

المقدمة:

تمثل التجارة أهمية بالغة في حياة الشعوب، لهذا وجه إليها الإهتمام منذ القدم و حتى يومنا هذا، نظرا لما تلعبه من دور محوري و فعال في بناء الصرح الإقتصادي لهذه الشعوب و السير بها نحو التقدم و الرقي.

و إزاء هذه الأهمية لم تقتصر مباشرة تلك التجارة على حدود الدولة الواحدة و إنما إمتدت خارجها، و إتسع نطاقها ليشمل أكثر من دولة، و كان التجار دوما هم المحرك الأساسي في تطور هذه التجارة، فأخذوا يتطلعون إلى أسواق جديدة و منتجات متنوعة و خاضوا في سبيل ذلك مخاطر عدة بين أسفار طويلة و خطر التعامل بين أنواع و أجناس مختلفة، إلى أن إرتقت التجارة الدولية إلى أعلى سلم العلاقات الدولية، و ذلك بالنظر لإسهاماتها الكبيرة في زيادة النشاط الإقتصادي لدول العالم، و بالنظر لما تلعبه من دور أساسي و مؤثر في تقدير و تقييم مستوى و حجم التبادل في هذا المجال، كما كان لإزدياد أنواع المعاملات الدولية و إتساع حجمها الأثر الكبير في تنوع الوسائل القانونية و التنظيم المتنوع و المحكم من قبل هيئات متخصصة دولية و محلية.

و لقد أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، و تعد المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، لذا كان لها دور كبير و مهم في خدمة أهداف التنمية و التقدم، لمالها من تأثير كبير على المحيط الذي يتم تنفيذها فيه، فهي تلي أهدافا سياسية و إجتماعية و إقتصادية.

فمن حيث الأهداف السياسية فهي تعد أداة هامة للحكومات و الدول نحو تحقيق برامجها المختلفة في تعزيز الإنتاج و توفير الخدمات بالنسبة لمواطنيها، كما أنها وسيلة يتم من خلالها تطبيق النظريات السياسية التي تنتهجها هذه الحكومات، و من حيث الأهداف الإجتماعية فإن هدف عقود التجارة الدولية على المستهدفين منها واضح و غير مذكور، كونها ترفع من المستوى المعيشي للأفراد و تضمن لهم خدمات أفضل بصورة مواكبة للعصر، أما من حيث الأهداف الإقتصادية فتبادل السلع و الخدمات يؤدي إلى حركة دوران كبيرة لرؤوس الأموال الأمر الذي يحدث بسببه رواج إقتصادي و إرتفاع في مستوى دخل الأفراد، و نظرا للأهمية البالغة التي تلعبها التجارة الدولية في النمو الإقتصادي، فكان لا بد من البحث عن حلول

للمشاكل القانونية و المنازعات التي تثيرها، لذا أصبح الإهتمام بمحاولة البحث عن حل لمشاكلها القانونية يشغل بال الباحثين و المشرعين في مختلف الدول سواء على المستوى الوطني أو الدولي.

و كما ذكرنا سابقا فإن المنازعات التي تثور بشأن عقود التجارة الدولية تعد من أصعب المشاكل التي تحتاج إلى حلول قانونية، بالإضافة إلى ذلك فإن أهمية إختيار دراسة هذا

الموضوع نابعة من الأهمية العملية والعلمية لهذا الأخير و كذلك عدم وجود أسس واضحة و أنظمة متبعة في حل الخلافات التي تثور بصدد العقود التجارية التي يفصل فيها عن طريق القضاء أو التحكيم، لذا كان لابد من محاولة البحث في هذا الموضوع من أجل بيان الحلول التي أوجدها القضاء الوطني لحكم منازعات التجارة الدولية و كذا مقارنتها بما توصل اليه التحكيم من حلول لمشاكلها.

ومع ذلك فان دراسة منازعات التجارة الدولية بين القضاء الوطني و التحكيم التجاري الدولي لا تقتصر على مقارنة الحلول التي أوجدها كل منهما بشأنها، و إنما تهدف إلى الوصول إلى حلول مشتركة لتطبيقها على النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية.

و إنطلاقا مما تقدم يمكن صياغة و تحديد مشكلة بحثنا في السؤال التالي: ما هي الحلول التي أوجدها كل من القضاء الوطني و التحكيم التجاري الدولي بشأن منازعات التجارة الدولية؟ و ما هو القضاء الأنجع لحكم هذا النوع من المنازعات؟ وهل يعد القضاء الوطني بالفعل قيدا يحد من انسياب التجارة الدولية ويعرقل نموها ؟

و على الرغم من أن موضوع الدراسة قد حظي مؤخرا ببعض الإهتمام من لدن بعض الدراسات القانونية ذات الصلة، إلا أن الصعوبة تكمن في ندرة القرارات و الأحكام القضائية المتعلقة بمنازعات التجارة الدولية و كذا تنازع القوانين في القانون الجزائري، الأمر الذي أدى إلى الإعتماد على القرارات و الأحكام القضائية في القانون المصري والفرنسي.

بالإضافة أن كثيرا ما يتم حسم المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية عن طريق التحكيم التجاري الدولي بطريقة سرية كاملة، الأمر الذي يجعل من الصعب معرفة الأسباب التي تتأسس عليها قرارات التحكيم .

وابراز ا لاهداف هذه الدراسة قد تم انتهاج منهج مختلط بين الوصفي والتحليلي والمنهج المقارن وذلك بما يؤدي الى التحليل وربط الاسباب بالنتائج والمقارنة بين الانظمة .حيث تساعد هذه المقارنة في معرفة مزايا و عيوب كل نظام على حدى وكذا معرفة من هو الانجع في حكم منازعات التجارة الدولية.

وترتيباً على ما تقدم فان موجبات بلوغ اهداف هذا البحث اقتضت تقسيمه الى فصلين :

الفصل الاول :منازعات التجارة الدولية امام القضاء الوطني.

الفصل الثاني :منازعات التجارة الدولية امام التحكيم التجاري الدولي.

الفصل الاول :منازعات التجارة الدولية امام القضاء الوطني.

لقد أصبح لعقود التجارة الدولية في العصر الحديث دور كبير و مهم في خدمة أهداف التنمية و التقدم، لما لها من تأثير كبير على المحيط الذي يتم تنفيذها فيه، فهي تلبي أهدافا سياسية و اجتماعية و اقتصادية.

و تشير هذه العقود العديد من المنازعات التي تحتاج إلى حلول، إذ يعد القضاء الطريق الطبيعي لحل المنازعات ووسيلة إقرار العدل في المجتمع بين مختلف أفرادها، لأن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة و لا يمكن ممارسته إلا من قبل السلطة العامة في الدولة، و كذا بإعتباره أقدم وسيلة لحل المنازعات.

و من بين الصعوبات التي تواجه العقود التجارية الدولية و التي تشكل بدورها منازعة تجارية دولية، صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق حيث نجد أن القضاء أوجد حلول غير مستقرة و غير ثابتة و كذا غير مناسبة و لا تخدم مصالح المتعاملين الدوليين.

و إنطلاقاً من هذه النقطة، فما هو المنهج الذي إعتد به القضاء الوطني في معالجة الصعوبات التي تثور بشأن منازعات التجارة الدولية؟ و هل نجح القضاء الوطني في إيجاد الحلول المناسبة لهذه الصعوبات؟

و للإجابة على هذه الأسئلة تناولنا في هذا الفصل مبحثين، الأول تعرضنا فيه إلى إختصاص قانون الإرادة بحكم عقود التجارة الدولية وفقاً لمنهج التنازع، و المبحث الثاني تناولنا فيه عدم ملائمة منهج التنازع لحكم منازعات التجارة الدولية.

المبحث الأول: إختصاص قانون الإرادة بحكم عقود التجارة الدولية وفقاً لمنهج التنازع.

تعتبر قاعدة خضوع منازعات التجارة الدولية لقانون الإرادة من أهم و أقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرسيتها قواعد تنازع القوانين في جل الأنظمة القانونية، بما لا يخالف القواعد العامة لنظرية العقد، و اعمال التشريعات لهذا المبدأ يعني أنها لم تقم وزناً لمعاول الهدم التي قيل بها في حق مبدأ قانون الإرادة.

و لهذه القاعدة أهمية بالغة، فهي تمثل عصب المبادلات الدولية، و لها تطبيقات واسعة في مجال التجارة الدولية خصوصاً بعد تغير النظرة إليها، و من الإعتداد بها كغاية في حد ذاتها إلى إعتبارها وسيلة يستخدمها القانون كأساس للإلتزام بالعقود إستجابة لضرورات التعامل و إستقرار المعاملات¹ فالإرادة هي التي تولد الحق و هي التي تحدد آثاره.

و تاريخياً ترجع نشأة قاعدة قانون الإرادة إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي كانت تطبق على التصرفات بصفة عامة قانون مكان إبرامها شكلاً و موضوعاً، على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى إختيار هذا القانون أو ذلك وبنوه البعض من الفقه إلى أن الفقيه الفرنسي ديمولان قد إستمد قاعدة قانون الإرادة من الفقه الإيطالي، و بذلك جعل للإرادة

¹ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة

دورا في حل تنازع القوانين بشأن العقد، و إعتد بذلك مبدأ قانون الإرادة ضمن قواعد التنازع.

المطلب الأول: مضمون مبدأ قانون الإرادة وفقا لمنهج التنازع.

إن الإرادة في العمل القانوني الداخلي هي الأساس المكون لذلك العمل، و هي التي تحدد آثاره ضمن حدود القوانين الآمرة و النظام العام و الآداب العامة، أما على المستوى الدولي فيتم القانون الواجب التطبيق على المنازعات التجارة الدولية بالرجوع إلى إرادة الأطراف وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.

إن مبدأ قانون الإرادة هو فكرة فلسفية يقصد بها أن للفرد إرادة حرة بصفة مستقلة عن المجتمع، الذي يعيش فيه، فالإرادة هي أساس القانون و غايته، و مع تطور فكرة نظرية تنازع القوانين، لم يعد دور مبدأ قانون الإرادة يقتصر على الوظيفة التفسيرية بل أضحت تستخدم كمبدأ سابق يسمح بذاته، بحل تنازع القوانين في المنازعات التجارية الدولية بحيث تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة، أو ضمنا، أو الذي يحدده القاضي استخلاصا من ظروف الحال.

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى النظرية الشخصية و تأثيرها على دور الإرادة في الفرع الأول و كذا النظرية الموضوعية و تأثيرها على دور الإرادة في الإختيار في الفرع الثاني.

الفرع الأول: النظرية الشخصية و اثرها على دور الارادة في الاختيار.

ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر، و الذي يقوم على تقديس حرية الفرد بوصفها حقا طبيعيا و فطريا له ، فالفرد و حريته هي الغاية التي وجدت من اجلها الجماعة التي يعيش فيها وليس العكس ، فالجماعة وجدت من اجل الفرد ولم يوجد الفرد لاجل الجماعة² واذ تصبح ارادة الفرد هي روح القاعدة القانونية و جوهرها ، فتكون هذه الإرادة هي الوسيلة المثلى لتحقيق العدل في ظل تعاليم المذاهب الفردية، و من هنا استقر مبدأ سلطان الارادة في نطاق الروابط التعاقدية ، فأرادة المتعاقدين حرة و طليقة في ابرام العقد و تحديد شروطه.

نتيجة تقديس حية التعاقد وفقا لهذه الافكار، ان اصبح من حق المتعاقدين ان يضمنوا عقودهم ما شاؤوا من الشروط ، بل اصبح من حقهم في العقود الدولية ان يختاروا قانون الدولة الذي يرونه اكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لينظم الرابطة التعاقدية، و يترتب

² هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الازارطة ، الاسكندرية ، 2001، ص 122.

وفقا للنظرية الشخصية اندماج قانون الارادة في العقد الدولي ، وهذا الاندماج يترتب عليه إفلات العقد الدولي من سلطان القانون وهذا ما رفضه القضاء الداخلي منذ بدايات القرن العشرين بعد تردد لم يدم طويلا ، فقد استقر القضاء الحديث على ضرورة خضوع العقد الدولي للقانون الداخلي لدولة معينة عملا بقواعد تنازع القوانين .

فكما ذكرنا سابقا أن أنصار النظرية الشخصية، قد إعتبروا مبدأ سلطان الإرادة مبدأ مقدس و من ثم فإن ارادة المتعاقدين هي الشريعة الملزمة، و هي لا تحتاج في هذا الإلزام إلى قوة القانون، فالعقد ملزم في حد ذاته، و هو لا يستمد هذا الإلزام من القانون، و إنما من إرادة المتعاقدين و كل هذا يخص مبدأ سلطان الإرادة و عقود القانون الداخلي.

أما فيما يخص مبدأ قانون الإرادة و العقد الدولي و ما يترتب عليه من منازعات التجارة الدولية، فإذا كان العقد التجاري الدولي هو العقد الذي يتصل بحسب الأصل بأكثر من نظام قانون واحد³، فلقد استخلص أنصار النظرية الشخصية، التي تنتمي إلى تعاليم المذاهب الفردية، أنه قد أصبح على هذا النحو عقدا يفلت من أي تنظيم قانوني، و خلافا لما رأيناه بصدد عقود القانون الداخلي.

فالعقد المبرم بين فريسين مثلا، و يجري تنفيذه في فرنسا هو عقد من عقود القانون الداخلي يخضع لسلطان التشريع الفرنسي، و لا يستطيع أطرافه الإتفاق على ما يخالف النصوص الأمرة في هذا التشريع⁴.

أما العقد المبرم بين فرنسي و إنجليزي لتصدير بضاعة من فرنسا لإنجلترا فهو عقد تجاري دولي قد يثير مشكلة تنازع القوانين و ما يترتب عليها من توقع الاختيار بين كل من القانون الفرنسي و القانون الإنجليزي⁵.

فإن التنازع بين القانونين الفرنسي و الإنجليزي لحكم المنازعة الدولية وفقا لأنصار النظرية الشخصية يكشف عن حقيقة أن أي من هذين القانونين لا يدعي خضوع العقد لسلطانه، و هكذا يفلت العقد الدولي في نظر هذا الفقه من حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة، و بهذه المثابة أخرج أنصار المدرسة الشخصية العقود الدولية من دائرة التنازع، فهي عقود تفلت من تنازع القوانين و تزامها و لا تخضع على هذا النحو لغير سلطان الإرادة.

و بالتالي فعلى حسب ما ذكرنا ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من اختيار قانون دولة معينة لينطبق على العقد الدولي المبرم بينهم، مثل القانون الفرنسي أو القانون الإنجليزي في المثال

³ أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص128.

⁴ هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 129.

⁵ محمود محمد بقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000، ص 125.

السابق، على أن يظل مفهوماً أن هذا الاختيار لم يتم بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما يرتد الاختيار في حالتنا إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة⁶.

و هكذا تندمج أحكام القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين في العقد المبرم بينهم و تعامل على هذا النحو معاملة الشروط التعاقدية.

نتيجة لتقديس أنصار النظرية الشخصية فقد أدمجوا قانون الإرادة في العقد بوصفه مجرد شروط تعاقدية، فقد باركت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه نحو إخضاع العقد الدولي لمطلق سلطان الإرادة، هو ما يخول للمتعاقدين حق إختيار قانون معين يندمج في العقد و تنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية و ذلك في حكمها الشهير الصادر في 05 ديسمبر 1910، و الذي قررت فيه أن "القانون الواجب التطبيق على العقود... هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين"⁷ و بهذه المثابة أصبح القانون الذي إختارته إرادة المتعاقدين وفقاً لهذا الحكم جزءاً من العقد، لتندمج أحكامه على هذا النحو ضمن شروطه التعاقدية، و إندماج القانون المختار في العقد على هذا النحو يفترض بداهة أن تكون إرادة المتعاقدين في هذا الإختيار صريحة، أو في القليل يمكن إستخلاصها من ظروف الحال على نحو قاطع، أما لو لم تكن إرادتهم في هذا الشأن واضحة، فقد يصعب تصور الاندماج اد الفرض في هذه الحالة أن ينطبق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد الإحتياطية في قانون القاضي، أو القانون الذي يحدده القاضي بوصفه الأكثر إقتراباً من العلاقة العقدية.

و في هذه الحالة الأخيرة يتعذر القول بأننا بصدد قانون إختارته إرادة المتعاقدين و إنما نكون بصدد قانون عينه المشرع أو القاضي ليحكم الرابطة التعاقدية، فحسب أنصار النظرية الشخصية حتى يتصور إندماج القانون المختار في العقد لا بد أن يكون إختيار القانون صراحة أو ضمناً⁸.

و بالتالي فإن منطلق النظرية الشخصية يقوم على فكرة أساسية مؤداها أن إتصال العقد الدولي بأكثر من نظام قانوني داخلي يعني أنه لا يوجد قانون يملك الإدعاء بأنه صاحب الإختصاص بحكم العلاقة العقدية، مما يؤدي في النهاية إلى تحرير العقد من حكم القانون. و على هذا النحو أخرج الفقه المناصر للنظرية الشخصية عقود التجارة الدولية من دائرة التنازع لنخضع لمطلق سلطان الإرادة، و لهذا فإن إختيار المتعاقدين لقانون معين لتنظيم

⁶ Deby Gérard, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Thèse Paris, 1973, p 288.

⁷ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 130.

⁸ محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 126.

علاقتهم التعاقدية هو في حقيقة الأمر مجرد إختيار مادي لا يقوم على قاعدة من قواعد تنازع القوانين و إنما هو يستند إلى مطلق سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: النظرية الموضوعية و أثرها على دور الإرادة في الاختيار.

لقد أسس أنصار النظرية الموضوعية رأيهم على أساس أن الإرادة لا تقوى على تحرير العقد الدولي من حكم القانون⁹ على عكس أنصار النظرية الشخصية،

فالعقد الدولي يرتبط بالضرورة بوسط إجتماعي معين هو الوسط الذي تركز فيه عناصره الأساسية و تترتب فيه آثاره أو معظم هذه الآثار، و هو على هذا النحو يخضع بالضرورة للقانون السائد في هذا الوسط الاجتماعي¹⁰.

و إذا كان للإرادة حرية الإختيار بالنسبة لقانون العقد في حالة إتسامه بالصفة الدولية، فإن هذه الحرية ليست طليقة، و إنما هي مقيدة بضرورة أن يقع الإختيار في القليل، على أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة العقدية.

إن إختيار قانون العقد لا يستند إلى سلطان الإرادة كما يدعي أنصار النظرية الشخصية في مطلقه، و إنما يستند كذلك إلى نصوص القانون التي سمحت للإرادة بهذا الإختيار.

و ذلك لأن الإرادة حسب أنصار النظرية الموضوعية هي قادرة على الإختيار لأن القانون هو الذي منحها القدرة على ذلك.

و يترتب وفقا لأنصار هذه النظرية أن حق الإرادة في الإختيار لا يعني قدرتها على إخراج العقد من دائرة القانون، فإذا نص المتعاقدون في إتفاقهم على أن هذا الإتفاق لا يخضع إلا لما يتضمنه من شروط عقدية، على سند من القول بأنها كافية في ذاتها لحكم الرابطة التعاقدية، فإن مثل هذا المسلك لا يمنع القاضي من إخضاع الرابطة للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد الإحتياطية التي يتعين إعمالها عند سكوت الإرادة عن إختيار قانون العقد، ذلك أن الإرادة لا تقوى على تحرير العقد من حكم القانون، و إنما ينحصر دورها في إختيار القانون الذي يخضع العقد لأحكامه¹¹.

وإذا افصح المتعاقدون عن رغبتهم في الإختيار المادي لقواعد قانون داخلي معين، كما هو الحال فيما لو أدرجوا في العقد شرط الثبات الزمني لهذا القانون، و هو ما يشير إلى

⁹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 347.

¹⁰ محمود محمد ياقوت، المرجع نفسه، ص 128.

¹¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 351.

رغبتهم في عدم الإعتداد بتعديلاته التشريعية اللاحقة على إبرام العقد فيما لو كان تنفيذه ممتداً، فإن جانب من أحكام القضاء الداخلي يميل إلى إخضاع أحكام القانون المختار في هذه الحالة، و قد أصبحت مجرد شروط تعاقدية، للقواعد الآمرة في قانون الدولة الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه عند سكوت الإرادة عن الإختيار التنازعي لقانون العقد¹² .

و بهذه المثابة إستجاب هذا الإتجاه إلى رغبة الأطراف في الإختيار المادي لقانون العقد دون أن يذعن مع ذلك إرادتهم في تحرير العقد من مطلق سلطان القانون، فسكوت المتعاقدين عن الإختيار التنازعي لقانون العقد يستوجب إسناد الرابطة العقدية مع ذلك للقانون المختص بمقتضى قواعد قانون التنازع الاحتياطية حتى يظل العقد دائماً خاضعاً لأحكام القانون و على هذا النحو فإن النظرية الموضوعية ترى أنه بالرغم من الاعتراف بحق الإرادة في الاختيار إلا أن هذا الحق خوله لها القانون و بالتالي فإن الإرادة لا تستطيع تحرير العقد التجاري الدولي من حكم القانون.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

أكد المشرع الجزائري على مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية و هو ما يظهر من خلال نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو بالعقد، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد"¹³ .

من خلال نص المادة 18 يلاحظ أن القانون الجزائري قد أكد على حق المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق و توسع في إسناد العلاقة العقدية حيث أخذ بقانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد متى إتسم هذا الأخير بطابع الدولية.

إلا أن ما يلاحظ على نص المادة 18 التي تضمنت ضابط الإسناد المتعلق بالعقود الدولية أنه جاء عاماً بحيث أقر حرية الأطراف في إختيار القانون المطبق دون أن يتولى تحديد أنواع هذا الإختيار على عكس المشرع المصري الذي أخذ بالإرادة الصريحة، و حتى الضمنية و هذا ما نص عليه في المادة 19 من القانون المدني المصري.

هشام علي صادق، المرجع نفسه ، ص 351-352. ¹²

¹³ المادة 18 من القانون رقم 10/ 05 المعدل و المتمم للأمر 58/75 الموافق لـ: 20 جوان 2005، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005.

