعلاقات الاقتصادية الدولية، و لذلك فعقود التجارة الدولية بحاجة إلى تكافل بين مناهج قانونية تنير سبيلها عند توظيفها في العلاقات التعاقدية، و خصوصا أثناء مواجهة القلائل و الأزمات، و في هذا السياق تمر عقود التجارة الدولية اليوم بمرحلة خاصة⁽⁴⁾، تتطلب من

¹ انظر: -أحمد عبد الكريم سلامة" المرجع السابق " ص635

² انظر :- هشام علي صادق " القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية " ص693

³ انظر:- محمد محود ياقوت " مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون العقد الدولي " ص337

⁴ لقد أصبحت العقود عامة و عقود التجارة الدولية خاصة يتم التعاقد فيها بصور مختلفة و باستعمال أجهزة حديثة متطورة تواكب ما توصل إليه الفكر العلمي حتى الآن، فظهر على إثرها ما يسمى بعقود التجارة الالكترونية التي ترجع في كثير من قواعدها إلى عقود التجارة الدولية باعتبارها الأصل، و هو ما من شأنه أن يحقق السرعة التي تتطلبها معاملات التجارة الدولية

القائمين على هذه التجارة – الذين يظنون اللاعب الهام و المسيطر الدائم -مجهودا خاصا، و ذلك حفاظا أو تعزيزا للموقع الذي تحتله في سلم العلاقات التجارية الدولية، فالتكامل أو التعايش بين المنهجين يطرح التعاون الدولي كبديل يستهدف تحقيق الأمن القانوني و المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة ، لما لهذا التعاون من أثر على التكامل بين المنهجين بالشكل الذي قد يسمح بتحويلات اقتصادية و قانونية تدفع بالعلاقات الدولية نحو التقدم و الازدهار.

و من ناحية أخرى يظهر أن هناك توزيع و لو ضمني للاختصاص بين المنهجين، و بالتالي يبدوا منطقيا القول أن منهج القواعد المادية تصبح له الأولوية في التطبيق على منهج التنازع، وذلك إنما ينبع من حتمية أن القواعد المادية تعد أكثر ملائمة لطبيعة المعاملات التجارية الدولية ، وهو ما يجسده قضاء التحكيم على وجه خاص، بحيث لا يتقيد بقاعدة تنازع معينة لأن هدفه الأسمى هو تحرير التجارة الدولية من رقبة القوانين الداخلية.

على هذا النحو فمنهج القواعد الموضوعية لا يطبق وحده مستاثرا بحكم كافة عناصر النزاع بل هو يطلب المساندة من منهج التنازع.

وقد دعى جانب من الفقه الدولي منه الفقيه الفرنسي **JEAN MICHEL JAC QUAT**

الى تبني ما اسماه بقواعد التنازع الموجهة القائمة في تركيبها وبنائها على مزيج من قاعدة التنازع وقاعدة المادية وبذلك تنشأ قاعدة تنازع مرتدية ثوبا جديدا مكرسة بذلك التكامل بين منهجين⁽¹⁾ وإذا ان التوجيه نحو اخراج منطوق قاعدة الاسناد من الفكر التقليدي الذي يشير الى تطبيق داخلي لدولة معينة وفتح مجال لقبول فكر اكثر انفتاحا يقبل بتطبيق قواعد الموضوعية، على ان تجاور المنهجين يثير التساؤل عن المنهج الذي له الاولوية في التطبيق على المنهج الاخر ؟

اذ يرى جانب من الفقه ان اولوية في تطبيق تعود الى منهج التنازع من منطلق انه الاصل في حل المشاكل الاقتصادية الدولية حتى وان كان مطروحا على قضاء التحكيم ، وان دور منهج قواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية يجب ان يقتصر على تكملة النقص الذي لحق قواعد القانون الداخلي .

اما الراي الثاني فيرى ان اولوية في تطبيق تعود الى قواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية امام قضاء التحكيم ، غير ان هذا لا يقلل من اهمية منهج التنازع وضرورته الى جانب منهج القواعد الموضوعية خاصة وان محكم قد يطبق قانون دولة ما في المسائل التي لم تتضمن القواعد الموضوعية في قانون التجاري الدولي حلولا لها وفي هذا النحو لا يتدخل منهج التنازع امام المحكمين الا باعتباره منهجا احتياطيا يتصدى لتكملة النقص الموجود في قانون التجارة الدولية⁽²⁾

¹ انظر :- محمد بلاق " قواعد التنازع وقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية " ص 124

² انظر :- محمد محمود ياقوت " مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون العقد الدولي " ص 340

وقد اخذت بهذا المنهج اتفاقية الاوربية للتحكم التجاري الدولي في المادة 01/7 " يكون الاطراف احرار في تحديد القانون الذي يجب ان يطبقه المحكمون على موضوع النزاع وفي حالة انعدام الاتفاق تحديد هذا القانون يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يقررون ملائمتها للنزاع وفي الحالتين السابقتين يراعي المحكمون شروط وعادات التجارة " كما اخذت به المادة 01/13 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس 1975 وفي المادة 01/33 من قانون التحكيم الذي اعدته لجنة القانون التجاري التابعة للامم المتحدة في نفس العام

و لعل خير شاهد على بقاء الحاجة إلى المنهجين معا، ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، بأن " يكون الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع، و في حالة انعدام الاتفاق على تحديد هذا القانون يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يقررون ملائمتها للنزاع، و في الحالتين السابقتين يراعي المحكمون شروط و عادات التجارة"، و قد تكرر استلزام تطبيق العادات و الأعراف التجارية في جميع الأحوال من قبل المحكمين، و أيا كان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، كما هو الحال في المادة 13 فقرة 01 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1975 م، و في المادة 33 فقرة 01 من قانون التحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة في نفس العام.

