مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية*

بقلم الطيب زروتي**

الفصل الثالث

القانون التلقائي

هذا القانون ينبع من واقع التعامل الدولي ومن ثم فهو تلقائي النشأة يتصف بالمرونة والواقعية لما تقتضيه المعاملات الدولية التجارية، فهو متحرر عن القوالب التشريعية والأحكام الآمرة في القانون الداخلي بطبيعته. وعماد نشأته وأساسه القانوني هو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، وأساسه في القانون الوضعي قاعدة سلطان الارادة المكرسة في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وقد وجد فيها الفقه المؤيد لهذا التيار سندا تشريعيا صالحا لتبرير مقولة أن العقد الدولي يكفي

(*) - تابع لما نشر في هذه المجلة سنة 1997 العدد 1، ص 64.

(**) - أستاذ بجامعة الجزائر.

نفسه بنفسه ويتمتع بتنظيم ذاتي له القدرة على انشاء وابداع قواعد دولية مستقاة من ممارسات واعراف التجارة الدولية حسبما هو متعارف عليه في مجتمع التجار، وبإمكانه أن يستغني عن القواعد الوضعية، وقد تظافرت عدة عوامل مجتمعة على ذيوع وانتشار هذا القانون بسرعة، أهمها هي:

1 - ما تقدمه العقود النموذجية والصيغ العامة من تطبيقات وأحكام عملية للمتعاملين الدوليين.

2 - مؤازرة الهيئات المختصة في شؤون التجارة الدولية لهذا المنحى القانوني.

3 جهود الفقه الدولي لتحييد قانون العقد الدولي.

4 سعي جهاز التحكيم الدولي لتدويل منازعات التجارة الدولية شكلا ومضمونا.

ونتطرق لهذه المسائل فيما يلي:

المبحث الأول

العقود النموذجية والصيغ العامة(1)

تقوم التجمعات المهنية والهيئات المتخصصة في التجارة الدولية بوضع نماذج عقدية مطبوعة معدة سلفا مصاغة صياغة عملية في شكل شروط عقدية يستوعبها الأطراف بسهولة ويسر وهي جاهزة للاستعمال تشتمل على الأحكام التفصيلية للعقد كتحديد مكان ابرامه وزمانه والتزامات الأطراف فيه وحقوقهم وآثار العقد وكيفية تنفيذه وخصائص البضاعة المبيعة ومميزاتها الفنية وكيفية التحقق منها وشهادة ضمانها ومدد فحص البضاعة المسلمة ومطابقتها وتقدير الاحتجاجات بما يوجد فيها من عيوب أو عطب وتحمل تبعة الهلاك والثمن وموعد استحقاقه وكيفية الوفاء به وصور الجزاء على مخالفة العقد ما إذا كان هو دفع

غرامة أو تعويض أو تخفيض الثمن أو فسخ العقد، كما يتضمن النموذج أحكاما خاصة بالتزام البائع بتسليم الوثائق الفنية للبضاعة وبياناتها وشروط المساعدة الفنية، كما توجد فيه أحكام تخص حدود مسؤولة الطرف المخل بالتزامه وطريقة دفع المسؤولية وآثار القوة القاهرة وتحمل تبعتها، وأخيرا تحدد فيه جهة التحكيم المختصة وكيفية تشكيلها وحدود اختصاصاتها، ونادرا ما يرد في العقد بند يخص القانون الواجب التطبيق عليه(2).

يتضح إذن أنه يكفي للمتعاقدين بهذه العقود النموذجية ملء الفراغات الموجودة في العقد بكتابة أسمائهم أو أسماء وكلائهم ومقدار المبيع ومواصفاته وتعيين الثمن ثم توقيع العقد كي يكون جاهزا ومبرما. وهو الأمر الذي يوحي أن التعاقد بهذه الطريقة يغني عن الدخول في مفاوضات تمهيدية طويلة للوقوف على كل الجزئيات والتفاصيل القانونية، ومن ثم فهي تساعد على اقتصاد الوقت والنفقات، إذ يكفي لابرامها اتصال هاتفي أو إشارة بالتلكس إلى عقد نموذجي معين حتى يعرف كل متعاقد حقوقه والتزاماته مسبقا. لهذه الأسباب شاع استعمال هذه العقود في الأوساط المهنية والتجارية وأصبحت تجسد بحق مبدأ «العقد /القانون /شريعة المتعاقدين» وتساهم في تبادل السلع والخدمات عبر الحدود بسهولة ويسر وتلقي رواجا واسعا عند المتعاملين الدوليين.

وبالاضافة لهذه العقود توجد أيضا صيغا عامة تشتمل على أحكام موضوعية استثناسية، معدة في شكل نصوص قانونية يجوز للمتعاقدين الاعتداد بها كلها أو بعضها أو استبدالها بغيرها أو يعدلوا منها ويشترط للاعتداد بها أن ينص الأطراف على ذلك صراحة في العقد، ومن ثم أن وجه الخلاف بينها وبين العقود النموذجية يكمن في أن العقد النموذجي هو العقد ذاته بينما وثيقة الصيغة العامة لا يتسنى اعتمادها كعقد منفردة غاية ما في الأمر أنها وثيقة مصاغة للاستئناس بأحكامها الموضوعية.

