أي تدويل للعقد الدولي!

Which internationalization of the contract!

الطيب زروتي [1]، أستاذ التعليم العالي

[1] كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، ta.zerouti@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2021/10/25 تاريخ القبول:2021/10/30 تاريخ النشر: نوفمبر/2021

الملخص:

أصبح تدويل العقد واقعا مفروضا بفعل التعامل الدولي والقوى الضاغطة المآزة لهذا المنحى القانوني، وبسبب عدم ملاءمة النظام التقليدي الذي يحكم آليات نظام المعاملات الدولية (منهج الإسناد المنتقد والذي لا تستوعب آلياته القانونية نظام العقود الدولية المركبة والحديثة)، فأنه يتعين البحث عن التدويل المناسب: إما تدويل موجه اتفاقي تشارك فيه كل الجهات النظامية المعتمة بالعلاقات التجارية الدولية، وهذا ما كانت تطمح إليه الدول النامية خاصة من أجل إيجاد نظام يساعدها على تحويل التكنولوجية. وإما تدويل طليق حسب ما تطمح لتحقيقه المؤسسات التجارية الدولية والهيئات العلمية الداعمة لها ومؤسسات التحكيم الدولي، والتي تعتبر قانون التجارة الدولي lex mercatoria بوصفه قانونا مهنيا. ولكن هل حقيقة قانون التجارة الدولي المهني يشكل نظاما قانونيا متكاملا، وبإمكانه الاستغناء عن منهج الإسناد في تنازع القوانين؟

الكلمات المفتاحية: عقد دولي، قواعد الاسناد، قانون الإرادة، قانون العقد، تدويل العقد.

Abstract:

And since the internationalization of the contract became an imposed reality due to the international dealing and the imposing forces that support this legal approach and because of the uncompatibility of the traditional system that rules the mechanisms of international dealings (the criticised attribution method in which its legal mechanisms don't absorb the system of modern and complex international contracts) and therefore it's necessary to find the compatible form of internationalization: whether it's an agreed planned internationalization with the participation of all the statutory bodies that are concerned with the international trade relations, and that was the wish of the developing countries espicially in order to find a system that help them to transform technology, or free internationalization, an idea supported by international trade enterprises and their backing-up scientific bodies along with the international arbitration institutions, which consider the trade law as a professional law (lex mercatoria), but does it really constitue a complete legal system that can dispense the attribution method in the case of conflict between the laws?

Key words: International contract, rules of attribution, law of will, law of contract, internationalization of contract

المؤلف المرسل: الطيب زروتي ، الإيميل المهني: ta.zerouti@yahoo.fr

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة:

قد يطرح بكل بساطة السؤال التالي: لماذا عقد دولي وتدويل نظامه، ما دام هناك قواعد قانونية تحكم تلك المعاملات في مختلف النظم القانونية الوطنية؟ الإجابة ببساطة أيضا، أن أحكام العقود الداخلية غير ملائمة موضوعيا لحكم المعاملات التجارية الدولية في العصر الحديث، نظرا لتنوعها وتشابك العلاقات القانونية فيها. وعدم صلاحية حكمها بالقانون الداخلي. لذلك سعى فقهاء قانون التجارة الدولية Lex mercatoria. لإيجاد نظام قانوني مشترك للعقد الدولي، مستقل عن أنظمة القانون الوضعي الداخلي، في شكل نظرية عامة للعقد، على غرار نظرية العقد في القانون الوطني، منظمة بقواعد موضوعية أو مادية من وضع "الفاعلين" في مسرح العلاقات التجارية الدولية، وهم رجال الأعمال، التجار، المهنيون، المتعاملون الدوليون، المتعاقدون. وتفرض تلك الأحكام وتطبق، وتصدر لميادين أخرى، كلما دعت الحاجة. وذلك هو نظام عولمة الإطار القانوني للعلاقات التجارية الدولية بشكل طليق. و بالتالي، كما يقول أحد عمداء القانون التجاري "على الدولة أن تتدخل وتنظم الواقع كما هو، وإلا انتظم الواقع خارج القانون". والنتيجة معروفة. كما وضحها أحد فقهاء الدول النامية، بقوله "على الدول المستقلة أن تدفع ضريبة الدخول إلى النادي العالمي بألا تناقش المفاهيم القانونية المقررة وتقبل بها كما تملى عليها ".

تلك هي أسطورة تدويل نظام العقد الدولي تدويلا طليقا، لا يتقيد بمبدأ ولا يراعي مصلحة وطنية ولا يقبل حواجز ولو تقررت باتفاقيات دولية، والأهم من ذلك، أن تروج له وتجاريه هيئات التحكيم التجاري الدولي وتطبق عاداته وأعرافه وممارساته واشتراطات عقوده النموذجية والصيغ العامة، على أنها نظام قاضي التحكيم lex arbitri، الذي يحب عليه أن يلتزم بتطبيقه، كما يلتزم القاضي الوطني بأحكام قانونه، وأن تلك القواعد والعادات تشكل نظاما مستقلا لقانون التجارة الدولي، وهو المؤهل وحده لحكم العقود الدولية.

تلك هي الإشكالية المطروحة في هذه المداخلة، ولتحليل مختلف جوانبها، ارتأيت التطرق لمحورين، الأول، خاص بأزمة العقود الدولية وعوامل تفعيلها، باعتبارها سبب البحث عن البديل. والثاني، يتعلق بتحليل الجوانب القانونية للبديل المقترح. وهو، إما تدويل نظام هذه العقود تدويلا "موجها أو نظاميا"، ولكن يبدو أن تحقيقه ما زال بعيدا بسبب إجهاض الجهود الدولية العاملة في هذا السياق، والثاني تدويله تدويلا طليقا في أطار نظام العولمة ووسائله القانونية هي أحكام قانون التجارة الدولي.

المبحث الأول – أزمة توطين العقد الدولي

ينصب البحث في هذا المحور حول توضيح ثلاثة مسائل رئيسية:

- مفهوم دولية العقد، حتى نميز العقد الدولي عن العقد الداخلي، لما يترتب على ذلك من أثار قانونية في غاية الأهمية (مط 1).
- المقصود بتوطين العقد الدولي، وذلك من خلال الوسيلة والمنهج القانونين والقواعد المطبقة (مط 2).
- مظاهر أزمة توطين العقد وفيها نحلل مختلف الإشكالات القانونية التي ترتبت عليها تلك الأزمة، وما إذا كان ممكنا تجاوزها مع البقاء في نفس الإطار والمنهج القانوني (مط 3).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول– مفهوم دولية العقد

إن ما يدعو لتحديد مفهوم العقد الدولي وتمييزه عن العقد الداخلي، الأهمية التي يكتسيها العقد الدولي من حيث نظامه القانوني وأهميته الاقتصادية.

بالنسبة للمسألة الأولى، من المعروف أنه بمجرد تكييف العلاقة القانونية والتأكد من طابعها الدولي، يستبعد التطبيق التلقائي للقانون الداخلي، ويحل محله، إما تطبيق قواعد التنازع أو قواعد موضوعية دولية، اتفاقية أو عرفية. كما أن أطراف العقد الدولي وحدهم يتمتعون بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، بخلاف العقد الداخلي، بل ويجوز لهم إدراج شروط عقدية تعد باطلة طبقا للقانون الوطني. وبخصوص اللجوء للتحكيم في العقود الدولية، فاتفاق التحكيم في العقد الدولي له استقلالية كاملة عن العقد الوارد فيه، ولو كان شرطا فيه، فلا يتأثر بحالة بطلان ذلك العقد، ومن الجائز أن يخضع تنظيمه لقانون أخر، ويتمتع أطراف العقد والمحكم بحرية واسعة في تنظيم عملية التحكيم وفي تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

أما النسبة للمسألة الثانية، فإن العقود الدولية هي الوسيلة القانونية للتبادل الدولي للخدمات والسلع وموضوعها لا يقاس بحجم المبادلات الداخلية، لذلك حظيت في القانون المعاصر بتنظيم محكم، وطنيا ودوليا، نظرا لتنوع أنماطها وتعدد وتشابك العلاقات القانونية فيها، وتدخل جهات ووسطاء للتحكم في الوسائل القانونية الفاعلة لتنفيذها وآثارها. كما أن العقود الدولية الصناعية وعقود الإنشاءات الهامة واستخراج الثروات، وعقود تحويل التكنولوجيا والمعارف الفنية والمساعدة التقنية، تهم في الغالب التنمية الوطنية للبلد المضيف للاستثمار الأجنبي، وهي عقود طويلة المدى ومستمرة التنفيذ، وهذا يتطلب خبرة واسعة للتفاوض فيها وتحريرها ومتابعة تنفيذها والضمانات المالية المرتبطة بذلك. لهذه الاعتبارات جميعا، من الضروري ضبط مفهوم العقد الدولي وتمييزه عن العلاقات القانونية الأخرى المشابهة له.

لم يضع القانون الجزائري – على غرار القوانين الأخرى – بصفة مباشرة معيارا لضبط دولية العقد، إلا أن الفقه والقضاء في مختلف الأنظمة القانونية سد هذا النقص، وعادة ما يستنتج مفهوم دولية العقد من معيار دولية التحكيم المعتمد لتحديد اختصاص التحكيم التجاري الدولي باعتبار موضوعه هو منازعات العقود الدولية. سوف نبحث هذه المسألة في القانون المقارن (الفرع الأول) ثم نحلل موقف القانون الجزائري من معايير دولية العقد (الفرع الثاني) وهذا نظرا لأهمية تمييز نظام العقد الدولي عن العقد الداخلي، كما رأينا سابقا.

الفرع الأول– معايير دولية العقد في القانون المقارن

نبحث هذه المسألة من خلال موقف القضاء والفقه والتشريع.

أولا – موقف القضاء من معيار دولية العقد

تبنى القضاء الفرنسي المعيار الاقتصادي في دولية التحكيم التجاري المتعلق بالعقود الدولية منذ ثلاثينات القرن الماضي[1]. فقالت محكمة النقض إن التحكيم يكون تجاريا دوليا إذا تعلق النزاع بشؤون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التجارة الدولية[2] وقالت أيضا، يأخذ التحكيم الصفة الدولية بالنظر إلى الطبيعة الجوهرية للنزاع المطروح[3] . وجاء في حكم لمحكمة استئناف باريس، أن الطبيعة الدولية للتحكيم لا تستند إلى مكان إجرائه ولا إلى جنسية المحكمين، ولكن إلى كون المسألة المعروضة مسألة دولية، أي أن موضوع النزاع يدخل ضمن شؤون التجارة الدولية[4]. ورغم أن القضاء الفرنسي يبدو متمسكا بهذا المعيار في أحكامه الحديثة، فقد جاء في حكم محكمة استئناف باريس في 12/9/ 1980[5]، بأن الصفة الدولية للتحكيم تتوفر إذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية، puisque il met en jeu les Intérêts du commerce international[6]، إلا أن القضاء أحيانا، استخلص الصفة الدولية بالجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني، معترفا بصعوبة التمييز بينهما ودقتها[7]، وهكذا يتضح، أنه قبل إقرار المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بتعديل سنة 1981، لم يكن القضاء الفرنسي مستقرا على معيار واحد.

أما القضاء الأمريكي فيسير في اتجاه مراعاة خصوصيات التجارة الدولية ومتطلباتها وازدهارها، مما يقتضي التجاوب وفسح المجال لتقبل عاداتها وآلياتها القانونية، ولكن دون إشارة واضحة للمعيار المعتمد. وأخذ القضاء المصري في بعض أحكامه قبل إقرار قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بالمعيار الاقتصادي [8]. وبالمثل تبنّت هيئات التحكيم الدولي المعيار الاقتصادي، وهذا الموقف له مبرراته، فمن جهة يحاول هذا القضاء – وهو قضاء تجاري أصيل بطبيعته– أن يساير فقهاء التجارة الدولية في نظرياته المستمدة من واقع التعامل التجاري وأهدافه الخاصة بإنجاز العملية التجارية وتحقيقها في ذاتها دون اعتبار للقانون الوطني المختص بحكمها، ومن ناحية أخرى إن قضاء التحكيم تأثر باجتهاد القضاء الفرنسي في تحديده مفهوم دولية العقد والتحكيم الخاص به[9].

ثانيا – موقف الفقه المقارن:

تأثر الفقهاء في تحديد دولية التحكيم بتعريفهم للعقد الدولي باعتبار التحكيم يتعلق بمنازعات العقود الدولية. وفي هذا الصدد هناك من أخذ بالمعيار الاقتصادي وهناك من أخذ بالمعيار القانوني.

1– تبني المعيار الاقتصادي critère économique:

كما سبقت الإشارة، إن التحكيم الدولي بخصوصياته وجد للفصل في منازعات العقود الدولية، وما دامت تترتب بالضرورة على هذه الأخيرة، أثار اقتصادية متقابلة عبر الدول وتمس بمصالح التجارة الدولية فإن التحكيم المتعلق بها يكون دوليا لنفس الأسباب والمعيار. ويجب أن تفهم التجارة الدولية بمعناها العام الواسع دون التقيد بالتصنيف الداخلي للأعمال المدنية والتجارية، فيعد تحكيما تجاريا دوليا وفقا للقانون النموذجي التجاري الدولي لسنة 1985، التحكيم المتعلق "بجميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير التأجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاقات أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة، وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البضائع أو الركاب جوا وبحرا وبالسكك الحديدية و بالطرق البرية ". بل ويشمل استغلال الحقوق المعنوية ونقل التكنولوجيا والخدمات الأخرى ذات الطابع الثقافي والاقتصادي، كما يشمل في رأي البعض – متأثرين بقضاء التحكيم– عقود الامتياز وعقود التنمية الاقتصادية التي تكون الدولة طرفا فيها.

