العقود الدولية بين مبدأ قانون الادارة ومنظمات التجارة الدولية

مقدمة :

قيل أن التجارة البدائية كانت في الأصل دولية وإننا لا ندخل في المفهوم الحقيقي للتجارة إلا عندما تكون مفتوحة نحو الخارج، فالتجارة تجارتان : داخلية وخارجية، تجري الأولى داخل إقليم دولة معينة، وتجاوز الثانية هذه الحدود. فتقع بين دوليتين أو أكثر وتشمل مجموع المبادلات في الأموال والخدمات بين الأمم. فكل دولة لها نشاطها التجاري في التجارة الدولية فتارة تكون مستوردة وتارة تكون مصدرة، ويتناول التصدير والاستيراد مختلف الأموال والأنشطة وما يتطلب ذلك من مبادلات مالية وحسابات مصرفية، ولا يقتصر هذا النشاط على الدول وحدها وإنما يمتد إلى الأشخاص الطبيعيين والشركات، فتحاول كل دولة تشجيع الغير على التعامل معها أو مع رعاياها من أجل زيادة ثروتها وإغناء اقتصادها، بل تجلى اهتمام الدول من خلال تنظيم الدورات الخاصة بالعاملين لديها في مجال التجارة الدولية. ويمكن القول بوجود نظامين يحكمان التجارة الدولية، الأول يعتمد على مبدأ حرية التجارة والصناعة كقاعدة عامة بالرغم من وجود بعض الاستثناءات، ولكن هذه الاستثناءات لا تجعل التجارة الخارجية امتيازا أو احتكارا للدولة فقط، بل أنها تقدم أحيانا ضمانا لمن يتعامل مع رعاياها مع الدول الأخرى عن طريق إيجاد مؤسسات وشركات مهمتها تحقيق ازدهار هذه التجارة وتقديم الضمانات اتجاه الأخطار السياسية والنقدية والتجارية، أما النظام الثاني فكان يتميز باحتكار الدولة للتجارة، حيث كانت تمارسها عن طريق مؤسسات تكونت ضمن الأجهزة العامة التابعة للدولة والمتمتعة بالشخصية المعنوية لتكون التجارة رافدا من روافد الإنتاج لتحقيق الخطة الاقتصادية وأما الدول النامية وأغلبها حديث الاستقلال، فإنها تحاول قدر الإمكان الإشراف على هذه التجارة لأنها تريد استثمار ثرواتها لمبادلتها بمنتجات أخرى، وكوسيلة للحصول على النقد الأجنبي، وذلك عن طريق إبرام عقود فيما بينها وحرصا على تزويد المتعاملين بما يكفل لهم الثقة والطمأنينة التي تتطلبها المعاملات التجارية. وعلى هذا الأساس استوجب البحث لوضع تنظيم قانوني شامل أو ميثاق لأصول التجارة الدولية، والذي يحقق احترام مبدأ الحرية التجارية من جانب كل الدول. كما يستند إلى مبدأ عدم التمييز

العقود الدولية بين مبدأ قانون الادارة ومنظمات التجارة الدولية

أي أنّ المبادلات التجارية بين الدول يجب أن تقوم على أساس من المساواة الدقيقة فيما بينها، حيث يمنع أي إجراء من إجراءات التمييز أو التحيز تحت أي صورة لبضائع من دولة دون غيرها ومن هذا يتبين أن التجارة تشكل مجتمع دوليا بين البائعين والمشتريين، همومه متقاربة ويميل بطبيعته إلى استخلاص وتوحيد القواعد لعقودهم ، فيتفقون صراحة أو ضمنا على القانون الواجب تطبيق عند النزاع، بالإضافة إلى اهتمامهم إلى الأعراف التي تحتمها طبيعة نشاطاتهم التجارية والقواعد الدولية المعمول بها ولكن هو أن العقود الدولية تتجاوز بطبيعتها حدود الدولة، وتختلف من حيث مضمونها وتقنياتها عن العقود الداخلية إلا انها لازالت تخضع

من حيث المبدأ للاختصاص القانوني للدولية. فهي عقود ذات طبيعة دولية وتحكمها قواعد ذات بعد وطني، وهذا ما يطرح إشكالية مدى ملائمة القواعد الداخلية لحكم معاملة التجارة الدولية وعلى هذا الأساس اعتبر التحكيم أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم، فلا يكاد يخلوا عقد من عقود التجارة الدولية من شرط اللجوء إلى التحكيم عند حدوث إي نزاع سواء تعلق بتفسير أو تنفيذ العقد. وهذا نظرا لاختلاف العقود من دولية وخاصة وبالتالي اختلاف القوانين لمعالجة قضايا النزاع، في الوقت الذي نجد على الصعيد الدولي قواعد التحكيم والتي أصبحت معروفة ومتبعة من قبل التجار والأمر الآخر الذي جعل الإقبال شديدا على حسم المنازعات بالتحكيم وهذا استنادا إلى إرادة الطرفين.

العقود الدولية بين مبدأ قانون الادارة ومنظمات التجارة الدولية

الفصل الأول: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

إن التصرف القانوني –كعقد ما– إذا كان وطنيا في كافة عناصره الثلاثة: الأشخاص السبب أو الموضوع، فإنه يعرف بالعقد الوطني أو الداخلي لخضوعه بكل تفاصيله لقانون تلك الدولة.[1]

فالعقد المبرم بين فرنسيين مثلا ويجري تنفيذه في فرنسا، هو عقد من عقود القانون الداخلي. يخضع لمطلق سلطان التشريع الفرنسي، ولا يستطيع أطرافه الاتفاق على ما يخالف النصوص الآمرة في هذا القانون.

أما العقد ذو الأبعاد الدولية المتعددة، والذي يشوبه أكثر من عنصر أجنبي، فإنه يعرف بالعقد الدولي، الذي تمتد أثاره إلى أكثر من دولة واحدة. كالعقد المبرم بين فرنسي وإنجليزي لتصدير بضاعة من فرنسا إلى إنجلترا، فهو عقد دولي قد يثير مشكلة تنازع القوانين، وما يترتب عليها من توقع الاختيار بين كل من القانون الفرنسي والقانون الانجليزي[2]، حسب إرادة المتعاقدين.

ومن هنا يبدو من الطبيعي قبل أن نعرض لتحديد خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، أن نعرض أولا ماهية العقد الدولي في ظل المعايير الدولية.

---

[1] : أنظر ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش"القانون الدولي الخاص" الطبعة1 ،1998، ص162

[2] : أنظر هشام علي صادق"القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية" الطبعة2 ،2001، ص129.

العقود الدولية بين مبدأ قانون الادارة ومنظمات التجارة الدولية

المبحث الأول: ماهية العقد الدولي

حين يطرح على القاضي منازعة تتعلق بعقد خاص، فإنه ينبغي عليه أن يحدد طبيعة هذا العقد لمعرفة ما إذا كان بصدد عقد وطني أو عقد دولي، وذلك تمهيدا لتحديد النظام القانوني الذي يحكمه.

فإذا كان العقد من العقود الوطنية، فإنه يكون محكوما بقواعد القانون الداخلي ابتداء، أو لا يثير مشكلة تنازع القوانين، أما إذا كان العقد من العقود الدولية، فإنه يؤدي إلى تحريك قواعد القانون الدولي الخاص. حيث يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد المختصة في قانونه[3]، أو القاعدة المادية الموضوعية التي تحكم مباشرة العلاقة محل النزاع.

وباستقراء الأحكام القضائية بصفة عامة يتضح أن هذه الأحكام تكتفي بتقرير القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع باعتباره عقدا دوليا ، دون أن توضح المعيار الذي استندت إليه في إصباغها لصفة الدولية على هذا العقد. وإزاء ذلك كان لابد من البحث عن معيار يساعد على تحديد ماهية العقد الدولي[4]، من بين المعايير التي اقترحها الفقه، التفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية. فهل يتعين تحديد دولية العقد بناء على المعيار القانوني الذي اعتنقه كل من الفقه والقضاء التقليدي من البداية الذي يتخذ من وجود الصفة الأجنبية في العقد سبيلا إلى هذا التحديد، أم بناء على المعيار الاقتصادي الذي أخذ به بعض الشراح وجانب من أحكام القضاء الحديث والذي يتخذ من انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود دليلا لإصباغ الصفة الدولية على العقد. أم بناء على الجمع بين المعياريين السابقين؟

المطلب الأول: المعيار القانوني:

لقد اختلف الفقه والقضاء حول تحديد دولية العقد، فالبعض يعتد بالمعيار القانوني الموسع الذي يستند إلى وجود العنصر الأجنبي في العقد، والبعض الأخر يستند إلى طبيعة العقد المجردة لتحديد دوليته ومنه سنتعرض إلى دراسة هذه المعايير كل على حدى وصولا إلى رأي راجح.

1-المعيار القانوني الموسع(التقليدي):

وفقا لهذا المعيار يعتبر العقد دوليا إذا تضمن عنصرا أجنبيا، سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أو بهدفه أو بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه.[5]

---

[3] : أنظر هشام صادق"تنازع القوانين" بند181، ص645.

[4] : أنظر محمود محمد الياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000، ص38.

[5] : أنظر هشام علي صادق، المرجع السابق، نفس الصفحة.

وعلى ذلك يعد العقد دوليا إذا أبرم بين وطني وأجنبي أو بين أجانب متحدة أو مختلفة الجنسية، وذلك بالنظر إلى تطرق الصفة الأجنبية لعنصر الأطراف فيه، كما يعد دوليا أيضا العقد المبرم بين وطنيين في دولة القاضي مت تعلق بعملية تصدير أو استيراد لعملة أو لسلعة أو لخدمة، حيث أن انطواء العقد على انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود أو تعلقه بمصالح التجارة الدولية يفيد في حد ذاته توافر العنصر الأجنبي في العقد، والذي يتمثل في سبب التعاقد أو الجهة التي تتم تصدير المال إليها واستيرادها منها.[6]

وعلى ذلك يعتبر عقدا دوليا، عقد القرض المبرم في مصر بين بنك مصري وأحد فروعه المنتشرة في الخارج لتمويل عملية إنمائية هناك. كذا يعتبر دوليا العقد المبرم في مصر بين مصريين بغرض تصدير سلعة معينة إلى الخارج.

ففي الغرضين السابقين يتركز العنصر الأجنبي في سبب التعاقد وفي المكان الذي يتوجه إليه المال أو السلعة المصدرة للخارج، كما يعد أيضا دوليا العقد الذي أبرم في الخارج ولو كان بين وطنيين وذلك نظرا لتطرق الصفة الأجنبية إلى محل إبرامه.[7]

وهكذا يكفي لتخويل المتعاقدين حق اختيار القانون الذي تخضع له الرابطة العقدية وفقا لهذا الرأي، أن تتصل هذه الرابطة بأكثر من نظام قانون واحد من خلال أي من عناصرها القانونية المختلفة.[8]

وقد اتسم المعيار القانوني لدولية العقد وفقا لهذا النظر بالجمود، لأنه يؤدي إلى أعمال أحكام القانون الدولي الخاص لمجرد أن يتوافر في الرابطة العقدية عنصراً أجنبياً، بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة وبهذه المثابة، فلا يصلح هذا المعيار وفقا لرأي جانب من الفقه الحديث لتحريك قواعد القانون الدولي الخاص سواء قواعده المادية أو قواعده الخاصة بنزاع القوانين وبالأخص قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة. ولعل هذا ما دفع جانبا من هذا الفقه الحديث إلى التفرقة بين العناصر الفعالة أو المؤثرة والعناصر غير الفعالة أو المحايدة التي تتطرق إليها الصفة الأجنبية في العقد.

---

[6] : أنظر هشام صادق "التعليق على أحكام محكمة النقض في مسائل الحق البحري"1985، الدار الجامعية،ص 145.
[7] : أنظر محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص41- 42.
[8] : أنظر هشام علي صادق، المرجع السابق، ص74.

المعيار القانوني المضيق (الحديث المرن):

يسند الاتجاه الفقهي الحديث طبيعة العقد المجردة لتحديد دوليته بعد تحديد عناصر الصفة الأجنبية في العلاقة. وبالتالي فالأمر يتطلب تحليلا خاصاً للعقد وصولا للعنصر الذي يميز طبيعته. وعلى هذا الأساس يرى هذا الفقه البدء أولا بالتأكد من أننا بصدد عقد دولي أي البدء بتكييف العقد قبل تحديد القانون الذي يحكمه، وهذا لن يتأتى إلا بتحديد طبيعة العقد، كما تفصح عنها مجموع الظروف الإيجابية الملابسة وبصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إقامتهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو موقع المال موضوع التعاقد.[9] فلا يعقل أن يعد العقد دوليا على سبيل المثال لمجرد أنه حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية.

حيث يشير الفقه إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة، ومن ثم فهي لا تصلح في ذاتها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود. وعلى ذلك فإن العقد الذي يقوم بمقتضاه أجنبي متوطن في مصر بشراء البضائع اللازمة لاستخدامه الشخصي من السوق المحلية لا يثير مشكلة تنازع القوانين، وإنما تخضع هذه العلاقة للقانون الوطني ، والأمر لا يختلف في شأن عقد النقل البحري، والذي يقوم معيار دوليته على أساس اختلاف دولتي القيام والوصول ، بغض النظر عن جنسية أطرافه.

ومن جهة أخرى فإنه ورغم أن محل إبرام العقد معياراً مؤثراً عند إسناد العقد من حيث الشكل، فإنه كثيراً ما يكون عنصراً محايداً لا يصلح أساساً لإضفاء الطابع الدولي على الرابطة العقدية من حيث الموضوع، خاصة فيما لو كان إبرام العقد في دولة أجنبية قد تم بناء على محض الصدفة أو إبرام بين الغائبين نتيجة لما يثيره التعاقد في هذه الحالة من مشاكل في تحديد زمان ومكان العقد، وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد، وكذلك اختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا جنسيا يعد من العناصر الحاسمة أو المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري، وبهذا المثابة يعتبر دوليا عقد القرض المبرم في الجزائر بين بنك جزائري وبين أحد فروعه المنتشرة في الخارج لتمويل عملية إنمائية هناك. كذلك عقد البيع الذي أبرم بين جزائريين يقيم أحدهما في الخارج، يعد عقدا دوليا في غالبية الفروض. ذلك أن تسليم المبيع يتسم في هذه الحالة في دولة تختلف غالبا عن الدولة التي سيؤدى فيها الثمن نتيجة لاختلاف محل إقامة كل من البائع والمشتري.

---

[9] : أنظر محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص43.

وتحديد دولية العقد على هذا النحو هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة العقد نفسه.[10] فإن كانت جنسية المتعاقدين لا تعقد عنصرا حاسما في إضفاء الصفة الدولية على عقود المبادلات التجارية، فإن الأمر يختلف في عقود الأحوال الشخصية، خاصة عقد الزواج في الدول التي تسند هذه العقود إلى قانون جنسية الزوجين كما هو الحال في الجزائر.[11]

ولهذا فإن تمتع أحد الزوجين بجنسية أجنبية، يعد عنصرا حاسما في إضفاء الصفة الدولية على عقد الزواج بما يسمح بإخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص. وكذا في إطار العقد الواحد نفسه، قد تبدو هذه النسبية باختلاف طبيعة المسألة المطروحة. فمثلا يعد عقدا داخليا عقد البيع الذي اشترى بموجبه جزائري يقيم في الجزائر، سيارة يابانية الصناعة من جزائري أخر، يقيم بدوره في الجزائر، ويحترف تجارة هذا النوع من السيارة، فإن العقد يعد عقدا داخليا في هذا الفرض يخضع لأحكام القانون الجزائري لأن العنصر الأجنبي المتمثل في أن السيارة محل التعاقد مصنوعة في الخارج، هو عنصر غير مؤثر لا يضفي الطابع الدولي على النزاع الذي قد يثور بين المتعاقدين بشأن مسؤولية البائع. لكن الأمر يختلف[12] فيما لو تعلق النزاع بمسؤولية الشركة الأجنبية المنتجة للسيارة، حيث يعد العنصر الأجنبي في هذا الفرض مؤثراً، يضفي الطابع الدولي على الرابطة العقدية مما يثير مشكلة تنازع القوانين أمام القاضي الذي طرحت عليه دعوى الضمان.[13]

وبالتالي يتضح لنا أن تكييف الرابطة العقدية إنما يتم وفقا لمنهج كيفي يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية، وما إذا كان يعد عنصراً مؤثراً أو مجرد عنصر محايد وذلك بصرف النظر عن الكم العددي لعناصر العقد الذي لحقتها هذه الصفة وتجدر الإشارة أيضا على انه قد يكتسب العقد للطابع الدولي في مرحلة لاحقة لإبرامه وهو ما يستند عادة من الطريقة التي تم بها تنفيذه، فالعقد المبرم في مصر مثلا بين شخصين يقيمان فيها والوارد على بضائع كائنة بها يعد في الحقيقة عقداً داخلياً ولو كان المشتري أجنبياً نظراً لكون جنسية الأخير لا تعد عنصراً فاعلاً في العقود المالية.

---

[10] : أنظر La live Cours general de droit international prive .Recueil 1977,vol 155-2 ,p119.

[11] : أنظر المادة 11 من قانون المدني الجزائري (قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20يونيو 2005) التي تقضي بأنه : (يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين).

[12] : أنظر هشام علي صادق المرجع السابق، ص77-78.

[13] : أنظر Fencois Knoefler Le contrat dans le nouveau droit int .le09 et10 octobre 1987 a université de housame 1988.p 82. والدكتور عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، ص90.