ومن أهم الجمعيات المهنية التي حققت نجاحا معتبرا في ميدان العقود النموذجية والصيغ العامة جمعية هامبرج لتجارة القمح (1866) والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير (1873) وجمعية لندن لتجارة القمح (1877) وجمعية لندن لتجارة الكاكاو والمطاط واتحاد تجارة الأخشاب في البلاد الاسكندنافية. وتعتبر جمعية لندن لتجارة القمح The londen corn trade associtionمن أهم التجمعات المهنية على الاطلاق بما قدمته للمتعاقدين في التجارة الدولية من صيغ نموذجية متعددة تختلف فيما بينها بتباين البضاعة ومصدر انتاجها وطريقة نقلها وجهة وصولها وطريقة التأمين عليها، وقد أصبحت نماذجها العقدية معروفة عالميا يعتد بها ولو لم يكن أطراف العقد أو أحدهما عضوا في الجمعية مما يترتب عليه أهمية هذه الجمعية نفسها في المساهمة في ارساء عادات دولية متواترة لا تلبث أن تتحول مع مرور الزمن إلى قواعد عرفية تلقائية.

وكان لمساهمة اللجنة الأروبية الاقتصادية التي أنشأها المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة سنة 1947 أثره في اعداد طائفة من الصيغ العامة للتعامل في المنتجات الصناعية والزراعية والطبيعية(3).

كما كانت العلاقات التجارية بين دول المعسكر الاشتراكي سابقا تقوم على تحقيق أهداف أساسية قوامها انجاح خطط التنمية في دول المعسكر واقامة مشاريع صناعية وتجارية مشتركة، وسعيا لتحقيق تلك الأهداف السياسية بغية التعايش بين تلك الأنظمة اسندت مهمة التوثيق القانوني المشترك إلى مؤسسات رسمية خاصة، حيث انشئ منذ 1949 مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة المعروف باسم الكوميكون، وقد عمد في البداية على اعتماد نماذج متفرقة من العقود يحدد كل نموذج طائفة البضائع التي يحكمها وطريقة تنفيذ الالتزامات الناجمة عنها وتلحق بكل نموذج صيغة موحدة تسمى الشروط العامة لتسليم البضائع. ولكن منذ 1957 أقرت اللجنة الدائمة بالمجلس المذكور نصا موحدا أطلقت عليه الشروط العامة

لتسليم البضائع بين دول الكوميكون لسنة 1958(4). وجاء في مقدمته كافة مبادلات السلع بين مؤسسات الدول الأعضاء في المنظمة المخول لها اجراء صفقات التجارة الخارجية يجب أن تتم حسب الشروط العامة المعتمدة.

وينطبق حكم الشروط السابقة على كافة معاملات التجارة الخارجية وقواعدها موضوعية وتفصل وجوبا في المنازعات المثارة بشأنها إحدى هيئات التحكيم التابعة لوزارة الخارجية في دولة من دول المجلس ولها أولية التطبيق في حالة التعارض مع القوانين الداخلية ومع قواعد التنازع في دول المجلس(5).

يتضح إذن أن شروط الكوميكون سابقا كانت تشكل تقنينا كاملا لقواعد التجارة الدولية وهي تعتبر في حينها تطورا هاما للقانون الاقتصادي الدولي وتحديا واضحا للفقه الغربي والنماذج السائدة في أروبا الغربية كما عبر عن ذلك أحد الفقهاء الانجليز معلقا عليها(6).

ومن حيث تكييف شروط الكوميكون إذا نظرنا إليها من زاوية القانون الدولي الخاص نجدها تشكل معاهدة دولية جماعية تعد مصدرا هاما من مصادر القانون الدولي الخاص في المسائل التجارية بما تحتويه من أحكام موضوعية حديثة.

والخلاصة العامة أن واضعي العقود النموذجية والصيغ العامة سواء في الدول التي نهجت طريقة الاقتصاد الحر أو الدول التي تبنت أسلوب الاقتصاد المخطط سابقا قد ساهموا بقسط وافر بما قدموه من توثيق قانوني معتبر ومحكم للعقود والمبادلات التجارية الدولية نظرا لما يحتوي عليه من شروط عديدة وأحكام تفصيلية تحقق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي واستغنائه عن مشكل تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومن ثم أصبح في اعتقادهم من الجائز رفع العقد إلى مرتبة القانون (contrat / loi) ويصبح هذا الأخير مندمجا في العقد ومجردا من سلطانه الآمر مثله مثل الشروط العقدية الأخرى يطبق بارادة

المتعاقدين وليس باعتباره خطابا آمرا من المشرع. وبالتالي أصبح دور القانون احتياطيا(7) من الجائز الاستغناء عنه.

ومن النتائج القانونية لهذا الاتجاه الآخذ بفكرة العقد المجرد من القانون contrat san loi واستصاغة فكرة تدويل العقد تدويلا طليقا internationalisation du contrat international وقبول فكرة تجزئة العقد dépeçage du contrat ومبدأ تجميد قانون العقد وهي كلها أفكار وإن كانت لا تزال في طور التطور ومحل نظر وخلاف بين الاتجاهات الفقهية والقضائية في القانون المقارن للعقود الدولية إلا أنها وجدت تأصيلا قانونيا مناسبا في ظل النزعة الذاتية المطلقة لقانون الارادة المعبر عنها بمبدأ سلطان الارادة في القانون الداخلي بشكل مطلق ومبدأ قانون الارادة في القانون الدولي الخاص .