تبنى المعيار الاقتصادي للتحكيم الدولي فقهاء القانون التجاري الدولي مثل B. Goldman [10] و PH. Fouchard [11]. كما يميل كثير من فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصرين في فرنسا لهذا المعيار بعد أن رسمه المشرع صراحة سنة 1981 في قانون الإجراءات المدنية (المادة 1492). كما أخذ به بعض الفقهاء العرب[12].

2 – اعتماد المعيار القانوني critère Juridique

يرى مؤدى هذا المعيار، أن الصفة الدولية للعقد أو للتحكيم المتعلق بمنازعاته، لا تتوقف فقط على التأثير أو المساس بمصالح التجارة الدولية، وإنما يجب أن يتوفر وصف " الأجنبية". وهنا نميّز بين رأيين، الأول، يكتفي بتدخل أي عنصر أجنبي ولو شكلي يخلع على النزاع الصفة الأجنبية [13]، وأخذ بهذا الرأي الفقه التقليدي عموما[14]. والثاني يشترط أن يكون العقد أو موضوع النزاع مرتبطا بأكثر من نظام قانوني من حيث العناصر الضرورية لتكوينه، كمركز طرفيه من ناحية الجنسية أو الموطن ومكان تنفيذ العقد أو إجراء التحكيم، والقانون المختص بحكم العقد أو النزاع، وعلى ذلك تكون طبيعة التحكيم، كما تفصح عنها مجموع الظروف الايجابية الملابسة، هي التي تبرر وصفه بالدولية International أو غير الوطنية Extranational، ومن ثم فالمعيار المقترح هو معيار قانوني أجرائي، وهو ارتباط موضوع النزاع بأكثر من نظام قانوني أو عدم ارتباطه بأي نظام قانوني، أي إذا كان يتضمن قواعد وأنظمة تتجاوز بطبيعتها حدود نظام قانوني داخلي[15]، سواء كانت تلك القواعد تابعة لدول متعددة، أو مستقلة عنها. إن التحكيم يكون دوليا طبقا للمعيار القانوني حسب تعبير فوشار[16] من اللحظة التي لا يمكن أن ترتبط فيه المنازعة أو التحكيم نفسه بدولة معينة، والنظام القانوني المطبق عليه، قد يكون مستقى من نظم وطنية[17] متعددة أو من قواعد غير وطنية تشكل ما سماه البعض القانون الطبيعي الحديث أو القانون الخالص droit pur، وبالتالي فالتحكيم الدولي بها الوصف يستغرق كل حالات التحكيم الأجنبي، والعكس غير صحيح.

ثالثا – موقف التشريع المقارن

يوجد في التشريع المقارن ثلاثة اتجاهات كما يلي:

الاتجاه الأول – الاعتداد بالمعيار الاقتصادي:

أخذت بعض التشريعات الوطنية بالمعيار الاقتصادي، وعلى رأسها القانون الفرنسي، حيث عرفت المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية بعد تعديلها سنة 1981[18] التحكيم التجاري الدولي بأنه يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية [19]. وكما ذكرنا سابقا، هذا التعريف سبق أن تبناه القضاء الفرنسي منذ 1927 متأثرا برأي النائب العام لدى محكمة النقض ماتيرMatter. كما أخذت بالمعيار الاقتصادي، الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961[20] واتفاقية تسوية المنازعات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965[21]، وتبنته أيضا بعض القوانين الأخرى، كالقانون البرتغالي[22]، والقانون اللبناني[23] والقانون الجزائري[24] كما سوف نرى لاحقا.

الاتجاه الثاني– تبني المعيار القانوني

اعتمد هذا المعيار القانوني من قبل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 (CNUDCI) حيث نصت المادة الأولى الفقرة الثالثة منه يكون (أي التحكيم) دوليا:

أ– إذا كان مقرا عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين.

ب– إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

– مكان التحكيم، إذا كان محددا في اتفاق التحكيم أو طبقا له.

– أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلات به.

– إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

يظهر من هذا النص أنه اعتمد التركيز الجغرافي في تحديد دولية التحكيم، كما أخذت بنفس المعيار اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1978، بنصها في المادة الثانية على أنها تطبق "على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، أيا كانت جنسياتهم، يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها، أو تكون لهم مقارا رئيسية فيها". ومن ثمّ كلما كان الأطراف يتمتعون بجنسية دولة متعاقدة أو لهم مقار عملهم الرئيسي فيها يكون التحكيم تجاريا دوليا. ويمثل أيضا القانون السويسري نموذجا للقوانين الداخلية التي أخذت بالمعيار القانوني، بنصه في المادة 176 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987 [25] على أن أحكامه تسري على كل تحكيم تكون فيه سويسرا مقر محكمة التحكيم، أو لم يكن لأحد أطراف اتفاق التحكيم على الأقل عند إبرامه موطن أو محل إقامة معتاد في سويسرا.

الاتجاه الثالث – الجمع بين المعيارين

جمع هذا الاتجاه بين المعيارين القانوني والاقتصادي، باشتراطه تعلق التحكيم الدولي بالتجارة الدولية وتوفر أحد المعايير القانونية، مقر الأطراف، مقر هيئة التحكيم، ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة واحدة. ويمثل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 هذا النموذج، فقد اشترطت المادة الثالثة منه لدولية التحكيم، أن يكون موضوعه متعلقا بنزاع يخص التجارة الدولية، مع توفر أحد ظروف الإسناد التالية:

1– وجود مقر الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم عند الاتفاق عليه في دولتين مختلفتين.

2– عند اتفاق الطرفين على اللجوء لمنظمة أو مركز تحكيم يكون مقره في مصر أو خارجها.

3– إذا كان موضوع النزاع المتعلق بالتحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

4– حالة وجود المقر الرئيسي لطرفي التحكيم في دولة واحدة، وكان، إما مكان إجراء التحكيم المعين، أو مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الخاصة بالعلاقة التجارية للطرفين، أو المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، واقعا خارج تلك الدولة".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أثار هذا النص جدلا بين الفقهاء المصرين، بين من رجّح المعيار الاقتصادي وحده مكتفيا بشرط تعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية، واعتبار ظروف الإسناد القانونية الأخرى مجرد إسهاب وعمل فقهي لا مبرر له[26] ، وبين من أخذ بالمعيار القانوني على اعتبار أنه لا يتصور أن يتعلق موضوع النزاع – الذي هو أساس اللجوء للتحكيم – بالتجارة الدولية، إلا إذا كان على صلة بالنظام القانوني لأكثر من دولة، وما شرط التعلق بالتجارة الدولية إلا مجرد شرط ابتدعه القضاء الفرنسي لأسباب قانونية وسياسية خاصة بهذا القانون[27]. وهذا خلافا للمشرع التونسي[28] الذي أخذ بأحد المعيارين على انفراد، بسبب تأثره بالقانون الفرنسي الذي أخذ بالمعيار الاقتصادي، وتأثره أيضا بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي تبنى المعيار القانوني وحده. فبعد أن ذكر في الفصل 48 ف1، الفقرات أ، ب، ج. نفس المعايير الواردة في المادة الأولى ف3، فقرات أ، ب، ج. من القانون النموذجي، أردفها بالفقرة "د"، التي نصت على " بصفة عامة إذا تعلق التحكيم بالتجارة الدولية ". وهو حكم غير وارد في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985. هذا وتجدر الإشارة أن هذا القانون أخذ بالمعيار القانوني وحده في تعريف دولية العلاقة القانونية التي تعد أساس تطبيق أحكام تنازع القوانين، بنصه في المادة الثانية من قانون 1998 المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، بأنه " *تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي*".

هكذا ننتهي من هذا المحور إلى أن الفقه والقضاء والتشريع في القانون المقارن موقفه موزع بشأن أساس تحديد دولية التحكيم التجاري، ومن ثم دولية العقد الذي موضوعه ذلك التحكيم، بين تبني المعيار الاقتصادي وحده، وبين اعتماد المعيار القانوني، وبين الجمع بينهما في ذات الوقت، وبين من أخذ بهما معا على انفراد. ويهمنا حاليا معرفة موقف القانون الجزائري من هذه المسألة الهامة.

الفرع الثاني– معيار دولية العقد في القانون الجزائري

لا يختلف الأمر في الجزائر عما هو مقرر في القانون المقارن[29]، قلما نجد تعريفا مباشرا للعقد الدولي في التشريع أو القضاء، ولكن المشرع الجزائري تطرق لهذه المسألة بمناسبة تعريفه التحكيم التجاري الدولي. وهي نفس الفكرة التي سبق مناقشتها في القانون المقارن. وفي هذا الصدد، كان أول تنظيم تشريعي للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بالمرسوم التشريعي رقم 93–09، الذي أدرج الأحكام المقررة لهذا التحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية في المواد 458 مكرر إلى 458 مكرر28. وقد عرّفت المادة 458 مكرر التحكيم التجاري الدولي بأنه *"الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"*. مع العلم أن الممارسة الجزائرية في مجال التحكيم التجاري الدولي، كانت مقررة قبل ذلك بخصوص منازعات المؤسسات التابعة للدولة ذات الطابع التجاري والاقتصادي مع أطراف أجنبية. باعتبار أن القوانين السابقة في الحقبة الاشتراكية، جعلت التجارة الخارجية حكرا على المؤسسات التابعة للدولة، فهي وحدها التي يجوز لها اللجوء إلى هيئات تحكيم غير وطنية، نظامية كانت، كمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أو هيئات تحكيم خاصة AD–HOC.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، (قانون 08-09)، تم فيه إعادة تنظيم التحكيم بنوعيه، الوطني والتجاري الدولي، كطريقة بديلة لحل النزاعات ضمن المواد من 1006 إلى 1060. وتصدرت المادة 1039 الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وعرفته بأنه " *التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل*."، وعلى هذا الأساس نحلل فيما يلي تطور موقف القانون الجزائري من معايير دولية التحكيم التجاري وهي نفسها تخص معيار دولية العقد المتعلق به التحكيم. ثم نعقب عليه ببعض الملاحظات.

يتضح من نص المادة 458 مكرر، من قانون الإجراءات المدنية السابق، والمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن النص الأول جمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، بينما أخذ النص الثاني بالمعيار الاقتصادي. يتضح من نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: " .... *يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل* "، أن المشرع تبنى المعيار الاقتصادي وحده، والجديد الذي جاء به النص هو تعويض عبارة " *مصالح التجارة الدولية* "التي كانت واردة في المادة 458 مكرر، بعبارة " *المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل* ". ويؤيد البعض[30] هذا التوجه الجديد، على أساس أن مفهوم التجارية محل خلاف في الأنظمة القانونية، لكونه يتعلق إما بتعريف التاجر أو تحديد الأعمال التي تعد تجارية بالشكل أو بطبيعتها أو بالتبعية. ونحن نخالف هذا الرأي للأسباب التالية:

السبب الأول، غموض الصياغة المستعملة وعدم كفايتها، ويتضح ذلك من خلال:

أ- أن مصطلح الدولة في الصياغة القانونية ينصرف للشخص المعنوي العام، باعتبارها من أشخاص القانون الدولي، أو بوصفها سلطة عامة من أشخاص القانون العام الداخلي. وقصر أطراف العقد الدولي أو التحكيم المتعلق به، في الدول، يفيد العلاقات الاقتصادية الدولية المتبادلة المتعلقة بمجالات القانون الدولي العام بين الدول. وطبعا ليس هذا هو المقصود فنيا في المادة 1039، التي موضوعها علاقات التجارة الدولية الخاضعة للقانون الخاص، والتي يكون أطرافها، إما أشخاص القانون الخاص، أو أشخاص القانون العام مجردين من صفتهم كسلطات عامة ذات سيادة، أو شخصا من القانون الخاص وآخر من القانون العام مجرد من صفته السيادية. وعليه، فالتحكيم التجاري الدولي بين الأشخاص الخاصة لا تشمله المادة السابقة.

ب- غموض ومرونة مصطلح "المصالح الاقتصادية للدول"، فهي تعني العلاقات الاقتصادية الدولية الخاضعة للقانون الدولي العام ، بالنظر لازدياد مهام الدولة ومساهمتها في الميدان الاقتصادي الدولي، وحين تحدث منازعات فيما بينها بتلك الصفة، تختص هيئات قضائية (محكمة العدل الدولية) أو تحكيمية خاصة (محكمة التحكيم الدائمة طبقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1907، وهيئة التحكيم التابعة لمنظمة التجارة العالمية) تفصل في تلك المنازعات، بل أن تعريف المادة 1039 السابقة لا يختلف كثيرا عن المادة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

37 من اتفاقية لاهاي لسنة 1907، المتعلقة بالتحكيم الدولي بمفهومه في القانون الدولي العام.، وطبعا ليس هذا هو المقصود بدولية التحكيم التجاري التي موضوعها، العقد الدولي.

ج- إن ما يهم رجل القانون في الصياغة القانونية، هو إبراز وضبط المفاهيم القانونية لفهم مدلولها وضبط محتواها وتطبيقها في نطاقها، وصياغة المادة 1039 لا تسعف القاضي أو المحكم للتعرف على مدلولها القانوني.