فإذا قام المشتري مصرياً كان أو أجنبياً بتغيير إقامته الدائم إلى الخارج بعد إبرام العقد، وأرسل إليه البائع المال المبيع إلى حيث يقيم، فالعقد هنا يكتسب الطابع الدولي في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، مما يجيز للقاضي حينئذ إخضاعها لأحكام تنازع القوانين.

بل أن القاضي قد يكشف عن دولية العقد منذ إبرامه، ولو لم يقيم المشتري بتغيير محل إقامته إلى دولة أجنبية في المثال السابق، وذلك فيما لو تعهد البائع منذ البداية بتصدير البضائع المباعة إلى الخارج، حيث سيقوم المشتري بإعادة بيعها في الأسواق الأجنبية لحسابه الخاص، فإذا أثار النزاع بين الطرفين بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه فإن الرابطة العقدية تتسم في هذا الفرض بدوره بطابعها الدولي، رغم إبرام العقد في مصر بين طرفين يقيمان فيها، ورغم وجود البضائع محل التعاقد في مصر، بل ورغم الاتفاق على أداء الثمن في الجمهورية.[14]

ويعرف العقد الدولي وفقا لهذا الفقه، بأنه العقد الذي يحكم طبيعته يتخطى إطار النظام القانوني الوطني المختص أصلاً بحكم علاقات القانون الداخلي.[15]

والسؤال الذي يثار عما إذا كان مجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أحد العناصر المؤثرة في العقد يكفي في حد ذاته لاتسام العقد بالصفة الدولية بالرغم من انتمائه بكافة عناصره المؤثرة إلى قانون دولة أجنبية واحدة، وذلك حين يطرح النزاع أمام قضاء دولة أخرى خلافاً للدولة التي تنتمي إليها الرابطة العقدية بكافة عناصرها المؤثرة.[16]

مما لا شك فيه أن أول ما يتعين ملاحظته غي هذا الإشكال أن العقد لا يتصل بعناصره الذاتية إلا بنظام قانوني واحد، مما يجرده من الطابع الدولي المطلق من وجهة النظر الموضوعية.[17] على أن الرابطة العقدية تظل مع ذلك متسمة بالدولية بالنسبة أمام قضاء الدولة لاتصال كافة عناصرها المؤثرة بنظام قانوني أجنبي.

فهل تصلح هذه الدولية النسبية لأعمال قاعدة التنازع التي تضفي بإخضاع العقد لقانون الإرادة، أم أنه يشترط لأعمال هذه القاعدة اكتسابها طابعاً دولياً مطلقاً يفيد اتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد.؟

---

[14] : أنظر Ansre ponsard , la jurisprudence la cour de cassation et le droit commercial inter ,Melanges Goldman p245.

[15] : أنظر El-kocheri,op.cit,no125.p548.

[16] : أنظر محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص47.

[17] : أنظر عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص84.

وللإجابة على هذا التساؤل يقضي منا التفرقة بين الدولية المطلقة والدولية النسبية للروابط العقدية.[18]

اتجه جانب من الفقه الفرنسي من بينهم "مايير" في تحديده لدولية العلاقات القانونية التي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص إلى التفرقة بين ما أسماه بالدولية الموضوعية من ناحية والدولية الشخصية من ناحية أخرى[19] أو الدولية المطلقة والدولية النسبية كما أسماها بعض من الفقه المصري.[20]

فلو اتصلت العناصر الذاتية للعلاقة القانونية لدولتين أو أكثر، وبصرف النظر عن الدولة المطروح عليها النزاع، فإنها تتسم بالدولية الموضوعية. مثال ذلك عقد بيع أبرم بين شخصين يتوطن كل منهما في دولة مختلفة عن الأخرى فمثل هذا العقد يتسم بالدولية المطلقة لأنه سواء طرح بشأنه النزاع أمام القضاء دولة البائع أو دولة المشتري أو قضاء أي دولة أخرى، فإنه يعد دولياً في ذاته من جهة الموضوعية، وبصرف النظر عن قضاء الدولة المطروح عليها النزاع.

كما يتصور أن تكون الصفة الدولية للعلاقة القانونية ذات طابع موضوعي أو مطلق فأنه قد تكون كذلك متسمة بالطابع الشخصي وفقا لرأي الأستاذ مايير، كما لو تعلق الأمر برابطة زواج بين إيطاليين يتوطنان في فرنسا. فالدولية هنا شخصية لأن الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني يختلف بحسب القاضي الذي طرحت أمامه الرابطة القانونية.

فيما أن القضاء الفرنسي يعتد بجنسية الزوجين كأساس للإسناد في مجال الزواج، فهذا يضفي على العلاقة طابعها الدولي المؤكد في فرنسا نتيجة للصفة الأجنبية للزوجين المعنيين بالجنسية الإيطالية. والأمر قد يختلف فيما لو طرحت ذات العلاقة أمام القضاء الإيطالي والذي يعتد مشروعه بدوره بمعيار الجنسية كأساس لإسناد عقود الزواج، ذلك أن توطن الزوجين الإيطاليين في الخارج (في فرنسا) قد لا يعد في رأي البعض عنصراً أجنبياً مؤثراً في هذا الفرض وبالتالي فهو لا يكفي لإضفاء الطابع الدولي على رابطة الزواج في إيطاليا مما يؤكد خضوعها للقانون الداخلي مباشرة دون إعمال قواعد الإسناد.[21]

---

[18] : أنظر هشام صادق، المرجع السابق، ص83.
[19] : أنظر Mayer Droit international prive yeed,paris.1991.p11et12.
[20] : أنظر هشام صادق ، المرجع السابق، ص53- 55.
[21] : أنظر Vincent Heuze ، المرجع السابق،ص133.

وعن ما يسمى بالدولية النسبية، قد فرز الأستاذ "مايير" أن دولية العلاقة القانونية تكون شخصية أيضا فيما لو كانت عناصر هذه العلاقة تتركز في دولة واحدة، بينما طرح النزاع أمام قضاء دولة أخرى.[22]

ومثاله أن يتعلق الأمر بعقد بيع أبرم بين شخصين يقيمان في فرنسا، ويجري تنفيذه هناك، وثار النزاع بشأنه أمام القضاء المصري[23]، لا تعد الرابطة دولية في هذه الحالة، إلا لو طرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى غير فرنسا، ثم فهي دولية نسبية لكون الصفة الأجنبية لم تتطرق إلى العناصر الذاتية للعلاقة القانونية.[24]

ولهذا يرى البعض أن الدولية النسبية لعلاقة لا تكفي في ذاتها لإسباغ الصفة الدولية على العقد، مما يبرر تحريك قاعدة التنازع التي يخضع العقد لقانون الإرادة، لكن في هذا الفرض تفتقر عناصر العقد إلى الإيصال لأكثر من نظام قانوني واحد وهو الأمر الذي ينبغي معه تحقق دولية العقد المطلقة والتي تثير مشكلة تنازع القوانين.

ومع ذلك يبقى التساؤل قائماً في هذا الفرض حول أساس إسناد العقد إلى القانون الأجنبي الذي ينتمي إليه العقد بكافة عناصره، والحال أننا أمام عقد تنتفي عنه الصفة الدولية المطلقة التي تعد شرطا لأعمال قاعدة الإسناد والتي تقتضي بخضوع العقد لقانون الإرادة، ويرى جانب من الفقه المصري الحديث، أن أساس هذا الإسناد هو قاعدة التنازع التي تتخذ من التركيز الموضوعي أساساً لها، وهي قاعدة لا يشترط لأعمالها أن تتسم الرابطة العقدية بالطابع الدولي المطلق، وإنما يكفي لهذا الإعمال أن تكون دولية العقد نسبية، أي أن يكون العقد أجنبياً عن دولة القاضي الذي طرح عليه النزاع.[25]

ومن ثم يتبين لنا أن دولية العقد وفقا للمعايير القانوني لا تقوم فحسب على التفرقة بين عناصره المؤثرة وعناصره المحايدة، وإنما أيضا بين دوليته النسبية ومنه– فهل يستطيع المعيار القانوني لدولية العقد لتفرقة بين متطلبات الحياة الاقتصادية الدولية ومتطلبات الإرادة الاقتصادية الداخلية رغم تشابك وتداخل الظواهر الاقتصادية سواء الدولية أو الداخلية، بالرغم من أن الفصل بين الأمرين يعد شرطاً جوهرياً لما يرتبه من نتائج قانونية هامة.

---

[22] : أنظر Mauer ، المرجع السابق، ص11.

[23] : أنظر عكاشة عبد العال "الإجراءات المدنية والتجارية والدولية" الدار الجامعية 1986،ص43- حفيظة حداد،القانون القضائي الخاص، الفقرة 125.

[24] : أنظر هشام صادق، المرجع السابق، ص91.

[25] : أنظر هشام صادق ، المرجع السابق، ص78. وأيضا .Heuze,op.cit,p135

المطلب الثاني: المعيار الاقتصادي:

اتجهت محكمة النقض الفرنسية منذ الثلث الأول من القرن العشرين إلى وضع بعض القواعد الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية، من ذلك أقرها بصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية رغم بطلان مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي ومن ذلك أيضا إقرارها بسالمة شرط الذهب أو ما في حكمه من الشروط النقدية التي تهدف إلى ضمان مخاطر تحويل العملة. إذا تضمنها عقد دولي رغم بطلان هذه الشروط في المعاملات الداخلية بطلاناً مطلقاً لتعارضها مع النظام العام[26].

ولقد كان على محكمة النقض تحديد المقصود بالعقد الدولي الذي يمكن أن تنطبق في شأنه تلك القواعد والتي تهدف إلى تحقيق مصالح تتعلق بالتجارة الدولية فلجأت في أحكامها إلى ما أسماه الفقه بالمعيار الاقتصادي لدولية العقد[27]، الذي يرتكز لأصلا على موضوع التعاقد نفسه حيث يفترض هذا المعيار تحليل موضوع العقد وتحليل محتواه المادي والاقتصادي مثل حركة رؤوس الأموال عبر الحدود وأثرها على الاقتصاد العام لمختلف الدول المعنية.[28]

وقد اعتد القضاء الفرنسي بالمعيار الاقتصادي في إطار المسائل النقدية خاصة في مجال القروض الدولية[29] وبالتالي يعد دوليا ذلك العقد الذي بموجبه يقترض شخص مبلغا من المال في الخارج بغرض استخدامه في بلده، ويشترط عليه المقرض أن يتم الوفاء في الخارج في مكان معين يتم الاتفاق عليه بينهما، وكذلك يعد دوليا العقد الذي بموجبه تقرض الشركة أحد فروعها المنتشرة في الخارج مبلغا من المال، بحيث يستخدم هذا المال في الخارج بهدف معين في مقر هذا الفرع.

وبهذا يعتبر كل من العقدين السابقين دوليا وفقا لهذا المعيار، لأنه قد تنتج عنهما انتقالات لرؤوس الأموال من بلد لأخر بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو عناصر الصفة الأجنبية في

---

[26] : أنظر Jean Michel Jacquet Le contra int. Dalloz Collection 19 Commaissance du droit,p9.

[27] : هشام علي صادق، المرجع السابق، ص104.

[28] أنظر Louss warn et Bourel.op.cit,no,384, alaurie le droit monétaire dans les relations privees internationales Recueil 1978.p160- 2 no65.- Travauxs des VII journees detudes juridiques Dabin Bruxelles.1975.p32.

[29] : أنظر أحمد عبد الكريم سلامة Les confhits de lois en matiere des prets internationaux ,paris 1981,p53.

العلاقة[30] ومن ثم فلا يعد العقد دوليا إلا إذا نتج عنه كما عبر البعض عنه بحركة مد وجزر برؤوس الأموال عبر الحدود.[31]

ومنه إذا كان من الجائز وفقا للمعيار القانوني إسباغ صفة الدولية على العقد بمجرد تطابق الصفة الأجنبية لأحد عناصره، فالمعيار الاقتصادي لا يسبغ الدولية على العقد إلا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية. لهذا عد المعيار القانوني أوسع من المعيار الاقتصادي.

وفقا لهذا الاتجاه فإن تحقيق هذه الأهداف الاقتصادية لا يمكن الوصول إليها من خلال معيار قانوني يعتمد فقط على مجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى العقد، نظرا لقصور هذا المعيار عن تحقيق هذه الغاية والتي لن تتأتى إلا باللجوء إلى معيار اقتصادي، هذا لا يعني أن المعيار الاقتصادي لدولية العقد يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني ذلك أن انطواء العقد على انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود أو تعلقه بمصالح التجارة الدولية يفيد في ذاته توافر العنصر الأجنبي في العقد والذي يتمثل في سبب التعاقد أو الجهة التي تم تصدير المال إليها أو استيراده منها، وبذلك يصبح العقد دوليا دون الحاجة لتوافر الصفة الأجنبية لأحد المتعاقدين أو كليهما، لأن العقد يعتبر دوليا حتى لو أبرم بين وطنيين في دولة القاضي طالما كان يسفر عن انتقال لرؤوس الأموال أو البضائع عبر الحدود[32] وبالتالي فالرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود يتحقق معه المعيار الاقتصادي لدولتها، هي رابطة تتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد، مما يعني توافر المعيار القانوني في ذات الوقت.

ومثال ذلك هو عقد البيع الذي يكون فيه البائع مقيما في دولة مختلفة عن الدولة التي يقيم بها المشتري فاختلاف محل الإقامة يحقق المعيار القانوني لكون الرابطة العقدية قد اتصلت بأكثر من نظام قانوني واحد. وإذ يترتب على العقد في هذه الحالة أنم يتم كل من تسليم الشيء المبيع ودفع الثمن في دولة مختلفة، وهو ما سيؤدي إلى انتقال البضائع والأموال عبر الحدود، مفاده توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد في نفس الوقت الذي تحقق فيه المعيار القانوني.[33]

إلا أن العكس غير صحيح، لأنه قد يكتسب العقد صفة الدولية طبقا للمعيار القانوني دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذا العقد نفسه، كما لو تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر

---

[30] : أنظر Salama,these,op,cit,p25.

[31] : أنظر concl Matter a propos cass 27/05/1927. Dp 1928- 1-25 note capitant

[32] : هشام صادق، المرجع السابق، ص86.

[33] : Jecquet المرجع السابق، ص10- 11. Cass 8/7/1931 s,1931,387mdp.1931,1-146.

غير مؤثر في العقد كعنصر الجنسية، حيث أن هذا العنصر لا يؤدي إلى انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود مما تنتفي معه دولية العقد وفقا للمعيار الاقتصادي ومنه فإذا كان المعيار القانوني بصورته التقليدية لا يؤدي إلى تحقق المعيار الاقتصادي لأنه يؤدي إلى دولية العقد رغم عدم اتصاله بمصالح التجارة الدولية[34]، ويختلف الأمر بالنسبة للمعيار القانوني الحديث الذي يؤدي في نفس الوقت إلى تحقق المعيار الاقتصادي[35]. لأن هذا المعيار يعتد فقط بالعناصر الأجنبية المؤثرة في العقد مثل محل التنفيذ أو موطن المتعاقدين[36]. وهو الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، بحيث تتحقق معه دولية العقد وفقا للمعيار الاقتصادي.

ومنه فقد رأى جانب من الفقه أن اعتناق المعيار القانوني الحديث يؤدي حتما إلى نفس النتيجة التي يسعى إليها أنصار المعيار الاقتصادي، والمعيار القانوني التقليدي كذلك قد يؤدي إلى إضفاء الصفة الدولية على العقد رغم عدم تحقق المعيار الاقتصادي لدوليته وهذا ما دفع جانبا من القضاء الفرنسي إلى الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي عند تقدير دولية الرابطة العقدية.

المطلب الثالث: المعيار المزدوج:

لقد أسس القضاء الفرنسي فكرة العقد الدولي على اعتبار قانوني هو تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد واعتبار اقتصادي هو حركة رؤوس الأموال أو تصدير أو استيراد السلع عبر الحدود الدولية بصرف النظر عن الاعتبارات القانونية التي لها أثر في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد.

فإذا أمكن إسباغ صفة الدولية على عقد ما وفقا للمعيار القانوني فقد لا يتيسر إسباغ هذه الصفة في إطار المعيار الاقتصادي طالما لم يسفر هذا العقد عن انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود.

ولقد لقي هذا المسلك انتقاد جانب من الفقه الذي يبني ميله نحو الأخذ بمعيار مزدوج لفكرة العقد الدولي مع عدم الفصل بين معياري دولية العقد من حيث التطبيق، فواقع الأمر أن لكل معيار هدفا معينا موازيا لهدف المعيار الأخر ومكملا له.

فالأخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني الموسع سيؤدي إلى عدم الاعتداد بالعنصر الأجنبي الذي تتضمنه الرابطة العقدية إلا فيما لو كان هذا العنصر مؤثرا.

---

[34] : أنظر Jacquet principe dautononne et contrts internationaux ,op,cit,p251.

[35] : أنظر pommier,op,cit,p151 هشام صادق، المرجع السابق ،ص 90.

[36] : أنظر Mayer,preas….1997,op,cit,no,672.

وهو يكون كذلك، في مجال عقود المعاملات الدولية، إذا أدى إلى انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، أي فيما لو تجاوزت هذه العقود إطار الاقتصاد الداخلي.