و فيما يتعلق بموقف التشريعات الوطنية من هذه المسألة، فهناك القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1987 م، الذي يمثل نموذجا واضحا للجمع بين قواعد التنازع و القواعد المادية في شأن تقرير صحة الإتفاق التحكيمي⁽¹⁾، حيث رأى البعض في شأن هذا النص أنه يتضمن قاعدة إسناد ذات مضمون مادي، لأنها تسمح للقاضي السويسري المعروف عليه مسألة الفصل في صحة إتفاق التحكيم بالتطبيق المباشر للقواعد المادية في قانونه.

كما تقرر المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على أنه " يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، و في حالة تخلف هذا الاختيار فوفقا للقواعد التي يقرر أنه من الملائم أعمالها، و يراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية " و بذلك نخلص إلى أن منهج القواعد الموضوعية قد اقتطع حيزا مهما من مجال هيمنة منهج قاعدة التنازع، رغم ما ذهب إليه البعض من أن منهج القواعد المادية لا يظهر عيوب منهج قاعدة التنازع بقدر ما يظهر مثالب القوانين و الأنظمة الوضعية، على أساس أن مكن المرض ليس تلك القاعدة و إنما القوانين الوطنية في حد ذاتها(2).

¹ حيث نصت المادة 187 فقرة 02 على أن " إتفاق التحكيم يكون صحيحا من الناحية الموضوعية إذا كان متفقا مع الشروط التي يتطلبها إما القانون الذي اختاره الأطراف، أو القانون الذي يحكم النزاع، لاسيما القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو القانون السويسري "

انظر :- محمد بلاق" المرجع السابق ص 126²

الخاتمة:

في نهاية بحثنا لموضوع دور قضاء التحكيم في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية نخلص الى عدة نتائج :

▪ ان ظاهرة القواعد عبر الدولية في العصر الحديث ، والتي تشتهر في الفقه الغربي بالمصطلح الاتني **lex mercatoria** وفي الفقه العربي بقانون التجار الدولي ترتبط بطبيعتها بالتحكيم في المنازعات الاقتصادية الدولية ، حيث اصبح هذا التحكيم القاضي الطبيعي للمنازعات التجارة الدولية، ومصطلح التحكيم التجاري الدولي يشير بداية الى التحكيم بوصفه " النظام الذي بموجبه ، يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين او عدة اطراف ، ممارسا لمهمة قضائية عهدت اليه عن طريق هؤلاء الاطراف " ولاشك ان القواعد عبر الدولية اصبحت تشكل على مسرح قضاء ذلك التحكيم " القانون الطبيعي " لتلك المنازعة .

▪ ان التحكيم التجاري الدولي نظام قانوني تمتزج فيه ارادة الاطراف مع ارادة الدولة ، فان الواقع يشير الى ازدهار ارادة ارفراد على حساب ارادة الدولة ، وبالتالي تمتع مبدأ سلطان الإرادة بدور العنصر الاساسي في المزيج الذي يتكون منه التحكيم ، وهو ما انعكس على حرية الاطراف في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد الدولي في حالة نشوز نزاع امام التحكيم التجاري الدولي

▪ للإرادة الدور الحاسم في تحديد القانون كمبدأ أساسي في مادة العقد الدولي و خاصة التجاري، فالإرادة تعتبر صاحبة الحق الأصلي الذي يمكن للمتعاقدين على أساسه ممارسة حقهم في الاختيار لكن الأطراف ليسوا الوحيدين الذين يتمتعون بهذا الحق بل هناك طرف آخر يؤدي في المرتبة الثانية منح له الاختصاص في هذا الشأن و لو بطريقة احتياطية، فرغم ذلك إلا أنه يبقى له الحق في الاختيار، حيث يمكنه اختيار القانون المطبق كبديل على صمت المتعاقدين عن تحديده بطريقة صريحة أو ضمنية، و هذا الشخص هو بطبيعة الحال قاضي الموضوع.

و لم يتوقف تدخل قاضي الموضوع عند هذا الحد بل لوحظ أن هناك تقييد لإرادة المتعاقدين فرغم تكريس الفقه، و القضاء الدولي و تبعته في ذلك التشريعات الحديثة مبدأ حرية الاختيار، إلا أنه لم تترك لإرادة مطلق الحرية، كما كانت تتمتع بها في بداية الأمر، فأصبح القاضي يتدخل حتى في الحالات التي يختار فيها المتعاقدان القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

و يظهر ذلك جليا عندما يقوم القاضي باستبعاد القانون المختار عندما لا تتوفر فيه بعض الشروط، بحيث تفرض على المتعاقدين عند اختيار شروط لازمة التوفر للأخذ باختيارهم، و التي من أهمها:

1- وجود صلة بين القانون الذي يختاره المتعاقدان لحكم العلاقة العقدية و العقد في حد ذاته، أو المتعاقدين.