مما سبق يتضح لنا أن الدراسة الوصفية للتوثيق القانوني في العقود النموذجية والصيغ العامة توحي بالاستغناء كليا أو جزئيا عن أحكام القانون الوضعي بمعناه الدقيق بوصفه قواعد مقننة في التشريعات التجارية الوطنية ومن ثم الاستغناء عن منهج الاسناد كوسيلة فنية لربط العقد الدولي بقانون داخلي معين أو الاستغناء عن القواعد المادية التي أبدعها القضاء والتي أتينا على البعض منها، وذلك هو الهدف الذي سعى واضعوا تلك العقود للوصول إليه قصد اقصاء القانون من دوره أصلا أو جعله في مرتبة تالية لمكانة دور المتعاقدين في العقد الدولي ولكن مهما حاول الفقه تبرير هذا المنحى الاجتهادي تبقى هناك ثغرات ونواقص في العقد لا بد من الاحتكام بشأنها إلى القانون، وهو الأمر الذي يكتشفه المحلل لتلك الأحكام والقواعد التلقائية ان الأمن القانوني الذي تقدمه تلك العقود والصيغ يقتضي وجود تقاوب نفسي وثقة متبادلة بين طرفي العقد، وسرعان ما يتبدد جو الثقة المتبادلة بين الطرفين بمجرد حصول خلاف حقيقي ونزاع جدي فيعمد كل طرف للدفاع عن مصالحه الشخصية، مما يؤكد أن دور تلك القواعد لازال خارج القانون

المقنن والطرفان مقتنعان في قرارة أنفسهم بعدم الاستغناء عن دور القانون ومع ذلك يظهران خلاف ما يبطنان. هناك دائما علامة استفهام غير معلنة حول مصير العقد في حالة الخلافات المستعصية(8)، وعلى حد تعبير الفقيه مركدال «يوجد سلام قانوني لهذه العقود (والمقصود هو العقود الصناعية) مادامت دائما خارج القانون(9). هذه الاعتبارات كلها تجعلنا مقتنعين بأن القانون التلقائي في صيغته السابقة، أي العقود النموذجية والصيغ العامة، لا يستطيع أن يزحزح ويقصي نهائيا القانون الوضعي من التطبيق، وهذا الأخير يتحدد حسب منهج الاسناد ولكن بالرغم من هذه الحقيقة القانونية نلاحظ أن أعمال المجاميع العلمية الدولية والاقليمية المتخصصة في التجارة الدولية دعمت مسار العقود النموذجية وآزرتها كما سوف نرى في الفقرة المقبلة.

المبحث الثاني
مؤازرة الهيئات المختصة في التجارة الدولية لتدويل العقد

أولت منظمات دولية واقليمية وهيئات علمية مختصة عناية فائقة بقانون التجارة الدولية، وتوصلت إلى اعداد مشاريع اتفاقيات دولية مهمة، ان لجنة القانون التجاري الدولية التابعة للأمم المتحدة(10) مثلا، سعت لاحياء القواعد التجارية الدولية والدعوة للعمل بها وتعميم تطبيقها على كافة الدول، كي يصبح قانون التجارة عالميا في صيغة جديدة ينسجم مع مستجدات الحياة الدولية العصرية، فقد عمدت اللجنة المذكورة للتنسيق بين أنشطة المنظمات المهتمة بالتجارة الدولية وتشجيع الأخذ بالعقود النموذجية والقوانين الموحدة واعداد مشاريع اتفاقيات دولية والحث على تدويل المصطلحات التجارية ونشر القواعد والعادات التجارية والبحث عن وسائل توحيد تفسير الاتفاقيات التجارية الدولية وجمع المعلومات عن التشريعات الداخلية التجارية والاتجاهات الفقهية والقانونية

الحديثة. وبالمثل توصل مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية لاعداد مشروع قانوني طموح في أهدافه الاقتصادية والسياسية والتجارية العالمية وهو مشروع الاتفاقية الدولية الخاصة بالسلوك الدولي لتحويل التكنولوجيا(11)، كما أولت الأمم المتحدة مؤخرا عناية خاصة بمسائل القانون الخاص في نواحي أخرى، كاعدادها لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها(12) واتفاقية شيكاغو الخاصة بمنظمة الطيران المدني وملاحقها واتفاقية ستوكهولم المتعلقة بانشاء المنظمة العالمية للملكية الصناعية ONUDI التي حلت محل المكاتب الاقليمية الجهوية.

هذا فضلا عن أعمال المنظمات الاقليمية كمنظمة الدول الأمريكية(13) والاتحاد الأروبي(14) ومجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة بين الدول الاشتراكية سابقا(15) ودول جامعة الدول العربية(16) وكذلك أعمال اللجان الاقليمية التابعة للأمم المتحدة.

ان جهود هذه الهيئات كلها مجتمعة ومتكاملة بالنظر لأهدافها الرامية لتوحيد أحكام التجارة الدولية وتيسيرها بين الدول أفلحت في الوصول لتوحيد موضوعي تدريجي لجل الوسائل القانونية المتاحة سواء كانت قواعد موضوعية موحدة أو متعلقة بقواعد الاسناد.

أما أعمال المراكز العلمية المتخصصة فهي من الكثرة والتنوع بحيث لا تقع تحت الحصر، ومن أهمها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ومؤتمر لاهاي للقانون الدولي والجمعية الدولية للعلوم القانونية والجمعية البحرية الدولية. ولا يتسع المقام لتحليل جهود ومنجزات كل هذه الهيئات لذلك نكتفي بالإشارة إلى انجاز واحد حققه المعهد الدولي للقانون الخاص(17)، وهو التقرير المقدم إلى اللجنة القانونية التجارية الدولية في صورة نظرية عامة للعقد الدولي على غرار مثيلتها في القانون الداخلي، بحيث نوه المعهد المذكور في تقريره بأن التشريعات الوطنية مهما

استحدثت من أحكام إلا أنها تبقى عقبة في وجه تطور التجارة الدولية ووسائلها القانونية، بالرغم من أن ما أوجده الواقع العملي بفضل تضامن المتعاملين الدوليين وتعاونهم، كفيل بتحقيق نوع من الوحدة القانونية والاستقرار النسبي، إن هذا الواقع ينبغي تعزيزه بجملة من المبادئ الرئيسية حتى يتسنى ملء الفراغ الملاحظ في تلك الوسائل ويتم الاستغناء عن اللجوء للتشريع الداخلي.