ونجد محكمة النقض الفرنسية قد أكدت في حكمها الصادر في 03 يوليو 1972 دولية العقد، وبالتالي صحة شرط التحكيم المدرج به[37]. وهو ما سبق أن انتهى إليه أيضا الحكم المطعون فيه.[38]

وذلك لأن العقد المذكور قد أبرم في هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاه وكيلا للشركة المذكورة مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا. وقد استندت المحكمة على المعيار القانوني لتأكيد دولية العقد الذي يفيد اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانون واحد. فالعقد مبرم في الخارج (هولندا) بين شركة هولندية وشخص فرنسي كلف بتوزيع منتجات الشركة في فرنسا، وهو ما يكشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي والفرنسي. وقد أشارت المحكمة في حكمها إلى ما تهدف إليه الرابطة من تشجيع لصادرات الشركة الهولندية في فرنسا والذي يضفي إلى انتقال الأموال عبر الحدود (مصالح التجارة الدولية) مما يعني أنها لم تكتف بتوافر العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية.

ونجد كذلك محكمة استئناف باريس قد انتهجت نفس المسلك حكمها الصادر في 1984/11/9[39]، الذي يقضي بدولية العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وشخص فرنسي ثم بمقتضاه تخويل هذا الأخير الحق في تسويق منتجات الشركة بفرنسا بوصفه وكيلا عنها.

واستندت هي الأخرى في تقريرها لدولية العقد إلى كونه قد أبرم في الخارج مع شركة أجنبية، وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني المستمد من العناصر الأجنبية التي تتضمنها الرابطة العقدية، كما أشارت إلى ما سيؤدي إليه العملية العقدية من تشجيع للاستيراد إلى فرنسا لبضائع تم إنتاجها في دولة أجنبية، وهو ما يعني توافر كلا المعياريين.[40]

---

[37] : أنظر نقض فرنسي 1972/07/4 Reu.crit 1974، ص82 مع تعليق Leuel

[38] : أنظر استئناف باريس في 1970/06/19 Reu.crit 1971، ص691 مع تعليق Leuel

[39] : أنظر الحكم المنشور في Clunet 1986، ص139 مع تعليق Laquin

[40] : أنظر عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص99.

كذلك نجد الأمر لا يختلف في الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف تولوز في 1982/10/26[41] الذي أكدت فيه دولية العقد المبرم في الخارج بين شركة إيطالية وشخص فرنسي أصبح بمقتضاه هذا الأخير وكيلا للشركة المذكورة مما يجيز له التعاقد باسمها.

وقد استندت كذلك في تقرير دولية العقد إلى كل من المعيار القانوني المستند من اختلاف جنسية المتعاقدين بالإضافة إلى المعيار الاقتصادي القائم على تعلق الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية.

فالعقد الدولي وفقا لهذا النظر هو العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي (معيار قانوني) وينتج عنه في نفس الوقت دخول وخروج رؤوس الأموال عبر الحدود(معيار اقتصادي).

ومنه إذا كان الجمع بين المعياريين يؤدي إلى دولية العقد، فإن القضاء يمكنه إدراك هذه الغاية باكتفائه بالمعيار القانوني المرن(المضيق) الذي لا يعتد بدولية العقد إلا بعناصره المؤثرة لأن الأخذ بالمعيار الاقتصادي إلى جانب المعيار القانوني الموسع، يؤدي إلى عدم الاعتداد بالعنصر الأجنبي إلا إذا كان مؤثرا في العقد، وهذا لا يكون إلا إذا أدى إلى انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود.[42]

ونخلص مما سبق إلى الأخذ بالرأي القائل بترجيح كفة المعيار القانوني المضيق (المرن) لإضفاء الطابع الدولي على العقد والاستناد إلى معيار من شأنه أن يحقق نوعا من العالمية لمفهوم العقد الدولي من ناحية، ويكفل تحقيق الثبات في تعريفه من ناحية أخرى وهو لا يتأتى إلا بالإسناد إلى المعيار القانوني.[43]

وفي ضوء ذلك يمكن تعريف العقد الدولي بأنه العقد الذي يحكم طبيعته، ينتمي بعناصره الذاتية الفعالة لأكثر من نظام قانوني واحد.[44]

وعلى هذا الأساس يتأكد لنا أن دولية العقد هي الشرط الأساسي لأعمال قاعدة التنازع التي تقضي بإخضاع العقد للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين.

وأن اتسام العقد بالطابع الدولي هو الذي يمكن الإرادة من تأدية دورها في إخضاع الرابطة العقدية لحكم القانون وفقا لما انتهى إليه شراح النظرية الموضوعية.

---

[41] : منشور في Clunet 1984، ص603 مع تعليق Synvet. استئناف باريس 1984/11/09 Cunet 1986، ص1039 مع تعليق hoqun

[42] : أنظر هشام صادق، المرجع السابق، ص92- 120.

[43] : أنظر Salama,op,cit,no74et5

[44] : أنظر محمود ياقوت، المرجع السابق، ص64.

المبحث الثاني: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

لقد استقر فقه القانون الدولي الخاص مع نهاية القرن الثامن عشر وفي ظل المذاهب الفردية على تطبيق قانون الإرادة في مسائل العقود الدولية[45]، خاصة الصراع الفكري بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي الذي أفرز أثاره على الدور الذي تقوم به الإرادة (قانون العقد) في تحديدها للقانون الواجب تطبيق على الروابط العقدية الدولية، خاصة وأن هذه الأخيرة تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد مما يثير مشكلة تنازع القوانين[46].

فهل الإرادة حرة في اختيارها لقانون العقد أم أن هناك قيود تحد من قدرتها على هذا الاختيار؟

المطلب الأول: المقصود بقانون العقد (قانون الإرادة):

من الثابت قانونا أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن أن يتقيد الإنسان إلا بإرادته[47]، الإرادة هي أساس التصرف القانوني فهي التي نشؤه وتحدد أثاره[48]. حيث استقر في مختلف التشريعات الوطنية مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الداخلي، يقابله في القانون الدولي الخاص مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب تطبيق على العقد الذي يربط هؤلاء الأطراف. وذلك يعني أنه كما للأطراف الحق في الأنظمة الداخلية في ممارسة إرادتهم لإنشاء مراكز قانونية فإن لهم الحق–أيضا– في العقود الدولية في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الإرادية[49]. فليس معنى تعلق العقد الدولي بأكثر من دولة أن يوجد في فراغ تشريعي، بل يجب أن يخضع لسلطان قانون معين يمنحه قوة الإلزام ويرتب له أثاره فمن غير المتصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة إلزام ذاتية[50]، على أن يكون هذا النظام القانوني من اختيار الأطراف وهو ما يعرف أو يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يشتمل على فكرتين :

الأولى: أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف .

الثانية: أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل تعتبر الإرادة المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من أثار كما يعتبر مبدأ سلطان الإرادة نتيجة طبيعية وملازمة للنزعة الفردية منذ القرن

---

[45] : Batiffol-Contrats.n32.

[46] : Batiffol-Contrats.n72

[47] : أنظر تعمان محمد خليل جمعة دروس في المدخل للعلوم القانونية دار النهضة العربية، 1978، ص551.

[48] : أنظر عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد ولاإرادة المنفردة، دراسة مقارنة ومعمقة ،1984، بند 27، ص41.

[49] : أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعد التنازل والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا ، كلية الحقوق، المنصورة ،1996، ص1057

[50] : أنظر أحمد السمدان، القانون الواجب تطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق جامعة الكويت، س17، مارس يونيه 1993، ص173.

التاسع عشر التي تقدس إرادة الفرد وتقرر السيادة الكاملة لها، حتى أصبح مبدأ ثابتا في القانون المقارن تعترف به كل الأنظمة القانونية[51]، وأيضا قواعد التجارة الدولية[52]، وقد أثر ظهور مبدأ سلطان الإرادة على جانبين من جوانب العقد هما: الشكل والموضوع[53].

فمن حيث الشكل فقد لحق العقد تطور كثير ، وذلك عن طريق مبدأ الرضائية الذي يشكل الدعامة التي يستند إليها مبدأ سلطان الإرادة ومؤداها أن الإرادة كافية بذاتها لإبرام التصرفات القانونية دون ضرورة إلى أن تنصب هذه الإرادة في شكل معين[54]. وفيما يتعلق بموضوع العقد، فإن مبدأ سلطان الإرادة يقضي بأن الأطراف أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود وتحديد مضمونها واختيار الشروط التي تلائمهم ، ولهم الحق في تحديد الالتزامات والحقوق المترتبة على عقدهم[55]. هذا ما يؤكد أنه لا يمكن إجبار أحد على التعاقد، فله الحق في الرفض أو القبول حسب المصلحة. كما له الحق في مناقشة محتوى العقد والشروط المدرجة فيه سواء وقت إبرامه أو أثناء تنفيذه باتفاق مع المتعاقد الأخر[56]. هذا هو مبدأ سلطان الإرادة في علاقات القانون الداخلي كالعقد المبرم بين جزائريين مثلا ويجري تنفيذه في الجزائر هو عقد من عقود القانون الداخلي يخضع لمطلق سلطان التشريع الجزائري، ولا يستطيع أطرافه الاتفاق على ما يخالف النصوص الآمرة لهذا التشريع.

أما العقد المبرم بين فرنسي إنجليزي لتصدير بضاعة من فرنسا لإنجلترا فهو عقد دولي قد يثير مشكلة تنازع القوانين، وما يترتب عليها من توقع الاختيار بين كل من القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي. ومشكلة اختيار القانون الذي يخضع له العقد الدولي في هذا الفرض من بين القانونين المتنازعين، تكشف في ذاتها عن حقيقة أن أي من هذين القانونين لا يدعي خضوع العقد لسلطانه[57]. وهكذا يفلت العقد الدولي من حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة[58].

إذن ليس هناك ما يمنع حرية المتعاقدين بخصوص العقود الدولية من اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد، فلهم الحق أن يخضعوه لحكم قانون وطني معين أو يخضعوه لأكثر من قانون. وهذا ما يطلق

---

[51] : La live (P) ordre public transnational et l'arbitra international , Reu arb,1986,p351.

[52] : أنظر تفصيل هذا القرار .JDI p353

[53] : La live (P),op,cit,p351.

[54] : أنظر عبد الفتاح عبد الباقي،المرجع السابق،بند27،ص42 وما بعدها.

[55] : أنظر SCHMIDIT(J) La négociation du contrat international Dr, prat can ,int1983,p244.

[56] : أنظر CABRILLAC(M).Remarques sur la théorie général du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale mélanges MARTY(G),1976,p237.

[57] : أنظر Batiffol في بحثه السابق الإشارة إليه والمنشور بمجموعة دراسات Maury ج1،ص49.

[58] : أنظر Mayer القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص535.

عليه الفقه تجزئة العقد[59]، ولهم الحق أيضا في استبعاد أي قانون وطني وإخضاع العقد لحكم المبادئ العامة في القانون أو عادات وأعراف التجارة الدولية[60]. على أن يظل مفهوما أن هذا الاختيار لم يتم بناءا على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما يرتد الاختيار إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة[61]. وهكذا تندمج أحكام القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين في العقد المبرم بينهم بوصفه شروط تعاقدية ، بحيث نجد الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 1910/12/5 والذي قررت فيه أن " القانون الواجب التطبيق على العقود... هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين"[62]. وبهذه المثابة أصبح القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وفقا لهذا الحكم جزءا من العقد، وتندمج أحكامه على هذا النحو ضمن شروطه التعاقدية[63]، ولهذا انتهت المحكمة بحكمها السالف الذكر إلى أن رجوع المتعاقدين إلى القانون الأمريكي لا يعني الأخذ بأحكامه في شأن إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليه صراحة في العقد.

فمادام شرط الإعفاء محلا لتراضي الطرفين فهو ملزم لهما، أما الرجوع في القانون الأمريكي فيجب أن يفهم على أنه يضيف إلى الشروط المدرجة بالعقد ما عسى أن يتضمنه هذا القانون من شروط أخرى، لم يتناولها العقد.

وقد أكدت محكمة النقد البلجيكية هذا المعنى أيضا في حكمها الصادر في 1938/2/24 والذي قررت فيه أن رجوع المتعاقدين للقانون الأمريكي يجعل الفوائد المقررة بمقتضى هذا القانون في حكم – الفوائد الاتفاقية– وهو ما يستفاد منه اندماج القانون المختار في العقد ونزول نصوصه منزلة الشروط التعاقدية[64]. واندماج القانون المختار في العقد يفترض أن تكون إرادة المتعاقدين صريحة، أو يمكن استخلاصها من ظروف الحال على نحو قاطع، أما إذا كانت إرادتهم غير واضحة يصعب تصور الاندماج وبالتالي يطبق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية لقانون القاضي أو القانون

---

[59] : أنظر PEITCH(M),La vent internationale de marchandises et le conffit de lois, rec, de conrs,1, 201,p166.

[60] : أنظر Goldman (B)…Reu.erb.1981,no4,pp469-486. Pommier(J)…économico 1992,p16. ARNALDEZ…jDi,1993,no4,852-872.

[61] : أنظر France Deby-Gerard المرجع السابق، ص288.

[62] : نص فرنسي 1910/12/5 (American Trading) منشور في Sirey 1911،ج1،ص 129 مع تعليق Rev…Crit Hayon Caen 1911 ص 395.

[63] : Donnedien de Varbes,levohition de la jurispru dence francaise en matiere de conflits des lois de puis le debut dut duxxeme siecle, these paris,1937,pp-548et s.

[64] : أنظر الحكم منشورا في Rev,Crit 1938ص 221 مع تعليق Wigny.

الذي يحدده القاضي بوصفه الأكثر اقترابا من العلاقة العقدية. وفي هذه الحالة لا نكون بصدد قانون اختارته إرادة المتعاقدين وإنما نكون بصدد قانون عينه المشرع أو القاضي ليحكم الرابطة التعاقدية[65].

ومنه فلا يتصور الاندماج إلا عند اختيار المتعاقدين لقانون العقد صراحة أو ضمنا وبهذا تملك الإرادة أن تفلت من سلطان القانون، وإنزال أحكامه منزلة الشروط العقدية . ومنه إذا كان الأصل أن الفرد حر في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، وحر أيضا في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاته الإرادية ، فإنه من الثابت أيضا أن هذه الحرية تجد حدودها فيما يطلق عليه في النظام العام والآداب العامة[66]. وهكذا استقر الفقه في جميع الأحوال على ضرورة خضوع العقد للقانون الداخلي لدولة معينة عملا بقواعد تنازع القوانين في دولة القاضي على نحو ما.[67]

المطلب الثاني: نشأة وتطور قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة:

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

فقد عرفت هذه القاعدة في مصر البلطمية خلال المائتي عام السابقة على الميلاد، حيث كان المتعاقدان يختاران القانون –المصري أو البلطمي– الواجب التطبيق على عقدهم عن طريق اللغة التي حرر بها العقد. فإن كان العقد حرر باللغة الديموطيقية المصرية، فقد دل ذلك على اختيار تطبيق القانون المصري، وإن حرر باللغة الإغريقية دل ذلك على اختيار تطبيق القانون البلطمي.[68]

وفي رحاب مدرسة الأحوال الإيطالية، أخضع الفقه العقد لقانون محل إبرام العقد، بحيث يحكم هذا القانون ذلك العقد من ناحيتي الشكل والمضمون باعتباره القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره.[69]

وذلك مع ظهور مشكلة تنازع القوانين في شمال إيطاليا في العصور الوسطى (خلال القرنين الثاني عشر والثالث عشر) قسم فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة القوانين أو الأحوال إلى أحوال شخصية

---

[65] : أنظر في تحليل هذا الحكم Deby-Gerard المرجع السابق ص234.

[66] : أنظر Mergadal (B)ordre public et contrat international ,Dr.prat .com int 1977,p475.

[67] : أنظر Deby-Gerard,op,cit,no218et S Note Batiffol sous cass-21-6-1950 Rev.

[68] : أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، المرجع السابق، بند773، ص1059.

[69] : أنظر Batiffol(H) les contrats en droit international prive compare insut de droit compare de luniversite Megll,th,1981,p31et S.

تتبع الأشخاص أينما ذهبوا، وأحوال إقليمية أو عينية تنطبق على كل الأشخاص الذين يقطنون الإقليم، وعلى كافة الوقائع التي تحدث فيه.

وبالتالي قرر هذا الفقه إخضاع العقد لقانون بلد الإبرام، وذلك بالنظر لسهولة تعرف جميع الأطراف على أحكام هذا القانون. وذهب من ناحية أخرى إلى التمييز بين شكل العقد وإثباته وآثاره وتنفيذه.

وقد علل Bartole[70] هذه القاعدة أنه من الطبيعي أن يختص قانون محل إبرام العقد بحكم شكله، وأن يحدث أثره في كل مكان، حيث لم تكن التفرقة بين الشكل والموضوع قد تبلورت بعد كما سبق القول. أما إثبات العقد فقد فرق فقه هذه المدرسة بين قوة الدليل، وإجراءات تقديمه. فأخضع الأول لقانون محل الإبرام مدمجا بذلك مسلة الإثبات مع مسألة الشكل في حين أخضع الثاني لقانون القاضي.

أما بالنسبة لآثار العقد، فقد فرق بارتول بين الآثار المباشرة –كالوفاء وطريقته– حيث أخضعها لقانون محل إبرام العقد، وبين الآثار غير المباشرة –مثل عدم الوفاء الناشئ عن الإهمال أو الإعذار أو التقادم– وأخضعها لقانون محل التنفيذ، وفي حالة عدم تحديده فهي تخضع لقانون القاضي، أما تنفيذ العقد أخضعه بارتول لقانون محل التنفيذ وإلا فلقانون القاضي في حالة عدم التحديد الأول.[71]

ويتضح من ذلك أن الفقه الإيطالي القديم قد ذهب إلى إخضاع العقد –بصفة عامة– لقانون محل إبرامه، ما عدا ما أطلق عليه بارتول الآثار غير المباشرة للعقد وتنفيذه وإجراءات تقديم دليل إثبات العقد.