و قد أخذ المشرع الجزائري بضوابط الإسناد الإحتياطية في حالة تخلف الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق، و بالتالي فعلى القاضي أعمال هذه الضوابط و التي تتمثل في قانون الموطن المشترك، قانون الجنسية المشتركة، قانون محل إبرام العقد و بالتالي فنكون أمام حالتين، الحالة الأولى في حالة إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق، و الحالة الثانية في حالة عدم إختيارهم للقانون الواجب التطبيق إلا أنه حسب نص المادة 18 فإن المشرع في كلتا الحالتين قد إشترط توافر الصلة الحقيقية بين القانون المختار وبين المتعاقدين أو العقد، فإن إختيارهم لقانون عديم الفعالية إذا لم تتوافر تلك الصلة، و هو ما يسمح للقاضي بتجاوز ذلك الإختيار ليتولى بنفسه مهمة البحث عن القانون الذي تتوافر فيه الصلة الواجبة، و نعتقد أن أخذ القانون المختار سيؤدي في حالات كثيرة إلى إخراج قاعدة التنازع عن مضمونها و هدفها، و من شأنه منح القاضي سلطة تقديرية واسعة تتيح له إمكانية إستبعاد ذلك القانون كل ما بدى له عدم وجود الصلة المطلوبة، حتى و إن كان إتفاق الأطراف قد جاء بحسن نية، و كل ذلك سيجعلنا في الأخير أمام قانون العقد و ليس أما قانون الإرادة.

و لعل هذا السبب الذي دفع بالعديد من الفقهاء إلى ضرورة التأكيد على إحترام إرادة المتعاقدين مع إستلزام صلة فنية بين العقد و القانون المختار، و ذلك تجنبنا لإهدار تلك الإرادة و إحلال إرادة القاضي محلها، على أن لهذا الأخير آلية قانونية تسمح له بالتدخل حتى ثبت أن هناك نية تهرب و غش نحو القانون الذي كان يتجنب تطبيقه على العقد أصلا، و ذلك في حالة وقوع كل أو معظم آثاره في نطاق ذلك القانون.

المطلب الثاني: كيفية إختيار قانون الإرادة.

من المتفق عليه دوليا خضوع منازعات التجارة الدولية للقانون الذي يختاره الأطراف، حيث يسري على التصرفات القانونية، و خاصة التعاقدية منها التي يبرمها أفراد القانون الذي تختاره إرادتهم، فعقود التجارة الدولية تأخذ الإرادة فيه نفس المظاهر الموجودة في العقود الداخلية، حيث يكون إختيار القانون الواجب التطبيق صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا.

الفرع الأول: الإختيار الصريح.

يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا كان المظهر الذي إتخذه، كلاما أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك، مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن الإرادة حسب المؤلف عند الناس، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام، و ذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة، و قد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية، في

شكل سند أو كتاب نشرة أو إعلان، موقعا عليها أو غير موقع، مكتوب باليد أو بالآلة الطابعة أو بأي طريقة أخرى¹⁴.

و يكون التعبير صريحا أيضا بالإشارة المتداولة عرفا، و يكون كذلك التعبير صريحا بإتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود و يقصد بذلك بالإختيار الصريح للإرادة في مجال عقود التجارة الدولية، هي الإرادة الحقيقية و المعلن عنها صراحة في العقد، كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم العقد، بقولهما أن العقد الذي يبرم بينهما محكوم بقانون دولة معينة، إذ يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يعتد بهذا القانون، مادام العقد يتصف بالصفة الدولية، بشرط أن يكون القانون المختار له صلة بالرابعة العقدية، فالعبرة في هذا الإختيار هو إعلان الإرادة.

و يعتبر إختيار القانون الواجب تطبقه على العقد التجاري في حال نشوء نزاع أحد الشروط الأساسية لنجاح العلاقة التجارية ذات الطابع الدولي، لأنها تعطي الأمان للمتعاقدين.

لذلك يرتاح المتعاقدان الدوليان، إذا قامت إرادتهما باختيار القانون المطبق على العقد و النص عليه في هذا الأخير صراحة، لأن تطبيق هذا القانون ناتج عن إرادتهما، مما يدل بدون أدنى شك أنه يخدم مصالحهما إضافة إلى أن الإختيار الصريح يعد دليلاً يقيني لا يدع مجالاً للشك¹⁵، لكن هناك شروط تقيّد الإختيار الصريح للمتعاقدين للقانون بحكم النزاع.

لكي يؤخذ بالإختيار الصريح للمتعاقدين في إختيار القانون المطبق و يجب توفر مجموعة من الشروط تتمثل في:

- **الشرط الأول:** وجود صلة بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين و لقد إنقسم الفقهاء حول مدى قبول بتقييده الإرادة الصريحة بوجود صلة بين القانون و العقد أو المتعاقدين، فجانب منهم رفض هذا الشرط، أما الفقه الغالب فيرى ضرورة إشتراط وجود صلة بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين.

و يقصد بالصلة هي العلاقة الموضوعية التي تربط بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين حيث يجب على الأطراف الإختيار من النظم القانونية التي كان للقاضي أن يختارها لو كان الحق في ذلك¹⁶.

¹⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 174.

¹⁵ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 27.

¹⁶ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 29.

و يستنتج أن للصلة وجهين، الأول وجود صلة بين القانون المختار و المتعاقدين كأن يختار المتعاقدان قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنهما، أما الوجه الثاني محل تنفيذ العقد، أو قانون موقع أعمال محل التعاقد، إلى غير ذلك من القوانين المتصلة بالعقد أو المتعاقدين.

و نحن نرى أن نطاق العقود الدولية ذاتها تكون حرية الأفراد في إختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية مقيدة بوجود صلة بين العقد أو المتعاقدين و القانون المختار، و تأتي هذه الصلة في حاجة التجارة و المعاملات الدولية، لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان لحكم عقدها قانون لا صلة له مطلق بهما، و لا بعقدتهما، دون أن يكون من وراء ذلك قصد، و هو التهرب من القانون الواجب التطبيق.

و لقد شاع في التجارة الدولية إخضاع العقد لقانون تكون له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين ذلك لأنه ينبغي أن يترك للإرادة حرية إختيار مطلق للقانون، و إنما لقانون له صلة حقيقية و جدية، إذ لا يكفي أن يصبح المتعاقدان بأتهما أبرما العقد في دولة أجنبية لكي تتوافر الصلة بين ذلك و قانون تلك الدولة.

الشرط الثاني: و هو العلم بالقانون المختار، نحن نعلم أنه يمكن إيجاد حل موحد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، و يشترط معرفتهما بالقانون المختار ليتفادى المتعاقدان قانون لا يعرفان **فحواه**، و هذا الشرط ما هو الا نتيجة للشرط الأول لأن الأطراف عندما يختاروا صراحة القانون الذي له صلة بالعقد يبحثان فيما إذا كان هذا القانون يخدم مصالحهما.

و بذلك فإن إرادة الأطراف الصريحة تلعب دورا أساسيا، في تحديد القانون الذي يحكم منازعات التجارة الدولية.

الفرع الثاني: الإختيار الضمني

و يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذي إتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، و لكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك كان يتصرف شخص في شيء ليس له و لكن عرض عليه أن يشتريه¹⁷ و هذا هو مفهوم الإرادة الضمنية بوجه عام في القانون المدني.

أما في مجال منازعات التجارة الدولية، فقد جرى العمل على خضوع العقد التجاري الدولي لقانون الإرادة، و لا صعوبة في الأمر إذا إختار المتعاقدان صراحة و بصفة واضحة القانون الذي يحكم عقدهما، حيث يتعين على المحكمة المختصة أن تحسم المنازعة وفقا للقانون الذي

¹⁷ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 175.

إختره الأطراف، أما إذا لم يحدد المتعاقدان صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد، و في هذه الحالة يتعين على القاضي المعني، أن يتصدى للكشف عن إرادتهما الضمنية في هذا الصدد مسترشداً في ذلك لمحتوى العقد في حد ذاته إضافة إلى ظروف و ملابسات التعاقد، و هذا ما أقرته المحكمة الفيدرالية في سويسرا في قرارها الصادر في 31 أوت 1953¹⁸ إضافة إلى ما أقرته محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في 21 فيفري 1975، و بذلك ففكرة الإختيار الضمني لا تدفعنا إلى الإعتقاد أن الإرادة غير موجودة لكن غير معن عنها، و تظهر مهمة القاضي جلية في إستنتاج هذا الإختيار عن طريق تفسير العقد و بالتالي يمكنه تحديد إنصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون دولة معينة حتى و لو لم يتفق الأطراف صراحة على هذا القانون لأنهم يضعون بعض البنود في عقدهم تحدد بطريقة غير مباشرة هذا القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.

و يقتضي أن لا يترك للقاضي حرية مطلقة في الرجوع إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين إختيار قانون العقد، و إنما عليه تحديد إختيار هذا مع توفر شرط أساسي و هو صلة بين القانون الذي إختاره الأطراف ضمناً و العقد أو المتعاقدان، حيث لا يمكن للقاضي أن يستنتج من الإرادة الضمنية للأطراف قانون دولة لا يمت بأي صلة بالعقد أو المتعاقدين، و يساعده في ذلك جملة من القرائن، و هذه القرائن قد تكون مرتبطة بشخص المتعاقد كالجنسية المشتركة للأطراف أو إقامة الأطراف إضافة إلى قرائن شكلية في العقد ككتابة العقد المعني بلغة معينة أو إدماج بعض المصطلحات القانونية التي تنتمي لنظام قانوني معين.

و كان المحامي الفرنسي، الألماني الأصل "فوليكس" الذي أخرج عام 1843 أول مؤلف متكامل في القانون الدولي الخاص¹⁹، قد رفض إعمال أي قانون آخر قد تختاره إرادة المتعاقدين صراحة، مفضلاً على هذا النحو إعلاء ما سماه بالإرادة الضمنية على الإرادة الصريحة للمتعاقدين، فالإرادة، و لو كانت صريحة، لا تملك إلا الخضوع للقانون الواجب التطبيق أصلاً.

و قد حاول الفقيه "باتيفول" فرض نظريته بإدخال فكرة تركيز العقد بحيث أقر أن الأطراف المتعاقدة هي التي تركز العقد، و القاضي يتولى إستنتاج تركيز العقد و ليس إستنتاج الإرادة الضمنية للأطراف.

¹⁸ Jean Dabin, le contrat économique international, Stabilité et évolution ; travaux des journées d'études Juridiques, 1975, P 23.

¹⁹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 28.

لقد أعطى العديد من الفقهاء أهمية كبيرة للإرادة الضمنية و منهم كما ذكرنا سابقا الفقيه "فوليكس" الذي إعتبر دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، و إعتبر الإرادة الصريحة إستثناء للإرادة الضمنية. الفرع الثالث: حالة السكوت عن الإختيار.

إذا لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الدولية على إختيار القانون الذي يحكم المنازعات الناشئة عن عقودهم صراحة، و تعذر في الوقت نفسه إستخلاص إرادتهم الضمنية، فنكون هنا في هذه الحالة أمام حالة السكوت عن الإختيار، و هذه الحالة في منازعات التجارة الدولية لا تصلح أن تكون مدعاة للإمتناع عن الفصل في النزاع من طرف القاضي و إلا وقع تحت طائلة العقاب المقرر عن جريمة إنكار العدالة، و إنما يجب عليه أن يجتهد للوصول إلى الحل الأنسب رغم الصعوبة التي يثيرها تحديد هذا القانون.

و قد ذهب القضاء الفرنسي بادئ الأمر إلى التستر وراء فكرة الإرادة المفترضة لتحديد القانون الواجب التطبيق، و الذي يكون إما لاختلاف الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة أو الغياب الكلي للإرادة، سواء لعدم تنبيه الأطراف لذلك أو لعدم توقع حدوث النزاع أثناء إبرام العقد²⁰، بل أن الأطراف مهما إحتاطوا لذلك أثناء مرحلة الإبرام فإنه لن يتيسر لهم وضع أو تصور كل الحلول للمشاكل التي قد تطرأ مستقبلا.

و بالتالي فالقاضي في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا، و يقيمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية ذاتها أو من ظروف و ملابسات الحال، و هو إذ يقوم بذلك عن طريق إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة و معلومة سلفا للمتعاقدين كمحل إبرام العقد أو الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من طبيعة العقد و من أهمها ضابط الأداء المميز للعقد²¹.

و عليه سنحاول التعرض إلى الضوابط العامة التي من المفروض أن تتوفر في كثير من عقود التجارة الدولية إن لم نقل جميعها، نظرا للخصوصية الأساسية التي تتمتع بها كونها عبارة عن إسناد جامد محدد و غير قابل للتغيير بعد إبرام العقد التجاري الدولي، بالإضافة إلى ظهور فكرة الأداء المميز التي إتخذت كضابط إسناد قوامه أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه و يحدد خصائصه، و الذي يجعل من الرابطة العقدية في حد ذاتها محل إعتبار أساسي²².

أولا: الإسناد الجامد و التحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالعقد.

²⁰ KAHN Philippe, la vente commerciale internationale, Thèse Dijon, Siret 1961, P 251.

²¹ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 548.

²² عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الإسكندرية 1994، ص 63.

إستقر فقه القانون الدولي الخاص منذ القديم فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة التجارية التي تنشأ عن العقد التجاري الدولي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين، على إعتداد ضوابط ثابتة مرتبطة بإرادة الأطراف بوضعها إسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط عقدهم بقانون دولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنها المشترك.

و نجد أغلب التشريعات الوطنية قد تبنت هذا الإتجاه و أعطت موقفا حاسما و محددًا لهذه الحالة، و من بينها التشريع الجزائري الذي منح للقاضي الحق في تطبيق ضابطين للإسناد بمقتضى المادة 18 من القانون المدني الجزائري و هما:

* قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

* قانون مكان إبرام العقد.

و يستفاد من هذا النص أنه يحدد القانون الواجب التطبيق من ضمن القوانين التي لها صلة وثيقة بالرابعة العقدية، حيث أتى بضابطي إسناد إحتياطين و قرر الأخذ بهما على سبيل التدرج مستبعدا بذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية، و هو نفس التوجه الذي أخذ به القانون الإتفاقي مثلما تنص على ذلك صراحة إتفاقية روما²³، التي دخلت حيز التنفيذ في أفريل 1990م و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية²⁴، و التي تم إلغاؤها و تعويضها بإتفاقية جديدة سنة 2008 صادرة عن البرلمان الأوروبي.

- كما يلاحظ على نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري أن المشرع هو الذي تولى عملية الاسناد في معاملات التجارة الدولية، خاصة و أنها ضوابط إسناد إحتياطية أوردها المشرع كقرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في أعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، حتى و إن اختلف موقف القانون المقارن في ترتيبها حسب أهميتها.

إن الخاصية التي تميز هذا الإتجاه تحدد بالعلم المسبق للقانون الذي يحكم العقد في حالة غياب إختياره من قبل المتعاقدين، و بهذه المثابة يتحقق لهم الأمان المنشود و يصون توقعاتهم المشروعة من ناحية، و يكفل للتجارة الدولية الإستقرار من ناحية أخرى.

²³ تعد إتفاقية روما كما في الإجتهاادات القضائية السابقة لدخولها حيز التنفيذ من جهة الشروط و البراهين التي تعكس إرادة الأطراف، و من جهة أخرى بأدوات مادية تسمح بتحديد معيار خطورة العملية التعاقدية.

²⁴ يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 87 .

غير أن تحديد الضوابط الإحتياطية المذكورة أنفا بشكل مسبق، قد يترتب عنه أن تأتي هذه الضوابط غير متطابقة مع فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد بالنظر إلى المآخذ المتعددة التي طرحت بشأن هذا الإسناد الجامد، و من أهمها تجاهله للطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية.

و عليه سنتناول هذه الضوابط في النقاط الثلاثة التالية:

(1) إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

يدافع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول بأن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، و قد إعتادوا أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء إعمالهم لهذا الضابط لذلك فضل المشرع الجزائري تحويل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب قبل قانون الجنسية المشتركة و قبل قانون محل إبرام العقد، رغم أهمية و وزن هذين الأخيرين²⁵.

و الأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص و المكان برباط قانوني، و لهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله.

(2) إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

إختلفت معظم التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، كما إختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة، فإعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما إعتبرته أحكام أخرى دليلا على الإرادة الضمنية أو مركز الاعمال المشترك²⁶، فإسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد، و من الصعوبة بما كان التعديل عليه في مجال عقود التجارة الدولية، و ما تأكيد الفقه على أن الجنسية الأجنبية لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية إلا دليل ذلك تستعين العديد من التشريعات بضابط محل إبرام العقد لتعيين قانون العقد في حال إنتقاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المتعاقدة، و قد قيل في تأييد هذا الإسناد الجامد بأنه:

* إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية و جادة بين القانون و العقد.

* يكفل المتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل.

* يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد.

* يضمن وحده الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

²⁵ راجع المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

²⁶ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 333.

لكن رغم المزايا التي يتمتع بها هذا الإسناد إلا أنه لم يسلم من النقد، حيث قيل في شأنه:

/ أن إبرام العقد بناء على ظروف عارضة لا يكفي لإعتماد هذا الضابط في تحديد قانون العقد.

/ أنه يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني الذي ينشده الأطراف.

/ أن إختلاف النظم حول تحديد المكان الذي يعتمد به كمحل لإبرام العقد، قد يؤثر على تحديد قانون العقد²⁷.

ثانياً: إعتماد الإسناد المرن للرابطة العقدية الدولية.

يلجأ إلى هذا الحل في الحالة التي لم يختر فيها المتعاقدان القانون المختص، و لم يحدد فيها المشرع ضوابط جامدة، فيعمد القضاء إلى إستخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد طبيعته الذاتية، و هو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ضوء فكرة "الأداء المميز" على أنه يبقى للإسناد وفقاً لهذا المنهج المرن خاصيته الأصلية، من حيث كونه إسناداً مسبقاً لا يختلف من عقد لآخر من العقود ذات الطبيعة الواحدة، خاصة و أنه يقوم على إفتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء، ما يضمن إستقرار العلاقات التجارية الدولية و يصون توقعات الأطراف المشروعة²⁸.

(1) التركيز الموضوعي للرابطة العقدية:

يرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني الشهير سافيني²⁹، ثم تطورت فيما بعد على يد الفقيه الفرنسي "باتيفول"، و مؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية و التي يرجع فيها للقاضي في تعيين القانون المختص بناء على دور الإرادة في تحديد مقر العقد بإعتبارها عنصراً أساسياً في عملية التركيز، رغم أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، بدليل إمكانية إهمالها في الحالات التي لا تعبر فيها حقيقة عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه³⁰، لذلك يرى باتيفول بوجود التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد و أحداثه الخارجية في كل حالة على حدى، ذلك أن إرادة الأطراف لا تعين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري

²⁷ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 327.

²⁸ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 563.

²⁹ خالد عبد الفتاح، محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 126.

³⁰ زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، ط 02، 2008، ص 241.

الدولي، و إنما تركز على العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة العقدية و ظروف التعاقد.

و لتحقيق فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يمكن إعتناء ثلاثة وسائل على سبيل الإختيار و هي إما:

أ- إعتناء ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل الإبرام.

ب- إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق معتمدا في ذلك على ظروف و ملايسات العقد لربط العقد بنظام قانوني معين، و هو ما يعرف عند الفقهاء الأنجلو ساكسون بمنهج القانون الخاص للعقد³¹.

ج- إعتناء منهج وسط بإعتناء ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية.

2/ فكرة الأداء المميز في عقود التجارة الدولية:

يقوم هذا الضابط على فكرة مؤداها تنوع معاملة العقود و تحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للإلتزام الرئيسي فيه، إن فكرة الأداء المميز هي عبارة عن تركيز موضوعي بحث لا دور فيه للإرادة على الإطلاق، و لا حتى بوصفها عنصرا من عناصر التركيز، قوامها أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه و يحدد خصائصه، مشيدة بذلك التركيز بناء على عناصر مادية و موضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة العقدية محل الإعتناء، فإذا كان من المؤكد أن معظم العقود تتحدد بأداء أحد الأطراف، و هذا الأداء هو الذي يميز العملية التعاقدية بالنظر لوظيفتها الإقتصادية بينما لا يكون الأداء الآخر إلا بمقابل نقدي، فإنه يبدو عادلا و مقبولا و متوافقا مع إحترام توقعات الأطراف إخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد، و هو ما يجعل وسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل نظرية الأداء المميز أمرا ميسورا، بوصفها الوسيلة التي بمقتضاها يتم تعيين أكثر القوانين إتصالا بالعقد نظرا لبساطتها ووضوحها و حمايتها لتوقعات الأطراف³².

³¹ محمود مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، د. م. ج، الجزائر، 2006، ص 46.

³² عكاشة محمد العال، المرجع السابق، ص 62.

المبحث الثاني: مدى ملائمة منهج التنازع لحكم منازعات التجارة الدولية

تعد قواعد التنازع من الأدوات الفنية القديمة و التقليدية التي إستخدمتها القوانين المحلية لحل مشاكل القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية، و لا جدال في أن قواعد التنازع قد إعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى في فض المنازعات ذات العنصر الأجنبي ردحا من الزمن، و إستمر العمل بها و لازال في معظم دول العالم، و من ثم يعد هذا المنهج عالميا في ذيوعه و إنتشاره و إنطلاقا من هذه الفكرة فإلى أي حد قد ساهمت قواعد التنازع في حل منازعات التجارة الدولية؟ و هل نجحت في حل جميع المنازعات نظرا للطبيعة الخاصة للتجارة الدولية؟

المطلب الأول: عدم ملائمة منهج التنازع لحكم منازعات التجارة الدولية.

كما ذكرنا سابقا فقد كانت قواعد التنازع هي الوسيلة الوحيدة في فض المنازعات ذات العنصر الاجنبي، غير أن ظهور الدول بالمفهوم المعاصر ترتب عليه تطور في المذاهب الإقتصادية و السياسية، و إنعكس ذلك داخليا و دوليا حيث أدركت أنها لا تستطيع أن تعيش بمعزل عن غيرها، فنشطت حركة التجارة الدولية و المبادلات الإقتصادية.

و أمام هذا التطور لم يعد منهج التنازع قادرا على إستيعاب المتغيرات الدولية التي عرفها المجتمع الدولي، و الذي كان من نتائجه وضع آليات قانونية جديدة و صياغة جيل جديد من القواعد القانونية بغرض تحرير التجارة العالمية فكان لا بد أن ينعكس هذا التطور على القانون الدولي الخاص بإعتبار يكرس التجارة الدولية و الإستثمار الأجنبي و العلاقات ذات العنصر الأجنبي بشكل عام³³، فصار من المألوف بين الفقهاء القول بأن قاعدة التنازع ليست إلا منهجا من بين مناهج متعددة، أو هي طريقة من بين أخريات تحاول زحزحة هذه القاعدة عن عرشها و تكشف أسباب ملائمتها و تظهر مثال بها على نحو جعلها في أزمة حقيقية.