2- ان لا يخالف النظام العام عبر الدولي

فلقد أثبتت الدراسات الحديثة التي أجريت حول هذا الموضوع أنه يمكن للقاضي أن يتجاوز حدود الحق الممنوح له احتياطياً، ليصبح له الحق حتى مع وجود الإسناد الأصلي في جعل العلاقة العقدية خاضعة لقانون معين تتوفر فيه الشرط السابق إذا انعدمت في اختيار المتعاقدين، و ذلك من أجل منع " وجود عقد بدون قانون يحكمه" ، نظرا للأهمية التي يكتسبها تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي لذلك يقوم هو بهذا الاختيار، و ليس معنى هذا أن تجاهل القاضي بالضرورة للاختيار المتعاقدين للقانون المطبق، بل يبقى لهم الحق الأصلي في اختيار القانون الملائم سواء قام بذلك بصفة صريحة أو ضمنية إذا توفرت في العقد صفة الدولية بديل أن حريتهم قد تصل إلى درجة اختيار أكثر من قانون واحد لحكم العلاقة العقدية. لكن في الحالة التي يسكت عن الاختيار يتولى القاضي البحث عن القانون على ان يكون هذا القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية الذي قد يتم تحديده بأحد الأسلوبين في المجال الدولي، سواء باستعمال ضوابط عامة توجد في كامل العقود أو ضوابط أخرى يستند فيها القاضي لظروف ملائمتها التعاقد المتغيرة من عقد إلى آخر، و هذا الأسلوب الثاني أصبح معمولاً به في قضاء القانون الدولي الخاص حديثاً. وفي حالة عدم الكشف عن الإرادة الصريحة أو الضمنية يتولى المحكم تحديد القانون وذلك بمزج معيارين على الأقل من معايير احتياطية كمحل التنفيذ، ودولة مقر التحكيم، والجنسية المشتركة الخ

و بالنسبة للمشرع الجزائري ، فلقد اعتمد من خلال نص المادة 18 ق م على ثلاث معايير يجب احترامها كما هي واردة في نص المادة وهذه المعايير هي

■ لقد كشفت الدراسات الحديثة ان النظم الوطنية قاصرة في بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، وذلك راجع إلى اختلاف الحلول في القوانين الوطنية لحكم الحالة الواحدة، وما يترتب عن ذلك من قلق في مجال التجارة الدولية مما يعيقها في تحقيق غاياتها لدى المتعاملين فيها، فلا عجب إذن أن نشهد هجوماً واسعاً على قواعد التنازع التي وقفت عاجزة عن مواجهة مشكلات و متطلبات التجارة الدولية الحديثة، حيث أنه يؤدي إلى تطبيق أحد القوانين الداخلية التي لا تستطيع أن تواكب التطور الهائل الذي لحق بالمعاملات الخاصة الدولية التي اعترضتها أوضاع مستحدثة لا تجد الحلول المناسبة في مثل هذه القواعد الداخلية. إضافة إلى تظافر عدة عوامل أخرى منها التطور الهائل في عالم الاتصالات وهيمنة الشركات عبر الدولية على الاقتصاد الدولي. وقد أدى هذا الوضع إلى البحث عن حلول أكثر مرونة واستجابة لمتطلبات التجارة الدولية

تأخذ في الاعتبار خصوصيات المعاملات الدولية، والتي وجدت ضالتها في منهج القواعد الموضوعية للقانون التجاري ، هذه الأخيرة تؤدي دوراً فاعلاً في تنظيم العلاقات بين المتعاملين في الوسط التجاري الدولي، لذلك رأت الدول أن من مصلحتها التصالح معها والاعتراف بوجودها سواء في نصوص التشريعات وأحكام القضاء أو في الاتفاقيات الدولية.

- يؤكد جانب كبير من الفقه على أن القواعد القانونية التي نشأت بعيدة عن سلطان الدولة والتي تحكم العلاقات الاقتصادية هي ظاهرة قد فرضت نفسها في ظل المعطيات الاقتصادية الحديثة. وبالتالي فلا بد من خضوع عقود التجارة الدولية لنظام قانوني مستقل عن كل الأنظمة القانونية ، مما يعني أن إخضاعها لأحد تلك الأنظمة سيهدد ذاتيتها طالما أن القوانين الوطنية وضعت أساسا لمواجهة العلاقات الداخلية ، لا تقدر على تقديم حلول ملائمة لهذا النوع من العقود، وأمام قصور وعجز وعدم ملائمة كل من القوانين الوطنية والقانون الدولي العام لحكم هذه العقود، كان لزاما البحث عن نظام قانوني آخر مستقل عن النظامين السابقين ليتولى تنظيمها وحلّ النزاعات الناشئة بين أطراف ، وذلك على نحو يحقق التوازن بينها، وبدون الإضرار بمصالح أي طرف. لهذا اتجه الفقه الحديث إلى التأكيد على أنّ النظام القانوني الذي يتعين إخضاع عقود التجارة الدولية هو نظام عبر دولي لا تنتمي قواعده لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي، ويعد مصدره في الأعراف التجارية والمبادئ العامة عبر الدولية بوصفها الأكثر ملائمة واستجابة لمتطلبات العلاقات عبر الدولية، وهذا الحل هو الوحيد الذي بإمكانه تجسيد وتأكيد الاستقرار واليقين في المعاملات الدولية العابرة للحدود، لأنه يمثل الإطار الطبيعي لها. وهو ما يسمى بقواعد عبر الدولية
- وفي ظل التطورات التي يشهدها التحكيم التجاري الدولي في شأن حرية الأطراف وسلطة المحكم في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق ، ظهرت الحاجة الى تحديد اطار مشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية بالاستناد الى اتفاق الأطراف أو سلطة المحكم وهو ما تطلب تحديد ماهيته تلك القواعد . وقد عرفت بانها "قواعد سلوك عامة ومجردة والتي يشعر مجتمع الأعمال عبر الدولية بالزامها بالاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام.
- وتتمثل خصائص القواعد الموضوعية للقواعد عبر الدولية المتميزة من حيث كونها قواعد قانونية نوعية مباشرة في مضمونها ودولية عالمية في أغلبها وسهلة ملائمة وواقعية في حلولها، حيث تحقق الأمان القانوني وتوقعات الأطراف على الصعيد الدولي وتعطي حكم القانون بصورة أكيدة سلفا، وتحقق بالتالي العلم المسبق للقاضي وأطراف العلاقة، مما جعلها تشكل منهاجا مستقلا ومتفوقا له دوره في القانون الدولي الخاص المعاصر، أسهمت المصادر إسهاما كبيرا في تشييد صرح منهج القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي ، و تعاضد دور الفقه واهتمامه بدراسة هذه القواعد وإثرائها وتيسير السبيل أمام القضاء والمشرعين في إرساء هذه القواعد.
- ان قواعد قانون التجاري الدولي هي قواعد قانونية تتمتع بخاصية العمومية والتجريد وان القول بانها قواعد جاءت لخدمة مصالح الأقوياء اقتصاديا، هو اعتبار يجانب الصواب، ذلك أنّ تطبيقها ليس دوما في خدمة مصالح الكبار ، وهذا ما أثبتت العديد من الدراسات و قرارات التحكيم الذي يؤكد على أنها جاءت فقط لتستجيب لمصالح التجارة الدولية ولتحقيق عدالة موضوعية بين أطراف العلاقة العقدية ذات الطابع الدولي ، وذلك بغض النظر عن مراكزهم الاقتصادية لهؤلاء وجنسياتهم