د-من ناحية الشكل والصياغة، الأولى للإبقاء على موضوع المادة 1039 الحالية، لتفي بالغرض منها تغيير عنوان الفصل الذي وردت في أوله، وجعله " في الأحكام الخاصة بالتحكيم المتعلق بالمصالح الاقتصادية للدول، كي يكون مطابقا للتعريف المذكور في تلك المادة. وطبعا مثل هذا العنوان لا يفي بالمطلوب وبعيد عن المقصود من حقيقة التحكيم التجاري الدولي.

السبب الثاني، وهو موضوعي إذ يعاب على اعتماد المعيار الاقتصادي وحده في تحديد دولية التحكيم التجاري الذي هو موضوع العقد الدولي، عدة أمور وهي:

أ- أن موضوع النزاع في هذا النوع من التحكيم يخص العقود الدولية وحدها، والتي لها مفهوم قانوني صرف، والمفروض أن يكون التحكيم وسيلة لخدمة غاية وأن تكون الوسيلة من جنس الغاية.

ب - أن العلة في ضرورة تمييز التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الداخلي، هو كون الأول محل اهتمام أكثر من نظام قانوني وطني لحكم موضوعه، وهو العقد الدولي الذي يترتب عن تحديده أثار قانونية هامة تخصه كتصرف قانوني دولي، وإلا ما كان هناك حاجة للتمييز بينهما.

ج- أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي وحده منتقد في عقر داره، أي في فرنسا.[31]

د- إن أغلب الأنظمة القانونية التي أخذت بالمعيار الاقتصادي دعمته بنقاط الإسناد القانونية التي تؤكد وجود صلة بين موضوع النزاع وأكثر من نظام قانوني لدولة واحدة، ومثال ذلك الفصل 48 من مجلة التحكيم التونسية لسنة 1993، والمادة 3 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، فبعد أن ذكرا جملة من المعايير القانونية، أضاف عبارة "تعلقه بمصالح التجارة الدولية". هذا المزج بين عناصر المعيارين يؤكد تكامل دورهما في التنظيم المتميز للعقود الدولية وأهميتها. وهذا ما انتهينا إليه في دراسة خاصة معمقة[32].

المطلب الثاني- مفهوم توطين العقد الدولي

إن حل مشكل تنازع القوانين حسب المنهج السافيني التقليدي يقوم على نظام الإسناد لمختلف طوائف النظم المقررة في قانون القاضي، هذا المنهج معتمد في جل الأنظمة القانونية الوضعية بتقنين قواعده، وشيوعه واستقرار العمل به فقها وقضاء، ويتميز هذا المنهج بخصائص مشتركة في مختلف الأنظمة القانونية. ويتحقق توطين العقد الدولي، وكذا كل طوائف النظم القانونية الأخرى المرتبطة به من خلال اعتماد نظام الإسناد كمنهج لتحديد القانون المختص (الفرع الأول)، ولأن القانون المعين يجب أن يكون قانونا داخليا لدولة معينة (الفرع الثاني).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول– اعتماد نظام الإسناد في تعيين قانون العقد الدولي

يتصف نظام الإسناد بخصائص معينة[33]، لعل أهمها أن حل مشكل تنازع القوانين يتسم بطابع وطني محض، فالقاضي يطبق ما يقضي به قانونه بخصوص طريقة الإسناد وضوابطه، فيصبح قانون القاضي هو المرجع والحكم في ذات الوقت في تحديد الأوصاف القانونية الملائمة للمراكز القانونية، من خلال التكييف والإسناد، والقانون الذي يجب تطبيقه يكون الحل دائما وطنيا ولو كان مختارا من المتعاقدين.

استقر القضاء والتشريع المقارن على تبني مبدأ توطين العقد، حيث قضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي على أن كل عقد غير مبرم بين الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي، يجد مصدره في قانون وطني، وأن مسألة تحديد هذا القانون تدخل اليوم ضمن ما يعرف بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين. [34] ويشكل حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1910/12/5 [35]، مبدأ قانون الإرادة في القانون الفرنسي، الذي لا يوجد به نص تشريعي يعالج هذه المسألة، وقد ذكرت المحكمة أن القانون الذي يسري على نشأة العقد وموضوعه وآثاره هو القانون الذي تبناه المتعاقدون[36]، كما قضت نفس المحكمة في قضية الإرساليات البحرية بأن كل عقد دولي يكون بالضرورة مستندا إلى قانون دولة معينة [37]. وهو نفس موقف القضاء المصري سابقا[38]، كما تبنى التشريع المقارن أيضا بدون استثناء مبدأ قانون الإرادة، بمعنى خضوع العقد لقانون دولة معينة، أي توطينه، والتزمت بهذا الحكم كل الدول بما فيها العربية، مهما كان مذهبها الاجتماعي والاقتصادي.

كما كُرّس قانون الإرادة – القانون الاتفاقي – بموجب اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 (المادة 6 منها)، واتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بين دول السوق الأوروبية المشتركة (المادة 7منها)، وقبلهما اتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بتنازع القوانين ، في البيوع الدولية (المادة 25ف1) واتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة (المادة 5 ف1) واتفاقية مكسيكو لعام 1999 لمنظمة الدول الأمريكية المتعلقة بالقانون المطبق على العقود الدولية .

الفرع الثاني– تطبيق قانون داخلي على عقد دولي

إن إعمال نظام الإسناد يؤدي حتما إلى تطبيق قانون داخلي على عقد دولي، وتكريس هذا المبدأ يجعل نظام العقد الدولي أحيانا مفرط في الدولية، وأخرى يفتقر إليها. وفضلا عن عقود البيع والقرض والنقل الدولية التي من الجائز تصنيفها ضمن العقود الخاصة ولكنها دولية– ولها تنظيمها الخاص– هناك عقود دولية مركبة كعقود تحويل التكنولوجيا، وعقود تراخيص استغلال عناصر الملكية الصناعية والمعرفة الفنية وعقود المساعدة الفنية، وعقود الإنشاءات القاعدية كإقامة المركبات الصناعية وبناء المطارات والموانئ، وعقود استغلال الثروات الباطنية. إن هذه العقود لا يمكن تصنيفها ضمن التصرفات المعهودة والمألوفة، التي تخضع للقوانين الوطنية، وعلى حدّ تعبير أحد الفقهاء[39] أنه من غير الملائم اعتماد قانون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإرادة بمفهومه التقليدي ليطبق عليها، إنه قاعدة إسناد تقليدية، ستقود بالضرورة إلى تطبيق قانون وطني معين على هذه العقود، مع أنه غير ملائم لحكمها.

ننتهي إلى أن عدم ملاءمة تطبيق القانون الداخلي طبقا لنظام الإسناد على العقود الاقتصادية الدولية وعقود التجارة الدولية، نتج عنه أزمة قانونية حقيقية، مؤداها الشك في منهج الإسناد كمنهج لحل تنازع القوانين، مما يقتضي النأي بنظام العقد الدولي وإبعاده عن نظام الإسناد انطلاقا من التفسير الموسع لمبدأ قانون الإرادة. سوف نحلل في الفقرة الموالية المسألة الأولى، ونرجئ بحث المسألة الثانية للمحور الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثالث– أزمة توطين العقد الدولي

ساهمت عدة أسباب مجتمعة في تفعيل أزمة توطين العقد الدولي، بعضها يرجع لقصور نظام الإسناد، كما ساهم في هذه الأزمة المتعاقدون أنفسهم من خلال الاشتراطات العقدية التي تقلل من دور قانون العقد، فتصنفه في مرتبة احتياطية وتجمد تطبيقه في الزمان. على هذا الأساس أتطرق فيما يلي إلى مثالب نظام الإسناد في العقود الدولية(الفرع الأول) ، وأزمة قانون الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول – مثالب نظام الإسناد في العقود الدولية

إن أهم الانتقادات الموجهة لنظام الإسناد جاءت من فقه المدرسة الواقعية الأمريكية[40]، الذي استهدفه منذ منتصف القرن الماضي، كمنهج مستقل للتنازع بغية إقصائه من التطبيق، تحت ذريعة عدم الملاءمة، وذلك بالتشكيك في قدرته على حل مشاكل العلاقات الخاصة الدولية المتشابكة، فوصفوه بأنه منهج يتسم بالشدة والتعقيد، حلوله غير واضحة، يقوم على نظريات فقهية مبهمة، لذلك حاول الفقه المعارض استخلاص حلول التنازع بطريقة تجريبية واستنتاجية، وليس تأصيلية مجردة، إلا أن الحلول التي انتهى إليها لا تقل ضبابية وغموضا.

إن الفقه الأمريكي الحديث لم يهجر – في الحقيقة ،– نظام الإسناد ويتخلى عنه كليا، وإنما زاده تفصيلا بقواعد جزئية تحل مختلف صور التنازع التي لم تستوعبها القواعد العامة الموروثة عن الرعيل الأول من الفقهاء الأمريكيين، مثل لفرمور وستوري وبيل، وذلك من خلال تعديل أحكام المدونة الأمريكية الأولى لسنة 1935 عند تنقيحها، وإعداد المدونة الثانية التي أشرف عليها ريس وكيفرز [41]، ومن ثمّ فإن تطوير الفقه الأمريكي حديثا لأحكام تنازع القوانين يندرج في نفس السياق العام للتطوير في القانون الدولي الخاص، والبحث عن أفضل حلول التنازع المناسبة لأنماط العلاقات الخاصة الدولية الحديثة. ولم يكن هذا السبق حكرا للفقه الأمريكي وحده، وإنما ساهم فيه فقهاء القانون الدولي الخاص من كل أرجاء العالم، فالفقه الغربي المعارض لمنهج الإسناد التقليدي، انتقد هذا المنهج أيضا، إما بقصد تطويره لتحيينه حسب الأوضاع الجديدة وجعله مستوعبا لأحكام المبادلات الاقتصادية الحديثة، أو لإحلال مناهج أخرى محله، كمنهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق المباشر، أو لتوزيع الاختصاص بين تلك المناهج، وانصبت أهم انتقاداتهم للمنهج التقليدي، حول كونه منهجا شديد التعقيد والصعوبة، وكون حيادية قاعدة الإسناد غير مناسبة أحيانا[42]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حقيقة، إن نظام الإسناد مفرط في الدولية أحيانا، ومرات أخرى يفتقر إليها، وذلك لعدم ملاءمة الأحكام والحلول الموضوعية المطبقة، لاسيما في مسائل العقود الدولية. ومع أن قاعدة الإسناد وضعت أصلا لحكم العلاقات الدولية إلا أن تجاهلها لحاجات المعاملات الدولية، جعل منها منهجا غريبا يفتقد للدولية، فالمفروض أن تدويل الروابط القانونية يقتضي تدويل القواعد التي تحكمها.

الفرع الثاني – أزمة قانون الإرادة

إن تخويل المشرع المتعاقدين اختيار القانون المختص بحكم العقد الدولي، ولو أنه مبدأ ثابت في نظام الإسناد، إلا أن استعمال هذه الحرية وتفعيل المبدأ نتج عنه تشريعيا أحيانا تعدد القوانين التي تحكم العقد الواحد(أولا)، وأخرى تقطيع العقد وإجراء تطبيق توزيعي للقوانين على أجزائه (ثانيا)، ورتب عليه بعض الفقهاء تأويل مبدأ حرية الاختيار في اتجاهات مختلفة (ثالثا).

أولا – التطبيق التجميعي للقوانين على العقد الواحد

حدث منذ بداية النصف الثاني للقرن الماضي تطور في مفهوم الإسناد ينسجم مع تطور المعاملات التجارية الدولية، وهو ليس فقط منح الحرية للمتعاقدين لاختيار قانون دولة محددة، كما كان معهودا سابقا، وإنما إما جواز اختيار أكثر من قانون وطني أو أكثر من نظام قانوني، كقانون، يطبق في ذات الوقت على العقد الواحد، وإما من جهة أخرى السماح بتقطيع العقد وإسناد كل جزء منه لقانون معين. فبعد إرساء القضاء الدولي والوطني، مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون وطني معين، كما أشرنا سابقا، لم يتصور الفقه التقليدي أنه سيأتي وقت يتقرر فيه خضوع العقد الواحد لأكثر من نظام قانوني، واليوم أصبح من الجائز – عملا بمبدأ حرية الاختيار– تطبيق أكثر من قانون في ذات الوقت على العقد، ونصت على هذا الحكم اتفاقيات دولية وتوصيات علمية قانونية، وتجاوبت معه تطبيقات تعاقدية دولية.

وقد فسر البعض العبارة الأخيرة للفقرة الأولى للمادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي *نصت "تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى* ***مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع*** *"*. يرى البعض في هذا النص، أساسا لتطبيق أحكام القانون الدولي العام مباشرة على العقود الدولية[43].

يستطيع الأطراف بموجب المادة الثانية لتوصية مجمع القانون الدولي المنعقد بمدينة أثينا باليونان سنة 1979، بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الاقتصادية للدول على وجه الخصوص اختيار قانون للعقد، إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية، أو القانون الدولي العام، أو مزيج من هذه المصادر[44].