ومع انتهاء القرن الخامس عشر قام الفقيه الإيطالي Rochus Curtius بتفسير قاعدة خضوع العقد لقانون محل إبرامه بفكرة الخضوع الضمني، أي على أساس الإرادة الضمنية للمتعاقدين قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون ليحكم عقدهم[72]. وبهذه المثابة بدت فكرة قانون الإرادة لدى هذا الفقه كمجرد تبرير لاحق لإسناد سابق يتسم بطابع آمر لا تملك الإرادة تغييره.[73]

---

[70] : بارتول (يعتبر من 1313 إلى 1357) زعيم المدرسة الإيطالية القديمة.
[71] : أنظر Batiffol. Contrats, no23.
[72] : أنظر Batiffol,(H),op,cit,loc,cit.
[73] : أنظر Ranouil,op,cit,p19ets.

وفي القرن السادس عشر حاول الفقيه والمحامي الفرنسي Dumoulin إخضاع العقد لقانون الإرادة، وذلك بمناسبة تقديمه فتوى تتعلق بإخضاع النظام المالي للزوجين لقانون موطن الزوجية الأول، باعتبار أن إرادتهما من الضمنية قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون.[74]

وكانت هذه الفتوى بطلب من الزوجان Ganey في سنة 1525 حول مدى إمكانية تجنب القواعد العرفية السائدة في الأماكن التي تقع فيها أموالهما والخضوع للنظام المالي السائد في باريس والتي اتخذاها موطنا لهما عند الزواج.

وبذلك سعى ديمولان إلى إخراج العقد من نطاق السيادة الإقليمية للقانون تأسيسيا على دور الإرادة في العقد، فهي التي توجد العقد، أي أنها هي مصدره وليس القانون. وهي التي تحدد القانون الذي يجري اتفاق الأطراف وفقا لأحكامه، أي أن العقد يخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدون. وبالتالي فهو يحدث أثره حتى خارج محل إبرامه ما دام هو وليد الإرادة وليس وليد القانون، حيث أن الإرادة لا تقف حبيسة الحدود الإقليمية خلافا لسلطان القانون الذي يقف عند هذه الحدود.

وقد ترتب على فقه ديمولان أن بدت ملامح التفرقة بين موضوع العقد وشكله تتضح، حيث أن استخدامه للإرادة قد تجرد من نتائجه العملية، ألا وهي قدرة الإرادة على اختيار قانون أخر لأن فتواه سالفة الذكر قد انتهت في الحقيقة إلى تطبيق قانون بلد الإبرام عقد الزواج وهو في نفس الوقت قانون موطن الزوجين الأول، مبرزا هذا التطبيق بالرجوع لفكرة الإرادة الضمنية. وبالتالي فهو لم يخرج في الواقع عما جرى عليه شراح عصره في شأن إسناد العقود لقانون بلد الإبرام بوصفه إسناد آمرًا لا تملك الإرادة الصريحة تغييره.[75]

وفي القرن الثامن عشر رحب الفقيه Boullenois بقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وقرر صراحة وجوب الرجوع للقانون الذي ينص عليه المتعاقدان صراحة.

وفي القرن التاسع عشر أخضع المحامي الفرنسي FOELIX العقد لقانون البلد الذي أبرام فيه، باعتباره القانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف.

---

[74] : أنظر د. هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص343 .

[75] : أنظر .Ranouil,op,cit,p19ets

ومع ذلك، فإذا كان تنفيذ العقد سيتم في بلد أخر، فإن قانون هذه الأخيرة يكون هو الواجب التطبيق على المسائل التي تلبي إبرام العقد وتبريره في ذلك أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين لا تهدف إلى مخالفة العادات والأعراف السائدة في بلد محل إبرام العقد أو تنفيذه.[76]

ولم يختلف الأمر كثيرا لدى الفقيه الألماني Savigny والذي رأى تركيز العقد في مكان تنفيذه وبالتالي أخضعه للقانون السائد في هذا المكان على أساس فكرة الخضوع الاختياري. هذا وإن كان سافيني قد اعتد بفكرة سلطان الإرادة وجعل لها دورا في تحديد قانون العقد. إلا أن استخدامه هو الأخر لهذه الفكرة كان مجرد تبرير نظري لاحق لإسناد أمر محدد سلفا بنهج كل من Foelix و Dumoulin.

لكن استثناءاً قد سمح لإرادة باختيار قانون أخر غير قانون دولة التنفيذ في حالات معينة دون الإخلال بقاعدة إخضاع العقد لقانون دولة التنفيذ، وبصرف النظر عن إرادة المتعاقدين الحقيقية. وهكذا ظل الفقه حتى منتصف القرن التاسع عشر يستخدم فكرة سلطان الإرادة كمجرد تبرير لاحق لحلول التنازع التقليدية في شأن إسناد العقود لقانون محدد سلفا، هو قانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ. في حين قرر سافيني تطبيق قانون دولة التنفيذ –باعتبار الحل الذي تمليه طبيعة الأشياء– استنادا إلى فكرة الخضوع الاختياري لهذا القانون.

حتى جاء الفقيه البلجيكي haurent في نهاية القرن التاسع عشر فرتب على أعمال مبدأ سلطان الإرادة نتائجه المنطقية، مؤكداً أنه إذا كان تطبيق قانون دولة الإبرام أو دولة التنفيذ قد فسر على أساس رضا المتعاقدين الضمني، فإنه يحق لهم أن يختاروا صراحة قانونا أخر غيره[77]. وهذا بالرجوع إلى مبدأ حرية المتعاقد المستمد من القانون الطبيعي باعتباره حقا من حقوق الإنسان.[78]

وبهذا فإن Laurent بإرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون العقد، وعند غيابهم يتم الكشف عن إرادتهم الضمنية من خلال ظروف المتعاقد وملابساته. فإن تعذر استخلاص هذه الأخيرة، فيصير تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وفي حالة الاختلاف في الجنسية يطبق قانون محل

---

[76] : أنظر نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، ط1، بدون ناشر، 2002، ص76.

[77] : أنظر هشام صادق ، عقود التجارة الدولية، ص 27 هامش 54.

[78] : أنظر Ibid,p34.

الإبرام. حيث يعتبر هذان القانونان الأخيران بمثابة تعبير عن إرادة المتعاقدين المفترضة كما يتصورها القاضي أو المشرع.[79]

وهو الأمر الذي يخالف ما جرى عليه فقه ديمولان وفوليكس وسافيني حيث جعلوا من فكرة الإرادة مجرد تبرير لاحق لإسناد سابق، يتسم بالطابع الآمر، حيث أسندوا العقود إسنادا جبريا لا يملك الإرادة تغيير.[80]

كما نجد الفقيه Mancimi قد استثنى إخضاع العقود لقانون الإرادة مع احترام مبدأ سلطان الإرادة من منطلق أن القواعد المنظمة للعقود في القانون الوطني للمتعاقدين هي قواعد مكملة، يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، باختيارهم لقانون أخر ليحكم العقد.

وأول من قال اصطلاح سلطان الإرادة لأول مرة الفقيه Brocher سنة 1883 واعتبر انبثاق لفكر جديد في شأن إخضاع العقود لقانون الإرادة، لأنه لم يرجع قدرة المتعاقدين على الاختيار إلى مطلق سلطان الإرادة كما فعل Laurent ومعاصريه، بل ردها إلى قوة القانون نفسه الذي منح الإرادة المقدرة على هذا الاختيار. ولم ينتشر اصطلاح سلطان الإرادة إلى بعد وفاة Brocher سنة 1884 فنجد على سبيل المثال أن Weiss قد أسهم بصفة خاصة في ذيوع استخدام هذا الاصطلاح في فرنسا.

وهكذا استقر مبدأ سلطان الإرادة مع نهاية القرن التاسع عشر بما يكلفه للمتعاقدين من حق اختيار للقانون الواجب التطبيق على العقد سواء رجع هذا الاختيار لمطلق سلطان الإرادة كما رأى لوران أو استند لقوة القانون، كما أكد Brocher بحيث أصبح هذا الاختيار لدى الفقيهين في حد ذاته حلا لمشكلة تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية وليس مجرد تبرير لاحق لحل مسبق آمر لا تملك الإرادة تغييره، كما اعتقد كل من ديمولان، فوليكس وسافيني.

أما التنازع في شكل العقد مازال يخضع لقانون بلد الإبرام في كافة الأنظمة القانونية الحديثة مع ملاحظة الطابع الاختياري لهذه القاعدة نزولا على الاعتبارات العملية وإن كان الأصل أن الروابط العقدية الدولية هي التي تخضع للنظرية العامة لتنازع القوانين الموروثة عن فقه سافيني ، فهي تلقي

---

[79] :أنظر Laurent,op,cit,p386et S.

[80] : أنظر Ranouil,op,cit,p19ets.

على عاتق القاضي عبء تكييف الرابطة العقدية محل النزاع. فإذا لحقت الرابطة الصفة الدولية فعليه إسنادها للقانون الذي تشير به قواعد التنازع في قانونه وهو قانون الإرادة.

وبهذا استقر لأطراف العقد الدولي حرية اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية ، وقد ساعد على ذلك التطور الذي شهدته الحرية الفردية والفكر الليبرالي الذي يشكل انعكاسا حقيقيا للفكر السائد في تلك الحقبة الزمنية بخصوص القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

المطلب الثالث: مدى ملائمة القوانين الداخلية لخصوصيات العقود الدولية الحديثة:

إن كان مسَلماً أن للأطراف حرية اختيار شروط التعاقد بما في ذلك شرط تحديد القانون الواجب التطبيق، فيجب أن لا ننسى أن مصدر هذه الحرية هو مبدأ سلطان الإرادة أو قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن هذه القاعدة ليست بالقاعدة الفلسفية المجردة، بل هي قاعدة قانونية تستند إلى نظام قانوني معين يضع لها ضوابطها وحدودها.[81]

وعلى ذلك فإن استخدام الأطراف لسلطة اختيار قاعدة من قواعد تنازع القوانين لا يخولهم أي سيطرة على القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة في الحدود التي يتصل فيها ذلك القانون بالقواعد الآمرة والنظام العام.

وإذا كان فقه القانون الدولي الخاص الحديث، فقد اعترف بدور الإرادة في اختيار قانون العقد، فإن هذا الحق يستند إلى حكم القانون الذي سمح للإرادة لهذا الاختيار، وليس لمطلق مبدأ سلطان الإرادة[82]. حيث ينحصر دور الإرادة على هذا النحو في تعيين القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من سلطان هذا القانون.

ومن ثم فإن دور هذا المبدأ ليس إلا تأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين حيث يسمح لهم باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة التي يرغبان في تحقيقها.[83]

ولعل ذلك ما دفع جانبا من أنصار النظرية الشخصية إلى رد قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي، تستند إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يخول للمتعاقدين القدرة على وضع الشروط العقدية التي يلتزمون بأحكامها أسوة بما يجري عليه

---

[81] : أنظر هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر التجارية، منشأة المعارف بالإسكندلاية، ط1977، ص247.

[82] : أنظر هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص649 وما بعدها و أنظر : Heuze,op,mo230.

[83] : CFD. Halleaux et J Foyer et G,De la predelle droit international preve masson paris 1987,p59

الأمر في القانون الداخلي، حيث يستمد المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتي للعقد من سلطان القانون الذي منحهم هذه القدرة.[84]

ويترتب على ذلك أنه إذا كان اختيار الخصوم لقانون أجنبي في إطار تعاقداتهم الداخلية ينزل أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية، فإن الاختيار الإرادي لقانون العقد في إطار العقود الدولية يؤدي بالمثل إلى اندماج أحكام هذا القانون في العقد ونزولها منزلة الشروط التعاقدية، والتي إن استطلعت الإفلات على هذا النحو من سلطان القواعد الآمرة في القانون المختار[85]، إلا أنها تظل محكومة بالقانون الذي ترتبط به العلاقة بأوثق صلة.[86]

إلا أن فقه النظرية الموضوعية قد رفض ما ذهب إليه أنصار النظرية الشخصية سواء أراد حق الاختيار الإرادي لقانون العقد إلى مطلق سلطان الإرادة أو استند هذا الحق إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، حيث أرجع دور الإرادة في اختيار قانون العقدية لسلطان القانون المختار.[87]

وقد انتهى هذا الاتجاه إلى أن احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية هذه أمام القضاء الوطني وعدم اندماجه في العقد يؤدي إلى خضوع المتعاقدين لأحكامه الآمرة وبالتالي مخالفة هذه الأحكام يؤدي إلى إبطال العقد.[88]

وهكذا استقر فقه النظرية الموضوعية الغالب في جميع الأحوال على ضرورة خضوع العقد للقانون الداخلي لدولة معينة عملا بقواعد تنازع القوانين في دولة القاضي. ومنه فما مدى التزام القاضي أو المحكم بالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق؟ قد يختار أطراف العقد واحدا من القوانين ذات الصفة الوطنية أو الدولية ليكون قانونا واجب التطبيق بإرادتهم الصريحة، فهل يقع على القاضي الوطني أو المحكم الدولي الالتزام بوضع هذه الإرادة موضع التنفيذ؟

تبرز الإجابة على هذا التساؤل إحدى الخصائص المميزة للمحكم الدولي عن نظيره القاضي الوطني فيما يتعلق باحترام وتنفيذ إرادة المتعاقدين، ذلك أن المحكم يلتزم باحترام مبدأ سلطان الإرادة دون

---

[84] :أنظر Deby,Gerard,op,cit,,o231.

[85] :Heuze,op,cit,p242et243.

[86] : أنظر هشام علي صادق، المرجع السابق، بند215 وما بعدها.

[87] :Pommier,op,cit,no48.

[88] : أنظر محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية،ط2000، ص96.

ضرورة لأن يستمد ذلك الالتزام من قاعدة تنازع القوانين في قانون وطني معين[89]. معنى ذلك أن تنفيذ الإرادة قد صار واستقلالا عن اتفاقية دولية تفرضه قاعدة من قواعد القضائية المادية الموضوعية[90]، التي تنشأ تلقائيا وتثبت بالتكرار حتى تصير واجبة الاحترام.

ولا نقصد هنا قاعدة مادية أو موضوعية وإنما معنى خاص مؤداه أنها لا ترتبط بما قد يؤثر في هذا التحكيم مثل: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو مكان انعقاد محكمة التحكيم...الخ.

إذ يلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف دون الرجوع إلى الأساليب المعتادة في قواعد تنازع القوانين في نظام قانوني وطني معين.[91]

وإذا وضعنا في الاعتبار أن السمة العامة لقاعدة تنازع القوانين تضمنها ضابطا للإسناد إلى قاعدة قانونية ما، فإنه يفهم بمادية القاعدة عموميتها التامة بحيث تكون هي القاعدة الواجبة التطبيق، أيا كانت جنسية القاضي الذي ينظر النزاع فرنسيا كان أم سويسريا أم جزائريا، أو غير ذلك، بحيث تطبق ذات القاعدة وأن كانت تتخذ الصورة التي تلائم كل نظام قانوني.

ذلك أن أطراف العقد يغلب أن يخضعوا العقد إلى قانون أو آخر من القوانين الوطنية استنادا إلى قاعدة سلطان الإرادة التي تقوم بدور يسهل وصفها بوصف القاعدة المادية بالنسبة للمحكم الدولي.[92]

وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من معاهدة جنيف 1961 أن: " للأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيق أحكامه على موضوع النزاع. وكذلك في المادة 32 من لائحة التحكيم الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي والتي كانت أكثر دقة من سابقتها حين أناطت بالمحكمين أن يتخذوا قراراتهم طبقا لشروط العقد."

وعلى هذا فإنه ليس هناك من مجال لحرية المحكمين في تحديد وتطبيق قانون العقد إلا في غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من المتعاقدين فتطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدين يمثل أحد المهام المنوطة بالمحكم الذي يجب أن يلتزم بأدائها.

---

[89] : أنظر La sentence CCI,no,1375 de 1965 cites par ,Derarns,ren ,1973,p131.

[90] : أنظر J,M,Jacqu et ,op,cit,p116.

[91] : S entence CCI,no1512de 971,clunet,1974,p905et S

[92] : أنظر B.Goldman la lex mercatoria dans les contrats et larbitrage international realite et perspective clunet,1979,p475 et spec ,no35,p492.

الفصل الثاني: قانون العقد الدولي في ضوء الاتجاهات الحديثة

يخضع العقد الدولي لحكم القانون من خلال منهج قواعد الإسناد الذي يقوم على فكرة أساسية مؤاذها اختيار القانون الأقرب للرابطة العقدية الدولية من بين القوانين المختلفة، لهذا لا تنطبق مباشرة على النزاع و إنما هي تشير فقط إلى القانون الواجب التطبيق الذي هو غالبا ما يكون قانونا داخليا لدولة معينة، و إذا كان هذا القانون الذي أشارت به قواعد الإسناد للانطباق على هذه الرابطة هو الأقرب إلى عناصرها من غيره من القوانين الأخرى الداخلية، فإن هذا لا يعني انه يستجيب تماما لطبيعة الرابطة العقدية المطروحة و الحال أنها تتسم بالصفة الدولية، بين القانون لواجب التطبيق في شأنها هو مجرد قانون داخلي لم توضع أحكامه أصلا لمواجهة مثل تلك العلاقات الدولية.[93]

و لعل هذا ما يدفعنا إلى التعرض للتفصيل لأسباب التي دعت إلى تدويل العقد و إفلاته من حكم القوانين الداخلية.