الفرع الأول: أزمة منهج التنازع

ثار خلاف محتدم حول الدور الذي يلعبه منهج التنازع في مجال تنظيم العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة و في منازعات التجارة الدولية بصفة خاصة، إذ تعد مشكلة تحديد هذا الدور مشكلة حديثة نسبيا، حيث لم يلفت النظر إليها منذ فترة ليست بالبعيدة، إذ لم تكن قبل ذلك منازعة في هيمنة منهج التنازع في تحقيق حلول للمشاكل التي تثيرها هذه المنازعات و في الآونة الأخيرة أصبح دور قواعد التنازع محل جدل، و تشكك البعض في افول نجمها على الرغم من الرسوخ الذي إكتسبته عبر السنين، فأصبح ينظر إليها على أنها الدواء المر إذ لا يتم اللجوء إلى هذه القواعد كحل مناسب، و إنما كحل ضروري للمشاكل و النزاعات الخاصة الناشئة عبر الدول³⁴، خاصة عندما نتعامل مع مفردات التجارة الدولية، فكثيرا ما تسيء فهمها و تقودها إلى حلول غريبة ليست الأفضل للأطراف، و هو ما أدى إلى عزوف المتعاملين في مجال التجارة الدولية عن اللجوء إلى قضائهم الطبيعي، الذي سيكون مضطرا لتطبيق قواعد التنازع التقليدية، و النجاة بمصالحهم إلى طريق التحكيم.

لقد أصبح منهج التنازع محل إستهدافات 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 منهج التنازع" مثل الفقيه الألماني "Kegel" و الفقيه

³³ بلمامي عمر، نظرة تأميلية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي، سطيف، الجزائر، 2007.
³⁴ إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 370.

"NEUHANS" و تبعهم الفقيه الألماني "FRANCESCAKIS" مدعما بالفقه المؤيد لما يسمى بقانون التجار³⁵ مستهدفين من وراء ذلك حرمان منهج التنازع من صدارته ووضعه في ذات مرتبة المناهج الأخرى التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية.

و مما لاشك فيه أن التطورات التي طرأت في قطاع التجارة الدولية و مدن قوانين الاستثمار بشكل يستجيب لرغبات المستثمر الأجنبي، و إبرام الاتفاقيات الخاصة و الاتفاق فيها صراحة على تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المزمع وقوعه دون المرور بقواعد التنازع، قد أفقد هذه الأخيرة دورها في حل المنازعات الدولية الخاصة.

الفرع الثاني: أسباب ميلاد منهج التنازع.

من أهم الأسباب التي زادت في عزلة قواعد التنازع هي مجموعة الإنتقادات الموجهة إليها و التي سنحاول التطرق إلى أهمها في النقاط التالية:

أولاً: العيب الخفي في منهج قاعدة التنازع.

تتميز قاعدة التنازع بمجموعة من الخصائص منها التجريد و الحيادية، هذه الأخيرة تقود إلى نتيجة مقتضاها أن القاضي لا يكون له أن يبحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المعروضة لعدم التصور من حيث المبدأ إستطاعته إختيار 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 ملاءمته للعلاقة محل النزاع، بالنظر إلى الصفة الملزمة لمنهج التنازع التي توجب إحترامه و تطبيقه، فلقد أثبت إستخدام هذا المنهج في كثير من الأنظمة القانونية و القضائية أن قواعده ليست سهلة الإستخدام، بل يكشف مسألة فنية أخرى تتمثل في أنه يجسد حلولاً داخلية لمسائل دولية بدليل وضعه أصلاً لحكم العلاقات الوطنية، فالأمر يتعلق هنا بنوع من إنعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية حتى وصل الأمر إلى القول بأن منهج التنازع قد أضحى زائفاً و أعمى، بل كذلك تحكيما بين يدي القاضي ذلك أن قاعدة التنازع هي قاعدة ميكانيكية أو آلية إن صح القول، حيث يتم إعمالها إذا توافرت الصفة الدولية في محل النزاع، أيا كان القانون الذي يقود إليه هذا الإعمال، و أيا كان جوهره و مضمون أحكامه.

ثانياً: إتسام المنهج القائم على قواعد التنازع بالغموض و التعقيد.

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 و

³⁵ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 10.

مصطلحات تستعصي على الفهم³⁶ و عليه أصبح ينظر إلى هذا المنهج على أنه يتسم بالشدّة و التعقيد، إذ يقوم على نظريات فقهية مبهمّة كنظرية المسألة الأولية و نظرية صراع النظم و نظرية تجزئة العقد، فطريقته ليست واضحة و متيقنة بشكل واضح لأن الطرف العادي لا يستطيع أن يتوقع حلا واضحا باستخدامها، فهو يبحث دائما عن بيئة آمنة و موثوق بها تمكنه من ممارسة صفقاته بأمان.

كذلك يعيب البعض الآخر على هذا المنهج 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 الإجتماعي الذي يحقق الهدف الذي سن من أجله، مما يؤدي في النهاية إلى مسخ هذا القانون.

ثالثا: عدم إمكانية توقع الحلول و إنعدام الأمن القانوني.

تعتبر قواعد التنازع قواعد غير مباشرة في حل تنازع القوانين، و بمعنى أدق فإن هذه القواعد لا تعطي حلا مباشرة للمسألة محل النزاع، و هذا لإعتمادها على الطابع الآلي في إختيار القانون الواجب التطبيق لتنتهي وظيفتها بارشاد القاضي إليه.

و قد 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 مصدرا لها أكثر من التشريع، ما يقودها إلى عدم المقدرة على التنبؤ بالحلول مما يؤدي إلى تحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكيمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة³⁷ لأنه عادة ما يتم تطبيق و تفعيل قواعد التنازع فقط بمعرفة المحاكم، و لذلك فهذه القواعد لا تساعد أبدا على القيام بدور وقائي للأطراف لمعرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في نزاع ما ذلك أنه غالبا ما يرغب التجار و الشركات في معرفة القانون الذي يمكن أن ينطبق على أعمالهم منعا للمفاجآت غير المستحبة، مع أن قواعد التنازع لا تساهم في خلق هذه البيئة المتطلبة³⁸، و بحكم سرعة الإيقاع في عقود التجارة الدولية فإن الأمر يتطلب نوعا من الأمن القانوني لتأثرها أكثر من غيرها من جراء اللجوء إلى قواعد التنازع لحل مشاكلها، خاصة في الفرض الذي يلجأ فيه القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة.

³⁶ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية. القاهرة. ط1. 2007، ص 625.

³⁷ أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 13.

³⁸ إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 371.

بالإضافة إلى هذه الإنتقادات الأساسية، أعاب جانب من الفقه على قواعد التنازع عدم قدرتها على التعامل بسلاسة مع العلاقات الدولية الخاصة، الأمر الذي لا يسمح لها بلعب الدور الصحيح للقاعدة القانونية، و التي يفترض أن تستجيب للاحتياجات و التغييرات التي تطرأ على الأفراد و علاقاتهم الدولية، و هذا ما يدل على افتقادها لمملكة الحساسية الدولية، ذلك أنها قواعد جامدة لا تأبه بالطبائع و التفاصيل المختلفة التي تميز هذا النوع من العلاقات.

المطلب الثاني: قصور الأنظمة القانونية الوطنية عن حكم منازعات التجارة الدولية.

رغم تصدي الدول لحل مشاكل التجارة الدولية سواء من حيث تشريعاتها الوطنية أو من خلال ما تبرمه من معاهدات مع غيرها من الدول الأخرى لتنظيم حاجات تلك التجارة إلا أنها لم تخلو من الصعوبات التي إعترضتها عند تصديها لهذه المشاكل، خاصة و أن طبيعة منازعات التجارة الدولية قد أضحت متعددة على نحو عجزت معه هذه التشريعات الداخلية عن ملاحقة أنظمتها الحديثة³⁹.

و غني عن البيان أن القواعد الوطنية التي تشكل جانبا من قانون التجارة الدولية تفتقر إلى الصفة الدولية، و عليه فإنه ليس من المستبعد أن تعاني عقود التجارة الدولية من عدم ملائمة بعض هذه القواعد لحكم ما تثيره من مشاكل⁴⁰.

فإفتقار هذه الأخيرة للدولية أصدق مدلولاً على عدم استجابتها لما تتميز به هذه العقود من خصوصية و ما تتمتع به من ذاتية، الأمر الذي يستدعي في بعض الأحيان تجاوزها و إخضاع المسائل التي تثيرها لقواعد وضعت خصيصاً من أجلها، و من هنا كانت أهمية عادات و أعراف التجارة الدولية، و التي إستقر العمل عليها في نطاق الأسواق الدولية.

في الواقع أن عدم ملائمة القواعد الوطنية تلوح في الأفق، نظراً لأن الإحالة إليها تأتي في كثير من الأحوال دون مراعاة لمضمونها أو فحواها، إذ لا يمكن التعرف على ما تقرره من نتائج، إلا عندما يثور النزاع بين الأطراف⁴¹، فالإستعانة بتلك القواعد لا تترك إذن أي فرصة للأخذ في الإعتبار عدالة النتيجة التي قد تؤثر بدورها على إسناد العلاقة لقانون آخر أكثر إستجابة لحكم المسائل التي يثيرها النزاع.

فليس من الصعب إذن القول بأن بعض القواعد القانونية الوطنية تعد غير ملائمة لتسوية المسائل التي تثيرها منازعات التجارة الدولية، و هو ما يمكن التدايل عليه بالعديد من الأمثلة التي تبرز بجلاء عدم ملائمة هذه القواعد (فرع أول)، كما تبرز عدم ملائمة القواعد الوطنية

³⁹ محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 63.

⁴⁰ محمد إبراهيم موسى، المرجع نفسه، ص 65.

⁴¹ محمد إبراهيم موسى، التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 2005، ص 22.

في حالات مدنية عند تعارضها مع قواعد أخرى أعدت خصيصا لحكم منازعات التجارة الدولية، فهذا التعارض يحتم ضرورة تنحيها عن حكم المنازعات الدولية و إعطاء الأولوية أو الأفضلية في التطبيق للقواعد التي تأخذ في الإعتبار خصوصية ما تسفر عنه عقود التجارة الدولية من مشاكل (فرع ثان).

الفرع الأول: حقيقة عدم ملائمة القواعد الوطنية

في الواقع، إن عدم ملائمة القواعد الوطنية لحكم منازعات التجارة الدولية ليس أمرا غريبا على فقه التجارة الدولية، فهذا الأخير قد سجل منذ فترة طويلة، هذا عندما لاحظ أن القواعد الوطنية لا يمكن أن تقدم بطريقة كافية حلا مناسباً للعلاقات الدولية، هذا ما تبرهن عليه العديد من الأمثلة التي تبرز بوضوح عدم ملائمة القواعد التي تشير بإعمالها قواعد الإسناد الوطنية، بادئ ذي بدء، يمكن الاستشهاد بما سجله القضاء الفرنسي من عدم ملائمة العديد من قواعد القانون الفرنسي التي أشارت قواعد الإسناد الفرنسية بإتباعها على بعض العقود الدولية التي تدخل في نطاق تطبيقها، فهذا القضاء لم يسلم بإعمال هذه القواعد خاصة ذات الطابع الأمر منها عندما برز توافقها مع ما تتميز به العقود الدولية من ذاتية، وهو ما نلمسه بخصوص شرط الدفع بالذهب، و كذلك أهلية الدولة للتصالح، و أخيرا شرط اللجوء إلى التحكيم في هذا الصدد، يعد الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1993 في قضية "DALICO" مثالا واضحا حيث قررت المحكمة أنه: "وفقا لإحدى القواعد المادية التي يقرها قانون التحكيم الدولي، يعد شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأساسي الذي يحتويه إما مباشرة أو بالإحالة، و كذلك وجوده و فاعليته لا يمكن إنكارهما و ذلك دون المساس بالقواعد الأمرة التي يقرها القانون الفرنسي أو تلك التي تعد من قواعد النظام العام الدولي دون أن يكون ضروريا بالإحالة إلى قانون وطني معين"⁴².

كما يبرز القانون الفرنسي بشأن البيع الدولي للبضائع بجلاء عدم ملائمة جانب آخر من القواعد الوطنية لحكم التجارة الدولية، و هذا بحجة عدم إجازته للشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات المبرمة بين مهنيين من تخصصات مختلفة، رغم أن هذا المنع لا يتناسب مع الطبيعة الخاصة لعقود البيع الدولية، منكرنا بذلك الدور الفعال الذي تلعبه هذه الشروط في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة في أغلب الحالات.

و تدعيما لهذا النتيجة، يقرر النظام الأنجلوسكسوني بطلان الشروط الجزائية، على الرغم من شيوعها في الحياة العملية، حتى و لو تم إدراجها في عقد من عقود التجارة الدولية، و

⁴² محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 26.

ذلك من خلال الحكم الصادر في قضية "PEBORKV.Caudille" و الذي يعد تأكيدا على
تحريم هذا النظام لمثل هذه الشروط⁴³.

و غني عن البيان أيضا أن التشريعات الوطنية قد درجت على تقسيم العقود إلى مسماة و
أخرى غير مسماة و أفردت لكل منها قواعد خاصة بها، و مع ذلك فإن التصنيف لا يتناسب
في كل الحالات مع العلاقات الدولية، خصوصا بعد إستحداث عقود دولية لم تكن معروفة من
ذي قبل، تحاول أن تواكب في أغلب الحالات التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية، و
عليه فإن كان سهل إدراج العقود الداخلية تحت طائفة من هذه التقسيمات إلا أن الأمر يختلف
بالنسبة لعلاقات التجارة الدولية، بالنظر لكونها علاقات مركبة و معقدة تجمع في كنفها
مختلف الصور التي تعرفها القوانين الداخلية، و هو ما يصعب من مهمة إدراجها تحت
واحدة منها و ما يحتم في نفس الوقت تجاوز القواعد الوطنية نحو قواعد أخرى أكثر إستجابة
لمتطلبات التجارة الدولية.

و لقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 14 أفريل 1964 في دعوى
السفينة "SAN CARLO" ضد المكتب الفرنسي الوطني للحبوب أن الخطر الوارد في القانون
الفرنسي على الدولة و الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرف في إتفاق التحكيم لا
يجد مجالا للأعمال في التحكيم الدولي، على أساس أن المنع المقرر في المادة 1004 و
المادة 83 من قانون المرافعات المدنية لا يعد من قبيل النظام العام الدولي، و بالتالي فإنه لا
يشكل عقبة أمام المؤسسة العامة لتكون طرفان في إتفاق تحكيم وارد في عقد من عقود
القانون الخاص يخضع لقانون أجنبي يجيز شرط التحكيم في عقد يتمتع بالصفة الدولية كما
يبرز القانون الفرنسي بشأن البيع الدولي للبضائع بجلاء عدم ملائمة القواعد الوطنية، التي
تشير بإعمالها قواعد الإسناد لحكم عقود التجارة الدولية، فهذا القانون يحرم الشروط المقيدة
لضمان العيوب الخفية في العلاقات التي يتبرمها مهنيين من تخصصات مختلفة، و هذا المنع
أو التحريم لا يتناسب مع الطبيعة الخاصة لعقود البيع الدولية⁴⁴، نظرا لأنه لا يأخذ في
الإعتبار بما فيه الكفاية ما تتميز به تلك العقود من ذاتية و ما تلعبه تلك الشروط من دور
فاعل في تحقيق التوازن بين الإلتزامات الأطراف في غالبية الأحوال.

كذلك يعد تحريم بعض القوانين الوطنية للشروط الجزائية دليل ساطع على عدم ملائمة تلك
القواعد لتسوية المنازعات التي تثيرها علاقات التجارة الدولية.

و هكذا يبدو واضحا أن القوانين الوطنية تتضمن بعض القواعد القانونية التي تنافي في
جوهرها ما يسير عليه الواقع العملي لعقود التجارة الدولية، لهذا يتعين على قضاة تلك العقود

⁴³ محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الأمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 49.

⁴⁴ محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 29.

العمل على التخفيف من حدة اعمالها و من غلواء هذا التنافر و ذلك بتطويع الحل الذي تشير به مع ما يتلاءم و الطبيعة الخاصة أو ما تتميز به تلك العقود من ذاتية⁴⁵، فطبيعة المسائل التي تثيرها التجارة الدولية و تنوع أنماطها يقتضي التجاوز عن القواعد الوطنية و يدعو إلى إعمال قواعد تلاءم المعطيات الجديدة الملازمة لهذا التطور و ذاك النمو على نحو يسمح بتجنب معوقات تطور التجارة الدولية.

الفرع الثاني: تعارض القواعد المختارة مع القواعد عبر الدولية.

إن عدم ملائمة القواعد لتسوية منازعات التجارة الدولية تبرز أيضا عند تعارضها مع تلك التي وضعت خصيصا لحكم هذه المنازعات ، الأمر الذي يقتضي تخليها عن حكمها و إفساح المجال أمام هذه الأخيرة، في الواقع إن هذا التخلي تقره الإتفاقيات الدولية و يجد مجالا للإعمال أمام غرف التحكيم الدولية.

أولا: إقرار المعاهدات الدولية لهذا التخلي.

لقد أقرت الإتفاقيات الدولية أولوية القواعد عبر الدولية، إتفاقية أكانت أم عرفية، في تسوية المنازعات التي تثيرها عقود التجارة الدولية، و يعد مثلا واضحا على إبراز تلك الأولوية و هذا التخلي في الأعمال نص المادة الثانية من إتفاقية جنيف لسنة 1971 بشأن التحكيم الدولي، فلقد أبرزت هذه المادة أولوية القواعد الإتفاقية في التطبيق بالمقارنة بالقواعد الوطنية بإعترافها بحق الدولة و الأشخاص العامة في اللجوء للتحكيم حتى في الأحوال التي تحرم فيها القواعد الوطنية مثل هذا اللجوء⁴⁶.

من الواضح إذن أن الإجازة التي قررتها تلك الإتفاقية يجب إعمالها في جميع الأحوال، حتى تلك التي تؤدي فيها إلى إستبعاد قاعدة وطنية مخالفة و إذا كان التعارض مع القواعد غير الدولية التي تم إقرارها لحكم عقود التجارة الدولية يعد دليلا على عدم ملائمة القواعد الوطنية لحكم المسائل التي تثيرها هذه العقود فإن قاضي العقد لا يمكنه سلوك سبيل التطويع عندما تكون هذه القواعد مستقاة أو مستلهمة من الإتفاقيات أو من النماذج التي تضعها اللجان الدولية، و يبرز هذا الإستلهام في مجال العقود البحرية، إذ عادة ما تستقي التشريعات الوطنية نصوصها من تلك القواعد التي تقرها اللجان الدولية، كذلك التي أقرتها جمعية القانون الدولي بشأن "البيع سيف" و التي تعرف بقواعد "وارسو- أكسفورد" حيث تعد نبراسا على هده

45 محمد إبراهيم موسى، المرجع نفسه، ص 33.

46 محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 35.

تسير النصوص التشريعية الوطنية، ففي هذه الأحوال لا يمكن القول بأن القواعد الوطنية المستقاة من تلك النماذج لا تتوافق مع الطبيعة الخاصة للعقود الدولية، فهي ليست إلا تجسيدا لما يجري عليه العمل في المادة الدولية و بالتالي يعد إستبعادها أو الإدعاء بعدم ملاءمتها، دليل على عدم حياد قاضي العقد، و إنصراف ذهنه إلى عدم أعمال تلك القواعد و اختلاق البراهين و الأدلة على إستبعادها كالقول بتعارضها مع قواعد أخرى وضعت خصيصا لعقود التجارة الدولية.

ثانيا: إقرار أحكام التحكيم لأولية القواعد عبر الدولية.

إن الواقع الذي تقره أحكام التحكيم الدولية يبرهن أيضا على أولوية القواعد عبر الدولية في التطبيق، فالعديد من تلك الأحكام تلجأ إلى أعمال عادات و أعراف التجارة الدولية قبل اللجوء لأي قاعدة قانونية أخرى وطنية أكانت أم دولية، هذا ما يبرزه بوضوح حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في قضية "FRAMATOME et Autres"⁴⁷، حيث أثرت مسألة صحة شرط التحكيم المدرج بالعقد موضوع النزاع، غير أن هيئة التحكيم قررت أن "الطابع الأمر لشرط التحكيم يجد مصدره في مبدأ عام يعد اليوم مبدأ عالميا مسلم به سواء في مجال العلاقات الدولية التي تبرمها الدول أعضاء المجتمع الدولي، أو في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فهذا المبدأ يعد اليوم من قواعد النظام العام الدولي، مبدأ ينتمي لعادات و أعراف التجارة الدولية أو المبادئ التي يعترف بها قانون الشعوب أو تلك التي يقرها قانون التحكيم الدولي أو قانون التجارة الدولية، كذلك يعد معبرا حكم التحكيم الصادر في 1968 في النزاع رقم 1526، حيث أكدت محكمة التحكيم أن الدولة لا يمكنها أن ترفض اللجوء إلى التحكيم، حتى و لو كانت قوانينها الوطنية لا تجيز لها أن تلجأ إليه، فعدم الصلاحية هذه يجب أن تفسر على أنها غير منتجة لآثارها في مجال العلاقات الدولية"⁴⁸، و تتلخص وقائع هذا الحكم في قيام إحدى الحكومات الإفريقية بمنح مواطن بلجيكي متوطن بها إمتيازاً بشراء منتجات من مناجمها و قبل الأجل المتفق عليه قامت هذه الدولة بإبطال العقد، و على أثر هذا الإبطال لجأ ورثة الممنوح له الإمتياز إلى محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية للمطالبة بالتعويض وفقا لشرط التحكيم المدرج بالعقد و الذي بأن " أي منازعات تتعلق بتفسير أو تنفيذ الإتفاق تكون من إختصاص محكمة التحكيم الدولية بباريس، عدا ما تعلق منها بالنظام العام الوطني للدولة، حيث يقبل الممنوح له الإمتياز الإختصاصي القضائي لمحاكم هذه الأخيرة" و إستنادا لهذا الشرط رفضت حكومة الدولة المدعى عليها الاشتراك في إجراءات التحكيم، إلا أن محكمة التحكيم أصدرت حكمها السابق⁴⁹.

47 محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص 38.

48 محمد إبراهيم موسى، المرجع نفسه، ص 39.

49 محمد إبراهيم موسى، المرجع نفسه، ص 40.

و بذلك يبدو واضحا أن القوانين الوطنية تتضمن بعض القواعد القانونية التي تنافي في جوهرها ما يسير عليه الواقع العملي لعقود التجارة الدولية، فطبيعة هذه الأخيرة و تنوع أنماطها يقتضي تجاوز القوانين الوطنية بما يسمح بتجنب معوقات تطور تلك التجارة، و هذا ما يحتم تجاوز القواعد الوطنية نحو قواعد أخرى أكثر إستجابة لمتطلبات التجارة الدولية و هذا ما سيتم التطرق إليه في الفصل الثاني من خلال إبراز دور التحكيم في تطبيق قانون التجارة الدولية و معالجته لمنازعات التجارة الدولية.

الفصل الثاني: منازعات التجارة الدولية امام التحكيم التجاري الدولي.