جرى التطبيق الدولي على إسناد العقود الدولية لأكثر من نظام قانوني، أو للمبادئ المشتركة بين الدول المتمدنة أو لمبادئ القانون العامة، وإطراد تطبيق هذه القاعدة لاسيما في عقود امتياز واستغلال

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المحروقات، فقد نص العقد المبرم بين شركة النفط الأنجلو إيرانية ومجموعة الشركات الغربية في المادة 46 منه على تطبيق قوانين والمبادئ المشتركة لأطراف العقد[45]، كما فسر قضاء التحكيم شرط تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع – في عقود امتياز استغلال البترول – والمبادئ العامة للقانون، على أن هذه الأخيرة تطبق بالأولوية على قانون الدولة الطرف في العقد[46]، كما نصت المادة 46 من الاتفاقيات البترولية بين الجزائر وفرنسا لسنة 1965، على تطبيق المبادئ العامة وحدها. وإذا كنا نرى أنه **من الضروري** في مثل هذه الأحوال مراعاة ما تقضي به تلك المبادئ المتعارف عليها في كل النظم القانونية من أحكام[47]، إلا أن ذلك لا يجوز أن يكون على حساب تطبيق قواعد أساسية واضحة ومستقر العمل بها في فقه القانون الدولي الخاص.

ثانيا – تقطيع قانون العقد

يتجلى تقطيع العقد وتجزئته في مسألتين:

المسألة الأولى، هي استبعاد بعض العقود والتصرفات الإرادية المالية من نطاق قانون الإرادة برمتها ومثالها العقود المتعلقة بحقوق عقارية[48]، عقود العمل الدولية برمتها دون تمييز بين الجانب التنظيمي الحمائي منه والجانب التعاقدي، الهبة في الأنظمة القانونية التي تعتبرها من التصرفات المالية الخاصة بالأحوال الشخصية، وأيضا التمييز في القانون الواجب التطبيق بالنسبة للالتزامات النقدية في العقود الدولية بين عملة الوفاء المسعرة طبقا لتعليمات المؤسسة المالية الرسمية في الدولة وبين عملة الدفع، وقصر نطاق قانون الإرادة على الثانية وحدها.

المسألة الثانية، تتعلق بتجزئة العقد وإسناد كل جزء منه لقانون معين ولو أننا نقول مبدئيا وعرضا أن العقد يخضع للقانون المختار، إلا أن ما يجري العمل به يبصر أن الاستثناءات الواردة تطغى على القاعدة ذاتها، ويكون سبب في التجزئة، إما إجازة اتفاقية دولية للمتعاقدين حرية تجزئة العقد وإسناد كل جزء منه للقانون الذي يختارونه[49]، أو ترخيص المشرع لهما اختيار أكثر من قانون لحكم جزء منه[50]، أو بحكم اختصاص أكثر من قانون تطبيقا لقواعد التنازع، أو عملا بأحكام القوانين ذات التطبيق الضروري، أو طبقا للقانون الإجرائي، ويشمل هذا التقطيع مختلف عناصر أجزاء العقد، النشأة (أركان العقد) والآثار (الالتزامات المترتبة عنه) والانقضاء (طرق الانقضاء المختلفة، بالوفاء بالالتزام ذاته أو بما يعادل الوفاء أو بدون الوفاء) [51].

ثالثا – تأويل الفقه مضمون قانون الإرادة

تحقق تأويل الفقه للإسناد في العقود الدولية عملا بقانون الإرادة في اتجاهين، الأول يخص تفسير الفقه مضمون حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وما إذا كان فعلا يعتد بهذا الاختيار دون استثناءات وتحفظات عليه. والثاني، يتعلق بالتحول الوظيفي لإرادة الأطراف ومدى مانعية اختصاص القانون الوطني لحكم العقد الدولي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1 – الاختلاف حول مضمون حرية الاختيار

إن غلو الفقه في الرفع من شأن حرية الاختيار أدى لنشوء نزعتين لتفسير المقصود بحرية الاختيار، النزعة الأولى تسمى النظرية الشخصية، وحمل لواءها فون بار في ألمانيا، ولويس لوكا وموري وكالب في فرنسا، ورابل في الولايات المتحدة، والنزعة الثانية تسمى النظرية الموضوعية، وتتخذ من تركيز العقد أساسا لها وتنسب للفقيه الفرنسي باتيفول.

مضمون النزعة الأولى– باختصار– تستمد أساسها القانوني والفلسفي من الغلو في تقديس مبدأ سلطان الإرادة، العقد شريعة المتعاقدين، والقول أن أطراف العقد الدولي يتمتعون بحرية مطلقة في الاختيار. ويندمج القانون المختار بمجرد اختياره في العقد ويصبح ملكا لهم، ويفقد صفته القاعدية ويتحول إلى تنظيم اتفاقي. ومؤدى النزعة الثانية، النظرية الموضوعية، أن القانون الواجب التطبيق على العقد يستخلص من تركيزه في مقر معين حسب ملابساته ومعطياته، ويتولى القاضي عملية استخلاص مقر التركيز، ويطبق قانون هذا المقر، والمفروض إذا كان الاختيار موضوعيا وله علاقة بالعقد أو المتعاقدين أن يكون القانون المختار معبرا عن مقر العقد، وبالتالي يكون لإرادة الأطراف دورا رئيسيا في التركيز ويعتد بها، أما إذا كان الاختيار غير نزيه، فلا يكون للإرادة المصرح بها الدور الحاسم، وتهدر إذا تبين أن القانون المختار لا يتوافق مع حقيقة مقر التركيز حسب مجموع مؤشرات التركيز الأخرى، ومن هنا، يقول باتيفول "يجب أن نتكلم عن قانون الإرادة ونتجنب العبارة المضللة مبدأ سلطان الإرادة"[52].

إن تحليلا بسيطا لمضمون النظريتين السابقتين، يوضح أن الارتكان لحرية الاختيار عملا بقانون الإرادة انحرف به الفقه في تأويل مداه، وأدى إلى نتيجتين متعارضتين تماما، الأولى تسمح بحرية الاختيار المطلقة بما يترتب عليها من آثار ونتائج غير مقبولة قانونا ومنطقيا، والثانية تجعل من قانون الإرادة مجرد ظرف في تركيز العقد، لا يتوقف عليها تحديد القانون المختص ولو كانت إرادة معبرا عنها صراحة.

ولا يقف الأمر عند هذا الحدّ فحسب، وإنما ذهب الفقه في تأويل مبدأ قانون الإرادة لأكثر من ذلك كما يتضح في الفقرة الموالية.

2– التأويل الوظيفي لإرادة الأطراف ونفي مانعية اختصاص قانون الإرادة وحده

إن قاعدة الإسناد تعين القانون المختص لحكم العقد الدولي، ويجب أن يكون وطنيا، ودون اعتبار لأحكامه الموضوعية، وهنا يكمن قصورها. ولتلافي هذا القصور، قام فقهاء قانون التجارة الدولية، أنصار التدويل، بتأويل المقصود بقانون الإرادة وحرفوه عن غايته الأساسية (أ) ونفوا عنه مانعية الاختصاص لحكم العقد (ب)[53].

أ– التأويل الوظيفي لمفهوم قانون الإرادة

يرى فقهاء قانون التجارة الدولية، معارضي نظام الإسناد، أن قاعدة الإسناد حين تعين القانون المختص تكتفي بمجرد الإسناد إليه واعتماده لجعل العقد يستظل بقانون معين، ولا تقصد بذلك الخضوع الإجباري له وإلزام أطراف العقد بكل أحكام ذلك القانون. إن العقد بما يتضمنه من صياغة محبوكة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وشروط تفصيلية واضحة، يكفي نفسه بنفسه، فيصبح هو شريعة المتعاقدين وقانونهم دون اتكاء على قانون معين، ومن ثم فإدراج محرري العقود الدولية، شرطا خاصا بتحديد القانون المختص، هو مجرد استكمال لإجراء شكلي تتطلبه عادة تعاقدية جرى العمل بها في الأوساط المهتمة بالصياغة القانونية لعقود التجارة الدولية، ويبدو أن هذا التأويل لمفهوم قانون الإرادة كان محل نقد من عدة جوانب[54]. لا سيما من حيث كون إسناد العقد يعني الخضوع لأحكام القانون المختص، وتطبيقه ضروري، وكون رخصة الاختيار مقررة بنص القانون.

ب – نفي مانعية اختصاص قانون الإرادة حسب نظام الإسناد، وحده

إذا كان الفكر القانوني مستقرا فقها وقضاء وتشريعا على اختصاص قانون الإرادة بحكم العقود الدولية، إلا أن هناك قواعد قانونية واجبة التطبيق، وهي بذلك إما تقصي قانون الإرادة من التطبيق في ميدان معين أو تقاسمه التطبيق أو تحل محله، ومثالها القوانين ذات التطبيق الضروري، واعتبار مبدأ حرية الاختيار قاعدة دولية موضوعية، كما أن أنصار الإسناد أنفسهم رأوا ضرورة تقويم مفهوم قانون الإرادة حتى يواكب تطور تنظيم العقود الدولية.

هكذا يتضح، أن توطين العقد الدولي يعاني من أزمة حقيقية، تضافرت في تفعيلها عدة عوامل، بعضها داخلية، راجعة لنظام الإسناد والقانون المسند إليه، وأخرى تخص مبدأ قانون الإرادة ذاته، والبعض الأخر خارجية، تتعلق بالمنافسة في التطبيق بين مناهج القانون الدولي الخاص، بقصد إقصاء منهج الإسناد كلية أو توزيع نطاق الاختصاص بينها. والنتيجة التدويل لا محالة. وهو ما نتطرق إليه في المحور الثاني الموالي.

المبحث الثاني–نظام تدويل العقد الدولي

نظرا لكون نظام الإسناد أصبح مستهدفا، ولم يصمد أمام انتقادات معارضيه، –فقهاء قانون التجارة الدولي خاصة–، فقد بات من الضروري، في رأي هؤلاء، الاستغناء عنه وتدويل قواعد التجارة الدولية وتحريرها من الرقابة التشريعية والتنظيمية والقضائية للقانون الوطني، تحت ذرائع معروفة، كقولهم إن منازعات التجارة الدولية هي منازعات دولية بطبيعتها، ويتعين أن تكون محكومة بقواعد دولية تتميز بالمرونة وسهولة التطبيق والرواج في مجتمع رجال الأعمال والمتعاملين الدوليين، ويجب أن يفصل فيها قضاء تحكيم دولي مختص[55]. هذا الطرح، يعيد تمثيل فصول مسرحية الصراع الطبقي وقانون التجار التي دار رحاها في نهاية القرون الوسطي، ولكن بوجه معاكس، ففي ذلك الحين، ونتيجة التنظيم المحكم للجمعيات المهنية التجارية، والسرية أحيانا، كانت تتولى جمع الأعراف والعادات التجارية وتنقيحها وتدونها، وتفرض تطبيقها على أعضائها، وحينما فرضت نفسها على السلطة الحاكمة، تم الاعتراف بقوانينها العرفية، وجرى تدوينها رسميا كقانون تجاري مستقل عن القانون المدني، إلا أنهما بقيا تنظيمين وطنيين، محكومين بقواعد وطنية من صنع المشرع. واليوم أصبحت تلك التقنينات التجارية الوطنية، المطالب بها سابقا، تشكل عائقا أمام تطور التجارة الدولية ويجب الاستغناء عنها، لأن المعاملات الدولية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خُلقت طليقة ولا يجب تقييدها وتجميدها. فروّج الفقه والقضاء لفكرة تدويل العقد الدولي وتحريره واستقلاله عن أي نظام وطني. وأتطرق فيما يلي إلى آليات تدويل نظام العقد (المطلب الأول) ثم نظم التدويل المقررة (المطلب الثاني).

المطلب الأول– آليات تدويل نظام العقد الدولي

إن تفعيل تدويل العقد، يقتضي تآزر عمل كل الجهات المؤيدة له، الفقه، قضاء التحكيم وجهود المنظمات المتخصصة. وهو ما نحلله فيما يلي:

الفرع الأول – دور الفقه في الترويج لتدويل نظام العقد

عمد الفقه لتبرير تدويل العقد الدولي، على أسس قانونية انطلاقا من قاعدة التنازع الخاصة بالعقود، وذلك بالتوسع في تأويل مضمون قانون الإرادة، فالتحليل الفقهي والقضائي لحرية الاختيار يؤدي، إما لاعتماد القانون المختار، ولكن بعد الاختيار وتبنيه ودمجه في العقد، تتحول طبيعته الفنية من قانون ملزم إلى مجرد بند من بنود العقد، فيصبح في مرتبة الشروط العقدية الأخرى(أولا)، أو بالاعتراف للأطراف بحرية عدم الاختيار، على أساس تمتع العقد بالكفاية الذاتية واستغنائه عن القانون أصلا (ثانيا)، أو الإقرار للقانون المختار بدور احتياطي، بحيث يرجع إليه فيما سها الأطراف عن تنظيمه (ثالثا).

أولا – اندماج القانون في العقد

إن اندماج القانون في العقد يعني تجريد القانون المختار من طابعه القاعدي النظامي وتحويله إلى مجرد شرط أو بند تعاقدي، لا تكون له إلا قيمة الشروط العقدية الأخرى، وهكذا يصبح القانون جزءا من العقد مملوكا للمتعاقدين يجرون عليه ويطبقونه كما يفعلون بالشروط العقدية الأخرى.

أسس الفقه مبدأ اندماج القانون في العقد كون قاعدة التنازع اشارت إلى "قانون يختاره الأطراف" وليس "عقد يختاره القانون"، فإذا كان قانون القاضي، عملا بقاعدة التنازع يملك سلطة الإسناد، فإن إرادة ونطاق تطبيق القانون المسند إليه تخص ذلك القانون وحده، ومادام "الأطراف هم الذين يختارون القانون "، فإنهم يقحمونه على التطبيق بدمج أحكامه في العقد، فتتغير طبيعته، فيصبح لا يؤمر ولا يلزم، وإنما مجرد أحكام موضوعية اقتبسها منه الأطراف[56].