[93] أنظر: محمود محمد الياقوت، حرية المتعاقدين اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة2000، ص: 313.

العقود الدولية بين مبدأ قانون الادارة ومنظمات التجارة الدولية

المبحث الأول: تهيئة قانون العقد وفقا لمقتضيات التجارة الدولية.

أصل في عقود التجارة الدولية هو خضوعها لقانون الإدارة[94] خاصة الجانب الموضوعي للعقد، كما نجد الفقه الغالب نحو وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد قدرا مستبعد مسألتين من مجال قانون الإدارة، هما أصلية التعاقد و شكل العقد.

فالأهلية و إن كانت شرطا لصحة التعاقد من حيث الموضوع فقد تم من إخضاعها للقانون الشخصي للمتعاقد على أساس أن الغرض من أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه أما، شكل العقد فقد استقر الاتجاه الغالب على إسناده اختياري إما لقانون العقد او لقانون بلد الإبرام، و ذلك تيسرا على المتعاملين، و رعاية الاعتبارات العملية التي تقتضيها التجارة الدولية.[95] و من هنا يثور التساؤل حول مفهوم التجارة الدولية و مصادرها.

المطلب الأول: التعريف بقانون التجارة الدولية و مصادره:

إن النظام القانوني الذي يظم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية و التي يحتل فيها البيع المكانة الأهم: يطلق عليه اسم قانون التجارة الدولية، و في عام 1965 جاء في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة «بأنه مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص و التي تجري بين دولتين أو أكثر». يشمل هذا التعريف مجموعة القواعد المتعلقة بالبيع الدولي للمنقودات و الاعتمادات المصرفية و النقل و التأمين و حقوق المؤلف و الملكية الصناعية و التحكيم التجاري و عقود الاستثمارات و نقل التكنولوجيا[96] و الشركات الدولية إلا أن البعض لا يعتبر هذه المواضيع من هذا القانون بحجة أنه لا يوجد تنظيم دولي شامل يكفي بذاته كي تنشأ بموجبه شركة معينة ذات فروع في بلاد متعددة، تكون خاضعة لهذا النظام بصفة مستقلة عن قانون دولة معينة، و أما عقود الاستثمار فإنها تتصل بمسائل التنمية و هذا يدخل ضمن المنهاج الاقتصادي العام للدولة فهي أميل إلى الالتصاق بالقانون الدولي الاقتصادي الذي يقصد به تلك الأسس لتنظيم

---

[94] أنظر: -Batiffol, les conflicts de lois en matière de contrats, paris 1638 NO 22

[95] أنظر: هشام علي صادق:« القا. الواجب التطبيق على العقود الت.د.» ، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة2، سنة2001، ص: 16.

[96] أنظر: محسن شفيق، "نقل التكنولوجيا، ص: 07، بند: 05.

دولي اقتصادي جدي و برنامج العمل الذي يوضع كيفية تنفيذه و هو يعد فرعا من فروع القانون الدولي العام و لكي يبعد عن المفهوم التقليدي لهذا القانون الأخير.[97]

بالرغم عدم وجود قانون مختص بإنشاء مثل تلك الشركات الدولية إلى أنها من الأشخاص البارزين في ميدان التجارة الدولية و أنها من صلب موضوعات قانونها حالها في ذلك حال الشركات الوطنية باعتبارها من مواضيع القوانين التجارية الوطنية التجارية. إن مثل هذا القانون هو في دور التحضير فتوجد بعض الشركات ذات النشاط الدولي لا تنص في عقود تأسيسها على القانون الذي تخضع إليه فتتركه مسكوتا عنه و مثال ذلك "الساس" "SAS" و المؤسسة في 1951 حيث يضم هذا الاتفاق شركات الطيران لكل من الدنمرك و النرويج و السويد و ينص اتفاقها على اختصاص محاكم التحكيم في تفسير عقود هذه الشركة للتخلص من سلطان المحاكم الوطنية و يكون ذلك بالرجوع إلى محكمة العدل الدولية عادة كما أن الاتفاق محرر بلغة أجنبية هي الإنجليزية ة ليس بلغة أي من الدول الثلاث، و إن استعمال تعبير الساس هو من أصل بريطاني للرغبة في تبيان استقلال هذا الاتفاق عن القوانين الوطنية لهذه الدول المشاركة[98] فيه و نجد هذا الاتجاه في الاستقلال في الشركات العربية المشتركة و أما بالنسبة لعقود الاستثمار فنرى الاتجاه أيضا في الأعراف و الشروط العامة من خلال ما درج عليه القول بمشاريع الجنوب و عقود الدولة و غير ذلك.

مصادر قانون التجارة الدولية:

1- المعاهدات: تكون إما ثنائية أو جماعية التي يتم إبرامها بإشراف و بدراسة منظمات دولية و أهم هذه المعاهدات قانون جنيف الموحد بشأن الأوراق التجارية و اتفاقية "لاهاي" للاعتراف بالشخصية القانونية للشركات و المؤسسات و اتفاقيات النقل الجوي و البحري و بالسكك الحديدية و اتفاقية "فينا".

2- الشروط العامة و العقود النموذجية: لقد وجدت تجمعات مهنية تضم إعداد من المتعاملين في تجارة معينة مثل جمعية لندن للقمح التي أخذت على عاتقها إعداد عقود نموذجية أو شروط عامة للتعامل في السلعة أو المنتوج، موضوع نشاط تلك التجمعات فجمعية لندن عملت على توحيد العقود و المعاملات في تجارة الحبوب، و قد استطاعت أن تقدم في فترة سابقة مجموعة تضم حوالي 60 صيغة

[97] أنظر: ثروت حبيب ص: 16-17، و الهامش: 2-
[98] أنظر: لوي كارتو، ص: 153، و مايليها.

نقدية نموذجية و المجموعة القائمة منذ 1963 تضم حوالي 40 صيغة عقدية نموذجية، تختلف فيما بينها بقدر محدود بالنسبة لصنف البضاعة و مصدر إنتاجها وجهة وصولها و وسائل و كيفية نقلها، فانتشرت مثل هذه العقود في مختلف أرجاء العالم خاصة في الوقت الحاضر نتيجة لتعدد الجهات المهنية إقليميا و دوليا و قيام منشآت ضخمة قائمة على تخصص نوعي معين من البضائع و المنتجات، و قد يواجه المتعامل وفرة من هذه العقود و الشروط العامة أثناء كثرتها و تنوعها فعليه أن اختيار ما يناسبه و أن لا يكون هذا الاختيار متعارضا مع اختيار الطرف الاخر مما يؤدي إلى تصادم في الرأي و تلاغيا لهذا التعارض دأب مجتمع البائعين و المشترين إلى العمل على إيجاد صيغ و شروط نموذجية تأخذ بمصلحة متوازنة بالنسبة للطرفين و قد أيدت لجنة القانون التجاري الدولي هذا الاتجاه لأنه أمر مرغوب فيه في ميدان التجارة الدولية، كما جرى عمل التجار بالنسبة لغرفة التجارة الدولية على الإشارة إلى أوصاف البيوع التي تجرى بحروف مختصرة مثل CIFأو FOB و أطلق على هذه الإشارات المختصرة اسم المصطلحات التجارية أو التعبيرات التجارية، و هذه التسميات كانت ثمرة لبدأ سلطان الإدارة.

فاستنادا إلى حرية الأطراف في تحديد آثار عقودهم أمكن للعادات التجارية أن تتطور تدريجيا كي تتولى تعيين الجانب الأكثر أهمية من التزامات تقع على عاتق كل من الطرفين بحيث توفر على المتعاملين المناقشات و تعينهم عن طريق هذه الصيغ غير أن الأمر قد لحقته خطورة نشأة من اختلاف المعنى المستفاد من ذات التعبير من بلد لآخر مما يؤدي غلى سوء الفهم و التنازع فلاحظت ذلك غرفة التجارة الدولية فعمدت منذ سنة 1923على إعطائها مدلولا واضحا و مقبولا عالميا، و انتهى في 1935 إلى إقرار مدونة تضم قواعد تفسير موجودة لـ11 تعبيرا تجاريا أطلق عليها اسم Incoterms سنة 1936.

و قد أعيد النظر فيها سنة 1935 و في سنة 1967[99] ثم بلغت 14 تعبيرا فهذه القواعد[100] عبارة عن تدوين للقواعد العرفية في ميدان التجارة الدولية، كما لاحظت غرفة التجارة الدولية أن الصيغ النموذجية و الشروط العامة هي وسيلة تمويل البيوع الدولية بحيث يتخلى المصدر عن حيازة بضائعه و مستنداته و أن المستورد يقدم الثمن قبل أن يرى البضائع و ما ينشأ من اشتراطات و سوء فهم تحض

[99] أنظر: ثروة حبيب، ص: 33-36 و 51-53.
[100] أنظر: فريدريك إيرمان، ص: 1.

الضمانات مما أدى إلى وضع قواعد موحدة الاعتمادات المستندية في مؤتمرها المنعقد في فيينا 1933 و غداة سنة 1951 في لشبونة ثم 1962 و 1974 و آخر تعديل لها تم في 1983 و الذي أصبح نافذا منذ 01-10-1984 و تتميز هذه القواعد النموذجية بمايلي:

1- هي قواعد مفسرة يحال إليها عند سكوت العقد.

2- تتيح الحرية للمحاكم الوطنية للتفسير.

3- و إن شيوعها أدى إلى اعتمادها كتب من القوانين التجارية الوطنية و هذا يمكن الاستفادة من قضاء المحاكم الأجنبية و ما يكتب في الموضوع للاستعانة به كمصدر إرشادي في التفسير.[101]

3- المبادئ العامة للقانون:

نصت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن هذه المبادئ تعد أحد المصادر الرئيسية للقانون الدولي، حيث أضافت الأعمال التحضيرية هذا المصدر ليس كبديل للمصادر الاتفاقية أو المعرفية للقانون الدولي و إنما لتزويد المصادر الأخرى بضمان إحتياطي ضد ما يعتريها من ثغرات كما هو الحال في القانون الداخلي، إذ لا يتم تطبيق هذه المبادئ في وجود القواعد الاتفاقية أو العرفية لذلك، و على سبيل المثال تمسكت البرتغال في قضية: the Indian over passege of right territory كما يلي: -أن القوانين الداخلية في الدولة المتمدنة تجمع على الاعتراف بأن لخائن الأرض التي لا منفذ لها في سبيل الوصول إليها يمر من خلال الأرض المجاورة له و المؤدية إليها و هذا ما يسمى ارتفاق المرور.[102]

لكن نجد شراع القانون الدولي العام يختلفون في تفسير المقصود من هذه المبادئ العامة للقانون، هل هي المبادئ للقانون الدولي العام أم القانون الداخلي أم للقانونين معا؟ فمنهم من يرى أن المقصود هو المبادئ العامة للقانون الداخلي فقط و هكذا يجب فهم نص م38 السالفة الذكر لأن فحوى المادة لم يحتمل تحت لمبادئ القانوني معا حتى وصل الكتاب في تحليلهم هذا إلى القول بأن م38 ليست مادة تشريعية للحقوق و الالتزامات و إنما هي مادة قضائية تحدد وظيفة القاضي الدولي و حدود سلطته فهي

---

[101] منشور في كراس غرفة التجارة الدولية رقم400 تعديل1983 وتجدها باللغات العربية الإنجليزية و الفرنسية في كتاب المستند للأساتذة فريدي باز، كابيال شامي و جورج أبي صالح، ص: 95 و ما يليها.

[102] أنظر: طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدلية، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع عمان الطبعة1 سنة 1997، ص: 51.

أقرب إلى كونها قانونا إجرائيا مما يعني اعتبار موضوع هذه المادة مصدرا للقانون أمرا متعذرا[103] و هذه المبادئ لا تعني حتما صلاحيتها في كل الأحوال لأن تكون مصدرا للقانون الدولي للسباب التالية:

أ- اللجوء إلى القياس على المبادئ العامة للقانون الداخلي ليس شائعا بسبب القيود الواردة على عملية نقل هذه المبادئ إلى القانون الدولي و ذلك لاختلاف النظم السياسية و الاجتماعية للدول التي تنتمي إليها حضارات مختلة.

ب- وجود تفاوت بين بعض المبادئ العامة للقانون مثل مبدأ الحقوق المكتسبة في مواجهة التأميم و مبدأ تحريم الإضراب و اعتباره حقا مشروعا و مبدأ إباحة الربا و تحريمه فيما بعد. و فيما عدا ما تقدم يؤخذ بهذه المبادئ كمصدر لهذا القانون، نجد القانون الدولي يأخذ بهذه المبادئ باعتبار الفعل غير المشروع هو مصدر للالتزام و مبدأ القوة القاهرة و الظروف الطارئة و مبدأ حسن النية و عدم الالتزام بعرض النزاع على المحاكم و مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي.

كما نجد الدكتور هشام علي صادق يؤيد و يؤكد أن هذا المصدر في قانون التجارة الدولية هو مصدر احتياطي بقوله: يجري المحكمون في المنازعات العقدية على تطبيق المبادئ القانونية المشتركة رغم سكوت المتعاقدين أنفسهم على النص على القانون الواجب التطبيق و هم بمسلكهم على هذا النحو يهدفون بدورهم إلى تدويل العقد و إخراجه من دائرة اختصاص القوانين الوطنية خاصة فيما لو سكنت الأعراف و العادات الدولية عن تقديم حل للنزاع المطروح على فضاء التحكيم.[104]

إن التحكيم الدولي قد استخدم كذلك فكرة المبادئ العامة لاستلهام بعض القواعد ذات الطابع الأخلاقي و التي تستوجب محاربة الفساد و احترام القوانين الداخلية، آمرة في الدول المضيفة للاستثمار مثل القواعد التي تحط الوساطة في العقود المبرمة بين الدول و المستثمر الأجنبي و بين كبار مسؤولي الدولة المضيفة للاستثمار و الذين ساعدوا المستثمر على التوصل إلى اتفاقية فإن تضمنت أحكام تقضي ببطلان الاتفاق على العمولة بطلانا مطلقا هذا لأنه مخالف للمبادئ الأخلاقية و القانونية.

4- قواعد العدالة:

لتطبيق هذه القواعد على مجتمع التجار يقتضي التسليم بأن قانون التجارة الدولية هو تعبير عن العدل الذي صنعه هذا المجتمع لا العدل المطلق الذي لا يتغير، لذا يجب تطبيق هذا القانون بصرف

---

[103] أنظر: نقلا من زهير الحسني، ص: 223-225.

[104] أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص: 172.

النظر عن اعتبار هذه القواعد سيئة أو غير عادلة لأنه ليس سببا مبررا لتجاهل القاضي أو المحكم لها و بهذا المفهوم تخرج قواعد العدالة من مكونات قانون التجارة الدولية، لكن البعض الآخر يعتبرها جزءا منه لاستكمال النقص في هذا القانون، فيستطيع المحكم باسم العدالة أن يستلهم الحلول للمسائل التي لم يتناولها القانون و مهما قيل من أن هذا الاتجاه يحرم المتعاقدين من الأمان القانوني لعدم معرفتهم المسبقة بما سينتهي إليه المحكم في النزاع باسم العدالة، إلا أن المحكمين لا يلجأون إلى خلق الحل باسم العدالة إلا عند عدم وجود قاعدة موضوعية في الأعراف و العادات التجارية أوفي المبادئ القانونية المشتركة و هذا ما يقلل من خطورة النقد الذي وجه إلى الرأي السابق[105] و من القواعد الشهيرة التي استلهمها التحكيم باسم العدالة في مجال التجارة الدولية فكرة التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة، رغم القوة القاهرة تعفي أصلا المدين من التزامه.[106]

5- القضاء الدولي:

و يتمثل في أحكام المحاكم التي تصدر في مواضيع التجارة الدولية و التي تطبق اتفاقية دولية و أعراف تجارية بإضافة على الأحكام التي تصدرها محكمة العدل الدولية في المطالبات التي توقعها الدول باسم رعاياه من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين على أساس حمايتها الدبلوماسية للرعايا.[107]

6- التحكيم التجاري الدولي: و هذا ما سنتعرض إليه بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

المطلب الثاني: الأسباب التي دعت إلى تحرير العقد الدولي من حكم القوانين الداخلية.

الأصل في العقود الدولية التي تتضمن عنصرا أجنبيا، هو خضوعها للنظرية العامة لتنازع القوانين الموروثة عن فقه "سافني" فالقاضي، يقوم بتكييف الرابطة محل النزاع، إذا تبين أنها تتسم بالطابع الدولي يسندها مباشرة إلى القانون الذي تشير به قواعد تنازع القوانين في قانونه، أي إلى قانون الإدارة إذا لم يحدد المتعاقدين القانون الواجب التطبيق و منه فإن قواعد الإسناد في المنهج السافييني هي لا تحدد القانون المختص بحكم الروابط الخاصة الدولية وفقا لاختيار القانون الأقرب إلى الرابطة و أكثر اتصالا بعناصرها، لهذا قيل أن قواعد الإسناد المزدوجة هي قواعد «عمياء» تعمل بطريقة آلية لتحديد القانون بصرف النظر عن مضمونه أو فحواه[108].

---

[105] أنظر: طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص: 54.
[106] أنظر: ثروة حبيب، ص: 179-187.
[107] أنظر: طالب حسن موسى، نفس المرجع، ص: 55.
[108] أنظر تقرير عن حق المرأة في المساواة و قواعد الإسناد، المنشور في أعمال المؤتمر المنعقد في الغرفة في المدة 10-15 سبتمبر 1998 في مصر ، ص: 2 01.