- ورغم ما قيل بشأن القواعد المادية من عيوب إلا أنها لم تساوي شيئا بالمقارنة مع ما حققته لعقود التجارة الدولية من أمن واستقرار، الأمر الذي كرس قواعد قانونية دولية مشتركة صالحة لبناء أسس نظام قانوني مستقل للعقود والمعاملات التجارية الدولية، وهو ما نلمسه من خلال الرجوع لما يسمى بقانون التجارة الدولية، الذي يعد أكثر ملائمة وأكثر مرونة وانسجاما مع واقع التطبيق الدولي، أو من خلال الرجوع للقواعد الإتفاقية الدولية التي تتكون في غالبيتها من قواعد مادية تؤدي إلى تدويل قواعد العقد التجاري الدولي
- يقوم القضاء التحكيم على تركيز المنازعة في القواعد القانونية أكثر ارتباطا بالنزاع ، مالم تكن غير ملائمة ، فعندئذ تطبق القواعد القانونية المرتبطة والتي يعد تطبيقها ملائما ، وان جرى في الواقع تركيز النظام المحكم للمنازعة الاقتصادية للنظام القانوني عبر الدولي بشكل دائم علي الرغم من ارتباطها بصفة عامة بذلك النظام ، فأحيانا فقد يكون أحيانا القانون الداخلي أكثر ارتباطا ، وأحيانا يكون تطبيق القواعد عبر الدولية غير ملائم ،
- يتمتع المحكم بحرية تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق وليس مجرد القانون الواجب التطبيق ، وهو ما يتيح تطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية سواء بصفة استثنائية او تطبيقا جامعا مع القواعد القانونية الوطنية .
- ان تركيز المنازعة في النظام القانوني عبر الدولي يؤدي في معظم الحالات الى اعمال المباشر ، إلا ان هذا لا يحول دون استناد المحكم على منهج التنازع وتطبيق القانون الأكثر ملائمة لها متى رأى بان ذلك تحقيقا للمصالح التجارة الدولية وهذا ما يثبت أن العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية و منهج قواعد التنازع هي علاقة تعايش وتعاون، بحيث يصبح دور هذا الأخير دورا ثانويا أو احتياطيا في غالب الأحيان، وعلى هذا النحو يبدوا منهج التنازع في القانون الدولي الخاص المعاصر منهجا أصيلا من حيث اتساع نطاق أعماله واحتياطيا من حيث كيفية الأعمال ، فهو منهج أصيل لكونه ينطوي على كافة حلول التنازع المتصورة في شأن مجموع المشاكل التي تثيرها الروابط الخاصة الدولية، وهو في نفس الوقت منهج احتياطي لكون اللجوء إليه ينحصر مع ذلك في الفروض التي لا يجد فيها القاضي تنظيما مباشرا للمسألة المطروحة.في القواعد عبر الدولية
- وإذا كانت الرابطة العقدية العابرة للحدود تخضع في الأصل للقانون الذي اتفق عليه الأطراف بمقتضى منهج التنازع، إلا أنه يتعين على المحكم مراعاة أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية للقانون العقد وكذا القانون دولة تنفيذ العقد ، وذلك لضمان تمتع قرار التحكيم بفاعلية التنفيذ
- وفي الأخير فلا بد من الإشارة إلى أن المتغيرات الاقتصادية العالمية التي نعيش في كنفها هي أمر واقع يقتضي مشاركة الجميع في آلياتها سواء تعلق الأمر بدول متقدمة أو نامية، وعليه فلا بد من المساهمة في النظام القانوني عبر الدولي ونظام التحكيم التجاري الدولي بدلا من معاداتهما، وهذا من

شأنه مساعدة الدول على خلق قواعد قانونية من خلال ممارستها، وهي قواعد لن يتخلف قضاء التحكيم عن أعمالها متى ثبت اتصافها بالقيمة المعيارية وملائمتها لحكم النزاع.