يعد اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية من أهم العوامل التي تسهم في عرقلة تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية، لما يترتب عنها من مشاكل ناتجة عن تعدد المصالح و تضاربها لدى القوى الفعالة في مجال التجارة الدولية.

و الأمر نفسه يصدق بالنسبة لعقود التجارة الدولية التي تثير صعوبات قانونية ليس لها حلول واحدة مستقرة في التشريعات الوطنية، و لقد أدى إزدياد التقدم العلمي و تطور الإتصالات حتى أصبح العالم قرية صغيرة إلى إتساع التبادل التجاري و ظهور الحاجة إلى قواعد قانونية تحكم هذه التعاملات و تنظم عقود التجارة الدولية، و لما كانت طبيعة التجارة الدولية تتنافى مع القيود الأمرة التي يفرضها المشرع في كل دولة و تتنافى مع القضاء الوطني الموجود في كل دولة و المقيد بتلك القيود، مما يدفع أطراف عقد التجارة الدولي إلى الإتفاق المسبق على عرض منازعتهم على هيئة تحكيم خاصة.

و عادة ما تخضع هذه المنازعات للأعراف و العادات التجارية و المهنية السائدة في الأسواق العابرة للحدود و سنحاول في هذا الفصل التعرف على المبادئ العامة للتحكيم كمبحث أول، و دور قضاء التحكيم في تطبيق قانون التجارة الدولية كمبحث ثاني و ذلك من خلال التعرف على كيفية تطبيق قانون التجارة الدولية.

المبحث الأول: المبادئ العامة للتحكيم

التحكيم هو وسيلة بديلة لحل النزاع بعيدا عن القضاء، فهو ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة⁵⁰، و ذلك باتفاق أطراف النزاع إلى اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع أو خلاف بينهما، و هو تخل من المتعاقدين أو الخصوم عن حقهم في اللجوء إلى قضاء الدولة و إعتمادهم التحكيم كسبيل لحل الخلاف بينهم.

إن دراسة الظاهرة التحكيمية و هي مطروحة أمام القضاء هي دراسة لها أهميتها، و لكن يجب علينا ألا نغفل دراسة جوهر التحكيم وروحه أي بعبارة أخرى يتعين علينا دراسة الجانب الإجتماعي و القانوني للظاهرة المعنية⁵¹.

و سوف نرى أن دور التحكيم لا يقتصر على حسم المنازعات القانونية الناشئة بين الخصوم حول عقد معين، بل دوره يتعدى ذلك فالتحكيم وسيلة هامة يستخدمها رجال الأعمال في تكملة الأحكام العقدية و يقتضي التعرض لموضوع التحكيم أن نتعرض إلى مفهومه و بيان أنواعه و تميزه عن النظم المشابهة له، و لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية التحكيم.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم و تميزه عن النظم المشابهة له.

⁵⁰ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008، ص 11.

⁵¹ هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 22.

المطلب الأول: ماهية التحكيم

يعتبر التحكيم وسيلة فعالة و سريعة لحل المنازعات التي تثور بين الخصوم و تقترن أحكام المحكمين و قراراتهم با العدالة و حرية الرأي و التحكيم قديم في نشؤه حيث عرفه القدماء في جميع الحقب الحضارية المتعاقبة، و بالتالي فهو طريق إستثنائي خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد سواء كانت مدنية أو تجارية ،عقدية كانت أو غير عقدية.

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

تعددت التعريفات التي وضعت لبيان ماهية التحكيم سواء من الفقه الأجنبي أو العربي.

ففي الفقه الأجنبي من عرف التحكيم بأنه⁵²، "إحالة النزاع أو الخلاف القائم بين شخصين على الأقل من أجل حسمه بعد سماع أطراف النزاع بوسيلة قضائية، وذلك بواسطة شخص أو أشخاص ليسو من قضاة محاكم الدولة.

و هناك من عرف التحكيم أنه الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، و الفصل في موضوعه".

و هناك من عرفه أيضا بأنه: " وسيلة يتم بموجبها تسوية المسألة بحل النزاع.

و هذه المسألة إنما ترتبط بمصالح شخصين أو أكثر، حيث يتم العهدة بحل هذه المسألة إلى شخص أو هؤلاء الأشخاص بالمحكم أو بالمحكمين، و الذين يستمدون سلطاتهم من إتفاق خاص و ليس من الدولة، ويقوم هذا المحكم أو هؤلاء المحكمون بحسم النزاع المائل أمامهم على هدي من الإتفاق المبرم بين المحتكمين"⁵³.

52 خالدمدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص13.

53 هشام خالد، المرجع السابق، ص 31.

و من الفقه العربي من عرف التحكيم بأنه: " نظاما قضائيا خاص تقصى فيه خصومة معينة عن القضاء العادي و يعهد فيها إلى محكمين للفصل فيها"⁵⁴،

و ذهب فريق آخر إلى تعريف التحكيم على أنه: " طريقة لحل النزاع، و تعتمد على إختيار أطراف النزاع لقضاتهم بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائي"⁵⁵. و ذهب إتجاه آخر إلى تعريف التحكيم بأنه: " إتفاق الأطراف على إختيار شخص (محكم) أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلا أو يثور فعلا بينهم من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة".

و عرفه رأي آخر بأنه: " الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁵⁶.

و قد ذهب رأي آخر إلى تعريف التحكيم بأنه: " الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة و ذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقدر المشرع هذا الإتفاق شرطا كان أم مشاركة".

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بأنه: " عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأختيار يعين بإختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة، مجردا من التحامل، و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"⁵⁷.

⁵⁴ أحمد الشيخ قاسم، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في القانون السوري و العربي و الأجنبي، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، 1994، ص 25.

⁵⁵ أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم و إجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص 15.

⁵⁶ هشام خالد، المرجع السابق، ص 46.

⁵⁷ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 2000، ص 20.

و قد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في نفس الشأن إلى تعريفه بأنه: " إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁵⁸.

لا تختلف التعريفات التي جاء بها الفقهاء سواء في مصر أو فرنسا للتحكيم عن المفهوم الذي حدده المشرع و القضاء، و الذي يتضمن عنصرين: الأول هو أن التحكيم وليد التراضي من طرف أطراف النزاع على حسمه ليس بواسطة القضاء و إنما بواسطة شخص أو أشخاص يتولى أطراف النزاع إختيارهم، و العنصر الثاني هو الطابع الإلزامي للقرار الذي يقرره المحكمون.

و أي ما كانت المحاولات الفقهية لتحديد تعريف جامع و مانع للتحكيم، فإن أهم خصائصه أنه أسلوب يمكن أن يحسم عن طريقه أي نزاع، وذلك عن طريق شخص أو أشخاص محايدين يسمون المحكمون و الذين يتم تعيينهم بواسطة الخصوم، و الذين يفصلون في النزاع دون تدخل الدولة، و يكون الفصل في النزاع عن طريق حكم ملزم للطرفين و يستند في ذلك إلى إرادة الخصوم أنفسهم و الثابتة بموجب شرط أو مشاركة التحكيم.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

إختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم بين أربع إتجاهات، فأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية، و إعتبر أن التحكيم نوع من أنواع القضاء، ذلك أن أطراف النزاع حين إتفاقهم على التحكيم لا يتنازلون عن حقهم في رفع دعوى قضائية لحماية حقوقهم و إنما يتنازلون فقط عن حق اللجوء إلى القضاء الوطني. كما أن الحكم الصادر عن المحكمين تتوافر فيه جميع خصائص العمل القضائي بإستثناء أنه يصدر من هيئة خاصة و ليس من هيئة عامة.

كما أن طبيعة عمل المحكم تتماثل مع طبيعة عمل القاضي و ما يصدر عنه من حكم ملزم لأطراف النزاع.

⁵⁸ هشام خالد، المرجع السابق، ص 46.

أما الإتجاه الثاني فتبنى الطبيعة العقدية للتحكيم، إستنادا إلى أن أساس التحكيم هو إتفاق الأطراف و رغبتهم في تسوية النزاع الحاصل بينهم.

عن طريق تقدير شخص يختارونه بإرادتهم⁵⁹، و تبعا لهذا الرأي لا يتصور إعتبار سلطة المحكمة من قبيل سلطة القضاء التي تعتبر من السلطات العامة في الدولة، أما دور الدولة في مجال التحكيم فانه يقف عند حد منع المساس بالنظام العام أما بدء التحكيم و سيره في صدور الحكم فيجد أساسه في اتفاق الأطراف على الإلتجاء للتحكيم، ثم في إتفاقهم مع المحكمين على الانصياع و الخضوع لما يصدرونه من أحكام⁶⁰.

و ذهب إتجاه ثالث إلى إعتبار التحكيم وسيلة مستقلة و قائمة بذاتها من وسائل حل المنازعات، أي أن التحكيم ذو طبيعة خاصة، و قد كان التحكيم أسبق في ظهوره تاريخيا على القضاء، ثم إستمر قائما بعد نشأة القضاء مما يدل على أنه وسيلة متميزة و قائمة بذاتها من وسائل حسم المنازعات .

و يرى إتجاه رابع أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فهو ذو طبيعة مركبة، ووفقا لهذا الرأي فإن التحكيم في الحقيقة ليس إتفاقا محضا، و إنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا و تنحو طابعا مختلفا، فهو في أوله إتفاق و في وسطه إجراء و في آخره حكم⁶¹، و ينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق.

ويؤيد البعض الرأي السابق على أساس أن عملية التحكيم لا ينبغي أن توضع في قالب قانوني أو تلبس ثوبا قانونيا مدنيا، ذلك أنه من المناسب عدم وضع التحكيم. في قالب محدد بإضفاء صبغة دون أخرى عليه.

59 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 16.

60 عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 2000، ص 20.

61 ALFRED bernard : L'arbitrage volontaire en droit privé, Bole, 1995 ; p.203.

و أي كانت الآراء الفقهية السابقة فمما لاشك فيه أن معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم تعين إلى حد كبير في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند إرادة تنفيذه، و مثال ذلك تحديد إجراءات البطلان الذي يمكن أن تشوب إجراءات التحكيم و حكم المحكم ، إذ القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يغري بإعتماد أحكام بطلان التصرفات القانونية المنصوص عليها في القوانين المدنية، بينما القول بالطبيعة القضائية للتحكيم يغري بإعتماد أحكام البطلان المنصوص عليها في قوانين المرافعات، وكذلك تحديد القوة الملزمة لحكم المحكم إذ القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يؤدي بإعتبار حكم المحكم مجرد تطبيق لأحكام عقد التحكيم يلتزم به طرفاه بمجرد صدوره، بينما القول بالطبيعة القضائية للتحكيم يؤدي إلى إعتبار حكم المحكم حكما بالمعنى الدقيق للأحكام القضائية. كما أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم تفيدنا من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق في مسألة ما و على وجه الخصوص فيما يتعلق بالإجراءات التحكيم.

و تتجلى من أهمية هذا التحديد خاصة مع تنوع الإتجاهات التي ظهرت في هذا الشأن، حيث أدى الإختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم إلى إختلاف أشكال و تقسيمات التحكيم، و التي إنعكست على موقف القضاء في مختلف الدول، بل و في الدولة الواحدة، ففي فرنسا يوجد تمييز بين التحكيم الخاضع للقانون المدني و ذلك الخاضع لقانون الإجراءات وفي ايطاليا يوجد تمييز بين التحكيم الخاضع لقانون الاجراءات و الذي يطلق عليه التحكيم الرسمي و بين التحكيم الخاضع للقانون المدني و الذي يكون مهمة المحكم فيه تكملة أو تعديل عقد ما و يسمى بالتحكيم الحر أو غير الرسمي، و في إنجلترا يوجد تحكيم يكون فيه الجانب التعاقدية غالبا و يسمى Arbitration Commontation و بين تحكيم يعد شكلا من أشكال القضائية و يسمى Arbitration Statatory ، كما أن مفهوم التحكيم من الوجهة الدولية ليس واحدا في كل مكان في العالم و خاصة في النظم الأنجلو أمريكية، و اللاتينية، و الإشتراكية مما سيؤثر بلا شك على المعاملة الإجرائية لحكم التحكيم و تنفيذه.

الفرع الثالث: خصائص التحكيم.

لم يعد التحكيم سلعة يجب إستظهار محاسنها بل أصبح ضرورة ملحة يفرضها واقع التجارة الدولية و لم يعد دوره مقصورا على فض المنازعات بعد نشوبها، بل أصبح أداة فعالة يجب إستخدامه لتفادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتجارة و نقل التكنولوجيا و المشروعات المشتركة و أثناء تنفيذ العقود ومن خصائص التحكيم ما يلي:

أ* السرعة في فض المنازعات لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة، كما أن لجوء أطراف العقود التجارية إلى التحكيم للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ و في مدة قصيرة يجعلهم يتفرغون لمهام تجارتهم الدولية بدلا من اللجوء من إضاعة الوقت و الجهد أمام قضاء الدولة.

ب* يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته، ولا تماثل الإجراءات القضائية العادية و يبتعد عن الشكلية⁶²، و الحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف غير متقيدة إلا بما ينفع حسم الموضوع، حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع و أكثر من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، مثل التبليغات و إدارة الجلسات و تنظيمها، و تقديم البيانات و الأدلة، و الإتصال بأطراف النزاع و غير ذلك، و هي في كل هذه الأمور و غيرها تبتعد عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان أمام القضاء طويلة و مملة.

ج* الإقتصاد في المصروفات حيث أن نفقات التحكيم أقل كثيرا من نفقات رسوم المحاكم و أتعاب المحاماة و إجراءات التنفيذ فنظام التحكيم لا يتطلب رسوما أو أتعاب محامين كما في إجراءات التقاضي أمام القضاء العادي و إن كان يلاحظ كثرة مصاريف التحكيم بالمقارنة مع القضاء و خاصة عندما يكون التحكيم دوليا، ففي هذه الحالة قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم و أطراف النزاع و المحامين من جنسيات مختلفة، أو مقيمين في دولة مختلفة، مما

⁶² خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 20.

يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنفلاتهم و إجتماعاتهم في مكان معين، هذا بالإضافة لأتعاب المحكمين و المصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حيث يكون التحكيم مؤسسياً.

د* طريقة اختيار المحكمين، طريقة إختيار المحكمين تتم برضاء تام من أطراف النزاع بحيث يشعر كل منهم بكامل الإطمئنان لأنهم إختاروا بإرادتهم من يحكم بينهم، وهم عادة ثلاثة محكمين، يتولى طالب التحكيم (المدعي) تعيين محكمة أو ترشيح هذا المحكم للتعيين، في حين يقوم بالشيء ذاته المطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه)، بالنسبة للمحكم الثاني، أما المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، فإما أن تعطى الفرصة لتعيينه لطرفي النزاع، أو للمحكمين اللذين إختارهما الطرفان عنهما و ذلك حسب قواعد التحكيم المطبقة على النزاع.

إن خصوصية التحكيم بإعتباره أداة لتحقيق العدالة تكمن في كونه أداة إتفاقية، فالإتجاه إلى التحكيم رهين بإتفاق الأطراف و على طرح نزاعهم على من يرتضونه قاضياً بينهم⁶³.

هـ* سرية الإجراءات، الأصل في إجراءات التحكيم أنها سرية إلا على أطراف النزاع و ممثليهم، حيث أن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصراً في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية، بحيث يمكن القول أن مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الدولي أو الداخلي و هذا بخلاف إجراءات التقاضي التي تكون كمبدأ عام، علنية بحيث يستطيع أي شخص حضور الجلسات.

و* التحكيم قضاء إتفاقي: التحكيم هو ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة أي أن أطراف النزاع أو أطراف العلاقة تتفق فيما بينها على اللجوء إلى التحكيم في

⁶³ مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998، ص 06.

حل خلافاتها و منازعاتها التي قد تحصل أو حصلت و هو تذل من المتعاقدين أو الخصوم عن حقهم في اللجوء إلى القضاء و إعتماهم التحكيم كسبيل لحل الخلاف بينهم. و يعتبر التحكيم قضاء إتفاقي بمعنى أن أطراف النزاع هم اللذين يختارون قاضيهم و يجعلون له وحده دون غيره سلطة الفصل في النزاع و من تم يكون قراره حكما قضائيا حائزا لحجية الأمر المقضي في مواجهة الخصوم، نهائيا لا يقبل الطعن فيه.

يتضح ما تقدم أن الإتجاه المطرد في اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي تثور بين أطراف العلاقة القانونية المختلفة، يرجع إلى المزايا التي يمتاز بها التحكيم و أهمها بساطة الإجراءات و المرونة في التعامل و قيامه على رضا الأطراف المتنازعة، و سرعة الفصل في النزاع، و توفير الوقت و الجهد بالإضافة إلى الحفاظ على سرية النزاع بين الأطراف.

الفرع الرابع: نطاق خصومة التحكيم.

عند استقراءنا لنص المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري و التي تنص على انه : "يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها .

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام او حالة الاشخاص و اهليتهم و لا يجوز للاشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية في اطار الصفقات العمومية " .

نجد ان المشرع الجزائري حدد انا الحالات التي يجوز فيها التحكيم و هي المذكورة في نص هذه المادة .

حصر المشرع المصري الحالات التي يجوز فيها التحكيم، حيث جاء نص المادة 11 من قانون التحكيم على أنه " لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه و لا يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز الصلح فيها"⁶⁴ .

⁶⁴ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.

كما تنص المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، و لكن يجوز الصلح في المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ على ارتكاب إحدى الجرائم".

و يرى البعض أن علة إخراج المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها من نطاق نظام التحكيم هي رغبة المشرع في بسط ولاية القضاء العام في الدولة على هذه المنازعات، وهو يقتضي منع الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فيها.

و على ذلك فإن المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم هي مسائل الأحوال الشخصية و الجنسية، و المسائل الجنائية، و إجراءات و منازعات التنفيذ، و المنازعات المتعلقة بالمنفعة العامة. و تنحصر سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم و يكون حكم التحكيم الصادر منها فيه خارج هذا النطاق باطلا.

و تطبيقا لذلك فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل في أية مسألة أولية تخرج عن نطاق الإتفاق على التحكيم، كما لا يجوز لها تقرير صحة أو تزوير سندا من السندات و إنما عليها في حالة إثارة أي مسألة أولية خارجة عن نطاق ولايتها، أو في حالة الطعن بالتزوير، وقف خصومة التحكيم حتى يصدر حكما قضائيا نهائيا من القضاء العام في الدولة، صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها.

أما من حيث النطاق الشخصي لخصومة التحكيم، فإن إتفاق التحكيم شرطا كان أم مشاركة، لا يلزم إلا أطرافه اللذين أبرموه، بحيث لا يخضع لولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من ليس طرفا فيه، و من ثم لا يستفيد من هذا الإتفاق إلا أطرافه و لا يضر منه غيرهم و لا يملك التمسك ببطلانه غيرهم أيضا، غير أن المفهوم القانوني لتعبير الطرف في الإتفاق يتسع ليشمل الخلف العام و الخلف الخاص كالورثة و المحال إليه⁶⁵.

⁶⁵ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1984، ص 336.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم و تميزه عن النظم المشابهة له.

يأخذ التحكيم أشكالاً مختلفة في الممارسة العملية كوسيلة للفصل في المنازعات، سواء من حيث حرية اللجوء إليه أو من حيث مدى وجود منظمة تديره، و كذا من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون.

فإذا كان نظام التحكيم وسيلة للفصل في المنازعات بين الأفراد و الجماعات عن غير طريق القضاء الرسمي في الدولة، إلا أنه يعد وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذو الشأن بأنفسهم، ولذلك يعتبر التحكيم نظاماً خاصاً متميزاً بقواعده عن الوسائل المعروفة لتسوية المنازعات بين الأفراد و الجماعات، فالتحكيم له طبيعة خاصة مرجعها كونه وسيلة بديلة لحل المنازعات بعيداً عن الإلتجاء إلى القضاء بإجراءاته و تعقيدهاته التي لا تتناسب و متطلبات التجارة الدولية.

و قد يتفق الأطراف على حل النزاع عن طريق التحكيم بالقضاء أو التحكيم بالصلح و قد يتفقوا على أن يكون التحكيم حراً أو مؤسسياً، كما أن النظام القانوني للتحكيم قد يشتهبه و يختلط مع غيره من الأنظمة المتشابهة مثل التوفيق و الخبرة و الصلح و الوكالة، و هو ما يستلزم بيان أوجه التمييز بين التحكيم و بين هذه الأنظمة. سيتم التعرض لأنماط التحكيم في الفرع الأول ثم تميز التحكيم عن النظم المشابهة معه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أنماط التحكيم.

يتخذ نظام التحكيم كوسيلة لحل المنازعات صورة متعددة في الممارسة العملية حسب ما إذا كان هذا الأخير مستنداً إلى إتفاق خاص، و ملتجاً إليه بإرادة الطرفين المختصين ، هل التوجه إليه كان بإرادة الأطراف أم كان مفروضاً عليها؟ و هذا ما يؤدي إلى تقسيم التحكيم إلى نوعين التحكيم الإختياري و التحكيم الإلجباري، كما قد يقوم أطراف النزاع بإسناد مهمة الفصل في المنازعة الناشئة بحكم ملزم لهما لشخص ثالث، غير أنهم قد يتفقون على إختيار منظمة أو مركز دائم للتحكيم وهو ما يؤدي إلى تقسيم التحكيم إلى تحكيم حر و تحكيم مؤسسي أو نظامي، كما ينقسم إلى تحكيم داخلي و تحكيم دولي ذلك بحسب ما إذا كانت

العملية التحكيمية مرتبطة بدولة واحدة أو موزعة بين أكثر من دولة، و ينقسم التحكيم أيضا إلى تحكيم بالقانون و تحكيم بالصلح و ذلك إذا فوض الأطراف المحكم بالفصل في النزاع المطروح عليها وفقا لأحكام القانون أو وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف.

أولاً: التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي.

عرف التحكيم الحر على أنه التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، و يختارون القواعد الإجرائية و الموضوعية التي يلتزم بها المحكمون، و تنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع⁶⁶.

إن هذا التعريف يبين بأن هذا النوع من التحكيم يتم تنظيمه من قبل الأطراف المتنازعة بعيدا عن مراكز التحكيم، إلا أنه أغفل طرق أخرى تنتهي بها مهمة المحكمين بالإضافة للحالة التي أوردها و المتعلقة بإصدار حكم فاصل في النزاع و من هذه الحالات ما يلي:

➤ بوفاة أحد اطراف العقد.

➤ بفقد الشيء موضوع النزاع أو إنقضاء الدين المتنازع فيه.

➤ بوفاة أحد المحكمين.