وقد حصر المشروع المذكور نطاق التوحيد في تنظيم عام للمبادئ الأساسية في العقود الدولية (الالتزامات الرئيسية) اعتمادا على القواعد الموضوعية الموحدة وفي حالة النقص يعوض بأحكام القانون الموحد، وذلك فيما يخص مصدر الالتزام أو تنفيذه أو اثباته أو انقضائه.

ورغم أن التقرير السابق يعترف أن الوصول لتحقيق أهداف هذا التقنين العالمي الميثالي يجب أن يتم تدريجيا لما يعترضه من صعوبات تقنية وتضارب في المصالح السياسية وما يتطلبه من تضحية ونكران الذات للقوانين الداخلية، ومع ذلك شجع المعهد المذكور رجال القانون للمشاركة في انجاز هذا العمل العلمي العظيم والمساهمة في تشييده وتجسيده عمليا.

المبحث الثالث

تأصيل الفقه مبدأ تحييد قانون العقد

إذا كان من الثابت أن مبدأ قانون العقد، بمفهومه في نظرية الاسناد، أصبح قاعدة تقليدية مكرسة فقها وقضاء وتشريعا في نظرية تنازع القوانين(18) وهو الأمر الذي يفضي بالضرورة كأثر ايجابي له إلى تطبيق القانون المتفق عليه بين المتعاقدين، إلا أن الغلو في الرفع من شأن سلطان الارادة حسب النزعة الذاتية المطلقة ينجر عنه أيضا أثر سلبي، وهو امكان افلات العقد من حكم القانون

الوضعي ما دام العقد شريعة المتعاقدين يتمتع بتنظيم ذاتي، ويتشكل من قواعد فردية ملزمة للمتعاقدين، وهذا يعني تحييد العقد انطلاقا من مبدأ الكفاية الذاتية له فيصبح عقدا بدون قانون contrat san loi أو على الأكثر جعل دور القانون احتياطيا لتفادي النقص المحتمل فيه.

وقد روج الفقه لمبدأ تحييد العقد ودافع عنه بحماس متذرعا بحجج واقعية ومتلمسا أسانيد قانونية نظرية، فمن حيث الواقع لاحظ الفقهاء أن تنوع أنماط العقود الدولية الحديثة وصعوبة تكييفها وتصنيفها ضمن طوائف العقود التقليدية المعروفة في القانون الداخلي، جعل المتعاملين الدوليين يعزفون عن القانون ويهتمون بالاشتراطات المفصلة ويحررون عقودهم بمنتهى الدقة تلافيا للرجوع لحكم القانون، على نحو ما رأينا في العقود النموذجية والصيغ العامة. ومن الناحية القانونية، مادام المشرع خول للمتعاقدين حرية اختيار القانون المناسب لهم واعترف مسبقا بالقوة الملزمة لتعهداتهم(19) استقلالا عن القانون، إذن من الجائز الاستغناء عن أحكام القانون الموضوعية وقواعد التنازع فيه.

فيما يلي نتطرق إلى بعض آراء الفقهاء المدافعين عن التدويل الطليق للعقد، يقول الفقيه فوشار(20) في التجارة الدولية يعد من أحسن الوسائل للافلات من قوانين الدول اشتراط الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الأكثر توقعا، ويستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصيا بوضع شروط خاصة بعد مفاوضات مباشرة، ويرى في موضع آخر(21) أن تطبيق العادات والأعراف التجارية أصبح حقيقة فرضت نفسها في منازعات التجارة الدولية، مستندا إلى ما قررته الاتفاقيات الدولية من سلطات واسعة للمحكمين الدوليين بوصفهم خبراء في القانون المهني يطبقون العادات التجارية واتفاقيات الأطراف والمبادئ العامة للقانون والأصول السليمة في التعامل الدولي دون الارتباط بنظام قانوني معين أو التقيد بمنهج الاسناد.

إن التحكيم على حد تعبير الفقيه فوشار هو قضاء خلاق مبدع للقواعد القانونية المناسبة ويمثل تحديا صارخا لنظم القانون الداخلي العاجز عن استيعاب أشكال التجارة الدولية الحديثة ونظمها الدولية المعقدة ووجوده ضرورة حتمية اقتضتها طبيعة المعاملات الدولية.

وينصح ايفون ديرين، رئيس غرفة التجارة الدولية سابقا، المتعاملين الدوليين ألا يلجأوا أثناء صياغة عقودهم إلى الأفكار الغامضة بل يتطرقوا في تحريرها لكل التفاصيل كي يصبح في وسع القاضي أو المحكم أن يؤسس حكمه على تحليل بسيط لأحكام العقد دون الرجوع إلى قاعدة عليا(22)، وقد برر موقف قضاء التحكيم لاستبعاد قانون وطني معين على أساس اختلاف طبيعة دور المحكم عن دور القاضي، من حيث أن هذا الأخير ملزم بالخضوع لقواعد التنازع في قانونه، بخلاف المحكم الدولي الذي لا يرتبط بأي قانون مرجعي وطني، مبينا أن الاتجاه العام في التحكيم الدولي يتجه إلى منح المحكم سلطة تقديرية لاستنباط الحلول المناسبة بالرجوع لقانون التجارة الدولية مباشرة بوصفه القانون المشترك للأمم(23).