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر

اولا : الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية لاهاي 1955 بشأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية والمنشورة على الموقع <http://www.acri.org.il/ar/?protestright>
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 من أجل الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المنضم إليها بتحفظ بموجب المرسوم رئاسي رقم 88-233 مؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن المصادقة على اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1988، ج.ر. عدد 48 لسنة 1988.
- اتفاقية جنيف المؤرخة في 21 أبريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والمنشورة على الموقع [/http://www.capital-law-firm-me.com](http://www.capital-law-firm-me.com)
- اتفاقية روما الموقع في 19/06/1980 و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمنشورة على الموقع : <http://www.unidroit.org>

ثانيا : النصوص القانونية

- قانون رقم 10/05 المعدل والمتمم لأمر 58/75 الموافق ل20 جوان 2005 ، المتضمن لقانون المدني ، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005
- القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 م، الجريدة الرسمية، عدد 21 ، لسنة 2008

قائمة المراجع

العامة : اولاً - الكتب

- ابراهيم رضوان الجببير، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 .
- احمد عبد الكريم سلامة " قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى، 2001
- -أحمد عبد الحميد عشوش- تنازع مناهج تنازع القوانين ، مؤسسة شهاب الجامعية، الاسكندرية 2003
- مقارنة، دراسة الاستثمار مجال في المنازعات لفض كوسيلة - التحكيم
- 1990 طبعة الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة،

- أسامة الحواري القواعد التي يطبقها المحكم على موضوعات الدولية الخاصة" دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، طبعة 2009.
- اشرف الرفاعي " التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية 2006
- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر ج 01 ، 2001
- التحويي، محمود السيد عمر :الطبيعة القانونية لنظام التحكيم بدون طبعة الاسكندرية دار المطبوعات الجامعية2003
- حازم البيلاوي " نظام الاقتصادي الدولي المعاصر "سلسلة كتب ثقافية شهرية بصدورها المجلس الوطني للثقافة والاداب والفنون – الكويت ، السنة ماي 2000
- حفيظة السيد حداد - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي " منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، طبعة 2007 .
- الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الاول في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003
- جابر إبراهيم جابر، أحكام تنازع القوانين في القانون المصري، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، 1980.
- خالد خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002،
- خالد مدوح ابراهيم " التحكيم التجاري في عقود التجارة الالكترونية "دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، طبعة 2008
- ر هيجوت: العولمة و الأقلمة سلسلة محاضرات الإمارات (25) مركز، الدراسات و البحوث الإستراتيجية أبو ظبي 1998
- سامي بديع منصور و عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص" ، مكتبة القانونية ، دار الجامعية

- سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ط 01، 2004.
- سهيل حسين الفتلاوي، التنظيم الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص179
- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية و تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ط 2008 ،
- عبد الناصر نزار العبادي: منظمة التجارة العالمية و اقتصاد الدول النامية الدار الجامعية القاهرة 1999
- عبده جميل غصوب ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ط 2009،
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 1993 ،
- عليوش كمال قريوع ' التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005
- غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار وائل ، عمان ،الأردن ، ط 04السنة 2005،
- قدري محمد محمود "التحكيم في ضوء الشريعة الاسلامية "دار الصميعة لنشر والتوزيع ، سعودية طبعة 2009،
- لزه بن سعيد - التحكيم التجاري الدولي " دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر ، طبعة 2012 ،
- محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ط 012006،
- ممدوح عبدالكريم حافظ : القانون الدولي الخاص وفقاً للقانونين العراقي والمقارن ، ط2، مطبعة دار الحكومة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1977،

- منير عبد المجيد " اسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي " بدون ناشر ، 2005 ،
- منير عبد المجيد " التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم،" منشأة المعارف، 1997،
- مهند احمد الصانوري " دور المحكم في الخصومة التحكيم الولي الخاص " ، دار الثقافة لنشر والتوزيع عمان طبعة 2005 ،
- هشام خالد ' جدوي اللجوء الى التحكيم التجاري ادولي ' منشأة توزيع المعارف الاسكندرية طبعة ، 2005.
- هشام على صادق - " تنازع القوانين ، دراسة مقارنة علي المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1993 ،
- هشام على صادق مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية ، الفنية للنشر ، الإسكندرية ، 1987،
- كمال ابراهيم ، التحكيم التجاري الدولي دار الفكر العربي القاهرة ط1 ، 1991

ثانيا - المراجع خاصة

- إبراهيم أحمد خليفة، النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية " دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006 ،
- إبراهيم العيسوي: " ألغات و أخواتها مذكرة الدراسات العربية بيروت 1995
- أبو العلا على أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، مصر، ط0 1 ، 1998 .
- أحمد سامي ربحان، الانترنت، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999،
- احمد سعيد الزقرد " أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية –البيع الدولي للبضائع- المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، 2007،"
- احمد عبد الكريم سلامة " - نظرية العقد الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "، دار النهضة العربية ، طبعة 1989

- القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني - السياحي البيئي ، ط 1

، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر

● أسامة المجذوب" الجات مصر، و البلدان العربية من هافانا إلى مراكش الطبعة الأولى، الدار
المعربة اللبنانية، القاهرة 1996

● إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،
2008،

● باسم محمد صالح- القانون التجاري القسم الأول- المكتبة القانونية- بغداد - 2006

الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية ، طبعة 2005

● جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة،
الإسكندرية، 2003

● صالح المنزلاوي " القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية دار الجامعة الجديدة ،
الإسكندرية ، 2006،

● صفوت أحمد عبد الحميد، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار
المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2005 ،

● عبد الحميد عبد المطلب: الجات و آليات منظمة التجارة الدولية الدار الجامعية عين الشمس
2003

● عصام الدين القصبي " النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي
الإتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة 1993

● عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية ،
الاسكندرية ، 1994،

● على محمد محاسنة "تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية دار حامد لنشر والتوزيع ،
عمان ، الاردن ، 2013 ،

- عمر سعد الله - "قانون التجارة الدولية" دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، طبعة 2009 ،
- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002،
- لزهرة بن سعيد " النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية " دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، جزائر ، ط 2012 ،
- محمد ابراهيم موسى - انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2007
- التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية " دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ، طبعة 2005
- محمد محسوب درويش، قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995،
- نادر محمد ابراهيم " مركز القواعد عبر الدولية "دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، طبعة 2002،
- هاني محمود حمزة : "النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي" ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ، 2008
- هشام على صادق "القانون واجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية " دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط 1 ، 2001 ،
- وفاء مزيد فلحوط " المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الي الدول النامية " منشورات الحلبي الحقوقية ، حلب ، الطبعة الاولى ، سنة 2008 ،