و عرف التحكيم الحر بأنه: " ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات و القواعد التي تطبق بشأنه، بتحديد مباشر أو بالإحالة إلى المصادر التي تستقى منها⁶⁷.

⁶⁶ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، ط

لذا نعرف التحكيم الحر بأنه التحكيم الذي لا يختار فيه الأطراف المحكّمون هيئة دائمة للتحكيم، بل يجري في حالات فردية وفق مشيئة الأطراف المتنازعة من حيث إختيار المحكم أو المحكمين، و من حيث إجراءاته و مكان إنعقاده، و القانون الذي يسري على النزاع موضوع التحكيم، و من ثم فإن صياغة إتفاق التحكيم تعكس رغبة الأطراف المتنازعة في كيفية الوصول إلى تسوية منازعتهم.

- يتميز هذا النوع من التحكيم بأنه يحقق أكبر قدر من السرية.
- أنه يتميز هذا النوع من التحكيم بأقل تكلفة و أكثر سرعة من فض النزاع القائم.
- المحكّمين يعرفون المحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياده و من ثم يرى البعض بأن المحكم في هذا النوع من التحكيم يكون مستقلا في عمله بمعنى أنه لا يخضع لضغوط الدول الكبرى.

و من أبرز قواعد التحكيم الحر في الوقت الحاضر في المجال الدولي، القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة الأونسترال فبدلا من قيام الأطراف أو هيئة التحكيم بإعداد قواعد إجرائية لإتباعها في التحكيم الحر، سهلت اللجنة المهمة عليهم و وضعت تلك القواعد لإتباعها إذا رغب الأطراف بذلك و قد إنتشرت هذه القواعد إنتشارا واسعا في إطار التحكيم الدولي، حتى أن بعض المؤسسات التحكيم تبنتها في تشريعاتها الداخلية للتحكيم المؤسسي لديها⁶⁸.

ثانيا: التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح.

عندما يتم عرض النزاع على المحكم يقوم هذا الأخير بفحص و تقسيم إدعاءات الأطراف المتنازعة، للفصل في النزاع بحكم، و لذلك سيسلك أحد الطريقتين التاليتين بناء على إتفاق الأطراف.

الأول: أن يلتزم المحكم بتقييم الإدعاءات بمعيار موضوعي أساسه أحكامه القانون مثله مثل القاضي.

⁶⁸ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 29-30.

الثاني: أن يلتزم المحكم في تقييمه بمعيار شخصي قوامه التقدير الذاتي لمدى عدالة الإدعاءات المطروحة أمامه.

و من ثم نكون بصدد نوعين من التحكيم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون، في النوع الأول يلتزم المحكم بالتطبيق الحرفي لما جاء في القواعد القانونية الواجبة التطبيق، أما في النوع الثاني فإن المحكم يلتزم بالبحث عن حل عادل و منصف يلاءم النزاع، و لو إستلزم ذلك عدم الإلتزام الحرفي بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق طالما كان ذلك في إطار إحترام النظام العام عبر الدولي، و هو ما يطلق عليه بالتحكيم بالصلح و الذي يلزم لجوازه الإتفاق الصريح بين الأطراف على تزويد المحكم بسلطة التحكيم بالصلح⁶⁹.

و يكمن الفارق بين هذين النوعين من نظام التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند قيامها بتحقيقه و الفصل في موضوعه بحكم تحكيم نهائي و ملزم للأطراف المحكّمين، ومدى ما تتمتع به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من سلطات و مقدار ما يرد عليه من قيود سواءا كانت قانونية أو قيود إتفاقية⁷⁰ ، التحكيم بالقانون هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية و الموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، و كما يتصور إخضاع كل مراحل التحكيم لقانون واحد، فمن الممكن أيضا إخضاع كل مرحلة من مراحل لقانون مختلف، وذلك حسب إرادة المحكّمين.

و الأصل العام إذا هو إلتزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي يتم تحديده من قبل الأطراف المحكّمين، أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند سكوت الأطراف، ومن تم فعلى هيئة التحكيم أن تعلم أنها مقيدة بأحكام القانون و بالتالي تلتزم بالبحث عن قواعد القانون التي يجب عليها

⁶⁹ نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ص 57.

⁷⁰ محمد نور عبد الهادي شحانة، النشأة الإتفاقية لسلطات المحكّمين، دار النهضة العربية، 1993، ص 89-90.

تطبيقها، سواء على إجراءات خصومة التحكيم، أو على موضوع النزاع، وهذا الأصل العام يقوم على عدة إعتبارات منها:

- أن إلتزام المحكم بقواعد القانون هو ضمانته ليس فقط للخصوم أنفسهم الذين إختاروا التحكيم طريقا، بل هو كذلك للمحكم من هوى نفسه⁷¹.
- إن التحكيم مازال طريقا فرعيا لحسم المنازعات، و هو مقيد بالقانون الموضوعي و الإجرائي اللازم لتحقيق الحماية للحقوق و المراكز القانونية المتنازع عليها.

مثل قضاء الدولة المقيد بتلك القواعد. و ينبغي ملاحظة أنه في التحكيم بالقانون لا يملك المحكم إجراء الصلح بين المحكمين، إلا إذا فوض في ذلك من المحتكمين صراحة.

أما التحكيم بالصلح فهو الذي يعني المحكم فيه من التقيد بأحكام القانون ويفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة، وصول إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح المحتكمين، حتى لو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع و الذي يلتزم القاضي بتطبيقه فيما لو عرض النزاع عليه إلا أنه مقيد في ذلك بالإلتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي و أهمها إحترام حقوق الدفاع، ل يتمتع حكمه بقوة إلزامية في مواجهة المحتكمين. و من النتائج العملية التي تترتب على التفرقة بين التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح، جواز الطعن في حكم المحكمة تأسيسا على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه كلما كان تحكيما بالقانون بينما لا يجوز هذا الطعن كلما كان التحكيم تحكيما بالصلح.

ثالثا: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي.

تتعدد الإجتهدات بشأن المعيار المقترح لحسم و تحديد وصف التحكيم إذا ما كان وطني أو محلي و ما إذا كان أجنبي أو دولي، و يوجد من يأخذ بمعيار مكان التحكيم، و منهم من يأخذ

⁷¹ أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية المدنية و التجارية و الإدارية و الجمركية و الضريبية، دراسة مقارنة، الطبعة (1)، دار النهضة العربية.

بمعيار القانون الواجب التطبيق و منهم من يأخذ بطبيعة النزاع⁷²، و يوجد من يأخذ بمعيار جنسية الأطراف وطبيعة النزاع.

فالتحكيم يعد أجنبيا إذا تم خارج مصر حتى لو كان أطرافه مصريين و تعلق بعقد أو علاقة محلية بحتة، و الأمر نفسه لو كان أحد الأطراف مصريا، و الآخر أجنبيا.

و لا يوصف هذا التحكيم بأنه دولي بمجرد و جود طرف أجنبي، أما جريانه في الخارج، فيؤدي إلى وصفه بالأجنبي، أو بأنه تحكيم غير محلي و التحكيم الداخلي هو الذي يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعا و أطرافا و سببا، و يرى البعض أنه يكفي أن تكون العناصر الموضوعية الرئيسة المكونة لهذه العلاقة مرتبطة بدولة معينة حتى يكون التحكيم وطنيا⁷³.

و يكون التحكيم دوليا وفقا للمادة الثالثة من قانون التحكيم المصري إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية، و يصف المشرع الجزائري التحكيم بأنه دولي إذا كان يخص المنازعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل و بهذا يكون التحكيم دوليا وفقا للقانونين المصري و الجزائري إذا تعلق بعلاقة تجارية أساسها المعيار الإقتصادي الحديث الذي يتضمن إنتقال الأموال و القيم الإقتصادية و الخدمات عبر الدول. و للتفرقة بين التحكيم الوطني و التحكيم الدولي أهمية كبيرة.

فمن ناحية التنظيم القانوني لكليهما، يخضع التحكيم الوطني لقواعد قانونية موضوعية و إجرائية داخلية إضطلع بوضعها المقنن الوطني في كل دولة.

أما التحكيم الدولي فهو إن كان يخضع في تنظيمه لقواعد قانونية خاصة من وضع المقنن الداخلي، إلا أن هناك العديد من الإتفاقيات الدولية التي أبرمت بشأن التحكيم بعضها ثنائي و الآخر جماعي، من ذلك الإتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة بجنيف

⁷² محمود مختار البربري، المرجع السابق، ص 13.

⁷³ نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية،

1941 و إتفاقية نيويورك حول الإعتراف بأحكام المحكمين و تنفيذها 1958، و إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987.

و من ناحية نطاق مبدأ سلطان إرادة المحكمين، تضيق في مجال التحكيم الوطني لقدرة الأطراف على وضع قواعد تنظيم عملية التحكيم لوجود العديد من القواعد الموضوعية و الإجرائية التي تقيد سلطان إرادة المحكمين، وهذا بخلاف التحكيم الدولي، حيث يمتد نطاق مبدأ سلطان الإرادة إلى أقصى مدى، سواء من حيث حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية و القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، حيث تعترف جميع النظم القانونية برخصة و حق الأطراف في فض ذلك النزاع في مجال عقود التجارة الدولية بتحديد و إختيار القواعد الموضوعية واجبة التطبيق.

كذلك معاملة حكم التحكيم تختلف بين التحكيم الوطني و التحكيم الدولي، حيث أن عدم تسبب حكم التحكيم قد يبطله في التحكيم الداخلي، وهو حكم يقبل الطعن فيه بالإستئناف، و هذا أمر غير جائز لدى أغلب النظم في التحكيم الدولي.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن النظم المشابهة له

إذا كان التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ مستقبلا دون اللجوء إلى قضاء الدولة، بموجب إتفاق يلتزم بموجبه الأطراف المتنازعة على عرض نزاعاتهم للفصل فيها من قبل هيئة تحكيم يختارونها، فإنه يعد نظاما خاصا و متميزا بقواعده عن الوسائل الأخرى المعروفة لتسوية المنازعات على غرار الصلح مثلا، الذي يحسم به المتنازعون بأنفسهم و ذلك بتنازل كل منهما عن بعض مما يتمسك به، فهئية التحكيم و إن كانت قد إختيرت من قبل الأطراف المتنازعة، غير أن ذلك لا يعطيها صفة الوكيل عنهم، لأن الوكيل سيستمد سلطته من الموكل و يعمل بإسمه و لحسابه بل و يلتزم في أداء تعليماته بتعليمات الأصيل و دون تجاوز لحدود وكالته وفقا للأحكام العامة للوكالة' وإلا يعد مسؤولا لوحده عن ذلك التجاوز ما لم يقم الأصيل بإقراره فيما بعد كما أن هيئة التحكيم لا تعد خبيراً في النزاع المطروح عليها بحكم الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم لفضه سواء أخذ صورة

شرط تحكيم أو إتفاق تحكيم أو كما يصطلح عليه البعض مشاركة تحكيم لأن دورها لا يقتصر على تقديم تقرير الخبرة و التي تخضع فيما بعد للسلطة التقديرية لقاضي الدولة ،لأن رأيه هذا ليس له القوة الإلزامية.

أولاً: تمييز التحكيم عن الصلح

يعرف الصلح بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، عن طريق نزول كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه، و قد نظم القانون المدني المصري نظام الصلح في المواد 549 إلى المواد 557 في الفصل السادس من الباب الأول.

و يفترض الصلح ادن وجود نزاع فعلي أو إحتمالي بين طرفين أو أكثر، و يهدف الصلح إلى إنهاء هذا النزاع عن طريق نزول كل طرف عن جزء من إدعائه⁷⁴.

و تتمثل أوجه الشبه بين التحكيم و الصلح فيما يلي:

- * كلاهما من الطرق البديلة لحسم النزاعات بدلاً من القضاء.
- * كلاهما يستند إلى إرادتي طرفي النزاع، و التي قد تكون سابقة على نشوب النزاع في شرط التحكيم أولاً حقه عليه (إتفاق التحكيم) فإن إنعدم الإتفاق فلا تحكيم و لا صلح.
- * التحكيم و الصلح متحدان من حيث النطاق حيث أنهما يقتصران على حسم المنازعات التي لا يكون موضوعها متعلقاً بالنظام العام، أو حالة الأشخاص أو أهليتهم غيران المشرع أجاز الصلح في المسائل المالية الناجمة عن الحالة الشخصية.
- * يستندان إلى عقد ، فالتحكيم بصورتيه شرطاً كان أو إتفاقاً، و كذلك الصلح هو عقد بنص القانون.
- * يؤديان إلى إنهاء النزاع بين الطرفين المتنازعين.

⁷⁴ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 44.

و بالرغم من نقاط التشابه التي أوردناها إلا أن هناك إختلافا بين التحكيم و الصلح و هي:

/ محل عقد التحكيم هو إلتزام الخصوم بسلب الإختصاص من المحاكم المعنية و طرحه على المحكم أو هيئة التحكيم، حتى تصدر فيه حكما ينهي النزاع، أما في الصلح فهناك تنازل متبادل بين الخصوم عن حقهم.

- في الإجراءات الشكلية الصلح يتم بتلاقي الإرادتين، أما التحكيم فله إجراءات محددة قانونا. في الجانب الموضوعي الصلح لا يلزم سماع البيّنات، أما التحكيم فيتم سماع البيّنات من الأطراف المتنازعة.

- الصلح يمكن أن يجري بين المتنازعين مباشرة دون واسطة من شخص ثالث في حين أن التحكيم لا يكون إلا عن طريق طرف ثالث غير الطرفين المتنازعين و هو المحكم أو المحكمين.

- التحكيم ينتهي بحكم حاسم للنزاع، يكون قابلا للتنفيذ الجبري مباشرة بعد امهاره بالصيغة التنفيذية و إستكمال الإجراءات المتطلبة قانونا، أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء العام في الدولة و الذي يجعله صالحا لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية عليه (1).

- الصلح وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذو الشأن بأنفسهم أو بواسطة من يمثلونهم، يحسمون بها نزاعهم بأن يتنازل كل منهما أو منهم عن حقه في حين يقتصر دور الأطراف المتنازعة في التحكيم بإصدار حكم يكون ملزما لهم الحل الذي ينتهي إليه التحكيم يكون نابعا من إرادة هيئة التحكيم، دون الاعتداد بإرادة الأطراف المتنازعة، عكس الصلح الذي يكون فيه الحل الذي ينهي النزاع من عمل الأطراف، حتى و لو فوضوا شخصا من الغير في إجراء هذا الصلح و حتى و لو إتفقوا في عقد الصلح على إختيار شخص ثالث يقوم بالتوفيق بينهم فإن هذا الشخص لا يعد وأن يكون وسيطا أو مصالحا و الحل ينتهي إليه لا يكون ملزما لأطراف النزاع إلا بقبولهم له.

ينتهي التحكيم بحكم تحكيم ملزم لأطراف المتنازعة، و يعد سندا تنفيذيا متى صدر الأمر بتنفيذه من القضاء العام للدولة، و يطعن فيه بطرق الطعن المقررة وفقا لما تقرره التشريعات، بينما عقد الصلح لا يكون قابلا للتنفيذ في ذاته.

و لا يكون سنداً تنفيذياً إلا إذا أفرغ في صورة عقد رسمي أو تم أمام قضاء الدولة عن طريق إقرار الخصوم أمام المحكمة و إثبات ذلك الإقرار في محضر الجلسة و يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للعقود. في الصلح يتنازل كل طرف عن جزء من حقه، أما في التحكيم فإن الأطراف المحتكمة لا يقدمون أي تنازل، و إنما يقومون بتكليف هيئة التحكيم بالفصل في النزاع، بإصدار حكم تحكيمي يكون ملزماً للأطراف، كما أنه في الصلح يعرف كل طرف ما سيتنازل عنه، على عكس التحكيم فالأطراف لا يعرفون ما يكون عليه حل النزاع⁷⁵.

ثانياً: التحكيم و التوفيق أو الوساطة.

التوفيق طريق ودي لفض المنازعات بين الأطراف، و عن طريقه يقوم الأطراف بأنفسهم أو بواسطة شخص من الغير، بالإجتماع و التشاور للوصول إلى حل ينهي النزاع و يرضي الخصوم، و الوساطة لها نفس المعنى ووجهة النظر التي ينتهي إليها التوفيق و الوساطة تتشابه مع هدف التحكيم وهي فض النزاع و مع ذلك فهناك أوجه اختلاف :

-التحكيم تنظيم قضائي ينتهي بحكم له آثار الأحكام القضائية قابل للتنفيذ الجبري وملزم للخصوم

أما التوفيق فلا ينتهي بحكم بل بإقتراح لتقريب وجهات النظر⁷⁶، و المحضر الذي يحرره الموفق لا يكون له آثار أو حجية الأحكام القضائية.

في التوفيق و الوساطة يتم تقديم تنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى الحل أما التحكيم فلا يهدف إلى التوصل إلى حل وسط فيمكن للمحكم تلبية طلبات أحد الخصوم و يرفض طلبات الأخر.

⁷⁵ محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم و تميزه عن غيره، الكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ط، 2009، ص 241-237.

⁷⁶ لزه بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010، ص40.

ثالثاً: التحكيم و الخبرة.

عرفت الخبرة بأنها المهنة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص متخصص في مهنة أو مجال معين إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال إختصاصه دون إلزام الخصوم بهذا الرأي⁷⁷، و هناك من عرفها بأنها: بمثابة شهادة فنية في بعض المعارف و التخصصات التي لا يلم القاضي بها، لذلك قالوا بوجود تحقق العدالة في الخبير على إعتبار أن ذلك شرط في الشهادة و هناك من قال كذلك أن: " الخبرة هي إحدى طرق الإثبات التي يمكن أن يلجأ لها الأطراف في الدعوى، كما أن للقاضي أن يلجأ إليها من تلقاء نفسه كلما دعت الحاجة للتثبيت في مسائل فنية إختصاصية.

وعرفت الخبرة بأنها هي تدبير إجرائي، ليلجأ إليه القاضي في كل أمر يستلزم معرفة ضرورية بالوقائع ذات الطبيعة المركبة، حيث يعهد القاضي بمقتضى هذا التدبير بموجب سلطته التقديرية إلى واحد أو أكثر من الإختصاصيين البحث و التدقيق في الأسئلة المعروضة عليه، و التي تكون من طبيعة فنية تقنية، تدخل في إختصاصهم و معارفهم".

و يمكننا تحديد خصائص الخبرة فيما يلي:

تعد الخبرة إذا تفررت من القضاء، سواء قررها القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم.

الخبرة تعد تحقيق فني يتناول الوقائع المادية دون المسائل القانونية لأن المسائل القانونية هي من إختصاص القاضي، كما أن الخبرة الفنية تقتصر على الوقائع المختلف عليها في ملف الدعوى و لا تتناول الوقائع التي يمكن إثباتها بغير الخبرة، مثل تلك الوقائع التي يمكن إثباتها بالشهادة⁷⁸.

⁷⁷ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 40.

⁷⁸ محمد واصل حسين بن علي الهاللي، الخبرة الفنية امام القضاء، دراسة مقارنة، المحكمة العليا، مسقط، د ط، 2004، ص 22.

الخبرة هي إختيارية بالنسبة للقاضي، فهو غير ملزم بالجوء إليها كلما طلب الخصوم ذلك مادام لا يوجد نص قانوني يلزم القاضي بالجوء إلى الخبرة في بعض المنازعات المعينة، كما هو عليه الأمر في بعض التشريعات العربية كقسمة المال الشائع.

تكون الخبرة ذات صفة طارئة يتم تقريرها تبعا للدعوى التي تقتضيها، و هذا لا يمنع من طلب إجراء مؤقت في دعوى مستعجلة بإجراء معاينة و خبرة من أجل الوقوف على شأن عاجل يتطلب تدبيرا احتياطيا بمنع خطر أو تلافي ضرر و من أوجه التشابه بين التحكيم و الخبرة ما يلي:

- ❖ يشترك التحكيم مع الخبرة في كونهما يقومان على ضرورة توافر الموضوعية و كذا الحياد و النزاهة و الإستقلال أثناء مباشرة عملية التحكيم أو إنجاز الخبرة.
- ❖ يرى البعض بأن النظام القانوني للتحكيم يتشابه مع الخبرة في أساسها و هو إتفاق الأطراف، كما أن التحكيم و الخبرة لا يلجأ إليهما من الأطراف المتنازعة إلا بخصوص مسألة محل نزاع أو خلاف.

أما أوجه الإختلاف بين التحكيم و الخبرة تتمثل فيما يلي:

- يختلف التحكيم عن الخبرة في دور كل منهما، فدور المحكم يتسم بالسلبية حيث ينظر فيما قدم إليه من الخصوم من مستندات، في حين أن دور الخبير يتسم بالإيجابية حيث يبادر للحصول على كافة المعلومات اللازمة لإعداد تقريره.

- يختلف التحكيم عن الخبرة في كون الأخيرة ما هي إلا إبداء الرأي و المشورة من متخصص لمن يطلبها دون إلتزام من هذا الأخير بإتباعها، في حين أن التحكيم هو فصل في النزاع أو الخصومة.

- يختلف التحكيم عن الخبرة في كون مهمة الخبير منحصرة في إبداء رأي فني في مسألة محددة في حين أن مهمة المحكم تتمثل في حسم النزاع المطروح عليه، كما أن مهمة الخبير هي الفحص المادي أي أن المهمة محصورة في فحص المسائل الواقعية ذات التخصص الفني عموما، في حين أن مهمة المحكم فحص إدعاء قانوني والفصل فيه طبقا لقواعد

إجرائية محددة⁷⁹، المحكم لا يؤدي اليمين لأن ثقة الخصوم به هي التي أدت لإختياره، في حين أن الخبير يؤدي اليمين أمام القضاء بمقتضى النصوص القانونية.

و للفرقة بين التحكيم و الخبرة أهمية من الناحية العلمية نظرا لإختلاف النظام القانوني الذي يحكم كل منهما، فالقواعد التي تحكم الإتفاق على التحكيم لا تتطابق مع تلك المتعلقة بالخبرة فالكتابة شرط لصحة التحكيم سواء أخذ صورة شرط أو إتفاق تحكيم و لكنها ليست كذلك عند اللجوء إلى الخبير ففي الخصومة التحكيمية تكون هيئة التحكيم مكلفة بالفصل في النزاع المعروض عليها موضوع اتفاق التحكيم و القرار الصادر عنها في هذا الخصوص ملزم للأطراف المحكّمة.