ساهم القضاء الفرنسي من جهته في هذا المنحى القانوني، بل أنه كان سباقا على الفقه والتشريع في تبنى هذا المبدأ، وكانت أهم أحكامه التي تشكل دستور قانون الإرادة في القانون الفرنسي، هو حكم محكمة النقض الفرنسية في 1910/12/5 [57]. وإذا كان القضاء قد أكد لاحقا تبنيه لفكرة اندماج القانون في العقد[58] ، إلا أن فكرة الاندماج تعرضت للنقد لكونها تنحرف بحقيقة دور الأطراف في حل تنازع القوانين، وتشكل افتئاتا على طبيعة القانون ووظيفته القاعدية.

ثانيا – مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي

يشكل رأي الفقه المروج لتدويل العقد أنه تصرف إرادي تنظيما ذاتيا باعتراف من المشرع نفسه، حين تبنى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ومنحه قوة القانون، واعترف له بخلق أحكام فردية ملزمة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لعاقديه. ويتحقق استقلال العقد عن القانون وعدم الحاجة إليه، إذا كان مصاغا فنيا، صياغة دقيقة تفصيلية تغني المحكم – الذي يفصل غالبا في منازعات العقود الدولية – من الرجوع لأي قانون وطني أو دولي. وتعد العقود النموذجية والصيغ العامة، أهم التطبيقات العملية للعقود الدولية التي تتمتع بكفاية ذاتية من الأحكام والاشتراطات التعاقدية، لذلك فهذه العقود حققت كفايتها الذاتية واستغنت عن أحكام تنازع القوانين ونظام الإسناد، بل وعن القانون ذاته. وقد ساهم القضاء العادي في الاعتراف بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي،(قضية زناريلي Zanarelli[59])، من جهته، استبعد قضاء التحكيم تطبيق القانون الوطني إذا تضمن العقد صراحة شرطا يقضي بذلك، معترفا بكفاية العقد نفسه فيطبقه كما هو أو يستعين بالمبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية[60]، ولكن نظرا لكون مبدأ الكفاية الذاتية لا يصلح للتطبيق وحده لحاجة العقد للقانون مهما كان الأمر، فهنا لجأ فقهاء قانون التجارة الدولية، تعضيدا للمبدأ إلى الاعتراف ببعض الدور للقانون، ولو أنه في نظرهم يبقى دائما دورا احتياطيا.

ثالثا – الدور الاحتياطي للقانون في العقود الدولية

جعل فقهاء قانون التجارة الدولية دور القانون في العقود الدولية احتياطيا أو استثنائيا، على اعتبار وجود قواعد موضوعية مادية كافية وملائمة في قانون التجارة الدولي تستغني عن نظام تنازع القوانين، وبالتالي فالالتجاء للقوانين الوطنية طبقا لنظام الإسناد، يكون نادرا ونظريا، وهو مجرد وسيلة فنية وقائية لتلافي القصور الذي يحتمل أن يعتري صياغة العقد. وقد تكرس مبدأ احتياطية القانون في العقود الدولية في التعامل الدولي فنصت عليه بعض النماذج العقدية، وأخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكم 1910/12/5 السابق الذكر، ومحكمة استئناف باريس في حكمها بتاريخ 1970/6/19[61] ".

كما وجد الفقهاء في قضاء التحكيم الدولي وسيلة لتبرير تسويق مشروع تدويل العقود، فالفقيه إيفون ديرين[62]، يعتبر المحكم حرا في تأسيس قراره من خلال معطيات العقد وحده، وحسب رأي الفقيه فوشار[63]، "إن القانون المشترك بين الأمم يشكل الركيزة بالنسبة للمحكم، ويتعين الرجوع إليه، لأنه وهو يفصل في النزاع، يرجع للقواعد القانونية التي يراها مؤهلة لحكمه، وباستطاعته أن يستبعد القانون الوطني، ويتلافى مشكل التنازع من أساسه."

نختم هذه الفقرة بما انتهى إليه الفقيه رونيه دافيد في تقريره المقدم إلى لجنة القانون الخاص Unidroit سنة 1977 بالقول " قبل مناقشة الإطار القانوني للتجارة الدولية بين خضوعها لتشريع نوعي، أو داخلي، أو بين الدول، يتعين التنويه بأن وقت تأميم القانون الذي امتاز به القرن التاسع عشر، والذي وقف فيه القانونيون في موقف حيادي غير محتشمين قد انتهى، ولكن لم يوقف تطور التجارة الدولية التي شهدت نموا مزدهرا، مشكلة تحديا واضحا لكل القانونيين الذين وقفوا في وجه تطوير وسائلها القانونية، وأن الواقع قد يفرض نفسه وينتظم خارج القانون، إذا كان رجال القانون ليسوا في مستوى المهام المنوطة بهم "[64].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني – مساهمة قضاء التحكيم الدولي في تدويل قانون العقد

إن الاعتراف بالتحكيم كعدالة خاصة، يهيئ الفرصة لإفلات العقد الدولي من القوانين الوضعية، بشكل مباشر في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح **(أولا)** أو غير مباشر في حالة التحكيم العادي **(ثانيا)** بإخضاعه في الحالتين، لنظام القواعد الموضوعية الدولية، وذلك بالنظر للسلطات المعترف بها للمحكم في نوعي التحكيم.

أولا – التحكيم مع التفويض بالصلح وتدويل نظام العقد

إن التحكيم مع التفويض بالصلح، أو كما يسمى تحكيم العدالة arbitrage d'équité، الذي يفصل فيه المحكم طبقا لمبادئ العدالة دون التقيد بالقانون الوضعي لدولة معينة، هو تحكيم خاص يفوض فيه الأطراف المحكم صراحة، بموجب اتفاق التحكيم للفصل في نزاع بينهم يجوز تسويته بالتحكيم، طبقا لمبادئ العدالة والإنصاف وحدها. أصبح هذا النظام في القانون المعاصر شائعا، فقد أقرته اتفاقيات دولية، وقوانين داخلية. والفرق بين نوعي التحكيم هو السلطة المخولة للمحكم، ففي التحكيم العادي يلتزم المحكم بتطبيق القانون المتفق عليه أو الذي يراه مناسبا. بينما في التحكيم مع التفويض بالصلح يكون المحكم أكثر تحررا، بتطبيقه مباشرة قواعد العدل والإنصاف. والتي تتدرج تحتها العادات والأعراف التجارية السائدة في الأوساط المهنية. وهكذا "تفتح ثغرة في جدار التطبيق الملزم للقوانين الوضعية، ومن خلالها يزدهر نجم العقد الحر، الذي يستمد قوته من ذاته ومن إرادة المحكم. وما دامت مبادئ العدالة والإنصاف، أفكارا مجردة تستعصي على التحديد الدقيق، فإن المحكم المفوض بالصلح، يرجع في حقيقة الأمر إلى القواعد الملائمة للتطبيق المستخلصة من الأوساط المهنية وأعراف المعاملات التجارية الدولية، التي يشكل القانون التلقائي أهم مصادرها.

ثانيا – التحكيم بالقانون والافتئات على القانون الوطني

إن الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي حقيقة مؤكدة في القانون المعاصر، ولا يتسع المجال لبحث مختلف جوانبه، لذلك نكتفي بالقول أنه نصت عليه ونظمته جل القوانين الوطنية، وأبرمت اتفاقيات جماعية وثنائية خاصة بتبنيه، كطريقة لحل النزاعات الدولية، أو لضمان تنفيذ أحكامه، وأصدرت الهيئات العلمية المهتمة بشؤون التجارة الدولية لوائح نموذجية لتنظيمه وتوصيات للأخذ والاعتراف به وتنفيذ قراراته. وقد انعكس هذا الاهتمام المتزايد على واقع حل منازعات العقود الدولية التي وجد المتعاملون الدوليون في التحكيم ملاذا آمنا، بدل اللجوء إلى القضاء العادي لمختلف الدول، وتلك هي الفرصة التي انتهزها فقهاء قانون التجارة الدولية للتمرد على القانون الداخلي والالتفاف على عدم تطبيقه، وأملهم معقود على التحكيم الدولي لتحقيق هذه الغاية. ولم يتوان جهاز التحكيم التجاري الدولي في السعي لتحقيق هدفين في وقت واحد، تدويل عقود التجارة الدولية وتدويل المنازعات الخاصة بها. وساهم التحكيم في تحقيق الهدف الأول من خلال المبادئ التي أرساها، وأصبحت جزءا من قواعد القانون الدولي الخاص المادي، أو مندمجة في قانون التجارة الدولية. وأهم تلك المبادئ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(1)– مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأثره على قانون العقد.

(2)– جواز تحرر اتفاق التحكيم من القانون الوطني.

(3)– افتقاد المحكم لنظام Lex Fori.

(4) – تخويل المحكم تطبيق القانون الموضوعي للتجارة الدولية.

هكذا يتضح أن التحفظ بمراعاة تطبيق الاشتراطات العقدية وأعراف التجارة الدولية المتعلقة بموضوع التعامل الدولي وحدهما، ولو في حالة الاختيار الصريح، أو استنتاج القانون الملائم في النصوص السابقة في القوانين الوطنية ، أو في قواعد اليونسترال أو القانون النموذجي، أو لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية، هو بمثابة دعوة صريحة لتطبيق قواعد القانون التلقائي وقواعد قانون التجارة الدولي، وكذا تخويل واضح للمحكم والمتعاقدين لاستبعاد تطبيق القوانين الوطنية، مما يجعل العقد يفلت من سلطة القانون الوطني فيتحقق تدويله الطليق.

الفرع الثالث – مساهمة المؤسسات الدولية لإيجاد نظام دولي خاص بالمعاملات التجارية الدولية

سعت المنظمات والهيئات والمؤسسات الدولية المهتمة بشؤون التجارة الدولية لتوحيد قواعد قانون العقد وتدويله وتدعيمه ككيان مستقل، هذه الهيئات متنوعة من حيث طبيعتها القانونية ومجال تخصصها وأهدافها، ومع ذلك تضافرت جهود القائمين عليها لإيجاد أسس قانونية وتكامل بين منجزاتها والدفع بها للتطبيق الدولي. منها:

1– المنظمات الدولية التي أنشأت لجان خاصة كلجنة القانون التجاري الدولي التي ساهمت في إنجاز اتفاقيات دولية عديدة خاصة بالتجارة الدولية، ومؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، واللجان الاقتصادية الإقليمية التابعة للأمم المتحدة، والهيئات العلمية، كالمنظمة العالمية للملكية الفكرية، والمركز الدولي لتوحيد القانون الخاص، ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي، والجمعية القانونية للعلوم القانونية.

2– المنظمات المهنية الداعمة للقانون التلقائي الدولي، التي تمحورت جهودها في إيجاد قانون تلقائي مساهم لنظام تدويل العقد، مثل جمعية هامبورغ لتجارة القمح (1866) والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير (1873) وجمعية لندن لتجارة المطاط والكاكاو واتحاد تجارة الأخشاب في الدول الإسكندنافية.

وتعد جمعية لندن لتجارة القمح (1877) أهم تلك الجمعيات وأوسعها انتشارا، بما أقرته من صيغ لعقود نموذجية وصيغ عامة لمختلف أنواع العقود.، وكذلك غرفة التجارة الدولية، وهي بمثابة اتحاد عالمي لهيئات تجارية عامة وخاصة، ساهمت في تذليل الصعوبات الفنية والقانونية التي تعترض التجارة الدولية وتطوير نظام التحكيم وإقرار مدونة المصطلحات التجارية Incoterms.

المطلب الثاني – نظم تدويل العقود الدولية

إن التطور الحاصل في مجال المبادلات التجارية للسلع والخدمات عبر الحدود، فرض ضرورة تطوير الوسائل القانونية التي كانت تحكمها، وهنا إما أن يحصل التطوير في إطار القانون الدولي الخاص باعتبار المعاملات التجارية الدولية تدخل ضمن اختصاصه، ولكن ليس بتطوير مفهوم الإسناد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وحده المتعلق بقانون الإرادة أو قواعد التركيز الموضوعي أو الجامد. وإنما بفتح مجال لتطبيق مناهج أخرى فيكون لكل منهج، بما فيه نظام الإسناد نطاقه الخاص. أو كل منهج يعمل على فرض تطبيقه وحده وإزاحة غيره.

إن المتأمل في الاتجاهات الفكرية الفقهية وأنواع القواعد القانونية المطبقة على المعاملات التجارية الدولية، يبصر إمكان تأصيل هذا التطور في شكلين. الأول، تطور في إطار القانون الدولي الخاص المادي للعقود، و يندرج ضمن المنهج التقليدي عموما، ولكنه ليس تطويرا لمفهوم الإسناد وحده(الفرع الأول)، والشكل الثاني، تبني أسلوب التدويل الطليق كما يروج له فقهاء قانون التجارة الدولية، على أساس أن القواعد والأعراف التجارية وما تضمنه القانون التلقائي من اشتراطات عقدية، وما يقرره قضاء التحكيم التجاري من مبادئ، تشكل كلها نظاما قانونيا مؤهلا لحكم العقود الدولية. إن استقلال هذا القانون كقانون مهني دولي جعل منه فرعا خاصا لحكم المعاملات التجارية الدولية وحظوظه في التطور أكثر باستقلاله عن القانون الدولي الخاص، وأطلق عليه الفقه مسميات متعددة[65]، وأقر أنصاره التطبيق الجامع له ليصبح هو المختص وحده بحكم المعاملات التجارية الدولية التي يشكل العقد الدولي أهم أدواتها الفنية القانونية. ولكن هل حقيقة القواعد الموضوعية للتجارة الدولية Lex mercatori بمكوناته الحالية تشكل نظاما قانونيا متكاملا بإمكانه الاستغناء عن القانون الوطني؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول–التدويل النظامي في إطار القانون الدولي الخاص المادي

أجمع الفقه أن منهج الإسناد غير ملائم، فبالإضافة لتعقيده وصعوبة تطبيقه، فهو معيب بالنسبة للعقود الدولية في أساسه وفي نتائجه لافتقاره للدولية، بتطبيقه على العقد الدولي قانونا وضع أصلا لحكم عقد داخلي[66]. ولمعالجة هذا القصور يتعين استغلال التوثيق القانوني المتوفر في إطار القانون الدولي الخاص، بالتفتح على نظم وقواعد أخرى، تتشكل من قواعد موضوعية أو مادية خاصة بالمعاملات عبر الحدود، وضعت من طرف الأنظمة الوطنية (أولا)، أو بواسطة القانون الاتفاقي بمبادرة من هيئات دولية ناشطة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية (ثانيا).