ثالثا - الرسائل الجامعية :

- أحمد مخلوف، اتفاق تحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ،رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2000،

- رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006،
- حشماوي محمد "الاتجاهات الجديدة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية"، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية جامعة الجزائر ، -كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، السنة 2006،
- خالد شويرب" القانون واجب التطبيق على العقد الدولي التجاري " رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، كلية الحقوق ، 2008-2009
- رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات " رسالة الدكتوراه ، جامعة منصوره 2006،
- عدلي محمد عبد الكريم "النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية" رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة ابي بكر بلقايد كاية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسان ، السنة الجامعية 2010-2011،

ثالثا - المذكرات

- أشجان فيصل شكري داود "الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به" مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، كلية دراسات العليا ، فلسطين ، السنة 2008 .
- الهام عزام وحيد الخراز التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة النجاح الوطنية، لكلية الدراسات العليا في نابلس، فلسطين 2009م
- أمجد فهد الملحم" التحكيم التجاري الدولي دراسة تحليلية لقوانين التحكيم وتأثيرها في دولة الإمارات العربية المتحدة أطروحة لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي ، قسم إدارة الأعمال إدارة التفاوض والنزاعات ، سنة 2010
- بلقواس سناء "الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الادارية " مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون اداري وادارة عامة ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، السنة الجامعية 2009-2010 ،
- بهاء علي الدين هلال، قانون التجار الدولي الجديد، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1993،

- بوديسة كريم " التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية " مذكرة لنيل شهادة ماجستير قانون عام ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتزي وزو ، السنة الجامعية 2012،
- جارد محمد ' دور الارادة في التحكيم التجاري الدولي " مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الدولي الخاص ، جامعة ابي بكر بلقايد- تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، سنة 200-2010 ،
- حمو حمود الصانع المسؤولية المدنية للمحكم "مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص جامعة الشرق الاوسط كلية الحقوق ، السنة 2012
- خليل بوصنوبرة "القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا لقانون الجزائري" مذكرة لنيل شهادة ماجستير جامعة منتور ، كلية الحقوق بقسنطينة السنة الجامعية 2007-2008
- عيسى بادي سالم الطراولية" دور المحكم في الخصومة التحكيمية " مذكرة لنيل شهادة ماجستير جامعة الشرق الاوسط ، سنة 2011 ،
- فريد عيادي " سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001 ،
- محمد بلاق "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولي " مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، جامعة ابي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2010-2011،
- محمد بواط" التحكيم في حل النزاعات الدولية "مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، قانون العام لجامعة حسيبة بن بوعلی كلية العلوم القانونية والادارية شلف السنة الجامعية 2007-2008 ،
- مراد محمود المواجدة " التحكيم في عقود ذات الطابع الدولي " مذكرة لنيل شهادة ماجستير في جامعة القاهرة – مصر ، السنة 2010م
- والي نادية " التحكيم كضمانة للاستثمار في ظل الاتفاقيات العربية والمتعددة الاطراف "مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة أحمد بوقرة كلية الحقوق و العلوم التجارية، بومرداس ، السنة الجامعية 2006 ،

رابعاً- البحوث والدراسات :

- أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، جامعة عين شمس، يوليو، 2002،
- احمد عبد الكريم - تحرير التجارة العالمية وآثاره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد 19 جامعة منصوره، 1996
- احمد قسنت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروي ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1 و 2، يناير، يوليو، 1981،
- بلمامي عمر، نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي سطيف، ع 05، الجزائر، 2007،
- جاسم زكريا، احمد عبد العزيز، فراس عبد الجليل الطحانا "العولمة الاقتصادية وتأثيراتها على الدول العربية" مجلة الإدارة والاقتصاد العدد السادس والثمانون السنة 2011
- نوري منير " معوقات مسايرة العولمة الاقتصادية للدول العربية " مجلة اقتصاديات شمال افريقيا - العدد الاول
- زياد محمد فالح بشابشه، أحمد الحراكي، عماد قطان " دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني - دراسة مقارنة" مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات - العدد الثلاثون - ج 1 - حزيران 2013
- طيب زروتي : مناهج تنازع في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية - جامعة الجزائر -، الجزء 36
- عمر مشهور حديثة الجازي " التحكيم في منازعات عقود الاستثمار " مجلة نقابة المحامين العددان التاسع والعاشر وأيلول وتشرين أول 2010
- فؤاد ديب المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية" مقالة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية -المجلد - 24 العدد الثاني 2008 -

- فوزي قدور نعيمة مظفر جابر الراوي النظام القانوني لمعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية المجلد / 3 العدد 2/ السنة 2010.