ورأى الفقيه باتيفول في تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية زناريلي الصادر في 3 مارس 1969(24)، أن المحكمة أعتبرت العقد ملزم بذاته ووفقا لنصوصه دون أن تكون هناك ضرورة لمنحه القوة الملزمة.

وبعد أن بين الفقيه جولدمان(25) حقيقة قانون التجارة الدولية كقانون عرفي متجدد له قوته الالزامية وأنصاره وحماته الذين يسهرون على تطبيقه والتقيد بأحكامه، أوضح الأسباب التي جعلت المحكمون يعتدون به، وحصرها في سلطة المتعاقدين عدم اسناد عقدهما لأي قانون وطني وترخيصهم للمحكم صلاحية تكملة النقص المحتمل في العقد بالأعراف المستقرة في قانون التجارة الدولية باعتباره يشكل جزء من نظام عام عبر الدول، بل من الجائز له أن يستبعد القانون الوطني المختص في حالة تعارضه مع هذا النظام(26).

وبالنظر للطابع الخاص لعقود التنمية الصناعية وأهميتها الاقتصادية في التنمية الوطنية، وغالبا ما تكون الدولة طرفا فيها، وما تتضمنه من خصائص معينة، ونظرا لحداثتها، فقد اختلف الفقهاء بشأنها، فمن جهة أن هذه العقود تفتقر إلى تنظيم قانوني شامل وأحكام نوعية في التشريع الداخلي، ومن جهة أخرى يؤدي أعمال منهج الاسناد وتركيز العلاقة القانونية إلى تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد(27) وهو ما يتعارض مع مصالح الطرف الأجنبي الخاص المتعامل مع الدولة، لذلك عمد الفقه لتوفير الحماية القانونية للشخص الثاني الخاص المتعامل مع الدولة واستند إلى وسيلتين أولاهما جعل دور القانون في هذه العقود احتياطيا عن طريق اعطاء الأهمية للاشتراطات العقدية وتفصيل حقوق والتزامات كل طرف بشكل دقيق، وتفضيل تطبيق العادات التجارية عليها بدلا من النصوص القانونية وأيضا محاولة تأسيسها على مبادئ قانونية مرنة أقرب إلى الأخلاق منها إلى القانون، كحسن النية والأمانة والسعي لتحقيق هدف مشترك والتعاون واعتماد معيار العناية الشخصية(28).

والوسيلة الثانية هي تبرير استبعاد تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد استنادا أيضا إلى مبادئ قانونية عامة كفكرة الحقوق المكتسبة بالنسبة لصاحب الامتياز في عقود التعدين والبحث عن المواد الأولية(29)، ومبدأ اساءة استعمال الحق والانحراف بالسلطة(30)، وفكرة الاثراء بلا سبب على اعتبار أن الاستيلاء على أموال المستثمر الأجنبي دون سبب قانوني «مشروع؟» يعد اثراء من جانبها على حسابه في حين اعتمد بعض الفقهاء لتحييد قانون العقد استنادا لنظرية العقد المجرد من القانون(31) ورده فقهاء آخرون إلى مبادئ القانون الدولي العام للعقود(32) وإلى المبادئ العامة للقانون.

ويكفي القارئ المتأمل لتكوين قناعته حول صحة ووجاهة الآراء السابقة، أن يحلل تلك الأفكار وفي هذا الصدد نعرض لاسانيد اللورد ماك نير(33) في قضية

ارامكو التي استبعد بموجبها اسناد النزاع لقانون وطني معين. في البداية استند إلى القانون السعودي الشريعة الإسلامية، للقول أن اتفاق التنمية الخاص بالبحث واستغلال شركة ارامكو للبترول في السعودية هو عقد عادي وليس عقدا اداريا ولكنه استبعد تطبيق القانون السعودي عليه معتبرا اياه اتفاقا شبه دولي ويخضع للمبادئ العامة المقررة في القانون المعترف بها في الدول المتمدينة، لأنه اتفاق تتوفر فيه الخصائص التالية:

1 أن أطراف العقد هم شخص خاص يخضع في وجوده ونشاطه القانوني لدولة، والطرف الثاني هو دولة أخرى.

2 - أن الغرض من اتفاقية التنمية البترولية ليس القيام بعملية تجارية منعزلة وعابرة، وإنما هو عمل مستمر طويل الأجل ويتطلب اقامة منشآت ثابتة تظل مبدئيا ملك للشركة خلال فترة تنفيذ العقد.

3 - يترتب على هذه الاتفاقات حقوقا للطرف الأجنبي أقرب ما تكون للملكية الفردية كحيازتها جزء من اقليم الدولة تمارس عليه قدرا من السلطة شبه السياسية كالاعفاء من الضرائب وحرية التصدير والاستيراد والحفاظ على الأمن والنظام.

4 - ان الدولة التي يتبعها المستثمر الأجنبي تمارس عليه حمايتها الدبلوماسية.

5 ان اقرار أطراف الاتفاق حل النزاع عن طريق التحكيم الدولي قرينة على استبعاد النظام القانوني للدولة الطرف في العقد.

تلك باختصار وجهة نظر المحكم في قضية ارامكو والتي استبعد بموجبها نظام الاسناد بشأن القانون الواجب التطبيق على النزاع. ويكفي الباحث أن يحللها ليكتشف الأبعاد الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي والخلفيات السياسية التي يرتكز عليها.