في حين أن رأي الخبير ليس له القوة الملزمة كحكم التحكيم و لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المحددة لحكم التحكيم، فعمل الخبير ليس أكثر من دليل ما أدلة الإثبات التي تتوافق حجيتها على تقدير من يتولى الفصل في النزاع قاضيا كان أو محكما، و للتمييز بين التحكيم و الخبرة أهمية خاصة لاسيما في العقود الزمنية بسبب ما يتركه تغيير الظروف الإقتصادية أثناء تنفيذ هذه العقود من أثر على إلتزامات أطرافها، فكثير ما يتفق الطرفان أو الأطراف المتنازعة في العقد ذاته أو في إتفاق لاحق على شخص ثالث يتولى مهمة جعل التوافق بين العقد و الظروف المستجدة⁸⁰.

⁷⁹ خالد عبد العزيز محمد الدخيل، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، بحث مقدم إستكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، الرياض، ص 34.

⁸⁰ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 42-43.

المبحث الثاني: التحكيم و قانون التجارة الدولية

لقد ساهم التحكيم التجاري الدولي بدور فعال في خلق قواعد قانون التجارة الدولية، التي نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجارة و رجال الأعمال، و ذلك بإيجاده للحلول التي تتواءم و طبيعة منازعات التجارة الدولية، و إرسائه لبعض العادات و القواعد التي ليس لها نظير في الأنظمة الوطنية، ما دعي بعض الفقه إلى القول أن التحكيم قد أضحى أحد العوامل الرئيسية في خلق و تطبيق قانون التجارة الدولية.

و لقد أصبح التحكيم التجاري الدولي على هذا النحو منافسا خطيرا للقضاء الوطني، خاصة و أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون طرح نزاعاتهم على أشخاص ذو خبرة فنية خاصة، لا يتقيدون بقواعد القوانين الداخلية التي أصبحت لا تواكب التطور الحاصل على الصعيد الدولي.

و سيتم التطرق في هذا المبحث لماهية قانون التجارة الدولية كمطلب أول و كيفية تطبيقه كمطلب ثاني.

المطلب الأول: ماهية قانون التجارة الدولية

ينطوي قانون التجارة الدولية على عادات و أعراف التجارة الدولية، و العقود النموذجية و الشروط العامة، و المبادئ العامة للقانون المشتركة بين الأمم المتمدينة، و قواعد العدالة و الإنصاف متى تم تفويض المحكم في الحكم بمقتضاها، كما يمتد فيشمل أيضا الإتفاقات الدولية الموحدة في شأن التجارة الدولية، سواء بالنسبة للقواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد، و كذلك التشريعات الوطنية المختلفة في شأن تنظيم التجارة الدولية.

الفرع الأول: التعريف بقانون التجارة الدولية

إن الحديث عن النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية و التي يحتل فيها البيع و ما إتصل به من عمليات المكانة الأهم في الواقع⁸¹، و يطلق الآن على هذا النظام القانوني أسم قانون التجارة الدولية ، في عام 1965 جاء في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بأنه " مجموعة القواعد التي تسري بها العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص و التي تجري بين دولتين أو أكثر"، فيشمل هذا التعريف مجموعة القواعد المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات و الإعتمادات المصرفية و النقل و التأمين و حقوق المؤلف و الملكية الصناعية و التحكيم التجاري و عقود الإستثمارات و نقل التكنولوجيا، و الشركات الدولية و لا يميل البعض إلى إعتبار المواضيع الأخيرة من مواضيع هذا القانون بحجة أن مثل هذا التوسيع يحتاج إلى تأمل.

فمسألة الشركات الدولية أو متعددة الأوطان، ليس لها لحد الآن تنظيم دولي شامل يكفي بذاته كي تنشأ قانون بموجبه شركة معينة ذات فروع في بلاد متعددة و بحيث تكون خاضعة حينئذ لهذا النظام أساسا و بصفة مستقلة عن قانون دولة معينة.

و أما عقود الإستثمار فإنها تتصل بالبلاد النامية بمسائل التنمية من بعض الأوجه و هذه تدخل ضمن المنهاج الإقتصادي العام للدولة فهي أميل إلى الإلتصاق بالقانون الدولي

⁸¹ د. طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2005، ص51.

الإقتصادي و لا يغيب عن البال أن هذه المسائل حديثة جدا و يقصد من مصطلح القانون الإقتصادي الدولي " تلك الأسس لتنظيم دولي إقتصادي جديد و برنامج العمل الذي يوضح كيفية تنفيذه، و هو يعد فرعا من فروع القانون الدولي العام و لكن يبعد عن المفهوم التقليدي لهذا القانون الأخير، أو كما يسمى البعض الآخر بأن القانون الذي يتناول مسائل هذه الشركات هو قانون الأعمال الدولي و هذا أوسع نطاقا من قانون التجارة الدولية إذ ينظم أحكام الشركات متعددة الجنسية بالإضافة إلى المعاملات التجارية الدولية، بينما يقتصر قانون التجارة الدولية على تنظيم العلاقات التجارية ذات الصفة الدولية و لا شأن له بالشركات المتعددة الجنسيات⁸².

و يلاحظ أن هذا الإتجاه يتعارض مع الإتجاه الذي يقول بأن موضوع الشركات متعددة الجنسيات هي من أهم أشخاص قانون التجارة الدولية، فهذا ما يشير إليه الواقع، كما أن الإتفاق حاصل بأن مسائل هذه الشركات تخضع لقانون الأعمال الدولي الذي يتفرع منه حسب الإتجاه المذكور قانون التجارة الدولية.

فيمكن قياس ذلك على قانون التجارة الوطني الذي تتفرع منه القوانين التجارية المختصة مثل قانون الشركات التجارية و غيرها و مع ذلك يمكن القول أنه بالرغم من عدم وجود قانون مختص بإنشاء مثل تلك الشركات الدولية، إلا أننا لا ننكر أنها من الأشخاص البارزين في ميدان التجارة الدولية فإنها من صلب موضوعات قانونها حالها في ذلك حال الشركات الوطنية بإعتبارها من مواضيع القوانين التجارية الوطنية.

لذا سوف لا نهمل التعرف إليها في هذه الدراسة، إن مثل هذا القانون هو في دور التحضير فنرى بعض الشركات ذات النشاط الدولي لا تنص في عقود تأسيسها على القانون الذي يخضع إليه و نتركه مسكوتا عنه و مثال ذلك (الساس air system S.A.S scandinawian) و المؤسسة في 1951 حيث يضم هذا الإتفاق شركات الطيران الكبرى من الدنمارك و النرويج و السويد و ينص إتفاقها على اختصاص محاكم التحكيم في تفسير

⁸² يعقوب صرخوة، النظرية العامة لقانون التجارة الدولية، طبعة 1، الكويت، 1999، ص 35-36.

عقود هذه الشركة للتخلص من سلطان المحاكم الوطنية و يكون ذلك بالرجوع إلى محكمة العدل الدولية عادة كما أن الإتفاق محرر بلغة أجنبية هي الإنجليزية و ليس بلغة أي من الدول الثلاث⁸³، و أن إستعمال تعبير الساس هو من أصل بريطاني للرجوع في تبيان إستقلال هذا الإتفاق عن القوانين الوطنية لهذه الدول المشاركة فيه و نجد هذا الإتجاه في الإستقلال في الشركات العربية المشتركة و أما بالنسبة لعقود الإستثمار فنرى الإتجاه أيضا في الأعراف و الشروط العامة من خلال ما درج عليه القول بمشاريع الجنوب و عقود الدولة و غير ذلك.

الفرع الثاني: خصائص قانون التجارة الدولية.

لقانون التجارة الدولية خصائص تميزه عن باقي القوانين الأخرى و ذلك نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها و يمكن إجمال هذه الخصائص في ثلاثة خصائص:

أولاً: قانون التجارة الدولية قانون تلقائي.

من المعلوم أن القانون بمفهومه العام هو أصلا قانون تلقائي النشأة، حيث بدأ يتكون بداية من مجموع الأعراف و العادات التي كانت سائدة في المجتمع و بقي على هذا الحال إلى أن ظهرت الدولة الحديثة و بدأت تنهض بسن القوانين و يبدوا أن التاريخ قد أعاد نفسه بشأن القواعد التي أصبحت سارية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، حيث نشأت و تكونت من خلال الأعراف التي يتبعها المتعاملين في الأوساط التجارية الدولية، دون المرور بالقناة الرسمية لسن القانون و بهذه المثابة فإن قواعد قانون التجارة الدولية هي ذات نشأة تلقائية تعتمد على ما يستقر عليه الأمر من عادات و أعراف في نطاق الأعمال على المستوى الدولي و التي حتما ستكون متماشية مع الطبيعة الذاتية للمعاملات الدولية و تتوافق مع توقعات المتعاملين الدوليين لأنهم هم من صمم لبناتها الأولى بممارستهم المتكررة.

ثانياً: قانون التجارة الدولية قانون طائفي

⁸³ طالب حسين موسى، المرجع السابق، ص 53.

يشكل قانون التجارة الدولية قانون لمجتمع التجار فهو لا يخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص لتنظيم العلاقات القائمة بينهم في إطار ذلك المجتمع، لذلك توصف قواعده بالطائفية و من جهة أخرى فإن قواعد هذا القانون لا تنظم نوعاً معيناً من المعاملات هي معاملات تجارية دولية، أي العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص و التي تجري بين دولتين أو أكثر فتشمل بذلك عقد البيع الدولي للمنقولات، عقد النقل و التأمين و الإستثمار و نقل التكنولوجيا، لذلك توصف قواعده بالقواعد ذات الطبيعة النوعية، و قد كان للطبيعة النوعية لهذه القواعد دوراً بالغ الأهمية في إحتواء الإختلاف الناجم عن تعدد الثقافات القانونية بين المتعاملين في التجارة الدولية، حيث سمحت بإنصهار النظم ذات النزعة الانجلوسكسونية، و النظم ذات النزعة اللاتينية في قالب واحد ينطبق محتواه على كافة الروابط في مجتمع التجار للحدود.

ثالثاً: قانون التجارة الدولية قانون موضوعي

إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تهدف بالأساس إلى توزيع الإختصاص التشريعي بين القوانين التي تتزاحم لحكم المنازعات المشتمة على عنصر أجنبي فإن قواعد قانون التجارة الدولية هي قواعد موضوعية تقدم الحل الموضوعي للنزاع مباشرة دون أن تحيل إلى غيرها من القواعد فهي معدة خصيصاً لذلك، و جاءت في الأصل للقضاء على تنازع القوانين.

الفرع الثالث: مصادر قانون التجارة الدولية.

يمكن حصر مصادر قانون التجارة الدولية في ثلاثة مصادر و هي: الأعراف عبر الدولية، المبادئ العامة عبر الدولية، قواعد العدالة و هذه المصادر هي المصادر المتفق عليها و التي تؤكد على إستقلالية قانون التجارة الدولية ضف إلى ذلك مصادر أخرى مختلف فيها و تتمثل في: القواعد التي تتضمنها العقود النموذجية و الشروط العامة، الإتفاقيات الدولية للقواعد الموضوعية وقواعد الإسناد المتعلقة بالتجارة الدولية، التشريعات الوطنية في شأن تنظيم التجارة الدولية.

أولاً: المصادر المتفق عليها

1- أعراف التجارة الدولية

يتمثل هذا التنظيم الجديد في الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على إتباعها، و تجد مصدرها في عادات و أعراف المهنة، والسوابق القضائية نتيجة الجهد الاستثنائي لقضاء التحكيم⁸⁴، الذي يقوم بدور فعال في خلق هذه القواعد وهي قواعد تلقائية النشأة في إطار الأوساط المهنية و التجارة التي ترتبط بأكثر من دولة، و تستجيب إلى متطلبات التجارة الدولية في صورها المختلفة المتعلقة بالقانون الخاص.

و هذه القواعد تشكل المصدر الأول لقواعد التجارة الدولية، و هو مصدر بطيء التكوين و التعبير لا ينشأ عادة في فترة وجيزة، و إنما يجب أن يتكاثر الاعتياد على إتباع قواعده بصورة منتظمة و على سبيل التكرار، بحيث يثبت لها طابع الإستقرار، و يستقر الإيمان في نفوس المخاطبين بأحكامه بأنه إكتسب صفة الإلزام في حقهم و لا يوجد حد معين لمدة إتباع هذه القواعد فهي تختلف باختلاف الظروف و هذه الأعراف و العادات التي تستكمل شروطها، تكفل للعلاقة وحدة القانون الواجب التطبيق عليها، و من هذا القبيل القواعد الموضوعية الموحدة بشأن الإعتماد المستندي، و التوريدات الدولية، و البيوع الدولية، و هذه القواعد الموضوعية تتدخل في التفسير و تكوين العقد و تنفيذه و تحديد الإلتزامات و نتائج عدم التنفيذ الإحتمالية و تسليم البضاعة و نقل المخاطر و تقسيم المصاريف بين الأطراف، و لا يلزم المحكم بيان مصدر العادة المهنية التي طبقها في حكمه، و هذا القانون الموحد، المعلوم سلفاً يصون توقعات الأطراف منذ البداية، و قد إستطاعت غرفة التجارة الدولية سواء في مسائل الإعتماد المستندي أم الأوراق التجارية⁸⁵ أم في شأن التفسير الموحد للإصلاحات الجاري إستعمالها في العقود الدولية.

⁸⁴ منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2000، ص.44 ، 45.

⁸⁵ منير عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 46.

2- المبادئ العامة عبر الدولية

تدرج في هذا التنظيم المبادئ العامة المتعارف عليها و السائدة في كل من النظم القانونية المتحضرة مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ توازن الأدعاءات التعاقدية، و مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، و إحترام الحقوق المكتسبة " و الإثراء بلا سبب" و القوة القاهرة، و مبدأ تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة لأطرافه، و عدم التعسف في إستعمال الحق و المسؤولية من عدم التنفيذ و إلتزام المدعي بالإثبات، و عدم إستفادة الدولة من خطئها.

و كذلك يدخل في إطار هذه المبدأ التعويض الكامل للضرر المباشر و المتوقع، و كذلك مبدأ الإدلاء بكل بيان للشريك أو الطرف الأخر في العملية، و يعد هذا المبدأ الأخير " قاعدة عالمية".

و غني عن البيان، أن الحرية التي يتمتع بها المحكم في خصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، كانت عاملا أساسيا في تمكينه من إستبعاد التشريعات الوطنية لما قد يشوبها من نقص أو تعارض يعرقل التجارة الدولية و اللجوء إلى فكرة المبادئ العامة.

3- قواعد العدالة

تعد قواعد العدالة المصدر الثالث لقانون التجارة الدولية، و من بين الخصائص الذاتية لتحكيم مرونته في حل النزاع، فهو لا يقتصر على الحكم في النزاع وفقا للقانون، و إنما يمتد إلى حل النزاع بطريق توفيقى يستجيب لمصالح أطراف المتنازعة من الناحيتين الإقتصادية و الإجتماعية، ذلك أن المحكم كثيرا ما يكون مفوضا بالصلح من جانب الأطراف، و هو ما يطلق عليه تحكيم العدالة، عندئذ لا يتقيد المحكم في حكمه بنصوص القانون و قواعده، و هي إمكانيات لا تتوفر بالنسبة للقضاء العادي، و لهذا يمكن أن يستقيم الحكم على القواعد العدالة و الإنصاف البحتة وحدها.

و تعتبر قواعد العدالة التي ينتهي المحكم إلى تطبيقها في النزاع، عندما يفوض صراحة في الحكم بمقتضاها، مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية وأحد مكوناته، وذلك متى إتخذت هذه القواعد التي إقتنع بها المحكم في بناء حكمه، طابع التكرار و العمومية.

و عادة لا يتم اللجوء إلى تحكيم العدالة إلى عندما تنعدم القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع أو يترتب على تطبيقها ضرر محقق بأحد الأطراف، و كذلك في حالات التي يتعذر الوصول إلى الحل في عادات و أعراف التجارة الدولية.

تانيا: مصادر قانون التجارة الدولية المختلف عليها

1/ القواعد التي تتضمنها العقود النموذجية و الشروط العامة

العقد النموذجي هو وثيقة مطبوعة، يمكن أن تستخدم كأنها العقد ذاته إذ تنطوي على جميع القواعد التي تحكم هذا العقد و هي معدة سلفاً، مثل التزامات الأطراف و ضمانات التنفيذ، و مكانه، و أسباب الإغفاء من المسؤولية، و نوع البيع و ربط تبعة الهلاك إما بالتسليم أو انتقال الملكية، أو تأجيل هذه التبعية حتى يتم الوفاء بكامل الثمن.

و من أمثلة هذه العقود، عقود جمعية لندن للقمح التي أدت إلى توحيد المعاملات في تجارة الحبوب في معظم أنحاء العالم، و كذلك العقود المتعلقة بتصدير المصانع، و الآلات و تركيبها، و العقود النموذجية لاستيراد و تصدير الأخشاب، و كذلك عقود البناء و التشييد، و هي تخضع لشروط نموذجية وضعها الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، أما الشروط العامة، فهي أحكام يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية، و يلتزمون بها في معاملتهم.

و لا شك أن إعتياد الأطراف اللجوء إلى الشروط العامة يؤدي إلى تحويلها إلى أعراف ملزمة دون ثمة حاجة إلى النص عليها، و يجوز للأطراف إدخال بعض التعديلات عليها فيما يتعلق بكل معاملة على حدى.

و من قبيل الشروط العامة، تلك التي وضعتها اللجنة الإقتصادية الأوروبية⁸⁶، التي أنشأها المجلس الإقتصادي و الإجتماعي التابع للأمم المتحدة سنة 1947 مثل الشروط العامة لبيع

⁸⁶ كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم و حتمية قانون التجارة الدولي، الطبعة الأولى، ص 26.

الآلات الصناعية، و الشروط العامة لبيع الأخشاب، و كذلك الشروط العامة التي وضعها مجلس التعاون الإقتصادي.

2/ الإتفاقيات الدولية للقواعد الموضوعية و قواعد الإسناد و المتعلقة بالتجارة الدولية

يمتد قانون التجارة الدولية إلى القواعد الموضوعية المستمدة من مصدر دولي أي من المعاهدات التي تعتبرها **مجالا خصبا** لتقنين عادات و أعراف التجارة الدولية، و هذه المعاهدات إما ثنائية و إما جماعية و معظم المعاهدات الجماعية ثم إبرامها بإشراف و بدراسة منظمات دولية و أهم المعاهدات قانون جنيف الموحد بشأن الأوراق التجارية⁸⁷، و إتفاقية لاهاي للاعتراف بالشخصية القانونية للشركات و الجمعيات و المؤسسات و إتفاقيات النقل الجوي و البحري، و كذلك الإتفاقيات المتعلقة بنقل التكنولوجيا، مثل إتفاقية جنيف سنة 1987 للتسجيل الدولي للإختراعات العلمية، و كذا المعاهدات المتعلقة بمسائل القانون البحري و أهم هذه الإتفاقيات إتفاقية نيويورك في 10 يونيو 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

و لا يقتصر قانون التجارة الدولية على قواعد مادية فحسب، بل إنه يمتد إلى قواعد الإسناد، و من تم يدخل في مفهوم قانون التجارة الدولية، معاهدة لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، التي وحدت قواعد تنازع القوانين في هذه البيوع.

وغنى عن البيان أنه إذا وجدت معاهدة كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية، تحكم النزاع التجاري الدولي، سواء كانت ترمي إلى توحيد قواعد التنازع أم تقديم حل موضوعي أم مادي ينطبق مباشرة على النزاع فإنها تقضي على مشكلة التنازع بين الأطراف الذين ينتمون إلى الدول الموقعة على المعاهدة، و لكن المعاهدة لا تمتد إلى منازعة تضمنت عنصرا أجنبيا متى كان أطرافها ينتمون إلى دول ليست موقعة عليها، عندئذ تثار مشكلة التنازع و مع ذلك يستطيع المحكم أيضا تطبيق المعاهدة، مثل معاهدة فينبا لسنة 1980 بشأن

⁸⁷ طالب حسين موسى، المرجع السابق، ص 76.

البيع التجاري الدولي للبضائع، لا بوصفها قانونا وطنيا و لكن بوصفها أداة تطبيق بهذا الوصف، حتى و لو كانت الدول التي ينتمي إليها الأطراف المتنازعة لم تصادق عليها.

و بدهاة ليس ثمة ما يحول دون تطبيق القواعد المادية الموحدة على العلاقات الداخلية المحصنة في الدولة التي تعتبر المعاهدة قانونا من قوانينها، و قد إنتشرت إتفاقيات المساعدة القضائية و أبرمت فرنسا عددا كبيرا منها، و هي تنصب أساسا على المعاونة في مسائل القضاء بين الدول، و لكن هذه الإتفاقيات في الوقت الراهن أصبحت تنطوي أيضا على شروط خاصة بالإعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في بلد معين و يراد تنفيذها في بلد متعاقد آخر⁸⁸، و هذا هو الحال في ثان إتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين جمهورية مصر العربية و البحرين الموقعة في 17 مايو 1989 التي تحدد المادة 34 منها الشروط التي يتعين توافرها لتنفيذ حكم التحكيم الصادر من أحد البلدين في البلد الآخر و كذلك إتفاق التعاون القضائي بين مصر و المملكة الأردنية الهاشمية الموقعة في القاهرة سنة 1986 التي حددت المادة 25 منها شروط تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في أحد البلدين في إقليم البلد الآخر.

و لما كانت مثل هذه الإتفاقيات قد تكاثرت بحيث أصبح الأمر يثير تنازع بينها و لحل هذا التنازع إتجه الرأي إلى تفضيل الإتفاقية الأكثر حداثة، أو الأكثر خصوصية، أو تطبيق قاعدة الفعالية القصوى، و ذلك بتفضيل الإتفاقية الأكثر صلاحية التي تؤدي إلى صحة التحكيم و تنفيذ الحكم.

و مع ذلك كثيرا ما تنظم الإتفاقيات ذاتها هذا التعرض المحتمل بوضع شرط الملائمة، و هو ما يسهل إلى حد ما تفسيره، و في إطار إتفاقيات المساعدة القضائية المبرمة بمعرفة فرنسا فإنه من السهل التمييز بين النصوص الخاصة بالتحكيم من ناحية و بين النصوص التي تكتفي بالإحالة إلى معاهدة نيويورك من ناحية أخرى.

⁸⁸ منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 52.

و بصرف النظر عن النصوص المتعلقة بإقرار أحكام التحكيم الصادرة من الخارج فإن هذه الإتفاقيات يمكن أن يكون لها تأثير على الإختصاص القضائي الدولي المباشر للقاضي الفرنسي أو الأجنبي عندما يكون الأمر متعلق بمناسبة دعوى تحكيم مرفوعة على سبيل المثال للحكم بإجراء مؤقت أو تعيين محكم أو رده.

و لما كانت المعاهدة تعتبر قانونا وطنيا من قوانين الدولة التي إنضمت إليها، أو صادقت عليه، و من ثم يمتنع الدفع بالنظام العام لإستبعادها، أو إستبعاد بعض قواعدها، بحجة أنها تتعارض مع الأسس الجوهرية في مجتمع الدولة التي إعتنقها.