- هشام خالد الاتجاهات الحديثة في نظرية الإحالة، مجلة المحاماة المصرية سنة ليناير و فبراير 1992 العدد 2

- هشام خالد : عقود الدولية الخاصة، مجلة المحاماة المصرية 1991 السنة 71 ، العددان 1 و 2

خامسا - المؤتمرات والبحوث العلمية

- رشا على الدين " سلطة المحكم في اعادة التوازن العقد – دراسة في ظل ازمة المالية الراهنة المؤتمر السنوى الثالث عشر لجامعة منصوره ، كلية الحقوق ، من 1-2 افريل 2009
- عليان بوزيان، نسبية الحرية الاقتصادية وأثرها على التنظيم التشريعي في الجزائر – فكرة النظام العام الاقتصادي- بحث مقدم للملتقى الوطني حول الاستقرار التشريعي والتنظيمي ضمان للاستثمار ودعم لمناخ الأعمال في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة معسكر، يومي 21 و 22 أفريل . 2009

الفهرس:

إهداء

تشكر

مقدمة

أ- د

1 مفهوم التحكيم

المبحث تمهيدي:

1 تعريف التحكيم

المطلب الأول :

2 التعريف اللغوي

الفرع الأول:

4-2 التعريف الاصطلاحي

الفرع الثاني:

4 الطبيعة القانونية للتحكيم

الفرع الثاني:

4 اولاً : النظريات الأحادية

6-4 1 : الطبيعة التعاقدية

10-6 2 : الطبيعة القضائية

10 ثانياً : النظريات الثنائية

13-10 1 : الطبيعة المختلطة

13 2: الطبيعة المستقلة

14 تمييز التحكيم عما يشابهه

الفرع الثالث:

15-14 أولاً : التحكيم والصلح

17-15 ثانياً : التحكيم والوكالة

18-17 ثالثاً : التحكيم والخبرة

18 رابعاً : التحكيم والوساطة

19-18 خامساً : التحكيم والقضاء

20 خصائص التحكيم التجاري الدولي

المطلب الثاني:

22-20 التحكيم التجاري الدولي نظام مختص بالفصل في المنازعات

الفرع الأول:

التجارية.....

22 التحكيم التجاري الدولي نظام قائم علي الاتفاق الأطراف.....

الفرع الثاني:

22 التحكيم التجاري الدولي نظام قضاء خاص.....

الفرع الثالث:

22 دوافع اللجوء إلي التحكيم التجاري الدولي.....

المطلب الثالث:

23-22 دوافع اللجوء إلي التحكيم في عقود الدولة

الفرع الأول :

23 أ : دوافع الطرف الأجنبي " المستثمر " في الإصرار علي التحكيم

24-23	1:انعدام الثقة لدي المتعاقد مع الدولة خشية مساس الدولة بحياد قضائها .	
25-24	2: خوف المستثمر من تمسك الدولة بحصانتها القضائية.....	
25	ب- دوافع الدولة المتعاقدة.....	
25	دوافع اللجوء في العلاقات التجارية الدولية المعتادة.....	الفرع الثاني:
26	اولا:السرعة.....	
27-26	ثانيا: السرية.....	
27	ثالثا: حرية الأطراف.....	
27	رابعا : الطبيعة المختلطة للعدالة.....	
28	القانون واجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية طبقا لمنهج التنازع.....	الفصل الأول :
29	مفهوم قاعدة التنازع	المبحث الأول:
30-29	تعريف بقاعدة التنازع	المطلب الأول:
31-30	شروط تطبيق قاعدة التنازع .	المطلب الثاني :
32-31	أن يتعلق الأمر بعلاقة خاصة.....	الفرع الاول :
33-32	اتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني.....	الفرع الثاني:
33	تباين القواعد القانونية المتصلة بعناصر العلاقة القانونية... ..	الفرع الثالث:
33	أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي.....	الفرع الرابع :
34	معايير التي يتبعها المحكم الدولي	المطلب الثالث:
35-34	إعمال قواعد الإسناد في القانون المختار.....	الفرع الاول :
36-35	إعمال قواعد الإسناد في دولة مقر التحكيم.....	الفرع الثاني:
36	إعمال قواعد الإسناد في دولة محل التنفيذ.....	الفرع الثالث:
37	إعمال قواعد الإسناد في قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.....	الفرع الرابع :
37	تطبيق قواعد التنازع لقانون جنسية المحكم	الفرع الخامس :
38-37	تطبيق قواعد التنازع الأنسب موضوعا لحكم النزاع	الفرع السادس :
38	مبدأ قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية.	المبحث الثاني:
38	مفهوم قاعدة قانون الإرادة	المطلب الاول :
42-38	التطور التاريخي لخضوع العقد لقانون الإرادة	الفرع الاول :
43	المقصود بقانون الإرادة	الفرع الثاني :

44-43	أ : المفهوم الضيق لقانون الإرادة.....	
44	ب: المفهوم الواسع لقانون الإرادة	
45-44	ج: الاتجاه المعتدل لمفهوم قانون الإرادة.....	
45	النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....	المطلب الثاني:
48-45	النظرية الشخصية	الفرع الثاني :
52-48	النظرية الموضوعية	الفرع الثاني :
53-52	نظرية ازدواج نظام العقد	الفرع الثالث
56-53	فكرة الأداء المميز في عقود التجارة الدولية.....	الفرع الرابع:
56	صور الاختيار	المطلب الثالث :
58-57	اختيار الصريح	الفرع الاول:
60-58	الاختيار الضمني	الفرع الثاني :
61-60	أ: الاتجاه الرافض للإرادة الضمنية الضمنية.....	
62-61	ب: الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية	
66-63	موقف المشرع الجزائي من الإرادة	الفرع الثالث:
66	النتائج المترتبة عن الأخذ بقانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية	المطلب الثالث :
68-66	رفض الإحالة	الفرع الاول:
71-69	اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار و العقد.....	الفرع الثاني
72-71	مدي حرية متعاقدين في اختيار قانون العقد.....	الفرع الثالث:
77-72	النظام العام عبر الدولي كفيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية.	الفرع الرابع:
78-77	أزمة منهج تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية	المبحث الثالث :
78	الأسباب العامة لميلاد أزمة منهج التنازع في عقود التجارة الدولية.	المطلب الأول
79-78	منهج التنازع منهج أعمى.....	الفرع الأول :
80-79	إتسام المنهج القائم على قواعد التنازع بالغموض والتعقيد.....	الفرع الثاني:
80	عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني.....	الفرع الثالث:
81-80	نتائج منهج التنازع تتعارض مع الفكرة الاجتماعية للقانون.....	الفرع الرابع:
81	العولمة الاقتصادية وأثرها على منهج التنازع	المطلب الثاني:

84-81 مفهوم العولمة الاقتصادية.	الفرع الأول:
84 العولمة الاقتصادية تتنافى ومنهج تنازع القوانين.	الفرع الثاني:
85-84	أولاً: ظاهرة الحدود السياسية أصل وجود القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين	
86-85 ثانياً: منهج التنازع القائم على ظاهرة الحدود السياسية يتنافى والعولمة الاقتصادية	
86 أزمة منهج التنازع في ظل تحرير التجارة العالمية.	المطلب الثالث:
87 مضمون ومبادئ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية.	الفرع الأول:
90-87 أولاً: مضمون اتفاقيات تحرير التجارة العالمية.	
92-90 ثانياً: المبادئ التي تقوم عليها اتفاقيات تحرير التجارة العالمية...	
94-92 ثالثاً: دور منظمة التجارة العالمية في تحرير التجارة على الصعيد العالمي	
94 تنامي دور القواعد ذات التطبيق الضروري في ظل اتفاقيات تحرير التجارة العالمية.	الفرع الثاني:
98-94 أولاً : مضمون القواعد ذات التطبيق الضروري ومعايير تحديدها	
99-98 ثانياً : تحرير التجارة الدولية وتزايد عدد القواعد ذات التطبيق الضروري	
103-100 أزمة منهج التنازع في ظل تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.	الفرع الثالث:
104 تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم ..	الفصل الثاني
104 ماهية قانون التجارة الدولية	المبحث الأول :
105 مفهوم قانون التجارة الدولية	المطلب الأول :
106-105 المشكلة الاصطلاحية للظاهرة الحديثة	الفرع الأول :
108-106 تعريف قانون التجارة الدولية	الفرع الثاني :
108 خصائص قانون التجارة الدولية	الفرع الثالث :
108 أولاً : قانون التجارة الدولية قانون تلقائي	
109-108 ثانياً : قانون التجارة الدولية قانون طائفي	
109 ثالثاً : قانون التجارة الدولية قانون موضوعي	
110-109 عولمة عقود التجارة الدولية	الفرع الرابع

113-110	أولاً: عدم ملائمة القواعد لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية	
115-113	ثانياً: إهدار التوازن العقدي	
116-115	ثالثاً: تجاوب التحكيم الدولي	
119-116	أساس تحرر عقود التجارة الدولية من حكم القوانين الداخلية أمام قضاء التحكيم	المطلب الثاني :
120	مصادر قانون التجارة الدولية	المطلب الثالث :
120	الأعراف والعادات التجارة الدولي	الفرع الأول :
122-120	أولاً: مفهوم الداخلي للعرف	
124-122	ثانياً: مفهوم عبر الدولي للعرف	
129-125	المبادئ العامة	الفرع الثاني :
132-129	قواعد العدالة	الفرع الثالث :
132	مدي تمتع قانون التجارة الدولية بالقيمة المعيارية التي تجيز اعتماده قانوناً للعقد	المبحث الثاني :
134-132	الموقف الفقهي من الطبيعة المعيارية لقواعد قانون التجارة الدولية ..	المطلب الأول :
138-134	الاتجاه المنكر للقيمة القانونية للقانون التجارة الدولية	الفرع الأول :
140-138	أولاً: تخلف الركن المعياري لنظام القانوني عبر الدولي	
141	ثانياً: تخلف الركن المؤسسي في النظام القانوني عبر الدولي ..	
148-141	الاعتراف بالطبيعة الوضعية لقانون التجارة الدولية	الفرع الثاني :
150-148	أولاً: استيفاء النظام القانوني عبر الدولي للركن القاعدي	
151-150	ثانياً: استيفاء النظام القانوني عبر الدولي للركن القاعدي	
151	موقف النظم القانونية الوطنية من طبيعة المعيارية للقانون التجارة الدولية	المطلب الثاني :
151	موقف النظام القانوني الفرنسي من طبيعة المعيارية لقواعد قانون التجارة الدولية	الفرع الأول :
152-151	أولاً: موقف التشريع الفرنسي	
154-153	ثانياً: موقف القضاء الفرنسي	
154	موقف النظام القانوني الانجليزي من طبيعة المعيارية لقواعد قانون التجارة الدولية	الفرع الثاني :
187-155	أولاً: مشروعية تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية قبل عام	

159-157	1987 ثانيا: مشروعية تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بعد عام	
160-158	1987 موقف النظام القانوني الجزائري من طبيعة المعيارية لقواعد قانون التجارة الدولية.....	الفرع الثالث :
160	قانون التجارة الدولية وقضاء التحكيم	المبحث الثالث :
162-160	دور قضاء التحكيم في خلق القواعد الموضوعية للقانون التجارة الدولية	المطلب الأول:
162	أساس تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجارة الدولية على المنازعات المطروحة أمام قضاء التحكيم	المطلب الثاني :
164-162	تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجارة الدولية من خلال منهج التنازع	الفرع الاول :
167-164	تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجارة الدولية من خلال منهج المباشر	الفرع الثاني :
167	علاقة التكاملية بين منهج التنازع ومنهج المباشر.....	الفرع الثالث :
169-167	أولا: علاقة تنافر أو تنافس.....	
172-169	ثانيا: علاقة تعايش وتكامل.....	
177-173	الخاتمة
186-178	قائمة المصادر والمراجع
197-192	الفهرس