أولا– القواعد الموضوعية الوطنية

تكمن خصوصية القواعد الموضوعية الوطنية أنها تراعي عند وضعها أو إقرارها طبيعة المركز المنظَّمِ بها، أي الصفة الدولية للعقد، وهي قواعد موضوعية وضعها المشرع لهذا الغرض، فهي قواعد تشريعية، أو قواعد ارساها القضاء في إطار اجتهاده لإيجاد حلول نوعية لمنازعات معينة، أو تقريرها كاستثناءات على مجال تطبيق القانون الداخلي. في الحالتين، تطبق هذه القواعد مباشرة على العلاقات الدولية بصفتها قواعد مادية.

1– القواعد المادية التشريعية، مثالها مدونة العادات التجارية اليوغسلافية (سابقا)، وتقنين العقود الاقتصادية الألماني والقانون التجاري الأمريكي الموحد، وأيضا قوانين التجارة الالكترونية لمختلف الدول. إن هذه القوانين لا تستغني عن نظام الإسناد إلا أنها ملائمة لخصوصية العقود الدولية،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- القواعد المادية التي ارساها القضاء الوطني لبعض الدول، والتي راعى فيها الطبيعة الدولية للتصرف وما يقضي به القانون الأجنبي المختص، ومن ذلك أهلية الدولة في اللجوء للتحكيم التجاري الدولي، واستقلال اتفاق التحكيم، سواء كان شرطا أو مشارطة عن العقد المتعلق به، وشرط الوفاء بالذهب – وشروط أخرى مماثلة –. كما يلاحظ اهتمام الفقه والقضاء بقواعد مادية أخرى في طور النمو والنضج تطبق في العلاقات المالية الدولية خاصة، من ذلك شرط حق المعارضة، وشرط حصة الأسد، وشرط هاردشيب وغيرها كثير[67].

ثانيا – التدويل في إطار القانون الاتفاقي

إن قواعد القانون الاتفاقي المادية الخاصة بتنظيم مجالات المعاملات الدولية كثيرة ومتنوعة، كالاتفاقيات المتعلقة بتوحيد أحكام الأوراق التجارية ومعاهدات الملكية الصناعية والأدبية ومعاهدات البيوع الدولية والنقل الدولي، والاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار. وهذه القواعد بعضها تطبق على المعاملات الدولية وحدها، وأخرى تطبق أيضا على المعاملات الداخلية إذا تبنتها الدولة كتشريع وطني. ولا شك أن دور القانون الاتفاقي الجماعي في مجال المعاملات التجارية الدولية مهم للغاية، فهو يسعى بشكل دولي رسمي لتحقيق توحيد القواعد الموضوعية بين الأنظمة القانونية، وإزالة ما يوجد بينها من خلاف، فتحل الاتفاقية في التطبيق محل القواعد الموضوعية الوطنية، سواء بجعل قواعد الاتفاقية دولية بتخصيص تطبيقها على المعاملات الدولية وحدها، أو جعلها بديلة للقانون الداخلي فتطبق في المجالين الدولي والوطني.

إن تحليل القانون الاتفاقي الخاص بالبيوع الدولية–لاسيما اتفاقية فيينا لسنة 1980– واتفاقيات النقل الدولي، وكذلك الاتفاقيات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، يكشف عن تحقيق توحيد موضوعي هام في مجال عقود البيع والنقل الدوليين،ما كان متاحا الوصول إليهما لولا الجهود التي بذلتها الجهات الدولية المهتمة بالتوحيد، تكفي الإشارة إلي التغلب على الخلافات العميقة والجوهرية بين الأنظمة القانونية الوطنية وتجاوزها في شأن تعارض أحكام العقود من حيث إبرامها وتنفيذها وانقضائها بين مختلف القوانين الوطنية. وقبل ختم هذه الفقرة نشيد بأعمال المنظمات الدولية المهتمة بتوحيد القانون الاتفاقي في مجال العقود الدولية، وعلى رأسها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التي أخذت على عاتقها تحقيق هدف عام هو "تنسيق القانون التجاري الدولي وتوحيده "[68]، و المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit)، وغرفة التجارة الدولية (cci).

الفرع الثاني –التدويل الطليق في إطار قانون التجارية الدولي

يقصد بالتدويل الطليق، تخويل ممارسي التجارة الدولية والهيئات والمنظمات المهنية وهيئات التحكيم الناشطة في ميدان التعامل الدولي لمختلف السلع والخدمات، إقرار نظام دولي يجمع بين قواعد القانون التلقائي المهني والعادات والأعراف والممارسات السائدة في التجارة الدولية، والقواعد التي تتواضع عليها هيئات التحكيم التجاري الدولي، ليحكم تنظيم العقود الدولية مشكلا قانونا مستقلا للمعاملات التجارية الدولية يسمى القانون التجاري الدولي Lex Mercatoria معتمدا على تلك القواعد الموضوعية الدولية، ويعمل خارج النظم القانونية الوطنية والقانون الاتفاقي. هذا النظام " القانوني" هو مجال البحث

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في هذا المحور لتحقيق التدويل الطليق خارج الأطر النظامية المعتادة، نتناول فيه دور القانون التلقائي droit spontané كنظام لكفاية العقد نفسه أولا، ثم بحث نظام القواعد الموضوعية كمنهج مستقل بعد بيان مكوناته وخصائصه.

أولا – القانون التلقائي مصدر للتدويل الطليق

إن قانون التجار المهني الذي نشأ في القرون الوسطى، انبعث من جديد منذ نهاية القرن التاسع عشر في أعمال الجمعيات المهنية والمنظمات التجارية التي اهتمت بجمع وصياغة وتدوين ثم تطبيق مختلف قواعد وعادات بيوع السلع بين أعضائها، وجر الغير المتعامل معها للالتزام بأحكامها، وتنوعت هذه الجمعيات المهنية بتعدد السلع المتاجر بها، وتخصصت كل واحدة في تجارة سلع بعينها كالحبوب والمنسوجات والحمضيات والزيوت والأخشاب، ويقوم مسبقا كل تنظيم، بصياغة عقود نموذجية وصيغ عامة للتعامل في السلع المختص بها، وتستعمل كنماذج للعقود التي يبرمها مستقبلا مع زبائنه. والتعامل بهذه العقود يغني عن المفاوضات وما تتطلبه من وقت وحرص وخبرة، فقد أصبح الاتفاق بموجب عقد نموذجي، كافيا ليعرف كل متعاقد حقوقه والتزاماته، ومن السهل تحقيق ذلك بمجرد استعمال وسائل الاتصال الحديثة[69]. ونظرا لتنوع العقود النموذجية والصيغ العامة وكثرتها ولا يسمح المجال لبحثها هنا، نكتفي بالإشارة التي ذكرناها سابقا بخصوص الهيئات المهنية المشرفة على إعدادها، ونظرا للتعدد الإقليمي لتلك الجمعيات والهيئات، فقد تشكلت منها لاحقا اتحادات دولية وهيئات متخصصة. ونكتفي بالإشارة إلى هيئتين منهما:

1- اللجنة الاقتصادية الأوروبية، التي أعدت ما لا يقل عن 50 صيغة عقدية للتعامل في مختلف السلع تخص منتج منفرد أو طائفة من المنتجات، زراعية وطبيعية ومصنعة أو نصف مصنعة[70]. والتنظيم الفني لهذه العقود في مجال العقود الصناعية، التي يفتقر القانون الداخلي لتنظيمها أصلا يغني عن العودة للقانون الداخلي بما يتضمنه العقد من اشتراطات، وتنظيم تفصيلي متكامل لأحكامه، بحيث يكتفي القاضي أو المحكم بتأسيس حكمه على بنود العقد وحدها[71]، وانتشار هذه الأدوات المهنية العقدية ترتّب عنها توحيد أحكام التعامل تلقائيا في الأوساط المهنية، بصفة أيسر وأسرع، من توحيد التشريع، بحيث أصبحت بمثابة تقنين للعادات والممارسات في كل مجال تجاري أو مهني، مما شكل منها رافدا للقانون التجاري الطليق. ورغم أن هذا التوثيق المهني يحظى بتقدير واهتمام رجال الأعمال والهيئات الدولية المعنية بتطوير القانون التجاري الدولي، إلا أن الفقه انتقده لمراعاتها مصالح الأطراف الداعمة له وعدم ملاءمته لظروف الدول النامية وإمكاناتها المحدودة.

2- **غرفة التجارة الدولية (C.C.I)**، رغم أنها منظمة خاصة دولية فهي تشكل اتحادا عالميا لمجموعات اقتصادية ورجال أعمال، وجماعات مهنية للمصارف والمتدخلين والمستفيدين من عمليات النقل، والغرف التجارية والصناعية لكثير من الدول. فضلا عن كون هيئة التحكيم التابعة لها ذات سمعة عالمية، ومن أهم وأنشط مؤسسات التحكيم التجاري الدولي بمحكميها المعترف لهم بالكفاءة والسمعة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والتخصص في المجالات القانونية والتجارية والفنية، وبما تساهم به من اجتهادات تحكيمية لإرساء نظام قانوني للتجارة الدولية، يستجيب للتطورات الحديثة في المعاملات الدولية[72].

فضلا عن ذلك، فإن غرفة التجارة الدولية اختصت وساهمت فنيا في انجازين متعلقين بالبيوع الدولية، وهما المصطلحات التجارية، والاعتمادات المستندية. وهكذا يتضح، أن دور القانون التلقائي في التدويل الطليق للعقد الدولي مهم جدا، ولا يمكن تجاهله، بما وفره من أحكام معيارية لاشتراطات عقود نموذجية وممارسات وعادات مستقاة من واقع التعامل الدولي في العقود الدولية.

ثانيا – التدويل الطليق بتطبيق قانون التجارة الدولي Lex Mercatoria

يشكل بحث هذا المحور صميم الإشكال القانوني المتعلق بالنظام البديل لنظام الإسناد، الذي يتفق الجميع على عدم صلاحيته لحكم المعاملات التجارية الحديثة. ومع ذلك نتطرق في هذا المحور، باختصار إلى ثلاثة مسائل فقط، الأولى تحديد مفهوم قانون التجارة الدولي، والثانية، مدى تشكيله لنظام قانوني متكامل، والثالثة مدى استغنائه عن القانون الدولي الخاص في حكم العقود الدولية.

1- مفهوم قانون التجارة الدولي

لم يعد النظام القانوني للدولة هو الوحيد الذي يحكم معاملات الأفراد الدولية في ظل أنماط العقود الدولية الحديثة وتعدد تنظيمها القانوني وتنوع المبادلات التجارية عبر الحدود، فقد كوّن المتعاملون الدوليون مجتمعا ذاتيا يتوفر على هيئات مهنية تسهر على وضع وتطبيق قواعد تنظيمية لضبط سلوكه، نظاما بديلا يطبق على تلك المعاملات قواعد موضوعية أو مادية Règles substantielles ou matérielles من صنعهم. ولإرادة الأطراف دور هام في اعتماد هذه القواعد وقبول إحلالها محل القانون الوطني. إن الوجود الواقعي لهذا النظام أدى إلى اعتراف الدولة به والتصالح معه ولو على مضض[73].

عرّف الفقيه جولدمان[74] قانون التجارة الدولي بأنه بالضبط مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كل المصادر التي تغذي باستمرار، وتستمر في تغذية الهياكل والوظائف القانونية والمتعلق بجماعة ممارسي التجارة الدولية. هذا التعريف الجامع راعي أساسا المصادر ذات النشأة التلقائية، والقواعد التي درج عليها العمل في التجارة الدولية، كالعادات المهنية، والعقود النموذجية والصيغ العامة ذات الانتشار الواسع التي تجد إقبالا والتزاما من المتعاملين الدوليين. ويدخل في مكونات هذا القانون، فضلا عن قواعد وأعراف التجارة الدولية والممارسات المهنية الجاري بها العمل في القانون التلقائي، القواعد والأحكام التي ارستها هيئات التحكيم التي تنسجم مع التجارة الدولية، ومبادئ العدالة والمبادئ العامة للقانون. ولو أن هاذين المصدرين الأخيرين ليسا محل إجماع في الفقه المقارن[75].