3/التشريعات الوطنية في شأن تنظيم التجارة الدولية

قد يكون مصدر أحكام قانون التجارة الدولية، التشريع الداخلي، مثل القانون التشيكي للتجارة الدولية الصادر في 04 ديسمبر 1963، و الساري إعتبارا من أول أبريل 1964 و هو يحتوي على 726 مادة، يمثل تنظيما شاملا لجميع علاقات الأطراف المتعلقة بعقود التجارة الدولية و من هذا القبيل أيضا قانون جمهورية ألمانيا الديمقراطية في شأن العقود الإقتصادية الدولية ، وكذلك التشريعات الوطنية الخاصة بنقل التكنولوجيا مثل تشريع الفلبين الصادر بالمرسوم رقم 1520 في 10 أكتوبر 1978.

و في مصر صدر قانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، عالج التحكيم الدولي و الداخلي على حد السواء، و هذه التشريعات الوطنية في شأن نظم التجارة الدولية لا يعمل بها إلا إذا إختارها الأطراف، و هي لا تنطبق إلا على عقود التجارة الدولية بمعنى أنه يستبعد تطبيقها على العقود الداخلية، و هذه الطائفة من التشريعات تعتبر قواعد قانون دولي من مصدر تشريعي داخلي، و هي تخضع لنظام قانوني تنتمي إليه، بمعنى أنها لا تنطبق إلا إذا إتفق الأطراف على إختيارها و هي في هذا تخضع في تطبيقها لقواعد التنازع.

و يمكن تشبيه قواعد التجارة الدولية بقانون الشعوب الذي كان سائد في عهد الرومان و لما كانت قواعد التجارة الدولية تستمد مصدرها إما من العادات و الأعراف التي تعتبر ثمرة

الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم، و قد نجد مصدرها في الإتفاقات الدولية التي ترمي إلى التوحيد قواعد التنازع، أو القواعد الموضوعية، و قد تستقي أحكامها من التشريعات الوطنية أي الداخلية و كانت التشريعات و المعاهدات تعد بمثابة قوانين⁸⁹.

المطلب الثاني: كيفية تطبيق قانون التجارة الدولية من طرف المحكم

إن قانون التجارة الدولية بإعتباره القانون المناسب و الملائم لحل منازعات التجارة الدولية، فإن كيفية إعمال هذا القانون تختلف عن كيفية تطبيق القوانين الأخرى، و ذلك من خلال إتباع منهجين، منهج التنازع و المنهج المباشر.

الفرع الأول: تطبيق قانون التجارة الدولية من خلال منهج التنازع

لقد تعرضنا في الفصل الأول لمنهج التنازع من خلال التعرض لازمة هذا المنهج و أسباب ميلاده إلى غير ذلك.

إن إتباع منهج التنازع في تطبيق قانون التجارة الدولية كان لأسباب عديدة منها، أنه بإعتبار قانون التجارة الدولية هو قانون عالمي، فإن منهج التنازع بالرغم من أنه منهج تقليدي، فهو منهج متميز عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص.

ضف إلى ذلك أن منهج التنازع ينظم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي و بالرغم من أن قواعد هذا المنهج هي قواعد وطنية إلا أن ذلك لا ينفي على البعض منها صفة العمومية و العالمية عند غالبية التشريعات، و من ذلك خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، فإعمال قانون الإرادة في مسائل المعاملات المالية أصبح مبدأ من المبادئ العالمية، بل يمكن القول أن إحترام هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية التي يتعين إحترامها، و هو يعد هدفا تسعى إليه كل التشريعات تشجيعا للتعامل في مجال التجارة الدولية⁹⁰.

⁸⁹ فؤاد رياض و الدكتورة سامية راشد، الوسيط في تنازع التوائين و تنازع الإختصاص القضائيين، 1987، ص 99.
⁹⁰ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة أولى، 2004، ص 641.

تطرح منهجية حل التنازع بين القوانين فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية وسائل جديدة و طرق غير مألوفة عن تلك التي عهدناها في النزاعات المتعلقة بالعقود الداخلية، و ذلك بإعتبار مسألة تنازع القوانين تعتبر من المسائل العملية الهامة في عقود التجارة الدولية، حيث يؤدي وجودها إلى إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، نظرا لتعدد النظم و تباينها في حكم المسألة الواحدة⁹¹.

إن منهج التنازع عند إستخدامه في حل منازعات التجارة الدولية يكون بطريقتين عن طريق الإختيار التنازعي لقانون العقد و كذا في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية. فأصحاب النظرية الموضوعية قد أكدوا على حق المتعاقدين في الإختيار التنازعي لقانون العقد، و الذي تخضع الرابطة العقدية بمقتضاها لسلطان القانون المختار.

و يستند حق الإرادة في الإختيار التنازعي للقانون الذي يحكم الرابطة العقدية إلى قاعدة من قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون القاضي المطروح عليه النزاع، و بهذه المثابة تبدا الإرادة في هذا الغرض بوصفها مجرد ضابط الإسناد الذي تنطوي عليه قاعدة التنازع الخاصة بالروابط العقدية.

أما فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية مؤداها ان تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية و التي يرجع فيها للمحكم في تعيين القانون المختص بناء على دور الإرادة في تحديد مقر العقد بإعتبارها عنصرا أساسيا في عملية التركيز، رغم أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، بدليل إمكانية إهمالها في الحالات التي لا تعبر فيها حقيقة عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه، و لتحقيق فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يمكن إعتداد ثلاثة وسائل على سبيل الإختيار و هي:

أ/ إعتداد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل الأبرام.

⁹¹ حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة، بيروت، لبنان، 1980، ص 307.

ب/ إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق معتمدا في ذلك على ظروف و ملايسات العقد لربط العقد بنظام قانوني معين.

ج/ إعتماد منهج وسط بإعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية.

و هكذا كان تطبيق قانون التجارة الدولية من خلال منهج التنازع و نتيجة عدم ملائمة هذا المنهج لحكم منازعات التجارة الدولية إعتد هذا القانون على المنهج المباشر في تطبيقاته و هو ما سنحاول تناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: تطبيق قانون التجارة الدولية من خلال المنهج المباشر

إستنادا إلى الإنتقادات الموجهة إلى منهج التنازع المتركزة أساسا على عدم مراعاة هذا المنهج للطبيعة الخاصة للعلاقات التجارية الدولية، ذهب فريق من الفقهاء على ضرورة تطبيق قانون التجارة الدولية عن طريق المنهج المباشر.

يعد المنهج المباشر من أحدث الإتجاهات في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، و مفاذ هذا المنهج تبني فكرة وضع قواعد خاصة تحكم هذا النزاع من العلاقات بصفة مباشرة، و تسمى أيضا بالقواعد المادية، و التي ترجع أصولها إلى تجارة العصور الوسطى من خلال تجمع التجار في الأسواق و الموانئ في بعض مدن أوروبا و عرفت هذه القواعد بإسم قانون التجارة الدولية.

و بالرغم من الإنتقادات التي وجهت إلى منهج التنازع إلا أن هناك تعايش بينه و بين المنهج المباشر⁹²، إلى حد أن رفض البعض الحديث عن تنازع المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر، مؤكدا أن الأمر في حقيقته لا يعد و أن يكون تكاملا بين المناهج في إطار هذا الفرع من فروع القانون.

⁹² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 684.

يعتقد الفقه أن أول نص تبني المنهج المباشر هو نص المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي و التي نصت: " يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، و في حالة تخلف هذا الإختيار وفقا للقواعد التي يقدر أنه من الملائم إعمالها، و يراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية".

و قد إعتبر الفقه أن النص المذكور يعد تبيينا من طرف المشرع الفرنسي للمنهج المباشر، حيث لم يكتف بإقرار القاعدة العامة المعمول بها في النظم القانونية، و المتمثلة في حرية الأطراف في إختيار قانون العقد، بل تعدها إلى منح المحكم سلطة تطبيق القواعد القانونية تطبيقا مباشرا، و ذلك من دون الرجوع إلى إعمال منهج قاعدة الإسناد.

و لعل أهم تطبيقات المنهج المباشر في القانون الدولي الخاص المعاصر، ما يسمى بقواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري، و هي قواعد مادية ذات طابع داخلي قد تنتمي إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي⁹³، و قواعد البوليس ليست التطبيق الوحيد للمنهج المباشر في القانون الدولي الخاص المعاصر، فإلى جانبها توجد ما يسميه الفقه بقواعد القانون الدولي الخاص المعاصر، و هي قواعد وضعت من أجل تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي و الإستجابة إلى طبيعتها الدولية.

و لهذا يتجه جانب من الفقه إلى تخويل المحكم سلطة تطبيق هذه القواعد على العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في مجال سريانها تطبيقا مباشرا دون .. حاجته.. للإلتجاء إلى قواعد الإسناد⁹⁴.

و لاشك أن غرفة التجارة الدولية بباريس ليست جبهة التحكيم الوحيدة التي تبنت المنهج المباشر عند تطبيق القواعد عبر الدولية، فقد أخذت به هيئات تحكيم دائمة أخرى، كما هو الحال بالنسبة لغرفة التجارة الدولية و الصناعة الفرنسية الألمانية، و معهد التحكيم الهولندي، و الجمعية الإيطالية للتحكيم، و يتجه بعض الفقه إلى أن تطبيق القواعد عبر الدولية مرهون

⁹³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 689.

⁹⁴ هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 690.

بالحالات التي يختلف فيها الأطراف عن تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

إلا أن الواقع العملي يثبت عدم صحة هذا الإتجاه، ذلك أن لجوء المحكم إلى تطبيق تلك القواعد غير متوقف في جميع الحالات على وجوب ذلك التعيين، و في حالات كثيرة يكون تطبيقها حتميا من أجل تكملة النقص المحتمل في القوانين الوطنية، أو لتعديلها حتى لا تتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية.

و عادة ما يميل المحكم إلى هذا المنهج و يتجاهل القانون الداخلي الذي إختاره المتعاقدون، عندما يرى بأن القانون المختار يتعارض مع المصالح الجوهرية للمتعاملين في التجارة الدولية، مما يدفعه إلى إخضاع الرابطة العقدية للأعراف و المبادئ السائدة في مجتمع التجار إخضاعا مباشرا، و من دون التقيد بالقوانين الداخلية إلا إذا إتصفت بطابع أمر. لقد إختلف الفقه بشأن القيمة المعيارية لقانون التجارة الدولية بين مؤيد و منكر لهذا القانون الجديد و هذا ما سنعالجه في المطلب الأتي.

الخاتمة:

تعرضنا في هذا البحث لدراسة موضوع المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، فقد أصبح من الواضح أن التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، و إنها المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، إذ تعتبر عقود التجارة الدولية حصيللة لتوسع عمليات التبادل الإقتصادي في المجتمع البشري التي نتجت عن إتساع رقعة سوق التبادل الإقتصادي الجغرافية بحيث لم تعد السوق مغلقة او قائمة على منطقة جغرافية واحدة تضم مجتمعا و تكوين سياسيا واحدا.

و قد أخذت منازعات التجارة الدولية حيزا كبيرا، ما أدى إلى تدخل كل من القضاء و التحكيم لإيجاد حلول قانونية لها، و لعل أهم هذه المنازعات تلك التي تثور بشأن القانون الذي يحكم منازعات التجارة الدولية.

لقد جرت الإتجاهات الحديثة على تأكيد حق الإرادة في إختيار القانون الذي يحكم منازعات التجارة الدولية التي تنشأ بشأن عقود التجارة الدولية، إلا أن هذا الإستقرار لم يتم إلا في نهاية القرن 19م في ظل المذاهب الفردية، التي تأكدت فيها فكرة قانون الإرادة بوصفها تعبيراً على الإنعكاس القانوني للفلسفات الإجتماعية و الإقتصادية التي كانت سائدة آنذاك.

و إذا كان الإعتداد بقانون الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق هو مبدأ إستقر في القانون الدولي الخاص المعاصر، إلا أن إرادة الأطراف هنا ليست طليقة في هذا الإختيار و إنما هي مقيدة بالدور الذي حدده لها المشرع بمقتضى قاعدة التنازع، و الأمر يختلف بالضرورة عند سكوت المتعاقدين عن إختيار قانون العقد و عندما لا يستطيع القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، إذ يتعين عليه في هذا الفرض اللجوء إلى ضوابط الإسناد الإحتياطية في قانونه.

لذلك إتجهت بعض التشريعات الداخلية إلى الإسناد الجامد للرابطة العقدية في هذا الغرض، مثل الإسناد إلى قانون بلد إبرام العقد أو بلد تنفيذه، و مثل هذه الإتجاهات و إن كانت تحترم اليقين القانوني و لا تفاجئ الأطراف بما لو يتوقعوه، إلا أنها تتسم بالجمود الذي لا يتلاءم و

تتووع طبيعة العقود في إطار التجارة الدولية و إختلاف ملابساته في شأن كل منها، الأمر الذي دفع التشريعات و الإتفاقيات الحديثة إلى إتخاذ مواقف متباينة تحقق الأمان القانوني للمتعاقدين، دون أن تضحي مع ذلك بإعتبارات العدالة و ما تقتضيه من مرونة في الإسناد، و على هذا النحو يتم إسناد كل فئة من العقود الدولية ذات الطبيعة الواحدة للقانون الذي يناسب طبيعتها، و هو القانون السائد في فكرة محل الأداء المميز الذي يحقق المرونة المطلوبة لإدراك العدالة و لكونه يفرق في الإسناد بين طوائف العقود المختلفة دون أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعات الأطراف بالنظر إلى تمكينهم مع العلم المسبق بقاعدة التنازع التي تحدد سلفا القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية، و مع ذلك فقد سمحت التشريعات الحديثة في ظروف إستثنائية بأن يخرج عن هذا المفهوم رعاية لظروف الحالة المعروضة و ملابساتها، فيما لو تبين أن قانون إقامة المدين بالأداء المميز على غير صلة بالعلاقة العقدية المطروحة.

و قد كان من شأن زيادة معدل التجارة الدولية و نموها، و تطور العلاقات التجارية بين الشرق و الغرب بالإضافة إلى تعدد صورها، أن كشفت فيه النظم الوطنية عن قصورها في بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية و التصدي لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، و ذلك راجع إلى إختلاف الحلول في القوانين الوطنية لحكم الحالة الواحدة، و ما يترتب عن ذلك من قلق في مجال التجارة الدولية، فلا عجب إذن أن نشهد هجوما واسعا على قواعد التنازع التي وقفت عاجزة عن مواجهة مشكلات التجارة الدولية، و مرد ذلك الإنتقادات التي وجهت لمنهج التنازع و التي تعرضنا لها في الفصل الأول من الدراسة.

و قد أدى هذا الوضع إلى البحث عن حلول أكثر مرونة و إستجابة لمتطلبات منازعات التجارة الدولية، فجاء التحكيم و أوجد الحلول بإعتباره الوسيلة الفعالة في حكم منازعات التجارة الدولية لما له من مزايا نذكر منها السرعة في فض المنازعات و كذا الدور البارز في تطبيق التجارة الدولية. و بناء على هذا البحث سجلنا النتائج و الإقتراحات التالية:

أولاً: النتائج

- 1/ أزمة منهج التنازع كانت السبب في تخلي العديد من الأنظمة في إستعماله للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية.
- 2/ عدم فعالية و فشل القضاء الوطني في حكم منازعات التجارة الدولية نظرا للطبيعة الخاصة لهذا النوع من المنازعات.
- 3/ التحكيم يعتبر أفضل طريق لحل النزاعات التي تنشأ عن عقود التجارة الدولية فالتحكيم وجد في الأصل لحكم هذا النوع من المنازعات.
- 4/ دور التحكيم في تطبيق قانون التجارة الدولية الذي يعد أفضل قانون يراعي مصالح المتعاملين الدوليين.
- 5/ المنهج المباشر هو المنهج المتبع في تطبيق قانون التجارة الدولية و بالتالي هو المنهج الذي يتبعه المحكم للفصل في منازعات التجارة الدولية.

ثانياً: الإقتراحات

- 1* مادام المشرع الجزائري قد إعترف بقانون التجارة الدولية فلماذا القاضي الوطني لا يطابق هذا القانون للفصل في منازعات التجارة الدولية.
- 2* على القاضي الوطني أن يراعي مصالح المتعاملين الدوليين حين الفصل في منازعات التجارة الدولية حتى يتسنى للقضاء الوطني كسب ثقة هؤلاء المتعاملين و اللجوء إليه حين نشوب أي نزاع و ذلك بإعتبار أن القضاء الوطني هو القضاء الأول في فض المنازعات مهما كان نوعها و ذلك تحقيقاً لمبدأ العدالة و الثقة للذان يقوم عليهما.
- 3* ضرورة افراد عقود التجارة الدولية بقوانين خاصة يسنها المشرعون الوطنيون في الدول المختلفة على نحو يتلاءم مع متطلباتها مع الاخذ بعين الاعتبار العادات والاعراف السائدة في مجتمع التجار العابرين للحدود.

4* اللجوء الى ابرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الاطراف تتولى تنظيم العقود الدولية الشائعة من حيث ابرامها وتنفيذها وفض النزاعات المتعلقة بها. والنص على اولوياتها في التطبيق سواء عرض النزاع امام القاضي الوطني او امام التحكيم التجاري الدولي.

قائمة المراجع

المصادر

/ القانون رقم 10/05 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75، الموافق لـ: 20 جوان 2005، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005.

/ القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ : 25 فيفري 2008 م، الجريدة الرسمية، عدد 21، لسنة 2008.

المؤلفات و الكتب باللغة العربية

* المؤلفات العامة

- الحاج بن أحمد، دروس في قانون التجارة الدولية، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر، قانون إقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2014/2013.

- أحمد الشيخ قاسم، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في القانون السوري و العربي و الأجنبي، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، 1994.

- أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم و إجراءاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974.

- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية المدنية و التجارية و الإدارية و الجمركية و الضريبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.

- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، 1974.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، الإسكندرية، 1994.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، طبعة 2008.
- محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الإتفاقيه لسلطات المحكمين، دار النهضة العربية، 1993.
- محمد واصل حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء (دراسة مقارنة)، المحكمة العليا، مسقط، دط، 2004.
- محمود مختار البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1999.
- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2005.
- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

* المؤلفات الخاصة (المتخصصة)

1/ المؤلفات

- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية، 2003.

- إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مطبعة الوسيلة، الجزائر، ط 02، 2008.
- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2005.
- حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة، بيروت، لبنان، 1980.
- لزه بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، الطبعة الاولى، 2010.
- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم و حتمية قانون التجارة الدولي، الطبعة الأولى، بدون سنة.
- يعقوب صرخوة، النظرية العامة لقانون التجارة الدولية، الكويت، ط 01، 1999.
- سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، بدون دار نشر، 2000.
- يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.
- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة أولى، 2004.

- فؤاد رياض و سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائيين، 1987.

- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.

- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998.

- محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

- محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم و تميزه عن غيره، الكتاب العربي الحديث، الإسكندرية، طبعة 2009.

- محمود مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، مج، الجزائر، 2006.

- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

2/ المذكرات و الرسائل

- الدخيل عبد العزيز محمد، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، بحث مقدم إستكمالاً للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2004.

* المؤلفات و الكتب باللغة الأجنبية

1) Alfred Bernard, L'orbitage volontaire en Droit privé, Bale, 1995.

- 2) Deby Gérarde, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Thèse Paris, 1973.
- 3) KAHW Philippe, la vente commerciale internationale, Thèse Dijon, Siret 1961.
- 4) Jean Dabin, le contrat économique international, Stabilité et évolution ; travaux des journées d'études Juridiques, 1975.

*** مقالات و مداخلات**

- بلمامي عمر، نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي، سطيف، ع 05، الجزائر، 2007.

01.....مقدمة

04 الفصل الأول: منازعات التجارة الدولية أمام القضاء الوطني

05المطلب الأول: إختصاص قانون الإرادة بحكم عقود التجارة الدولية وفقا لمنهج التنازع

05.....المطلب الأول: مضمون مبدأ الإرادة

06.....الفرع الأول: النظرية الشخصية و أثرها على دور الإرادة في الإختيار

09.....الفرع الثاني: النظرية الموضوعية و أثرها على دور الإرادة في الإختيار

11.....الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

12.....المطلب الثاني: كيفية إختيار قانون الإرادة

12.....الفرع الأول: الإختيار الصريح

.....الفرع الثاني: الإختيار الضمني

الفرع الثالث: حالة السكوت عن الإختيار

المبحث الثاني: مدى ملائمة منهج التنازع لحكم منازعات التجارة الدولية

المطلب الأول: عدم ملائمة منهج التنازع

الفرع الأول: أزمة منهج التنازع

الفرع الثاني: أسباب ميلاد أزمة منهج التنازع

المطلب الثاني: قصور الأنظمة القانونية الوطنية عن حكم منازعات التجارة الدولية

الفرع الأول: حقيقة عدم ملائمة القواعد الوطنية

الفرع الثاني: تعارض القواعد المختارة مع القواعد عبر الدولية

الفصل الثاني: منازعات التجارة الدولية أمام التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول: المبادئ العامة للتحكيم

المطلب الأول: ماهية التحكيم

الفرع الأول: تعريف التحكيم

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

الفرع الثالث: خصائص التحكيم

الفرع الرابع: نطاق خصومة التحكيم

المطلب الثاني: أنواع التحكيم و تميزه عن النظم المشابهة له

الفرع الأول: أنماط التحكيم

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن النظم المشابهة له

المبحث الثاني: دور التحكيم في تطبيق قانون التجارة الدولية

المطلب الأول: ماهية قانون التجارة الدولية

الفرع الأول: تعريف قانون التجارة الدولية

الفرع الثاني: خصائص قانون التجارة الدولية

الفرع الثالث: مصادر قانون التجارة الدولية

المطلب الثاني: كيفية تطبيق قانون التجارة الدولية من طرف المحكم

الفرع الأول: من خلال منهج التنازع

الفرع الثاني: من خلال المنهج المباشر

المطلب الثالث: مدى تمتع قانون التجارة الدولية بالقيمة المعيارية

الفرع الاول: الإتجاه المؤيد

الفرع الثاني: الإتجاه المنكر

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

المطلب الثالث: مدى تمتع قانون التجارة الدولية بالقيمة المعيارية

إن البحث في مدى القوة الملزمة للأحكام الموضوعية التي يتكون من مجموعها ما يسمى بقانون التجارة الدولية يعد من الموضوعات الدقيقة التي شغلت إهتمام فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصر⁹⁵، وذلك نتيجة للظهور الحديث لهذا القانون.