المبحث الرابع

تدويل التحكيم الدولي منازعات التجارة الدولية شكلا ومضمونا

تعزز دور التحكيم التجاري الدولي حديثا وأصبح جهة قضائية مفضلة لتسوية منازعات التجارة الدولية منافسة للقضاء العادي الذي تشرف عليه الدولة، وذلك بعد أن أولته الدول والمنظمات المختصة والمتعاملون الدوليون عناية خاصة بوصفه قضاء خاصا يتميز ببساطة اجراءاته وسريته وسرعة الفصل في المنازعات وتتمتع قراراته بالحجية والقابلية للتنفيذ شأنها شأن الأحكام القضائية. وقد عمد هذا الجهاز بغية تدويل العقود الدولية إلى تبني قواعد معيارية تشكل أساسيات التدويل، وهي:

1 - اعتماد مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

2 - التمييز بين التحكيم الوطني والدولي.

3 - تدويل اجراءات المنازعة.

4 - تدويل القانون المطبق على موضوع النزاع.

أولا: اعتماد مبدأ استقلالية شرط التحكيم

خلافا لما كان مقررا سابقا من تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي من حيث الصحة والاثار(34)، فقد اعتمدت في القانون المقارن جل الأنظمة القانونية مبدأ استقلالية شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم بحيث أصبح الشرط مستقلا عن العقد الأصلي الذي تقرر التحكيم بسببه وذلك بالنسبة لصحته واثاره وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق عليه، فقد أقره المشرع الفرنسي(35)، وأخذ به القانون الانجليزي(36) والقانون الأمريكي(37) كما أخذت به دول أخرى من أنظمة قانونية مختلفة(38) بما فيها القانون الجزائري(39).

وترتب على اعتماد مبدأ الاستقلالية النتائج التالية:

1 - اعطاء شرط التحكيم الدولي مفهوما موحدا في منازعات التجارة الدولية من حيث نطاقه واثاره مما ينبني عليه أن يصبح قرار التحكيم الصادر بموجبه قرارا طليقا عن أي نظام قانوني وضعي.

2 - عدم تأثر شرط التحكيم بالعقد الأصلي وجودا وعدما ولو كان هذا الأخير باطلا فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل فيه، والعكس صحيح أيضا، وهذا ما يسمى اختصاص الاختصاص، أما إذا كان اتفاق التحكيم باطلا فيجوز للقضاء العادي أن يفصل في النزاع.

3 - إن شرط التحكيم أخذ على أنه قرينة على دولية المنازعة المتعلق بها من حيث ارتباطها بمصالح التجارة الدولية(40).

4 - ليس من الضروري أن يكون القانون المطبق على العقد الأساسي هو نفسه الذي يخضع له شرط التحكيم، وقد أوضحت المادة 458 مكرر 1 الفقرة الثالثة من قانون الاجراءات المدنية الجزائري صراحة ذلك.

5 ان شرط التحكيم بمواصفاته السابقة أصبح يشكل قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي وقانون التجارة الدولية ومن ثم فلا يخضع لنظام الاسناد(41).

ثانيا: تميز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من أنواع التحكيم الأخرى

العبارات المستخدمة عادة للتمييز بين أنواع التحكيم المختلفة هي: تحكيم وطني، يقابله تحكيم أجنبي ARB. National /ARB. Etranger وتحكيم داخلي في مقابلة تحكيم دولي ART. interne/ ARB. international ولا صعوبة في تحديد مفهوم التحكيم الوطني أو الداخلي لأنه هو التحكيم الذي تتركز كل عناصره في دولة معينة(42). وفي المقابل يكون التحكيم أجنبيا إذا كان مرتبطا في أحد عناصره

أو أكثر بأكثر من نظام قانوني ومن ثم يصبح التحكيم الوطني تحكيما أجنبيا إذا أريد تنفيذه أو الاحتجاج به في دولة أخرى.

أما دولية التحكيم فهي ذات بعدين، بعد جغرافي وتعني الأجنبية بالمقارنة بالتحكيم الداخلي، وبعد قانوني بوصف النظام القانوني المطبق عليه مزيج من أحكام قانونية مختلفة تشكل في مجموعها ما يطلق عليه القانون الطبيعي الحديث droit naturel moderne أو القانون الخالص droit pur(43).

على هذا الأساس يصبح التحكيم دوليا بحسب اجراءاته (المعيار الاجرائي) المستمد من نقاط الارتكاز التي تشكل مركز الثقل فيه كجنسية الأطراف والحكم ومكان اقامتهم ومكان اجراء التحكيم والقانون المطبق عليه، أو بحسب موضوعه، أي طبيعة المنازعة التي يتعلق بها بوصفها منازعة ذات طبيعة دولية وتثير مصالح التجارة الدولية. ومن هنا تصبح دولية العقد ودولية التحكيم وكأنهما مرادفتان لمبدأ الاستقلالية المطلق، كلاهما يخضعان لنظام قانوني يختلف عن الأنظمة القانونية الوطنية. هذا القانون يوصف بأنه قانون سابق droit transnational يعلو على القوانين الوطنية droit supranational.

تلك هي الحجة القانونية التي استند إليها أنصار تدويل التجارة الدولية لاستقلال التحكيم التجاري الدولي عن القضاء الداخلي، فأصبح الأصل في منازعات التجارة الدولية بعد أن كان استثناء مضبوطا بشروط خاصة. ومن مظاهر هذا الاستقلال تميزه بقواعد خاصة تسري على منازعاته شكلا ومضمونا.