و على هذا على هذا النحو يؤكد فقه النظرية التقليدية أن قواعد الإسناد لا تشير إلا للقوانين الداخلية الصادرة عن دولة معينة[109] التي تستوي في نهاية الأمر إلى تطبيق قانون وطني لدولة معينة على الروابط الخاصة ذات الطابع الدولي. و لعل هذا ما يفسر الإتجاه المعاصر نحو خلق أحكام موضوعية لحكم الروابط الخاصة الدولية و تتماشى مع طبيعتها، التي تشكل ما يسمى بقواعد القانون الدولي الخاص المادي. قد يكون التشريع أو القضاء الداخلي، و قد ترتد إلى مصادر ذات طابع دولي مثل المعاهدات الدولية، أو الأعراف و العادات المهنية أو التجارية التي نشأت بطريقة تلقائية من خلال ما جرى عليه العمل بين التجار و رجال الأعمال في اطار التجارة الدولية[110] و استجابة لمتطلباتها.

و رغم تصدي الدولة لحل مشاكل التجارة الدولية الحديثة سواء من خلال ما تبرمه من معاهدات مع غيرها من الدول لتنظيم حاجات تلك التجارة، إلا أنها لاقت صعوبات لحل هذه المشاكل خاصة و أن التشريعات الداخلية قد عجزت أمام تعدد عقود التجارة الدولية، و من هنا ظهرت أهمية عادات و أعراف التجارة الدولية و التي استقر عليها العمل في نطاق الأسواق الدولية[111] حيث أنها تتضمن تنظيما للروابط العقدية الدولية يؤدي إعمالها أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي إلى تحرير هذه الروابط من رقبة القوانين الداخلية.

فمثل هذه العادات و الأعراف الدولية لا تعد قانونا داخليا لأنها نشأت بعيدا عن الدولة و مؤسساتها هذا ما يوضح لنا أنه يناهض النظرية التقليدية في تنازع القوانين، و هو عودة حديثة إلى ما كان يسمى في الماضي بالقانون التجاري المشترك بين الأمم، و هو القانون العرفي الموحد الذي كان يحكم المعاملات التجارية الدولية قبل ظهور حركة تقنين التشريعات الوطنية في القرنين الثامن عشر و التاسع عشر[112]. و التي عجزت عن مواجهة التطور الخطير في مجال التعاون الدولي، و ظلت غالبيتها متخلفة عن ملاحقة الأنماط الحديثة للعقود الدولية، مثل عقود المفتاح في اليد والتسليم في اليد و نقل التكنولوجيا و المساعدة الفنية و غيرها من العقود المركبة.[113]

---

[109] أنظر: هشام علي صادق«تنازع القوانين»الاسكندرية 1987،ص:64 وNiboyet دروس في القا.د.خ،باريس 949، ص: 355 و ما بعدها.

110 أنظر: - Peyrefitte: le probleme de contrat dit sans lois, dallos 1965,p:113.

111 أنظر: Fouchard - l'etat face aux usage du commerce. Int. Travaux 1973-1975, p:79

[112] أنظر: Gerhard kegel,the crises of confliet of laws، منشور في مجموعة دراسات لاهاي 1964 ج02، ص: 95، خاصة ص:169.

[113] أنظر - goldman, la lexmercatoria dans les contrats et l'arbitrage international.réalité et perspective,trav.com.fr. de droit-int prive1977-1979.pp:221et.s.spec.pp:239-241.

و لعل هذا ما أدى بالمحكمتين الدوليتين إلى تطبيق هذه الأعراف التي تلقي في نفس الوقت ارتياح المتعاملين في ميدان التجارة الدولية من رجال التجارة و الصناعة و أرباب الأعمال في الدول الغربية بصفة خاصة[114] كما أنه يكفل وحدة القانون المطبق في شأنها بدءا من إسناد كل عقد إلى القانون الداخلي لدولة معينة وفقا للمنهج التقليدي، مما يؤدي إلى الإخلال بالإنسجام المتطلب في الأحكام الواجبة التطبيق.

إذن فإذا كان قضاء التحكيم هو الميدان شبه الوحيد الذي طبقت فيه هذه الأعراف التجارية تطبيقاتها المختلفة[115]، فإن هذا القضاء لم يكتف فقط بتطبيق تلك العادات و الأعراف الدولية و إنما استعان كذلك بالمبادئ القانونية المشتركة في الدول و أيضا لقواعد العدالة على أن هذه المبادئ تشكل مع الأعراف التجارية ما يسمى بالقانون التجاري الدولي[116].

و لعل تحرر العقد الدولي من سلطان القوانين الداخلية على هذا النحو و خضوعه لأحكام القانون التجاري الدولي يثير التساؤل عن مدى تمتع أحكام هذا القانون بالقوة الملزمة التي تحيز اعتبارها قانونا للعقد.

المطلب الثالث: مدى تمتع قانون التجارة الدولية بالقوة الملزمة التي تحيز اعتبارها قانونا للعقد.

إن الاعتراف بالقوة الملزمة للأعراف الدولية و المبادئ المشتركة، و التي يشكل مجموعها ما يسمى بالنظام القانوني المستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية (الوطنية)، سيؤدي إلى نتيجة هامة و هي أن إفلات بعض العقود الدولية من سلطان القوانين الداخلية لم يعد يعني تحررها المطلق من حكم القانون بصفة عامة، إذ ستخضع هذه العقود للقواعد الموضوعية الدولية و التي تجد مصدرها في العادات و الأعراف التجارية الدولية، بالإضافة إلى المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة فضلا عن قواعد العدالة، دون الحاجة إلى تبني المتعاقدين لهذه القواعد في عقودهم صراحة أو ضمنا وفقا لمبدأ سلطان الإدارة[117].

---

[114] Eorique , Mélange Goldman -Michel Virally, un tiers droit ? Réflexions théorique, Mélan Ges goldmen, p :378.ets.

[115] أنظر: - la garde – approche critique de la lex mercatoria, Mélanges goldmen paris.1983, p :125.

[116] أنظر: هشام علي صادق: عقود التجارة الدولية، ص: 151ss. و - kagel the crisis of laws, Recueil, 1964 vol.112-2, p: 95

[117] أنظر: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص: 194.

و على هذا النحو، فخضوع العقد الدولي لقواعد القانون التجاري سيؤدي إلى تطبيق أحكام هذا القانون إما تطبيقا مباشرا و يصرف النظر عن إرادة المتعاقدين، أو من خلال منهج التنازع الذي يتخذ من الإرادة ضابطا للإسناد، و في هذا الغرض الأخير، فإن اختيار المتعاقدين للأحكام المادية للقانون التجاري الدولي هو اختيار تنازعي و ليس اختيارا ماديا، حيث تظل هذه الأحكام محتفظة بصفتها القانونية، لأنها تنطبق على العقد بهذه الصفة دون أن تختلط بشروطه التعاقدية.

و هذا ما يقتضي منا التعرض لمدى القوة الملزمة للقواعد المكونة لما يسمى بالقانون التجاري الدولي و التي مصدرها:

أولا:العادات و الأعراف التجارية الدولية:

تعتبر عادات التجارة من أهم مصادر قانون التجارة الدولية[118] حيث درج العمل الدولي بين التجار أعضاء التجمعات المهنية و التجارية و رجال الصناعة و المال على إتباع عادات معينة في معاملاتهم التجارية و ذلك في إطار كل مهنة أو تجارة على حدى، مثت أسواق الأقراص بال Dollar-euro و العادات السائدة في مجال تجارة الحبوب و تجارة الحرير و كذا العادات التي قننتها المؤسسات المهنية و التجارية الخاصة ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية، كما هو الشأن بالنسبة للعادات و الأعراف التي قننتها العقود النمطية جمعية لندن لتجارة الحبوب، و الجمعية، و كذا الشروط العامة التي وضعتها بعض المؤسسات المهنية ذات الطابع الدولي مثل غرفة التجارة الدولية أو الصادرة من مؤسسات دولية مثل المجلس الاقتصادي الأوروبي التابع للأمم المتحدة، و اتحاد الأمم (كوميكون) التابع لدول أوروبا الشرقية بالإضافة إلى مجموعة اصطلاحات التجارة الدولية المعروفة باسم"Incoterms"[119].

و يرى جانب من الشراح أن مثل هذه العادات التجارية و المهنية التي يطبقها المحكمون في المنازعات الدولية لا تعدو أن تكون عادات اتفاقية ذات أصل تعاقدي. فهي لا تلزم المتعاقدين على هذا النحو إلا بوصفها شروطا تعاقدية تضمنها العقد، و هو ما ينفي عنها صفة العموم و التجريد التي تتمتع بها قواعد القانون[120].

---

[118] Oppetit – la nation de source du droit et le droit du commerce international in archi. Ph.dr.1982, p : 51etc.

[119] Level, op.cit.p : 212.

[120] Laussuarn, principaux courants du droit international privé a l'epoque actuelle , منشور في مجموعة دراسات لاهاي1973 ج2،

وعلى هذا النحو ينتهي هذا الاتجاه إلى أن العادات التجارية الدولية لا تتمتع بقوة الإلزام فيما لو لم يتفق المتعاقدون على اتباعها، فلهم حرية قبولها أو رفضها، حتى في هذه الحالة فإن مصدر إلزام العادات التجارية يرجع إلى كونها قد أضحت جزءا من العقد و تتمتع كسائر بنوده بقوة ملزمة، أي أن قوتها الملزمة لا تتأتى من ذاتها و إنما من العقد.[121]

و يضيف جانب آخر من الشراح قولهم أن هذه العادات، قد تكونت في مجتمع التعامل الدولي للتجار و رجال الأعمال بعيدا عن سلطان الدولة فهي لا تعد قانونا بالمعنى المفهوم[122].

و على خلاف هذا الاتجاه يؤكد جانب آخر من الشراح الصفة القانونية للأحكام التي استقر عليها العمل بين التجار و رجال الأعمال العابر للحدود في معاملاتهم، فهذه الأحكام لم تعد مجرد عادات اتفاقية، و إنما تحولت مع مرور الوقت إلى أعراف ملزمة في كثير من المجالات.[123]

و إذا كانت هذه الأعراف تختلف من ناحية باختلاف الأوساط التجارية أو المهنية التي تشكلت في إطارها و من ناحية أخرى باختلاف نوع العقود داخل إطار الحرفة أو المهنة الواحدة مما قد يحد من عمومها[124]، إلا أن هذا لا يقدح من ذلك من اتسام هذه الأعراف بالصفة القانونية التي تجعلها ملزمة في إطار المهنة أو التجارة التي تكونت في نطاقها.[125]

و لهذا يشير البعض بصراحة إلى إنكار الصفة القانونية على أحكام القانون التجاري الدولي، لا يتأتى إلا في ظل المفهوم التقليدي الذي يربط بين القانون و الدولة، و لا يتصور وجود قواعد القانون إلا في مجتمع سياسي منظم يخضع لسلطة عليا و هكذا انفصلت هذه القواعد عن أصلها التعاقدي بعد تحولها من مجرد عادات اتفاقية إلى قواعد عرفية ملزمة، و مما يدل على صحة هذا النظر أن مجتمع البائعين و المشترين العابر للحدود قد أصبح له أجهزة تسهر على العمل على احترام قواعده العرفية و تلك الأجهزة هي التحديد المحكمون و هيئات التحكيم. حيث أصبح أعمالها لا يحتاج إلى إرادة المتعاقدين في تطبيقها.

ص: 303-304

[121] Cissis, théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrats et arbitage internationaux, hex Mejcataria, paris, LG DG ,1984, no 508.

[122] battiffol in le contrats dit sans loi, travaux, 1964-66,p 231-232.

[123] راجع تقرير goldmen أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص-1977-1979.

[124] Fouchard l'état oface…..,op.cit, pM 75.

[125] Goldman frontières du droit et lexmercatenia in Arch.ph,dr.1964 vol.IX.p :177 .ets

كما يرى جانب آخر أن هذه القواعد العرفية تستمد صفتها القاعدية من وجود جزاءات يتعرض لها المخالف لأحكامها و التي تقوم بتوقيعها المؤسسات التي تتولى شؤون هذا المجتمع العابر للحدود كالاتحادات و النقابات الخاصة ذات الطابع الدولي و حتى مؤسسات التحكيم التجاري الدولي مثل غرفة التجارة الدولية في باريس. إلا أن الجزاءات مختلفة و متنوعة منها الأدبية و التي تؤثر على سمعة التجار و الشركات في الأسواق الدولية حتى ترفض تنفيذ أحكام المحكمين كذلك الجزاءات المالية كأداء أطراف النزاع لضمان مالي مسبق يتحمله الطرف الذي يرفض تنفيذ أحكام المحكمين طواعية، كما أن هناك جزاءات أخرى متمثلة في حرمان المقصر من بعض الحقوق منها منعه من الالتجاء للتحكيم في المستقبل أو تعليق العضوية في الاتحادات الدولية للمهنة أو التجارة التي يمارسها أو الفصل من عضوية هذه الاتحادات...و غيرها من الجزاءات و هكذا أكد أنصار القانون التجاري الدولي القوة الملزمة للأعراف المهنية و التجارية التي تكونت بطريقة تلقائية في الأسواق الدولية المتخصصة عبر الحدود و ذلك من خلال تكرار إتباعها و استقرار العمل بمقتضاها، حتى غدت تشكل نظاما قانونيا أو الأمر الذي أضفى عليها في النهاية صفتها القانونية.

و منه فإذا كانت الأعراف المهنية و التجارية المكونة للقانون التجاري الدولي الذي يحكم التجار و رجال الأعمال، له مؤسساته التي تسهر على تطبيق تلك القواعد العرفية و أجهزته المكلفة بفرض احترامها على أعضائه .و التي تشكل المصدر الأول لهذا النظام القانوني المستقل عن سلطات الدولة، فإن هناك مصدرا آخر للقواعد المكونة لهذا النظام وفقا لما يقول به أنصاره و هو المبادئ القانونية المشتركة.

ثانيا: المبادئ القانونية المشتركة:

إن رغبة المتعاقدين في تدويل عقودهم و اتفاقاتهم و تحريرها من سلطان القوانين الداخلية التي عجزت عن إيجاد الحلول المناسبة لمثل هذه العقود المتطورة هي رغبة يتعذر تحقيقها عملا إلا إذا تضمن هذا العقد شرط التحكيم الدولي ذلك لأن المحكمون في المنازعات العقدية على تطبيق المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة سواء بوصفها قانونا للإدارة أي بناءا على إرادة المتعاقدين أنفسهم الصريحة أو الضمنية أو تطبيقها رغم سكوتهم.

و بالتالي فسواء تم تطبيق هذه المبادئ أمام قضاء التحكيم تطبيقا مباشرا أو من خلال إعمال منهج التنازع، فهل تعتبر مثل تلك المبادئ العامة للقانون من العناصر المكونة للقانون التجاري الدولي ؟!

يرى جانب من الفقه المناصر لقانون التجارة الدولي أن المبادئ العامة لا تعد من مكونات هذا القانون فهي مجرد مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية المختلفة، و لا تتمتع بخصوصية تكفل لها صفة الاستقلال عن هذه القوانين[126] فهي فكرة غامضة لا تعبر عن قواعد قانونية محددة الأمر الذي يتيح للمحكم اتخاذها ستارا يخفي وراءه حلولا معينة لا تعبر إلا عن هواه الشخصي[127] فنجد مثلا أن المبادئ العامة و إن كانت تقضي بوجوب تحديد مدة معينة يحق فيها للمشتري أن يعلن البائع بالعيوب الخفية، إلا أنها لم تتناول تحديد هذه المدة. و هذا ما يؤدي إلى إعمال قواعد أحد القوانين الداخلية التي تتصدى لمثل هذه المشكلة، حيث أضحى من الصعب استخلاص مبادئ عامة مشتركة تحكم العلاقات التجارية التي تقوم بين أعضاء المجتمع الدولي للبائعين و المشترين و ذلك لاتساع نطاق المعاملات الاقتصادية الدولية في العصر الحديث.

إلا أن قضاء التحكيم قد استطاع أن يستخلص من المبادئ العامة للقانون عدة مبادئ تتناسب و العلاقات الاقتصادية الدولية، منها مبدأ القوة الملزمة للعقد و مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية و مبدأ تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة للأطراف و مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب و مبدأ احترام الحقوق المكتسبة و مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، و هذا ما جعل جانبا من الفقه المناصر للقانون التجاري الدولي يؤكد على أن المبادئ القانونية المشتركة قد أضحت من مكونات هذا القانون و باعتبارها أيضا تستخدم لاستلهام بعض القواعد ذات الطابع الأخلاقي التي تستوجب محاربة الفساد و احترام القوانين الداخلية الامرة في مختلف الدول من بينها القواعد التي تمنع الوساطة في العقود المبرمة بين هذه الدول و المستثمر الأجنبي.