إن ما يعزز تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية، أن نصوص القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم في أغلب الدول[76] وفي الاتفاقيات الدولية[77] وفي لوائح تحكيم بعض الهيئات الدولية[78]، هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق، آخذة في الاعتبار القانون المختار من الطرفين صراحة أو ضمنا أو القانون الذي يراه المحكم ملائما، تحفظت على تطبيقها ذلك القانون، وحثها على مراعاة الاشتراطات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العقدية وعادات التجارة الدولية، وتقديمها في التطبيق على تلك الأحكام القانونية. وما جعل من قانون التجارة الدولي نظاما بديلا للقانون الداخلي في حكم العقود الدولية تميزه بخصائص معينة عن غيره من القوانين الأخرى[79]. فهو، قانون نوعي، وقانون طائفي، وقانون تلقائي، وقانون موضوعي. ومع هذه الخصائص والمكونات هل حقيقة قانون التجارة الدولي يشكل نظاما قانونيا دوليا حتى يستحوذ على حكم المعاملات التجارية بشكل مستقل؟

2- مدى تشكيل قانون التجارة الدولي لـ نظام قانوني متكامل ومستقل

انقسم الفقه في تكييف طبيعة قانون التجارة الدولي في اتجاهين:

الاتجاه المؤيد لاعتبار قانون التجارة الدولي نظاما قانونيا دوليا، يشكل منهجا مستقلا لحكم عقود التجارة الدولية، لتوفره على مميزات النظام القانوني، وكون قواعده صالحة للتطبيق على معاملاته. مما يؤهله لتشكيل نظام مستقل عن النظم القانونية الوطنية، تساهم فيه مختلف الجماعات التجارية والمهنية الدولية المتعددة، وذلك لما يجمعها من وجود حدّ معين من المصالح المشتركة بينها، وكل ذلك، بمباركة وتشجيع من الدول التي تشارك في التجارة الدولية.

الاتجاه المنكر، ينفي عن مكونات قانون التجارة الدولي صفة القواعد القانونية، فرغم الدور المتزايد لقانون التجارة الدولي ولقضاء التحكيم، والحلول التي يقدمانها لمعالجة نقص وعدم ملاءمة القوانين الوضعية، وأهميتهما في المعاملات الدولية، إلا أنه يجب عدم تجاهل الحقائق الفنية القانونية التي تؤكد أن عادات التجارة الدولية، لا تشكل قواعد قانونية بالمعنى الاصطلاحي للكلمة[80]، لكون قواعده مجرد شروط عقدية وقواعد اتفاقية لا ترقى لصفة القواعد القانونية، وكذلك افتقارها لقوة الإلزام.

3- مدى استغناء قانون التجارة الدولي عن القانون الدولي الخاص

لما كانت القواعد الموضوعية للتجارة الدولية لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا، لما يعتريها من النقص والقصور، فهي بحاجة إلى منهج القانون الدولي الخاص المادي ومنهج الإسناد لتكملة النقص وتلافي الفراغ التشريعي، وحينئذ إما أن تكون العلاقة بين هذه المناهج علاقة تنافس وتضاد أو علاقة تجاور وتكامل.

إذا اعتبرنا العلاقة بينها علاقة تنافس، فهل بإمكان القواعد الموضوعية التلقائية الدولية أن تقصي من التطبيق القوانين الوطنية؟ إن الفقهاء المتحمسون لتطبيق قانون التجارة الدولي وهيئات التحكيم يروجون لذلك، ويفضلون قطع الصلة مع النظم الوطنية، ليس باستبعاد الوسيلة فقط (نظام الإسناد)، وإنما الغاية أيضا (عدم تطبيق القانون الداخلي). ولكن يعلمون أن منهجهم غير قادر على إقصاء المناهج الأخرى، لعدم كماله، حتى يحكم كافة جوانب العقود الدولية، ولأن الدولة لم تفقد كامل سيطرتها على العقود الدولية، مادامت مشاركة في النشاط الاقتصادي الدولي، ولها من الوسائل القانونية ما يكفل تطبيق القوانين الوطنية.

أما إذا قدرنا أن العلاقة بين المناهج المحتملة علاقة تجاور، وسلمنا بعدم كمال منهج القواعد الموضوعية التلقائية وعجزه عن حكم كافة المسائل القانونية في العقد الدولي، كما يعترف بذلك الفقيه جولدمان[81]، وهو من منظري قانون التجارة الدولي، إذ يقول " إن النقص والقصور الذي يعتري ذلك

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون، يدعو إلى تكملته بالرجوع إلى القوانين الوطنية التي تحددها قاعدة الإسناد، وهذا التكامل سيظل قائما لفترة طويلة، لا يمكن التنبؤ بمداها."، فحينئذ لا بد من التعايش والتكامل بين مختلف المناهج، وهو الرأي الذي يؤيده أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص[82]، ومن ثمّ من الضروري إجراء توزيع ضمني للاختصاص بين المنهجين. وبالنسبة لدور التحكيم مادام اختصاصه ليس مطلقا ولا تلقائيا في كل منازعات العقود الدولية، فيتعين التقيد قبل كل شيء بمعايير أساس ونطاق اختصاص المحكم. وما دامت إرادة الأطراف هي أساس اختصاصه، فيتعين التقيد بما تقرره بخصوص المنهج الذي يجب إتباعه، ونوع القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع. وتطبيق النصوص القانونية المحددة للقانون الذي يجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، في القوانين الوطنية والقانون الاتفاقي ولوائح هيئات التحكيم النظامي.

أعتقد أن اعتماد المنهج المختص لحكم منازعات العقود الدولية يتوقف على الجهة التي يطرح أمامها النزاع وعلى نوع القواعد الواجبة التطبيق. ففي حالة عرض النزاع على القضاء، يتعين التمييز بين ما إذا كان قانون القاضي يأخذ بمنهج القانون الدولي الخاص المادي، أي توجد فيه قواعد موضوعية تشريعية أو قضائية، أو أن دولة القاضي منضمة إلى اتفاقيات دولية تتعلق بنوع المعاملة، مثل اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، أو اتفاقيات النقل بمختلف أنواعه، أو اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمارات، وتتوفر حسب معايير الاتفاقية شروط تطبيقها، فيتعين في هذه الحالة تطبيق مختلف تلك القواعد المادية مباشرة، وإلا فيجب على القاضي تطبيق منهج الإسناد، وإذا كان القانون المسند إليه أجنبيا، فيرجع مباشرة إلى قواعده الموضوعية، دون قواعد التنازع فيه، لأن مجال التصرفات القانونية مستثنى من نظام الإحالة، بإجماع الفقه والقضاء. ويطبق في ذلك القانون، أولا، قواعد القانون الدولي الخاص المادية فيه، وإلا طبق قواعده المنظمة للعلاقات الداخلية. وبالمثل إذا عرض النزاع على المحكم، فيجب مراعاة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، فيعمل بما انصرفت إليه إرادتهما الصريحة أو الضمنية فإذا اختاروا قانونا وطنيا فيطبق ذلك القانون كما ذكر آنفا، كما يطبقه قاضي ذلك البلد بالتدرج بين القواعد الدولية الموضوعية ثم ما تقضي به قواعد الإسناد، في حالة عدم الاختيار فقط، يطبق القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولي، افتراضا باعتباره قانون القاضي للمحكم.

خاتمة

إذا كان مبدأ قانون الإرادة، مكرسا في مختلف الأنظمة القانونية، وأضحى للأفراد أن يرتبوا ما يرونه من آثار على تعاقدهم، فإن تلك الحرية يجب ألا تقود إلى وضع العقد خارج القانون، ما دام القانون هو الذي اعترف لهم بتلك الحرية. حقيقة إن تميز العقود الدولية عن العقود الداخلية من الناحية القانونية والاقتصادية اقتضى معاملتها معاملة خاصة بتخصيصها بأحكام موضوعية دولية ملائمة لطبيعتها، إلا أن ذلك لا يجب أن يتخذ ذريعة لإفلاتها من سلطة المشرع ورقابة القاضي، وذلك لتعلق العقد بحقوق الغير ولضرورات حماية المصلحة العامة وتجنب استغلال الطرف الضعيف في العقد ولحماية المستهلك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن النزعة الفردية المطلقة لقانون الإرادة بما ترتبه من آثار غير مقبولة حتى في قوانين الدول الأشد ليبرالية، غير مقبولة في القانون المعاصر، وعهدها قد ولى.

خلافا لما يروج له البعض، من أن نظام الإسناد هو سبب أزمة توطين العقد الدولي، فإننا لا نتفق مع هذا الرأي، لأن هذا النظام في ذاته محايد، وإنما النقص والقصور في أحكام القوانين الداخلية المسند إليها، التي هي غير مؤهلة بأحكامها الموضوعية الحالية لحكم العقود الدولية الحديثة، بالنظر لخصوصيتها وتعدّدها وتشابك العلاقات القانونية فيها، ولما تتميز به من أهمية اقتصادية. كما أن انحراف أطراف العقد في استعمال رخصة اختيار القانون المقررة لهم طبقا لمبدأ قانون الإرادة، زاد في تفعيل تلك الأزمة. وهو ما يقتضي التساؤل ما إذا كان بوسع القانون الاتفاقي أن يسد هذا النقص، وحينئذ، يتحقق تدويل نظام العقود الدولية بشكل منهجي مدروس، مستوحى من الصكوك العامة للقانون المقارن وينسجم مع القوانين الوطنية ويراعي مصالح الطرفين معا، البائعين والمشترين، المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، المحترفين والمستهلكين، مقدمي الخدمات التكنولوجية الحديثة والمستفيدين منها.

أما التدويل الطليق العفوي، المقترح من فقهاء قانون التجارة الدولي، وتسانده هيئات التحكيم الدولي ومختلف المنظمات الممثلة للطوائف المهنية، فحلوله ضبابية تؤدي للمجهول، لافتقاره للأمن القانوني وتوقع الأحكام، ولكون نظامه القانوني البديل لا زال في مراحله الأولى، لم يبلغ بعد صفة النظام القانوني المتكامل في حلوله وآلياته، حتى يستطيع الاستغناء عن نظم القانون الدولي الخاص. في ظل هذا الوضع لا يمكن القبول بإفلات العقد الدولي من حكم القانون، ما دام في حاجة إليه، ليطعمه بالحياة ويعالج مختلف علله.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الهوامش:

1- حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1927/5/17، منشور في دالوز الدوري سنة 1928. 1. 25، تعليق كابيتان، العقد الدولي هو الذي يثير مصالح التجارة الدولية، مؤيدة في ذلك وجهة نظر نائبها العام Matter في تفسيره الاقتصادي للعقد الدولي، الذي يقول فيه " يجب أن ينتج عن العقد الدولي حركة مد وجزر وراء الحدود، نتائج متقابلة.

"Le contrat doit produire comme un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières des conséquences dans un pays et dans un autre"

بمعنى العبرة بالمضمون الاقتصادي للقيم الاقتصادية للعقد من حيث حركة رؤوس الأموال والبضائع عبر حدود دولتين أو أكثر. وقد ظهرت أول دراسة تأصيلية شاملة للقضاء الفرنسي في هذا الموضوع سنة 1937، في رسالة Jacque dennediue de vabres تحت عنوان "تطور القضاء الفرنسي في مسائل تنازع القوانين منذ بداية القرن العشرين"،طبعة 1938. ثم أرسى قواعد القضاء الفقيه P.Lerebours-pigeonniere عندما كان مستشارا بمحكمة النقض الفرنسية في مقال له تحت عنوان " بمناسبة العقد الدولي "منشور في مجلة Clunet سنة 1951،ص 614.

2- نقض مدني فرنسي في 1930/2/19، وفي 1931/1/27، سيريه 1933. 41 تعليق نبواييه.

3- نقض مدني فرنسي في 1963/5/7، دالوز 1963.ص543 تعليق ربيير.

4- محكمة استئناف باريس في 1969/6/20، مجلة التحكيم 1969 ص.95

5- منشور بمجلة التحكيم سنة 1981.

6- وراجع أيضا حكم استئناف باريس في 1985/4/26، مجلة التحكيم 1985 ص311.وفي 1990/4/5، المجلة الانتقادية 1991، ص580. وفي 1994/2/24، مجلة التحكيم 1995، ص275. الذي اعتبرت فيه التحكيم دولي لمساسه بمصالح التجارة الدولية، وأن الطابع الداخلي أو الدولي للتحكيم لا يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الموضوع أو على الإجراءات، ولا يتوقف على إرادة الأطراف، وإنما على طبيعة العملية الاقتصادية موضوع النزاع، فيكفي ليصبح التحكيم دوليا أن تكون العملية الاقتصادية تتعلق أو تتضمن حركة لأموال أو خدمات أو وفاء، عبر الحدود. وراجع أيضا رسالتنا، م.س، ج1،ص 29 بالهامش خاصة.

7- حكمها في 1982/10/26، مجلة clunet 1984 ص.605

8-راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي دار النهضة العربية 2004. ص 95، هامش 2.

9-من ذلك، راجع حكم التحكيم الصادر سنة 1980، منشور في مجلة clunet سنة 1981،ص299، الذي قالت فيه هيئة التحكيم " إن كون البيع يمس مصالح التجارة الدولية، على الرغم من كون الطرفين يحملان جنسية واحدة، يعتبر عاملا مهما لإضفاء الطابع الدولي على العقد موضوع النزاع وعلى التحكيم المطلوب إجراءه. وراجع أيضا رسالتنا، م.س. ج1،ص 23 و24.

10-راجع تعليقه في مجلة ..J.C، P1971 ، 2، 16927. وراجع مقاله المنشور ضمن أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص 1968/1966. تحت عنوان Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international .

11-راجع رسالته التحكيم التجاري الدولي، مشار إليها سابقا، ومقاله Quant un arbitrage est-il international, rev. Arb, 1970, P7 et 75.