ثالثا: تدويل اجراءات المنازعة

ولو أن الأطراف في تحكيم الحالات الخاصة AD-HOC يباشرون ادارة التحكيم بأنفسهم فيتولون تعيين المحكمين وتحديد القانون الاجرائي الذي يطبقه المحكمون،

إلا أن ذلك التحديد ينصب على الأسس العامة التي تحكم المنازعة، أما التفاصيل فليس بوسعهم الاحاطة بها منذ البداية، ومن ثم يضطرون إلى اناطة الاختصاص لقانون معين، وعادة ما يكون هو قانون محل مباشرة التحكيم، أو يعتدون بما يجري به العمل أمام هيئات التحكيم النظامية، أو يفوضون للمحكم اختيار القواعد المناسبة، مما يجعله في حلٍ من تطبيق القانون الاجرائي الداخلي لدولة معينة.

أما في التحكيم النظامي ARB/institutionnelle فإن أطراف النزاع يفوضون الأمر لهيئة التحكيم المعينة لتطبيق ما تراه مناسبا حسب ظروف المهنة ولائحتها الداخلية، وما تراه متماشيا مع أعراف وعادات التجارة الدولية. وطبقا لما يجري به العمل أمام هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، فإنه يتعين تطبيق القواعد الاجرائية السائدة لدى هذه الغرفة (المادة 13 من قواعد التوفيق والتحكيم التي وضعتها هذه الغرفة سنة 1955، والمادة 11 من القواعد الجديدة السارية منذ 1975)، معتبرة أن لجوء الأطراف للتقاضي أمامها يفيد قبولهم اجراءاتها وقواعدها.

وبداهة لا يطرح المشكل في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح(44)، فلا حرج أصلا للمحكم لأنه ليس ملزما لأعمال حكم القانون في المنازعة المختص بالفصل فيها، وإنما يكفيه أن يتخذ الاجراءات المناسبة لسير التحكيم وأن يؤسس حكمه من الناحية الموضوعية على مبادئ العدالة، وفي الحالتين أن عادات التجارة الدولية تجد مجالا للتطبيق في هذا النوع من التحكيم، لأن المحكم يبني قراره على أفكار مجردة معترف بها عالميا، ولا يتخذ موقفا معينا من قانون محدد سواء كان مختصا أو غير مختص.

يتضح مما سبق إذن أن قضاء التحكيم الدولي، مهما كانت طبيعته، يسعى لتحقيق وحدة قانونية وقضائية لمنازعات التجارة الدولية، وما تبنيه لقواعد اجرائية

موحدة أو متشابهة إلا تعبير عن البيئة المستقلة له والظروف المحيطة به ونزوعه إلى الاستقلال الكامل عن القضاء العادي والعيش في الظل بعيد عن الأضواء كما يقال عنه.

رابعا: تدويل قواعد الموضوع

كما تقول القاعدة الفقهية أن من يختار القاضي يختار قانونه qui éligit jurdicum eligit jus وعلى ذلك أن اللجوء إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي قرينة على اختيار تطبيق القواعد السارية والمتعارف عليها فيه، والتي تكون في مجموعها نظاما قانونيا مستقلا عن نظم القوانين الداخلية، مهما كانت التسمية التي أطلقت على هذا النظام فإنه نظام خاص بالعقود الدولية حسب تعريفها المتعارف عليه فقها وقضاء(45). وهو نظام يتشكل من مجموعة من النظم المستقر عليها العمل في الأوساط المهنية التجارية، كالعقود النموذجية والصيغ العامة وقواعد المصطلحات التجارية «الانكوترمز» التي وضعتها غرفة التجارة الدولية، والعادات التي أرستها المنظمات المتخصصة والأعراف المتداولة في التجارة الدولية ملحقا بها المبادئ التي أقرها القضاء الداخلي لبعض الدول ومبادئ القانون العامة ومبادئ العدالة.

بيد أن الطابع الغامض والمرن للمبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة جعلهما محل منازعة فقهية من حيث المضمون وصلاحيتهما كمصدرين لقانون التجارة الدولية. فقد عيب عن المبادئ العامة للقانون أنها قد تتخذ وسيلة للتحكم وفرض الأهواء الشخصية للقاضي أو المحكم تحت ستار القانون مما ينجر عنه عدم توقع ودقة الأحكام خلافا لحالة ما إذا كان القانون المطبق على العقد الدولي هو قانون داخلي لدولة معينة حيث يكون بوسع الطرفين معرفته مسبقا. كما أخذ على مبادئ العدالة كونها تمثل شعورا نفسيا بهدف تحقيق توازن دقيق بين أطراف العلاقة

القانونية وهذا خلاف للقانون حيث من المتعارف عليه أن تطبق قواعده كما هي بغض النظر عن صفتها العادلة أو غير العادلة من الناحية الواقعية(46). وعلى ذلك تعد العدالة، في نظر البعض وسيلة لتبرير التمرد عن القانون أحيانا، ومرات أخرى تكون ملائمة للقانون، ومرات أخرى تصبح هي القانون ذاته(47).