ثالثا: قواعد العدالة:

تزداد الحاجة إلى فكرة العدالة في مجال قضاء التحكيم، ذلك أن المحكم يستلهم منها الحل الواجب الاتباع و في حالتنا ليس هو العدل المطلق الذي يتميز بالثبات و عدم التغير، إلا أن التعبير عنه

---

[126] - fourchard, l' etat face au usage de commerce international

[127] Robert dans la dixussion qui à suivi l'exposé de Goldman au com.fr.int.1977-79, p :260

يمكن أن يتغير من وقت لآخر و من مجتمع لآخر[128].و إنما هو مفهوم العدل كما يعرفه مجتمع التجارة و المال أي العادات و الأعراف الدولية السائدة في نطاق الأسواق الدولية، فالقاضي أو المحكم إذ يستلهم العدل المطلق ليخلق حلا يواجه به النقص في التشريع أو القانون بصفة عامة، فهو يقوم بما كان يقوم به المشرع فيما لو تبين هذا النقص، أي أنه يقدم حلا وضعيا مستلهما من القانون الطبيعي أي نوعا من العدل المصنوع. و منه فإن التجاء المتعاقدين إلى تحكيم العدالة يفيد في حد ذاته رضا هؤلاء الضمني بتطبيق أعراف و عادات التجارة الدولية.[129]

و بهذه المثابة تقترب فكرة العدالة في هذا الإطار من فكرة المبادئ العامة و غن كانت لا تختلط بها. فالعدالة هي العدل الذي يضعه قضاء التحكيم في خصوص المنازعات التجارية الدولية استلهاما من فكرة العدل المطلق، أما المبادئ العامة فهي في حقيقتها تقف في مرحلة وسطى من بين العدل المطلق أو القانون الطبيعي على هذا النحو و بين الأحكام الوضعية السائدة التي تتمثل في الأعراف و العادات التجارية.

و بهذا يعتبر مفهوم العدالة كأحد مكونات القانون التجاري الدولي، و على هذا الأساس استخدمها قضاء التحكيم لاستكمال النقص في أحكام القانون التجاري الدولي، حيث يفصل المحكم في النزاع وفقا لمبادئ العدل و الإنصاف دون أن يلتزم بأي أحكام وضعية أيا كان مصدرها، و هذا ما أكد عليه قانون التحكيم الجديد في المادة 4/39 و التي نصت على أنه:" يجوز لهيئة التحكيم –إذا اتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح- أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

المبحث الثاني: التحكيم التجاري الدولي و دوره في تحرير عقود التجارة الدولية من حكم القوانين الداخلية.

يعتبر التحكيم التجاري نظام أساسي لتسوية النزاعات، يتم اللجوء إليه عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم أو عن طريق أي وسيلة أخرى.

---

[128] أنظر د.سمير ناغو، المرجع السابق، ص: 139.

[129] أنظر: deby-gérard, op.cit,no 254 «de semblables effects .S'attacheraient à la chause par la quelle les parties enjoindraient dérectement à l'arbitre de statues selon les principes ou les usages du commerce inl ou de la profession considéré»

بهذا تظهر لنا أهمية دور التحكيم في تدويل العقود و خلق قواعد القانون التجاري الدولي باسم العدالة خاصة في الحالات التي يصعب فيها إيجاد حل للنزاع المطروح من خلال الأعراف و العادات المهنية و التجارية[130]

المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري:

التحكيم التجاري الدولي هو نظام قانوني، يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض النزاع الذي يثور بصدد علاقة قانونية فيما بينهم، على جهة أخرى غير جهة القضاء العادي التابعة للدولة[131].

و يعتبر أيضا عقد ذو طبيعة خاصة ، باعتبار أن موضوع التحكيم هو إجراء التقاضي أمام المحكم أو المحكمين فمنه نعرف التحكيم، بأنه الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع و البث فيه أمام شخص أو أكثر. يطلق عليهم اسم المحكمين دون اللجوء إلى القضاء[132]. و منه يعرف التحكيم **لغة**:من الحكم أي القضاء و يقال حكم عليه بالأمر حكما، و حاكمه إلى الحاكم دعاه و خاصمه. وحكمه في الأمر تحكيما أي أمره أن يحكم فاحتكم و تحكم و جاز فيه حكمه[133].

و الحكم اسم من أسماء الله الحسنى، و قيل الحكم هو الذي لا يقع في وعده ريب و لا في فعله عيب و قيل هو الذي يفصل بين الحق و الباطل، النافذ حكمه لا راد لقضاءه جلت أسماؤه[134].

أما التحكيم شرعا: هو اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما و دعواهما[135]، حيث يقصد به أن يحكم إثنان أو أكثر، آخر بينهم ليفض النزاع و يطبق حكم الشرع و أصل مشروعية التحكيم، قول الله تعالى:" فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما"[136].

و من السنة ما روي أن أبا شريح قال: "يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال له رسول الله صلى الله عليه و سلم: "ما أحسن هذا"[137] .

---

130 Laussuarn, principaux courants du droit international privé a l'epoque actuelle. P :301

131 أنظر عبد الحميد الشواربي، التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر ط الثانية 2002، ص: 52.

132 أنظر: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، 2004،ص: 27.

133 القاموس المحيط، باب الميم فصل الحاء، ص: 415.

134 أنظر: أحمد عبد الوهاب و لله الأسماء الحسنى نقلا عن علي عوض حسن.

135 أنظر: علي عوض حسن، التحكيم الاختياري و الإجباري، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2001، ص:11.

136 الآية 35 من سورة النساء.

137 الحديث مروي عن النسائي.

و نظام التحكيم عرف عند العرب في الجاهلية، و قد كان الحكم هو صاحب الرأي، فإذا وقعت خصومة احتكم إليها طرفاها و أكثر ما كانت تقع الخصومة بين العرب في المفاخرة و المنافرة.[138]

و في الاصطلاح: التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما مستقبلا بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.[139]

أما بالنسبة لتجارية التحكيم فقد عرفه المشرع المصري يقول: " يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون، إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية[140] كانت أو غير عقدية و يشمل على سبيل المثال: توريد السلع أو الخدمات و الوكالات التجارية و عقود التشييد و الخبرة الهندسية أو الفنية، و منح التراخيص الصناعية و السياحية و غيرها، و نقل التكنولوجيا و الاستثمار و عقود التنمية و عملية البنوك و التأمين...و غيرها"[141] كما يعرف التحكيم التجاري الدولي وفقا للقانون الجزائري في نص المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي93-09:"يعتبر التحكيم التجاري دوليا، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية، و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج[142].

حيث مزجت هذه المادة بين المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية بقولها: "التحكيم الدولي هو ذلك التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية".

و المادة 176 من القانون السويسري بقولها "تطبق أحكام الفصل الخاص بالتحكيم الدولي على التحكيم إذا كان يجري في سويسرا، أي مقر محكمة التحكيم في سويسرا، و إذا كان على الأقل محل إقامة أو موطن أحد أطراف النزاع عند عقد إتفاق التحكيم خارج سويسرا".

من هذا يتبين أن المشرع الجزائري قد اعتمد على كل من المعيار الاقتصادي الذي انتهجته فرنسا الذي اتخذه القانون الاتحادي السويسري لتحديد دولية التحكيم إلا أن القانون الجزائري لم يحدد

---

[138] أنظر عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص: 11.
[139] أنظر علي عوض حسن، المرجع السابق، ص: 11.
[140] استبدلت من طرف اللجنة بعبارة ذات تجاري لمواكبة التطور.
[141] نص المادة 02 مرافعات الخاصة بالتحكيم من القانون المصري.
[142] الفصل الرابع الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، المرسوم التشريعي رقم09/93 الصادر في 12 أفريل1993، المنشور في الجريدة الرسمية رقم27 بتاريخ27 افريل 1993.

الوقت الذي يتم فيه تحديد العنصر الأجنبي، بالنسبة للنظام القانوني الجزائري. عكس ما قام به القانون السويسري و الذي حدده بمعيار إبرام العقد. و لكي يكون دوليا وجب أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية و أن لا يكون مقر كل الأطراف في الجزائر، و بهذا فقد أدخل المنهج التنازعي التقليدي في القانون الجزائري للتحكيم.[143]

المطلب الثاني: دور التحكيم التجاري في إرساء القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية.

لم يعد الفصل في منازعات العقود الدولية حكرا على قضاء الدولة، حيث أصبح التحكيم منافسا خطيرا لهذا القضاء[144] خاصة و أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون طرح منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة لا يتقيدون بقواعد القوانين الداخلية.[145] وصولا إلى إخضاعها لقانون التجارة الدولي بما يتضمنه من أعراف و عادات مهنية استقر عليها العمل في الأسواق الدولية.[146] حيث إن تطبيق مثل هذه العادات و الأعراف يشعرهم بالأمان و يصون توقعاتهم المشروعة[147]. خاصة و أن القائمين على تطبيق هذه الأحكام الموضوعية هم من المتخصصين في التجارة أو المهنة أو المثار بشأنها النزاع، و العارفين جيدا بطبيعة هذه الأعراف ذات الطابع الفني[148]، و هو الأمر الذي يكفل لأطراف النزاع الاطمئنان المتطلب لحسن تطبيق القانون الذي يتعامل على أساسه.

و لا شك ان قضاء التحكيم المستقل عن سلطات الدولة، هو المؤهل وحده بتفسير قواعد القانون الدولي ذات النشأة التلقائية العرفية، كما يكفل لها ذاتيتها و استقلالها عن المفاهيم السائدة في المجتمعات الداخلية[149].

---

[143] أنظر: عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون-الجزائر، الطبعة2001،02، ص:30-32.

[144] أنظر: la live, tendances et méthodes…, op.cit,p64.

[145] أنظر: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية2000، ص: 352.

[146] أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، الطبعة الثانية 2001، ص:240.

[147] -derains- les normes d'application…, op.cit,p36…ets.

[148] Fonchard –les usages…op, cit p76

[149] -(philippe kahn)la vente commerciale int- these dijon1961-p38…ets.

فإنه قد استطاع أيضا استخلاص المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة خاصة في المسائل التي لم تستقر في شأنها عادات و أعراف معينة في الأسواق الدولية على نحو أصبح معه لهذه المبادئ طابعها المميز الذي يتفق و طبيعة المجتمع الدولي للتجار و رجال الأعمال.[150]

على أن دور قضاء التحكيم لم يقتصر عند هذا الحد بل أنه عمل جاهدا من ناحية أخرى على استكمال بعض أوجه النقص التي اتسمت بها قواعد القانون التجاري الدولي. وذلك بخلق الحلول الواجبة الإتباع و التي تناسب ظروف التجارة الدولية و متطلباتها، و ذلك تحت ستار فكرة العدالة أو المبادئ القانونية المشتركة.

و لا شك أن اضطرار أحكام المحكمين على الأخذ بهذه الحلول سيسهم في تحولها من مجرد سوابق فردية إلى قواعد تتسم بالعموم و التجريد، الذي تكتسبه من تكرار الحكم بمقتضاها، مما يضفي عليها في النهاية صفة القانون، مثلها في ذلك مثل غيرها من القواعد القضائية، و التي يؤكد الفقه الراجح طبيعتها القانونية حتى في بلاد القانون المكتوب مثل مصر و فرنسا.[151]

و رغم أن التحكيم قد أضحى على هذا النحو هو الأداة المتميزة لخلق و تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية لدرجة أنه قرر معها البعض أنه سيأتي اليوم الذي يستطيع فيه التحكيم خلق قانون خاص دولي ليحل محل القانون الدولي الخاص[152]، إلا أنه مما كان يشكل عقبة حقيقية بين قضاء التحكيم و بين أداءه لدوره في إرساء قواعد القانون التجاري الدولي، أن أحكام هذا القضاء كان لا يتم نشرها حفاظا على سرية المنازعات التي هي أهم مميزات التحكيم و حتى لا يؤثر ذلك على سمعة المتعاملين في ميدان التجارة الدولية[153]، الأمر الذي كان من شأنه التأثير بالسلب على استقرار القواعد الذي تم التعامل بمقتضاها في المنازعات التي تطرح على قضاء التحكيم، خاصة و إن هذه الأحكام قد تصدر دون بيان أسبابها.

و رغم جهود غرفة التجارة الدولية في باريس في معالجة هذه المشكلة و التي انتهت بالتوصية على نشر أحكام المحكمين، التي تتضمن مبادئ قانونية تهم الأوساط التجارية مع حذف أسماء أطراف

---

[150] Loussouarn –la régle de confilt est elle une régle neutre ? travaux, 1980-81, p 54.

[151] أنظر: سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، ص:498 و ما بعدها.

[152] - Bruns et motulsky –tendances et perspectives de l'arbitrage international, rev.int dr. Comp- 1957, p :717.

[153] أنظر: هشام علي صادق- مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، الاسكندرية.1987-ص: 5.

النزاع أو ما قد يمس سمعتهم أو يتصل بأسرار نشاطهم و تجارتهم، إلا أنها لم تجد نفعا لأن السرية كانت مع ذلك طابع هذه الأحكام إلى أن أسفرت هذه الجهود مؤخرا عن السماح بنشر تلك الأحكام[154].

و منه فإن أحد الأهداف الأساسية لالتجاء المتعاملين على مسرح التجارة الدولية إلى التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم العقدية، هو تحرير عقودهم من سلطان القوانين الداخلية و إخضاعها للقواعد الموضوعة في القانون التجاري الدولي و ذلك بتدويل المحكمون عقودهم التجارية على هذا النحو.

و منه يثور التساؤل حول اساس تطبيق هذه القواعد أمام المحكمين. فهل تطبيق هذه القواعد يتم من خلال منهج التنازع و هو الأمر الذي يؤيده جانب من الفقه أم أن تطبيقها يتم مباشرة بما لها من قوة سريان ذاتي و هو ما يرجحه جانب آخر من الفقه.؟ !

المطلب الثالث: المنهج المعتمد في تطبيق أحكام التجارة الدولية.

هذا ما سوف نستوضحه على التوالي لتبيين أي الرأيين هو الأرجح.

1-تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي من خلال منهج التنازع؟ !:

يرى جانب من الشراح أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي لا تسري إلا بمقتضى قاعدة إسناد هي إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في العقد الدولي.[155]

و هكذا يتعين لكي يطبق المحكمون الأعراف و العادات المهنية و التجارية ذات الطابع الدولي أن يشير المتعاقدون بتطبيقها في العقد[156].

فهذه القواعد الموضوعية لا تفرض نفسها على القاضي أو المحكم، و إنما تستمد قوتها و صفتها في التطبيق من إرادة الأطراف[157].

---

[154] Ropert dans la discussion qui a suivi la communication de fouchard au com. Fr.dr.int.pr, 1973-75, p-96.

[155] Deby-gérard, op. cit. no 320 et 321.

[156] Loussouarn Et Bourel, droit int-privé,dallos,1978k Na.75 p-72

[157] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص: 423.

و منه فإن كان أمر الإرادة الصريحة واضحا كما لو نص المتعاقدون على خضوع اتفاقهم للأعراف و العادات الدولية[158]، أو للمبادئ القانونية المشتركة[159]أو لقواعد العدالة[160]، فإن إرادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي يمكن أن تستخلص بمجرد إدراج شرط التحكيم في العقد، سواءا كان تحكيما قانونيا أو تحكيما مع التفويض بالصلح.

و يؤسس أنصار الرئيس السابق قناعتهم بأن الحاجة إلى قاعدة الإسناد التي تشير لتطبيق قانون الإرادة كشرط لتطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي، ترتد بالدرجة الأولى إلى صفة هذه القواعد لكونها قواعد تكميلية فهي: "لا تطبق بقوة سريانها، بل لا بد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو حتى الضمنية، رغبتهم في سريان أحكامها. "[161]

و مثل هذا الاتجاه يذكر على القواعد القانونية المكملة قدرتها على السريان الذاتي، مستلزما لتطبيقها أن يعلن الأفراد عن إرادتهم في هذا التطبيق صراحة أو ضمنا، فالقواعد المكملة تتمتع بالقوة الملزمة شأنها شأن القواعد الآمرة مما يحتم على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه ما لم يستبعدها الأطراف.[162]

و هذا الموقف السلبي وحده يوفر للقاعدة القانونية شروط تطبيقها و تكون أحكامها منطبقة على الأفراد مباشرة.[163] و بالتالي فتطبيق القواعد المكملة لا يحتاج لتمسك الأفراد بها أو إعلان رغبتهم في تطبيقها صراحة أو ضمنا. و بناءا على ذلك فإن توقف تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي على إرادة المتعاقدين وفقا لهذا الرأي يعد اختيارا ماديا، و ليس اختيارا تنازعيا، يتم بواسطة قاعدة من قواعد الإسناد، لأنها تشير باختصاص قانون واجب التطبيق على العقد و لا تكتفي بمجرد إنزال القواعد التي تم اختيارها منزلة الشروط العقدية، كما هو الوضع فيما لو كان الاختيار ماديا[164] و لعل مما يدعم توقف تطبيق أحكام القانون التجاري الدولي على إرادة الأطراف أن أنصار فكرة العقد الطليق قد قرروا أن سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد —سواء كان قانونا داخليا أو القانون التجاري الدولي– لا

---

158 أنظر: تقرير Goldmanالمنشور في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص 1977-1979، ص:227.

159 أنظر: philipe KAHAN, les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce int

160 أنظر: Goldman، المرجع السابق، ص: 228.

161 أنظر: -د.أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق، ص: 424.

162 أنظر: Cass- 22/11/1937 S.1938-129-

163 أنظر: د.شمس الدين الوكيل –النظرية العامة للقانون- الإسكندرية 1964، رقم67، ص: 110.

164 Jean Christophe pommier– المرجع السابق، ص: 679.

يعني تحرر العقد من مطلق سلطان القانون أمام المحكم، لأن هذا الأخير يلتزم مع ذلك بإخضاع العقد في هذه الحالة لأحكام القانون التجاري الدولي.[165]

كما لا يمكن استخلاص إرادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق هذا الخير من مجرد إدراج شرط التحكيم في العقد، لأن هذه الإدارة قد تكون مفترضة، مما يفرض على المحكمين تطبيق قواعد القانون في العقد لا يتأتى إلا بالأعمال المباشرة للقواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي دون حاجة لمنهج التنازع.

2- تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي من خلال المنهج المباشر:

يرى جانب من شراح القانون الدولي الخاص المعاصر أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي لا تحتاج في تطبيقها لأعمال منهج التنازع، و الرجوع لقاعدة الإسناد التي تشير بتطبيق قانون الإرادة في شأن العقود الدولية.[166]

و بالتالي فتطبيق هذه القواعد الموضوعية لا يحتاج لاختيار المتعاقدين لها، حيث أنها تسري بقوتها الذاتية و تكون واجبة التطبيق بمجرد تعلق المنازعات بعقد من عقود التجارة الدولية، لأن التنظيم الموضوعي و المباشر الذي يتضمنه منهج هذه القواعد يجعل منه منهجا مستقلا عن كل قاعدة إسناد.

و يتفق هذا النظر مع طبيعة القواعد الموضوعية مع طبيعة القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي، و ذلك أن القواعد المذكورة تشكلت في إطار مجتمع التجار و رجال الأعمال العابر للحدود تعد من القواعد المادية التي وضعت خصيصا للاستجابة لماطلباته التجارة الخارجية و إدراك أهدافها، فهي تعد على هذا النحو من قواعد القانون الدولي الخاص المادي التي يلزم القاضي أو المحكم بتطبيقها تطبيقا مباشرا دون الحاجة لأعمال قواعد التنازع، بوصفا جزءا من النظان القانوني الذي ينتمي إليه.[167]

و على هذا النحو قد يصدق الرأي الذي يؤكد الحاجة غلى منهج التنازع لا مكان تطبيق تطبيق هذه القواعد الموضوعية الدولية أمام القضاء الوطني، لأن هذا الأخير لا يستطيع تطبيقها تطبيقا مباشرا كونها لا تشكل أصلا جزءا من نظامه القانوني.

---

[165] - Level , p 226 .pommier, p :243.

[166] أنظر: M-Jacquet, principe d'autonomie et droit applicale au contrats internationaux, these stars ourg 1981,p :303. وكذلك:goldman في بحثه المنشور في 1979clunet ص:482 وlevel المرجع السابق، ص: 226.

[167] أنظر: -pommier, op, cit, p :344.

و لهذا بعد اختيار المتعاقدين لقواعد القانون التجاري الدولي حتى أمام القضاء الداخلي – و أسوة بما هو عليه الحال أمام قضاء التحكيم– هو مجرد اختيار مادي و ليس اختيار تنازعي، و يترتب على ذلك نزول قواعد هذا القانون(من أعراف و عادات تجارية) التي أشارت إرادة المتعاقدين بتطبيقها على العقد منزلة الشروط التعاقدية التي تظل بهذه المثابة خاضعة للأحكام الآمرة في قانون الدولة الواجب التطبيق أو القانون الداخلي التي تشير قواعد التنازع باختصاص عند سكوت الإرادة عن الاختيار التنازعي لقانون العقد.[168]

و على هذا النحو يصعب اعتبار الأعراف و العادات التجارية بمثابة قانون العقد وفقا للأفكار التقليدية في القانون الدولي الخاص فيما لو ثار النزاع بين المتعاقدين أمام القضاء الداخلي، إلا في الحالات التي يصرح فيها المشرع الداخلي بذلك.

و بهذا من المتصور وجود بعض الحالات التي تطبق فيها القواعد الموضوعية للتجارة الدولية أمام القضاء الداخلي الذي حتيل نصوصه إلى العادات و الأعراف التجارية و التي قد يتصور أن يكون من بينها العادات و الأعراف المستقرة في الأسواق الدولية.[169]

ويبدو أن هذه الاعتبار الأخير هو الذي دفع جانب من أحكام المحكمين إلى تطبيق الأعراف التجارية الدولية على المنازعات العقدية التي طرحت عليهم رغم اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة لحكم الرابطة العقدية، مع الحرص في نفس الوقت على التطبيق المباشر لعادات و أعراف التجارة الدولية.

و في مثل هذا الغرض الأخير فتطبيق الأعراف و العادات الدولية لم يتم نتيجة لإعمال منهج التنازع و إنما تطبيقها بناءا على إحالة النصوص الداخلية في قانون الدولة الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه. فكأن اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة لحكم العقد هو اختيار مادي لا يقوم على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، و هو ما يؤدي إلى اندماج أحكامه في العقد و نزولها على هذا النحو منزلة الشروط التعاقدية التي قد تخالف الأحكام المكملة للقانون الدولي.

و لعل هذا ما يبرر مسلك المحكمين الدوليين في الكثير من أحكامهم إلى اعتناق فكرة الثبات الزمني لقانون الدولة الذي تم اختياره لحكم العقد.[170]

---

[168] أنظر: -Lagarde, le nouveau, droit int…, op.cit,p103.

[169] أنظر: Fouchard في أعمال اللجنة الفرنسية القانون الدولي الخاص،1973-1975،ص: 78-79.

[170] أنظر: هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، ص: 268-570.

و اعتداد المحكم بالقانون المختار على هذا النحو لا يحول دونه و دون تطبيقه المباشر لأعراف و عادات التجارة الدولية، خاصة و إذا كانت الأعراف و العادات تتناول بالتنظيم بعض المسائل الفنية في صدد التجارة أو المهنة التي ثار في شأنها النزاع. و مع هذا يثور التساؤل في حالة تعارض أحكام القانون المختار و عادات و أعراف التجارة الدولية، فهل على المحكم احترام إرادة الأطراف المتعاقدة و بالتالي الأمر الذي يدفعه إلى تطبيق القانون الدولي على الإرادة، أم يقوم بتطبيق القواعد الدولية مباشرة باعتبارها انعكاسا للقانون الذاتي الذي ينتمي إليه؟!.

إن تطبيق قضاء التحكيم القانون الداخلي المختار مستبعدا الأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدولي[171] يعد تعرضا لأحكام القضاء الداخلي الذي لا يلجأ إلى منهج التنازع إلا في صدد المسائل التي لا يوجد في شأنها قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص المادي[172] خاصة و أن الفقه قد سوى بين القواعد المادية في قانون التجارة الدولية و القواعد المادية ذات المصدر الداخلي من حيث وجوب الأعمال بالمنهج المباشر دون الاعتداد بمنهج التنازع[173] ذلك أن غالبية القواعد المادية في القانون التجاري تتسم بالطابع المكمل مما يجوز للمتعاقدين استبعادها أو الاتفاق على مخالفتها. باعتبارها ذات طابع مفسر مما يجعل اختيار المتعاقدين للقانون الداخلي مجرد اختيار مادي ينزل منزلة باقي الشروط التعاقدية و تطبيقه ما هو إلا تطبيق للشروط العقدية قد تخالف الأحكام المكملة في القانون التجاري الدولي.

و من هنا، (اعتداد) ممكن القول أن اعتداد المحكمين بالقانون الداخلي المختار لا يحول بينهم وبين التطبيق المباشر لقواعد القانون التجاري الدولي، ذلك أن قانون الإرادة الذي تشير اختصاصه قواعد الإسناد الاحتياطية إلى استكمال النقص في قواعد القانون التجاري الدولي.

و في حالة تعارض أحكامها، فإن استبعاد هذه القواعد الدولية يجد تبريره و ذلك بالاتفاق على المخالفة.

لكن قد يظهر المحكم إلى تطبيق قواعد القانون التجاري و تجاهل القانون الدولي المختار إذا تعلق الأمر بالنظام العام الدولي و إذا تضمنته القواعد الآمرة في القانون التجاري الدولي.[174]

---

[171] انظر: Kahn- lex meractoria et pratique…, op.cit,p.206.

[172] أنظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين،بند6.

[173] Deby. Gérard,op,cit,p177 note 8.

[174] La live,"Oudre public transnational(On réellement international) et l'arbitrage international" Rev, arb, 1986. p329 ets

الخاتمة:

قد جرت التشريعات الحديثة على تأكيد خق المتعاقدين في اختيار قانون العقد، و لا شك أن ضابط الإرادة الذي تتضمنه قاعدة التنازع على هذا النحو هو ضابط شخصي بالرغم من محاولة تجريدها من قدرتها

على اختيار قانون العقد و اعتبارها مجرد عنصر من عناصر التركيز الموضوعي للرابطة العقدية عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد و هذا ما أكدت عليه غالبية التشريعات المعاصرة. مما يؤدي بنا إلى القول أن إسناد العقود الدولية يتم في القانون الدولي الخاص وفقا لمنهج ثنائي ، فإذا كان مؤدى اختيار المتعاقدين لقانون العقد أن تنزل أحكامه منزلة الشروط العقدية، فإننا نكون بصدد اختيار مادي اتضح فيه الرابطة العقدية للأحكام الآمرة في القانون المختار و يظل العقد متحررا من سلطان القانون وفقا للنظرية الشخصية.

لكن إذاكان اختيار المتعاقدين لقانون العقد اختيارا تنازعيا نكون بصدد منهج موضوعي يخضع الغقد بمقتضاها للقواعد الآمرة في القانون المختار بحيث يفلت من أحكام القانون، إلا أنه ليس من المتصور خضوع العقود الدولية لنظام ثنائي أو مزدوج مما يتعين القول بوحدة النظام الذي يحكم عقود التجارة الدولية و هو القانون الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد دون الإعتداد بأي ضابط سواء شخصي أو موضوعي كما ذهبت بعض الأحكام خاصة في قضاء التحكيم،إلى إنزال القانون المختار منزلة الشروط العقدية و لو كان اختياره قد تم من بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة العقدية. مستندا على قاعدة من قواعد القانون التجاري الدولي تقوم على مبدأ حرية التعاقد في مجال التجارة الدولية، فهي قاعدة مادية تبرر الحرية الطليقة .

للمتعاقدين في اختيار قانون العقد أمام المحكمين، كما تتميز بالطابع التنازعي كونها قاعدة غير مباشرة تشير فقط إلى الأحكام المادية التي اختارها المتعاقدون لحكم العلاقة العقدية. و بهذا يبدو

العقود الدولية بين مبدأ قانون الادارة ومنظمات التجارة الدولية

خضوع عقود التجارة الدولية للقانون التجاري الدولي في قضاء التحكيم مناهضا لفكرة تحرر هذه العقود من حكم القانون. و لعل إدراك المتعاقدين أنفسهم اختلاف حلول التنازع، و بالتالي القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية إذا ما طرح النزاع بشأنها على المحكمين هو أحد الأسباب الهامة التي تدفعهم إلى الالتجاء للتحكيم، بحيث تقوم هيئة التحكيم بدورها بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أكثر انضباطا بالنزاع مع مراعاة الأعراف التجارية في نوع المعاملة لهذا ازداد الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي بازدياد التبادل التجاري و توسيع العلاقات الاقتصادية و المعاملات التجارية، و مما زاد في أهميته عدم وجود قضاء دولي مختص في المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية على الصعيد الدولي لذا فالأطراف المتنازعة في التعامل الدولي تتجنب إخضاع نزاعاتها الناشئة عن تلك العلاقة إلى قضاء إحدى الدول. وهذا الاهتمام أدى إلى إنشاء العديد من الهيئات و المراكز المتخصصة بالتحكيم، كما أن المجتمع الدولي وجد أن الحاجة تستدعي إعداد اتفاقيات متعددة الأطراف تعالج القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي و كيفية الاعتراف بأحكام التحكيم التي تصدر في دولة ما و يراد تنفيذها في دولة أخرى.

و هناك عدة أسباب تدفع الأطراف في عقود الدولة إلى قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المحتمل قيامها بصدد صحة أو تنفيذ أو تفسير هذه العقود و هي خوف الطرف المتعاقد مع الدولة من افتقاد قضائها لحياده بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها مع متعاقد أجنبي و تكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة، كذلك خوفهم من تمسك الدولة بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبار التحكيم كضمانة إجرائية من أجل تشجيع الاستثمار على إقليم الدولة التي تقبل به و هو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول إلى أن تضمن قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم.

إذ أن المشرع الجزائري قد ذهب في مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلى أبعد ما ذهبت إليه المادة 42 من الاتفاقية المتعلقة بالفصل في النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى التي نصت على أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المتفق عليها من قبل الأطراف في غياب هذا الاتفاق، تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين و كذلك مبادئ القانون الدولي.

بالرغم من تطبيق التحكيم التجاري الدولي كقانون على معاملات التجارة الدولية لفض المنازعات الناشئة عن العقود الدولية، قد ساعد على وضع الحلول للتقليل من حدة المشاكل لكن و مع هذا لا بد من وجود قانون داخلي خاص بعقود التجارة الدولية مستوحى مما جرت عليه الأعراف و الاتفاقيات الدولية لكل دولة في هذا المجال.

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المراجع بالعربية:

* أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق جامعة الكويت 1993.

* أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية. ج1 و ج2، دار النهضة العربية 1989.

*أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع " أصولات و منهجا" مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة 1996.

* أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في اللقاء الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقا. الدولي1965.

* حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت- 2007.

*الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي، الإسكندرية 1993.

* صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية.2006.

* صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، 30 شارع سوثير، الإسكندرية ت.

* طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع- الطبعة الأولى، عمان.1997.

* عادل أبو هشيمة محمود حوته، النظام القانوني لعقود إطلاق الأقمار الصناعية، دار النهضة العربية 2007.

* عبد الحميد الشواربي التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر . الطبعة الثانية 2002.

* عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنةو معمقة، 1984.

* عكاشة عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، الدار الجامعية بيروت 1993.

* عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر-ط02. 2001.

* فوزي محمد سامي- التحكيم التجاري الدولي- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع –عمان. الجزء 05 .
1997

* فوزي محمد سامي. التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. الطبعة الثانية 2004.

* محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القا. الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005.

* محمود عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، 1998 مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن.

* محمود محمد الياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية2000.

* نرمين محمد محمود صبحي، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و القيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية،
ط01 بدون ناشر 2002.

*نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية 1978.

* هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية؟ الطبعة الثانية. 2001، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

* هشام علي صادق، النظام العمومي لضمان الاستثمار ضد المخاطر التجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط1977.

- مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس لسنة 2006-2007 "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر.

قائمة المراجع بالفرنسية:

01- Andre Ponsard, la furisprudence de la cour de cassation et le droit commercial int : melanges goldman.
02- batiffol contrats et conventions rep. de droit int tome 1968.
- batiffol la loi appropiee ou contrat études offertes à Berthold goldman litec paris.
- batiffol (henri) . les contrats en droit –int- privé comparé Insuit de droit comprée de l'universite Megull th.1981.
03- cabrillac (M) Remaques sur le théorie general du contrat et les creation recents de la pratique commercial Mélange Marty 1976.
04- Deby gerard le role de la régle de conflit dans le règlement des rapports intM thése paris 1973.
05- françois Knoefler le contrat dans le nouveau droit int le 09 et 10 octobre1987 à l'université de lou.
06- frédaice- esmann usages de la vente commerciale CollEction exporter paris 1980.
07- foelix traité de droit int. Privé lere édition 1843.
08- fouchard l'arbitrage commercial int. J c L de droit Int No585 .1 p :04.
09- Jeans Michel facquet le contrats int Dalloz (collection connaissance du droit).
- principe d'autonomIe et contrats internationaux ,paris 1983.
10- heuzé (vincent) la reglementation français des contrats internationaux etudé critique des méthodes, thése CLN editions foly.
11- goldman : « la lex marcatona dans les contrats et l'arbitrage int realite et perspectives clunet 1979.
12- la live (p) ordre public transnational et l'arbitrage inter Rev. Arb 1986.
13- larbitre tranche le litige conformement aux regles de droit que les parties ont shaisies a defaut d'un tel choix conformement celle qu'il estime appropiees.
14- laurent le droit civil int tome 81882 .
15- level (p) le contrat dit sans loi trav.com.fr.droit int privé 1964/1966.
- lourssuarn et bourel le droit int privé Dalloz 1978 et 4 e oedition dalloz 1993.

16- Malaurie le droit monitaire dans les relation privée int precueil 1978.
17- Mereadal (B) ordre public et contrat int Dr prat com.int 1977.
18- noboyet traite de droit int privé français tome III paris 1944.
19- peitchet (M) la vente int de Marchan dises et le conflit de loi prec de cours 2001.
20- Schadri Dit (J) la megociation du contrat. Int Dr prat int 1983.

خطة المذكرة

المقدمة

الفصل الأول: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

المبحث الأول: ماهية العقد الدولي

المطلب الأول: المعيار القانوني

الطلب الثاني: المعيار الاقتصادي

المطلب الثالث: المعيار المزدوج

المبحث الثاني: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

المطلب الأول: المقصود بقانون العقد

المطلب الثاني : نشأته وتطوره

المطلب الثالث: مدى ملائمة القوانين الداخلية لخصوصيات العقود الدولية الحديثة

الفصل الثاني: قانون العقد الدولي في ضوء الاتجاهات الحديثة

المبحث الأول: تهيئة قانون العقد وفقا لمقتضيات التجارة الدولية

المطلب الأول: التعريف بقانون التجارة ومصادره

المطلب الثاني: الأسباب التي دعت إلى تحرير العقد الدولي من حكم القوانين الداخلية

المطلب الثالث: مدى تمتع قانون التجارة الدولية بالقوة الملزمة التي تجيز اعتبارها قانونا للعقد

المبحث الثاني: التحكيم التجاري الدولي ودوره في تحرير عقود التجارة الدولية من حكم القوانين الداخلية

المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولية

المطلب الثاني : دور التحكيم التجاري الدولي في إرساء القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية

المطلب الثالث: المنهج المعتمد في تطبيق أحكام قانون التجارة الدولية

الخاتمة