إن قانون التجارة الدولية كان محل إختلاف فقهي كبير بشأن القيمة المعيارية لهذا القانون. لذا إنقسم الفقهاء إلى فقه مؤيد و آخر منكر لهذا القانون و هذا ما سنحاول معالجته من خلال التطرق إلى الرأي المؤيد كفرع أول و كذا التعرض إلى الإتجاه المنكر كفرع ثاني، و نتعرف على موقف المشرع الجزائري من القيمة المعيارية لقانون التجارة الدولية كفرع ثالث.

الفرع الأول: الإتجاه المؤيد

يرى أنصار هذا الإتجاه بتمتع قانون التجارة الدولية بالقيمة المعيارية، و ذلك بالإستناد إلى مفهوم نظرية تعدد النظم القانونية للفقهاء الإيطالي ronano، و هي قواعد تشكل نظاما قانونيا ذو طبيعة موضوعية، و ذي قيمة خاصة.

KAHN (PH) La vente commerciale internationale, Thèse Dijon, ⁹⁵

.Sirey 1961, P 367

و لقد أكد أنصار هذا الإتجاه على رأيهم من خلال التأكيد على توافر الركنين اللازمين لقيام أي نظام قانوني، و المتمثلان في الركن القاعدي و الركن العضوي.

أولاً: إستفاء قواعد قانون التجارة الدولية للركن القاعدي

إن قواعد قانون التجارة الدولية تتمتع بخصائص القاعدة القانونية من عمومية و تجريد و كذا الجزاء، و إن كان معنى هذا الأخير يختلف عن معنى الجزاء في نطاق القوانين الداخلية.

1/التمتع بصفتي التجريد و العمومية

إن قواعد قانون التجارة الدولية هي قواعد عامة و مجردة سواء تعلق الأمر بمصادرها و المتمثلة في العادات و الأعراف التجارية الدولية أو المبادئ القانونية المشتركة، أو حتى ما يسمى بقواعد العدالة⁹⁶، وذلك لأنها تستند في وجودها على الممارسات العملية للمتعاملين الدوليين، كما أنها جاءت لخدمة مصالح التجارة الدولية بصفة عامة، و بغض النظر عن المراكز الإقتصادية التي يتواجد فيها أعضاؤه⁹⁷.

لقد تصدت العديد من المؤسسات المهنية و التجارية الخاصة لتقنين هذه العادات ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية بكل مهنة أو تجارة على حدة، كما هو شأن بالنسبة للشروط النمطية التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الحبوب و الجمعية الأمريكية لتجارة الحديد، و كذلك الشروط التي وضعتها بعض المؤسسات المهنية ذات الطابع الدولي مثل غرفة التجارة الدولية.

و كذلك مبادئ العقود التجارية الدولية التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص. و قد أصبحت هذه العادات نتيجة تكرر إتباعها و إستقرار العمل بمقتضاها ذات مضمون عام و مجرد، و هو ما يضيف عليها الطبيعة المعيارية.

⁹⁶ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 200.

⁹⁷ الحاج بن احمد . دروس في قانون التجارة الدولية، ألفت على طلبة سنة الثانية ماستر، قانون إقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة الطاهر مولاي سعيدة. 2014.

و أما القول بأن قواعد قانون التجارة الدولية قد جاءت لخدمة مصالح الدول الصناعية و مشروعاتها دون الدول النامية، فهي مقولة مغلوطة، كما أثبتت الدراسات الحديثة في هذا الخصوص، فالعلاقات الإقتصادية المعاصرة تكشف عن حاجة النشاط التجاري لمجموعة من القواعد الموضوعية و الإجرائية و التي يسعى المتعاملون الدوليون الوصول إليها في نطاق تلك العلاقات.

2/التمتع بالجزاء

إن قواعد التجارة الدولية هي قواعد تتمتع بالجزاء الذي يضيف عليها طابع الإلزام الذي يشعر به المتعاملون التجاريون إتجاه قواعدها و أن مخالفتهم لهذه القواعد هي مخالفة يوقع عليها جزاء. لا يهم في هذا الصدد أن يكون هناك جزاء مادي محدد توقعه سلطة عامة عند مخالفة القواعد العرفية حتى يعترف لها بصفة القانون، فمثل هذا الربط بين القانون و الجزاء المادي غير متطلب في فقه القانون الحديث، إذ يكفي الإعراف بالصفة القانونية للقاعدة السلوك الإجتماعي أن يشعر الأفراد بأهميتها و ضرورتها لتنظيم مجتمعهم⁹⁸. و نفس الجدل أثارته قواعد القانون الدولي العام لغياب سلطة عامة للمجتمع الدولي.

يمكن لها توقيع جزاء مادي عند مخالفة هذه القواعد خلافا للوضع في المجتمعات الداخلية و مع ذلك فإن الفقه الغالب لم يعد ينكر على أحكام القانون الدولي العام صفتها القانونية الملزمة.

و لهذا يشير البعض صراحة إلى إنكار الصفة القانونية على أحكام قانون التجارة الدولية لا يأتي إلا في ظل المفهوم التقليدي الذي يربط بين القانون و الدولة ولا يتصور وجود قواعد القانون إلا في مجتمع سياسي منظم يخضع لسلطة عليا تصدر عنها هذه القواعد، و هو ما لا يصدق إلا على المجتمعات الداخلية للدول المتخلفة⁹⁹.

⁹⁸ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 202.

⁹⁹ هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 203.

و يشير الفقه إلا أن الجزاء في قواعد قانون التجارة الدولية هو جزء ذو طبيعة خاصة و ينقسم إلى نوعين الأول مادي و الثاني معنوي.

فالجزاء المادي يتمثل في تقديم الأطراف لضمان مالي مسبق يتحمل عبء دفعه الطرف الذي يرفض تنفيذ الحكم الصادر عن جهات التحكيم طواعية، و كذا قيمة التعويض الذي قد يحكم بها القضاء كتعويض عن الضرر الذي أصاب أحد الأطراف.

و أما الجزء المعنوي فتضمن نشر أسماء الأطراف الممتنعة عند تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمين، وهذا الجزاء يؤثر بصفة مباشرة على سمعة هؤلاء المتعاملين و الأسواق العالمية.

ثانياً: إستيفاء قواعد قانون التجارة الدولية للركن العضوي

لقد أكد أنصار هذا الإتجاه على أن قواعد قانون التجارة الدولية تستوفي الركن العضوي (المؤسسي) ، فالواقع أن المجتمع الدولي للمتعاملين الدوليين هو مجتمع عبر دولي منظم و متماسك، حتى و إن كان هناك تعدد للطوائف العاملة في مجال التجارة الدولية.

1) المجتمع عبر الدولي مجتمع منظم

إن القول بوجود النظام القانوني يكون في إطار الدولة فقط لم يعد صحيحاً، إذ يكفي لتكوين القاعدة القانونية، بوصفها قاعدة سلوك، أن تنتمي إلى مجتمع منظم و لو لم يكن مجتمعاً داخلياً لدولة معينة¹⁰⁰، فالدولة ليست الكيان الإجتماعي الوحيد القادر على تكوين القانون، و بهذه المثابة يؤكد جانب من الفقه الحديث على حقيقة وجود المجتمع الدولي للبائعين و المشترين من التجار و رجال الأعمال المتعاملين عبر الحدود إذ يشعر أعضاء هذا المجتمع المتضامن، و الذي أصبح حقيقة يتعذر إنكارها بأهمية و ضرورة القواعد التي تحكم معاملاتهم في إطاره حتى يمكن لهم إدراك مصالحهم المشتركة و يؤكد الواقع على وجود مجتمع منظم للتجار، حيث يمكن رؤيته في العديد من الكيانات مثل الشركات المسيطرة على المبادلات الدولية، و المشروعات الصناعية التي تسيطر على وحدات الإنتاج، و البنوك التي

¹⁰⁰ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 203.

تتولى إنشاء قواعد قانونية مؤهلة لتنظيم العلاقات داخل المجتمع الدولي للتجار و ضبط تصرفات أعضائه، و هذا هو النظام بعينه .

(2) المجتمع عبر الدولي مجتمع منسجم

إن وحدة مصالح المجتمع عبر الدولي للأعمال هي السبب وراء توافر حد أدنى من الإنسجام بين أشخاصه، كما يجمعهم هدف واحد يتمثل في المصلحة الإقتصادية المشتركة و بهذه المثابة يؤكد جانب من الفقه الحديث على وجود مجتمع منسجم يعمم البائعين و المشترين من التجار و رجال الأعمال المتعاملين عبر الحدود، و هو مجتمع يشعر أعضاؤه بالتضامن فيما بينهم، فهم مرتبطين مع بعضهم بعلاقات تجارية و إقتصادية متشابكة.

و ذلك في إطار مجتمع واحد، كما يخضعون لقواعد مشتركة نشأت في الغالب عن تصرفاتهم التلقائية و التي تحقق مصالحهم جميعا و هذه حقيقة يصعب إنكارها.

و أفضل مثال للدلالة على التضامن بين المتعاملين في نطاق مجتمع التجار العابر للحدود، مجال البنوك إذ هو على الرغم من شدة التنافس القائم بينها، فهي عادة ما تتعاون مع بعضها لتحقيق أغراض مشتركة، ذلك أن عمليات تمويل المشاريع في العصر الحديث أصبحت تتطلب أموالا طائلة، و هو ما يقضي إشترك أكثر من بنك ممول لإتمام العملية، و هذا يعد شكلا من أشكال التضامن بين أعضاء المجتمع.

و يظهر إنسجام المجتمع الدولي من خلال الدور الذي تلعبه المؤسسات التحكيمية الدولية و التي تسعى على تأكيد وحدة و إنسجام هذا المجتمع فإن وحدة الهدف تشكل عنصرا آخر يجمع المتعاملين فيه، فهم يسعون جميعا لتحقيق هدف واحد هو إشباع حاجات التجارة الدولية.

الفرع الثاني: الإتجاه المنكر

يرى أنصار هذا الإتجاه أن قواعد التجارة الدولية لا تتمتع بأي قيمة معيارية و من رواد هذا الإتجاه المنكر جاء الأستاذ الإنجليزي "MANN" لينكر بجزم وجود قانون مستقل للتجارة

الدولية « La Lex Mercatoria »¹⁰¹ عن كل الأنظمة القانونية الوطنية، أما في نطاق الفقه الفرنسي نجد أن الأستاذين La Garde et Antoine Karris يحتلان المكانة البارزة في تأييد هذا الإتجاه.

و قد أكد أنصار هذا الإتجاه و على رأيهم من خلال التأكيد على عدم توافر الركنيين القاعدي و العضوي اللازمين لنشأة أي نظام قانوني.

أولاً: عدم إستفاء قواعد قانون التجارة الدولية للركن القاعدي

إن الركن القاعدي للقاعدة القانونية مبني على أساسيين هما العمومية و التجريد، و كذا الجزاء و يرى أنصار هذا الرأي عدم توافر هذين الأساسيين في قواعد قانون التجارة الدولية.

1/ عدم التمتع بصفتي العمومية و التجريد

إن قواعد قانون التجارة الدولية لا تتمتع بصفتي العمومية و التجريد، ذلك أن مثل هذه العادات التجارية و المهنية التي يطبقها المحكمون في المنازعات الدولية لا تعد و أن تكون عادات إتفاقية ذات أصل تعاقدية، فهي لا تلزم المتعاقدين على هذا النحو إلا بوصفها شروط تعاقدية تضمنها العقد، و هو ما ينفي عنها صفة العموم و التجريد التي تتمتع بها قواعد القانون.

و قد يؤيد هذا النظر ما قرره البعض من أن تكرار الأخذ بهذه الشروط التعاقدية لا يؤدي إلى منحها صفة العموم التي تتمتع بها القواعد العرفية نظراً لأختلاف الصيغ المستخدمة في هذا الشأن بحسب نوع العقد الذي أدرجت به على نحو يصعب معه القول بتحول هذه الشروط إلى قواعد عامة، بل و حتى و لو تم الإستقرار في العمل على الأخذ بشرط موحد، فإن تكرار العمل بمقتضاه قد لا يرقى به مع ذلك إلى مصاف قواعد القانون التجاري الدولي¹⁰²، فشروط الثبات الزمني للتعاون المختار و المدرجة في عقود الإستثمار مع الدول الإفريقية في

¹⁰¹ سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية. بدون دار نشر. ط. 2000. ص 263.

¹⁰² هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 197.

الستينات، و التي ظن البعض أنها قد عدت قاعدة من القواعد العرفية الدولية، قد لاقت إعتراض هذه الدول ذاتها في مرحلة لاحقة بحيث يصعب القول بتحولها من مجرد شروط عقدية إلى قواعد عرفية مستقرة من قواعد القانون التجاري الدولي.

إن العادات التجارية تنسم غي الغالب بطابع فني متخصص أكثر من إتسامها بالطابع القانوني، و هي قد تختلف على هذا النحو من نوع من العقود إلى آخر داخل إطار الحرفة أو المهنة الواحدة مما يحد من عموميتها و يجعل من تسميتها بالأعراف الدولية نوع من التسرع السابق لأوانه.

2/ تخلف ركن الجزاء

إن تخلف عنصر العمومية و التجريد ليس فقط ما يعاب على هذه القواعد بل يلاحظ الفقه المناهض لنظرية قانون التجارة الدولية تخلف عنصر الجزاء اللازم بقيام القاعدة القانونية فيها، و هو عنصر يحتاج لوجوده و تقديره إلى السلطة العامة، و عليه فلا بد من أجل الإعتراف بوجود نظام قانوني جديد سلطة تتولى صياغة القواعد و معاقبة المخالف لها في الوسط الإجتماعي الذي تتولى ممارسة نفوذها فيه و يمكن إدراك مظاهر تلك السلطة ووجودها من وجود علاقات محددة داخل الوسط الإجتماعي، و من وجود الأجهزة اللازمة لتنظيم تلك الروابط عن طريق قواعد أمرة مقترنة بعقوبات تحفظ لها وجه الإلزام و هو لا يتوفر لقانون التجارة الدولية المزعوم وجوده.

لهذا ينتهي هذا الإتجاه إلى أن العادات التجارية الدولية لا تتمتع بقوة الإلزام فيما لو يتفق المتعاقدون على إتباعها¹⁰³، و من ثم لا يترتب على مخالفتها في هذا الغرض جزاء محدد، و هو ما تجردها من صفة القانون، فهي لا تعد و إذن أن تكون مجرد عادات إتفاقية لا ترقى إلى مستوى العرف الملزم على النحو المفهوم في النظرية العامة للقانون.

¹⁰³ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 198.

و لتأكيد هذا الإتجاه على غياب عنصر الجزاء في هذه القواعد أن أي نظام قانوني يجب أن يتضمن قواعد أمره لا يجوز الإتفاق على ما يخالف حكمها، و بالتالي فإنه لا يمكن الإكتفاء بمبدأ وحيد أمر هو مبدأ سلطان الإرادة للقول بوجود هذا النظام و ذلك لأن جوهر أي تنظيم هو قواعده الأمرة، و القول يخالف ذلك معناه ترك المجال واسعاً لظهور نظام قواعده متناقضة.

و يتمشى هذا النظر مع متطلبات الفقه التقليدي الذي لا يتصور وجود القاعدة القانونية خارج إطار الدولة بما يفرضه من جزاء عند مخالفة القوانين، وهكذا فإن القاعدة " التي لا تقترن بوسائل القهر العام الذي تباشره الدولة لا تعتبر قاعدة قانونية ¹⁰⁴ ".

ثانياً: تخلف الركن العضوي في قواعد قانون التجارة الدولية

يؤكد الفقه المناهض لنظرية قانون التجارة الدولية على تخلف الركن الثاني الواجب توافره للقول بوجود نظام قانوني، و المتمثل في الركن العضوي أو المؤسسي، على أساس أن هذا الأخير لا يتوفر إلا حيث يكون أمام جماعة متماسكة، منسجمة و منتظمة بشكل كاف، و هو فرض يغيب في الواقع ما يسمى بمجتمع التجار و رجال الأعمال العابر للحدود.

1* إنكار وجود مجتمع متماسك للتجار الدوليين

يؤكد الأستاذ " La Garde " على أنه يتعين البحث عن وجود أو عن عدم وجود هذا المجتمع في ضوء الواقع الحالي للممارسات و الروابط التي تتم بين التجار الدوليين.

هذا الواقع سينبئ بدون جدال من ناحية أولى، بوجود تعددية كبيرة في أوساط أو في مجتمعات التجار الدوليين، و أن هذه التعددية تقوم على التنافس الشديد بين أعضاءه، إذ لكل مصالحه الخاصة التي تختلف عن مصالح الآخرين، بحيث لا يوجد ما يؤلف بينهم، بعبارة

¹⁰⁴ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، 1974، ص 62.

أخرى لا يوجد هدف مشترك لأعضاء هذا المجتمع المزعوم فمصالحهم تتناقض و تتباين لأن فكرة العقد ذاتها و التي تكاد أن تكون الوسيلة الوحيدة للتبادل التجاري الدولي في الوقت الحاضر تؤسس على قاعدة تعارض المصالح¹⁰⁵.

و يحاول الأستاذ "Christanhoed" إعطاء مثال يبين فيه مدى تعارض المصالح القائمة داخل المجتمع الشبكي، و ذلك عندما يكون مقدم الخدمة سويديا بإقتراح تقديم خدمة سباق في السويد على أن تقديم الخدمة يكون من فرنسا و يكون أحد العملاء مقيما في إسبانيا، والوسطاء كل في بلده، أما الشبكة المعنية بتحميل هذه الخدمة عبر شبكة الويب فمتواجد بإنجلترا، و في هذه الحالة سنجد أن مقدم الخدمة يرغب في تسويقها للعملاء، و يسعى جاهدا في نفس الوقت إلى التقليل من المخاطر القانونية التي قد يتعرض لها و تفادي الخضوع لأي قواعد قد تضر بمصالحه، بينما يسعى العملاء إلى الإستفادة من القواعد المتعلقة بحماية المستهلكين، أما الوسطاء فهم غير مسؤولين عن محتوى المعلومات التي ينقلونها و الشيء المهم بالنسبة إليهم هو الحصول على مقابل الخدمات التي يقدمونها.

إن كل هذا حسب إعتقاد "Christanhoedi" يعني غياب الإنسجام داخل هذا المجتمع الواسع و الذي يميزه و يطبعه التنوع إلى درجة يستحيل معها القول بوجود نظام قانوني فيه.

2* إنعدام التوازن بين أعضاء المجتمع الدولي

إن إنعدام التوازن بين أعضاء المجتمع يعد السبب الثاني لتخلف الركن العضوي حسب الرأي المناهض لنظرية قانون التجارة الدولية، فأنصار قانون التجارة الدولية أنفسهم يسلّمون بأن قواعده، تصاغ بمعرفة المشروعات الكبرى التي تسيطر على واقع المبادلات التجارية، و أن

¹⁰⁵ سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 273.

المشروعات الكبرى و المنظمات المهنية التي تهيمن عليها هذه المشروعات الأخيرة، وإنعدام التوازن السالف يؤكد لنا سذاجة الإدعاء بوجود مجتمع متوازن¹⁰⁶.

و يؤكد الأستاذ "La garde" على أنه يعد من الخطأ التدليل على وجود مجتمع متوازن بالإستناد إلى التسليم بوجود بعض من القواعد المعيارية التي تحكم الروابط و العلاقات التي تنشأ في هذا النطاق، لأن هذه القواعد الأخيرة لازالت حتى الآن مشكوك في معياريتها و قيمتها و أصلها.

فإذا كانت هذه الأسس التي إعتد عليها الفقه المناهض و الأسس الأخرى السالفة الذكر التي إعتد عليها الفقه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية، فبين مؤيد و مناهض فما هو موقف المشرع الجزائري من هذه النظرية؟.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

عند إستقرائنا للمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري و التي تنص على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، و في غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

نجد أن المشرع الجزائري قد ساوى بين سلطة الأطراف و سلطة المحكم في إختيار قواعد القانون، و ليس القانون الواجب التطبيق¹⁰⁷، بهذه المثابة فإن المشرع الجزائري يعطي الحرية للمتعاقدين في الإتفاق على إختيار القواعد عبر الدولية لتطبيق على العقد المتسم بالطابع الدولي. و نفس الحكم بالنسبة للمحكم إذا فصل بموجبها عند غياب الإختيار.

فالمشرع الجزائري قد إترف بقواعد قانون التجارة الدولية و سمح بتطبيق هذه القواعد و شرطه الوحيد في ذلك هو عدم إنتمائها لقانون دولة معينة، و هذا ما ذهب إليه صراحة في

¹⁰⁶ سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 274.

¹⁰⁷ الحاج بن أحمد، دروس في قانون التجارة الدولية، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر، قانون إقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي سعيدة. 2014/2013.

المادة 18 من القانون المدني الجزائري، فقد ألزم المشرع المحكم بضرورة تطبيق تلك القواعد التي إختارها الأطراف دون البحث عن مصدرها و في حالة عدم الإختيار فيفصل المحكم وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي يراها ملائمة.

إن المشرع الجزائري لم يأخذ بنظرية العقد الدولي الطليق بمفهومها التقليدي، فإذا كانت القواعد التي إختارها الأطراف لا ترقى إلى درجة القانون فتعده مجرد شروط تعاقدية و في هذه الحالة أعطى المشرع الجزائري للمحكم سلطة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، كما أن المشرع الجزائري لم يلزم المحكم بمنهج تنازع معين عند تحديده لهذه القواعد، و في هذا مواكبة لواقع قضاء التحكيم الذي يلجأ عادة إلى المنهج المباشر عند تطبيقه للقواعد القانونية.

إن نص المادة 1050 ق.إ.م.ج يتمتع بخصوصية بالرغم من تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي واضح من خلال ما ذكرناه، و تتمثل هذه الخصوصية في أن المشرع الجزائري قد عالج مسألة تطبيق الأعراف بمناسبة تقريره لسلطة المحكم عند تحديده لتلك القواعد فقد نص صراحة على تطبيق المحكم القواعد القانونية و الأعراف التي يراها ملائمة فالمشرع الجزائري جعل القواعد القانونية و الأعراف في نفس المرتبة و لم يجعل للأعراف دور مكمل حتى لو كانت هذه الأعراف منتمة لقانون غير وطني غير أن تطبيق المحكم للأعراف أي للقواعد عبر الدولية بوصفها أعراف لا يكون إلا في حالة عدم إتفاق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق، و هذا على عكس ما جاء به المشرع الفرنسي و المصري.

و من خلال ما سبق نجد أن التشريع الجزائري للتحكيم يتلاءم إلى حد كبير مع نظرية قانون التجارة الدولية، فهو يسمح للمحكم بإعمال سلطته دون الحاجة إلى الرجوع إلى قواعد قانونية وطنية معينة، و في ذلك إعتراف بالقيمة المعيارية لقواعده و إستقلاليتها الموضوعية.