12- مشارا إليهم في، أحمد عبد الكريم سلامة، م.س.، ص106 هامش 1.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

13–وبالنسبة للعقد الدولي خاصة، وفقا لهذا المعيار يكفي أن يشتمل العقد على عنصر أجنبي مهما كان دوره، فلا يهم إذا كان مؤثرا أو سلبيا. وفيما يخص التحكيم لا يميز هذا الرأي بين التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي.

14–راجع باتيفول، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة 1959،ص 681.وفي الفقه العربي، عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي، مجلة، مصر المعاصرة، يناير 1978 ص3 وما بعدها، وراجع أيضا كتابه، القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني ، طبعة 1974، فقرة 134،ص 439 بشأن تحديد مفهوم دولية العقد. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة 1974، بند 181،ص .645

15– راجع باتيفول، مقال في REP-Dalloz ، فقرة العقود والاتفاقات رقم 9. نقض مدني فرنسي في 1980/10/7، المجلة الانتقادية 1981،ص.323

16– رسالته في التحكيم التجاري الدولي، م.س.ص .20

17 - راجع، B.Goldman, Frontières de droit et LEX- mercatoria, archives de philosophie de droit ,Sirey 1964. P 183.

18– مرسوم 81–500 المؤرخ في 1981./5/12

19– راجع : Art 1492 du C.P.C.F, « Est international l' arbitrage qui met en cause des entiréts du commerce international ».

20– المادة الأولى التي نصت على أن أحكامها تنطبق على اتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية المنازعات التي نشأت أو تنشأ عن عمليات التجارة الدولية.

21– المادة الأولى الفقرة الثانية، التي نصت على أن غرض المركز (المركز الخاص بالتسوية) هو التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات.

22– قانون التحكيم رقم 31 لسنة 1986 (المادة 32 منه).

23– قانون 1985 (المادة 809 منه).

24– المادة 1039 من ق.إ.م.إ.

25– راجعه منشورا في المجلة الانتقادية 1988، ص 409 وما بعدها، ولاسيما ص.442

26 – راجع في عرض هذه الآراء وانتقادها، أحمد عبد الكريم سلامة، م.س، ص 104 وما بعدها.

27– المرجع السابق،ص 110،111.

28– مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم 42 لسنة 1993.

29 – راجع بهذا الخصوص مقالنا ، مفهوم دولية التحكيم في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، سنة 2020، عدد 1، ص 91.

30– راجع إسعد محند Le décret législatif Algérien du 23 avril1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, 1993, N°23, p.382 et s.

31– راجع في الفقه الفرنسي المعارض للمعيار الاقتصادي، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، م.س. ص 112 و113 بالهامش.

32– راجع، رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري ،ج 1 ص .41

33– راجع في خصائص نظام الإسناد، مقالنا مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، 1997، رقم 1،ص 73 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

34- حكمها الصادر في 1929/7/12 تحت رقم 22، منشور في المجلة الإنتقادية 1029، ص24، تعليق نبوابيه. وفي كلينيه 1929 تعليق أندريه بريدوم.

35- سيريه 1911. 1. 129 تعليق ليون كان.

36- ومع ذلك لم تطبق المحكمة في النزاع القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة، وسوف نحلل هذا الحكم لاحقا.

37- حكم 1950/6/21، المجلة الانتقادية 1950، ص609، تعليق باتيفول. وراجع في تطور موقف القضاء الفرنسي خاصة من طبيعة القانون المطبق على العقود الدولية، رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ج1، ص170 وما بعدها.

38- راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، 1989، ص 20، بالهامش.

39- راجع أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، م.س، ص .13

40- راجع في هذا الموضوع، كتابنا القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1 طبعة 2013، ص 80، 81. ومقال تنازع المناهج في العقود الدولية، م. س، ص 78 وما بعدها، إبراهيم أحمد إبراهيم، أسلوب الإسناد في الميزان، مكتبة السيد وهبة، القاهرة 1985،ص 250 وما بعدها.

41- راجع، صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، مجموعة رسائل الدكتوراه، ص69 وما بعدها و107.

42 - المرجع السابق، ص 109 وما بعدها.

43- راجع، أحمد صفوت عبد الحميد أحمد،م. س.ص ، 168.

44- المرجع السابق، ص 149.

45- يتعلق الأمر بتطبيق القانون الإيراني وقوانين كل من الولايات المتحدة وفرنسا وبريطانيا وهولندة. في ذات الوقت.

46- من ذلك، حكم تحكيم شيخ أبوظبي ضد شركة التنمية البترولية لسنة 1951، وحكم تحكيم أرامكو ضد المملكة السعودية لسنة 1958، وحكم تحكيم شركتي تيكساكو وكلازياتيك ضد الحكومة الليبية سنة 1977، راجع في تحليل هذه الأحكام وغيرها رسالتنا السابقة الذكر، م.س. ج.2

47- من أهم تلك المبادئ تنفيذ العقد بحسن نية، القوة الملزمة للعقد، تفسير العقد طبقا للإرادة المشتركة لطرفيه، عدم جواز التعسف في استعمال الحق، عدم جواز الإثراء بلا سبب، توازن الأداءات التعاقدية، مراجعة العقد عند تغير الظروف.

48- هذه مسألة مستقر العمل بها في جل القوانين العربية ليس فقط بشأن ما ترتبه هذه العقود من حقوق عينية أصلية أو تبعية وإنما بخصوص صحة العقد ونشأتها كتصرف قانوني، حيث تقضي هذه القوانين بتطبيق قانون الدولة التي يقع فيها العقار على العقود المتعلقة به، دون تمييز بين نشأة العقد وصحته شكلا وموضوعا وبين ما يرتبه من أثار شخصية أو حقوق عينية.

49- من ذلك ما يقضي به الشطر الأخير للفقرة الأولى من المادة 7 لاتفاقية لاهاي لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية للبضائع.

50- المادة 4 ف1 من اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في دول المجموعة الأوروبية، المادة28 ف1 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986، المادة 3111 الفقرة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأخيرة من القانون المدني لمقاطعة كوبيك لسنة 1991. المادة 75 من القانون الدولي الخاص الروماني لسنة 1992، والمادة 121 ف4 من القانون الدولي الخاص الروسي لسنة 2001.

51- لا يتسع المجال لبحث هذه المسائل كلها، راجع في ذلك طبقا للقانون الجزائري، كتابنا القانون الدولي الخاص الجزائري،م. س. ص246 وما بعدها.

52- راجع في تحليل النظرية رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية، م.س.ج 1ص109 وما بعدها و121 وما بعدها. H. Batiffol, Les conflits des lois en matière des contrats, Paris, Sirey, 1938.

53- راجع في تحليل المسألة، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق،م.س.ص 171 وما بعدها.

54- المراجع والموضع السابق.

55- راجع في هذه المسألة، رسالتنا،م.س. ج2 ص 354 وما بعدها.

56- راجع، باتيفول ولاجارد ، م.س، ج1، طبعة 1974، ص 412، 413. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق.م.س. ً140.

57- تعرف بقضية American Trading Company C Quebec Steamship Company المجلة الانتقادية 1911، ص 395. سيريه 1911. 1. 129 تعليق ليون كان . وتتلخص وقائعها في أن الشركتين أبرمتا عقد أيجار سفينة ونقل شحنة من القمح الكندي إلى جزر قواد لوب الفرنسية، واتفقا على تطبيق قانون ولاية نيويورك، وورد في العقد شرط صريح يقضي بالإعفاء من المسؤولية عن القوة القاهرة لخسائر البضاعة المشحونة. وعند تحقق الخسارة رفعت الشركة مالكة البضاعة دعوى تعويض. راجع في تحليل هذا الحكم، رسالتنا. س. ج1 ص 79.

58- راجع، نقض مدني فرنسي في 1935/5/15 ، المجلة الانتقادية 1936، ص 463، تعليق نبواييه. راجع أيضا، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق،م.س. ص 147 وما بعدها.

59- نقض اجتماعي فرنسي في 1969/3/5، المجلة الانتقادية 1969 ص279 تعليق باتيفول. تتلخص وقائعها أن شركة فرنسية اتفقت مع زناريلي، المواطن الإيطالي، على تمثيلها في إيطاليا لبيع منتجاتها هناك، وبعد إبرام العقد تم فسخه من الشركة دون إخطار مسبق ، فرفع ضدها دعوى أمام القضاء الفرنسي مطالبا بالتعويض.

60- قرار هيئة تحكيم غرفة التجارة بباريس رقم 69 لسنة 1970، مشارا إليه، في مقال جولدمان، قانون التجارة الدولية في العقود والتحكيم الدولي، حقائق وآفاق، أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، 1979، ص 479.

61- قضية هيشت ، منشورة في المجلة الانتقادية،1971،ص 692، تعليق ليفل.

62- مقاله التطبيق الجامع، م.س. ص 99.

63- مشارا إليه، المقال السابق، ص.101

64- راجع R. David , Le droit du commerce international, une nouvelle tache pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « Lex Mercatotia » Unidroit , New York, vol 1, p.5 et 6.

65-أطلق عليه البعض قانون عبر الدول droit transnational وسماه آخرون القانون المشترك للأمم droit commun des Nations وأطلق عليه آخرون تسمية القانون العرفي عبر الدول droit coutumier transnational، وسماه آخرون القانون الخاص الدولي droit privé international، ولكن التسمية الشائعة له هي قانون التجارة الدولية Lex mercatoria.

66- راجع في هذا المعنى ، صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد .م.س. ص 221.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

67- راجع في تحليل هذه الشروط وغيرها Jacque Mestre : Les principales clauses des contrats d'affaires, éd Delta.2011

68- قرار 1966/12/17، رقم 2205، من المهام المدرجة في هذا الإطار، تحقيق الأهداف التالية:

- التنسيق بين أنشطة المنظمات المشتغلة بتوحيد قانون التجارة الدولية وإنماء التعاون بينها.
- العمل على زيادة إقبال الدول على الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية القائمة وعلى الأخذ بالقوانين النموذجية والموحدة.
- إعداد مشروعات اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية موحدة جديدة وجمع المصطلحات التجارية والقواعد والعادات السارية في التجارة الدولية ونشرها، وذلك بالتعاون مع المنظمات القائمة.
- البحث في خير الوسائل لتحقيق وحدة تفسير وتطبيق الاتفاقيات الدولية والقوانين الموحدة المتعلقة بالتجارة الدولية.
- جمع المعلومات عن التشريعات التجارية الوطنية ونشرها واستظهار الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في مجال قانون التجارة الدولي.
- توثيق التعاون مع مؤتمر التجارة والتنمية.
- توثيق الروابط مع الأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة التي لها شأن بالتجارة الدولية.
- اتخاذ كل تدبير تراه اللجنة لازما لاضطلاعها بمهامها. راجع محسن شفيق، م .س. ص 17.

69- راجع في تحليل العقود النموذجية، ثروت حبيب، م.س. ص 31 وما بعدها. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي،م.س. ص 133، رسالتنا، النظام القانوني للعقود الدولية، م.س.، ج1 ص 165.

70- يمكن تصنيفها في ثلاثة مجموعات:

1- العقود النموذجية الخاصة بالمنتجات الصناعية، وهي : أ- الشروط العامة لتصدير المصانع والآلات (رقم188)، ب- الشروط العامة لتصدير المصانع والآلات مع القيام بتركيبها (رقم 188-أ)، ج- الشروط العامة لبناء المصانع والآلات في الخارج (رقم 188- د)، د- الشروط العامة للإشراف على بناء المصانع والآلات في الخارج (رقم 188- ب).

2- العقود النموذجية الخاصة بالمنتجات الزراعية، وهي صيغ متعددة، أهمها الحبوب، بيع الخضر والفواكه.

3- عقود بيع المنتجات الطبيعية، وتخص استيراد وتصدير الخشب، واستيراد وتصدير الوقود.

71- راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي،م.س. ص 139، وهو يشير إلى نماذج تدعو إلى هذه الفكرة.

72- لا يتسع المجال لبحث مختلف أوجه نشاط هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، لذلك نحيل إلى المراجع الخاصة بهذا الموضوع.

73- راجع أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق،م.س. ص 265.

74- مقاله بعنوان la lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrages internationaux، المقدم في ندوة أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص سنة 1979، ص.236

75- المرجع السابق، ص 286.

76- تراجع المادة 1050من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المادة 39 ف3 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، الفصل 73 من قانون التحكيم التونسي لسنة 1993.

77-تراجع المادة 7ف1 من اتفاقية جنيف للتحكيم لسنة 1961، المادة21 من اتفاقية عمان للتحكيم لسنة 1987، المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي للتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى، المادة 9 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بعقود البيع الدولية للبضائع.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

78–المادة 33ف3 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي، المادة 17 ف 3 من لائحة غرفة التجارة الدولية للتحكيم لسنة 1998.

79–راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، م.س. ص 301 وما بعدها.

80– أحمد عبد الكريم سلامة، م.س.ص 334 وما بعدها.

81– محاضرته أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص، 1979، ص.259

82–المرجع والموضع السابقان، وكذلك محاضرته أمام نفس اللجنة سنة 1966/ 1969 تحت عنوان قواعد التنازع وقواعد التطبيق المباشر والقواعد المادية في التحكيم التجاري الدولي، ص 135. لوسوارن وبوريل، القانون الدولي الخاص، ص73. باتيفول، تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص.م.س. ص108. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق .م .س ، ص 394.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com