بيد أن تلك الانتقادات لم تنل من القيمة الذاتية لمبادئ القانون ومبادئ العدالة كمصدرين مهمين لقانون التجارة الدولية الموضوعي، فقد رأينا أن المحكمين الدوليين يعتدون بالعدالة بوصفها مجموعة من الأفكار والمفاهيم المستقرة في معاملات التجارة الدولية، وتجلت في اعتماد شرط هارد شيب، أو رفع الحرج المالي وهي توزيع تبعة القوة القاهرة في العقود الدولية وفي مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية وفي تفويض المحكم بالصلح فض النزاع حسب قواعد العدالة دون تقييده بتطبيق قانون وضعي معين، وفي اعتماد القضاء الدولي حلولا خاصة تحت ستار العدالة، مع أن تلك الحلول تخالف صريح النصوص الآمرة في القانون الداخلي، وبالمثل نجد المحكمين الدوليين عمدوا إلى المبادئ العامة للقانون أما لسد النقص في القانون الواجب التطبيق حسب منهج الاسناد أو استبعاده في حالة عدم ملاءمته. وقد أقرت الأخذ بمبادئ العدالة ومبادئ القانون عدة مواثيق دولية تشريعية وتعاقدية(48).

بقي أن نشير إلى أن قانون التجارة الدولية بوصفه النظام القانوني الموضوعي المفضل لدى جهاز التحكيم التجاري الدولي للتطبيق على العقود الدولية يتصف بالخصائص التالية:

1 أنه لا زال قانونا طائفيا منذ نشأته في القرون الوسطى إلى اليوم، مع تغير كمي ونوعي لحجم الطائفة من فئة قليلة من التجار إلى كتلة دولية تتحكم في مقاليد التجارة الدولية في الوقت الحاضر.

2 - أنه قانون تلقائي النشأة متمرد بطبيعته عن القوالب والشكليات التي يمر بها القانون حتى يكتسب صفته تلك.

3 - أنه قانون فرض نفسه بديلا للقوانين الداخلية محاولا زحزحتها من حلبة الصراع واقصائها من التطبيق بفضل جهود مناصريه الدوليين.

4 - أنه قانون يقدم الحل الموضوعي مباشرة لحل النزاع بما يتضمنه من أعراف وعادات ونماذج عقدية وحلول عملية أرساها التحكيم التجاري الدولي والقضاء الداخلي لبعض الدول، مما ترتب عليه أن أصبح في غنى عن نظام الاسناد المقرر في القانون الدولي الخاص بكل ميكانيزماته المعروفة.

5 - أنه نظام قانوني متكامل يتطلب نظاما قضائيا مستقلا عن قضاء الدولة كي يحقق هدفه، وكان قضاء التحكيم التجاري الدولي المنسجم معه لتحقيق ما يصبو إليه هو ذلك الجهاز القضائي.

تحليل انتقادي لمنهج القانون التلقائي

اتضح من هذا الفصل أن القانون التلقائي كوسيلة لتدويل العقد الدولي استند الفقه المؤيد له لطرحه كبديل لمنهج الاسناد إلى المبادئ القانونية التالية:

1 - مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي.

2 - مبدأ احتياطية القانون في العقد الدولي.

3 - مبدأ اندماج القانون في العقد الدولي.

وفي الحقيقة، ولو أن التأسيس القانوني لهذه الأفكار روج لفكرة التدويل فقها وقضاء انطلاقا من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومع ذلك لا يغني عن دور القانون في العقد، فمن الثابت أن للقانون فاعليته في ترتيب الاثار المعترف بها

للعقد، إن المادة 106 مدني جزائري المقابلة للمادة 1134 مدني فرنسي والنصوص المماثلة لهما في القوانين الأخرى تعترف بالقوة الالزامية لاتفاقات الأطراف إذا كانت غير مخالفة للقانون.

فضلا عن ذلك أن مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي لا يستغني عن دور القانون أصلا، لأنه مهما احتاط المتعاقدون، واسهبوا في تفصيل الشروط العقدية فليس بوسعهم اقصاء القانون، فحين يظهر خلاف بين أطراف العقد وينكسر السلام الصوري الذي بنوه خارج القانون في اعتقادهم، ويتضح أن الثقة المتبادلة والتعهد بالشرف الذي عقدوه ليس كافيا لحل النزاع، هنا يحاول كل طرف أي يحتمي بالقانون لتحقيق مصالحه. وتحليل الأحكام القضائية والعقود النمطية يؤكد الدور الأساسي والهام للقانون، إذ غالبا ما تكون المسائل محل النزاع ناتجة عن نواقص وثغرات في العقد فلا مناص من تدخل القانون لتكملتها وسدها.

أما الحجة القائلة باندماج القانون في العقد، فيصبح بمجرد اختياره بندا فيه كبقية البنود الأخرى فمردود عليها لأنها تتجاهل حقيقة القانون والدور الذي يقوم به ليس فقط فيما يخص تنظيم الرابطة التعاقدية بين المتعاقدين من حيث تحديد شروط ابرام العقد واثاره وانقصائه ولكن بما يخص أيضا قوة نفاذه في مواجهة الغير فيكسبهم حقوقا أو يقرر عليهم التزامات، ولا أحد يستطيع أن ينكر ذلك الدور الهام. إن حرية الأطراف في العقد الدولي تنحصر فقط في اختيار النظام القانوني الواجب التطبيق عليه، وإذا كان قانونا وضعيا يجوز للمتعاقدين استبعاد قواعده المكملة والاختيارية وحدها(49). أما قواعده الآمرة فتظل تتمتع بقوتها الالزامية وواجبة التطبيق. وقد استنتج بعض الفقهاء من تحليل أحكام القضاء أن هذا الأخير خرج عن تلك القاعدة حين استبعد القانون المختار صراحة وطبق بنود العقد التي لا تبطلها في حالة ما إذا كان القانون المختار يقضي بابطاله، وفسروا ذلك على أساس أن القانون المختار قد اندمج ضمن شروط العقد الأخرى.

واستشهدوا بحكم مبدئي لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1910/12/5(50) صرحت فيه المحكمة أن القانون الواجب التطبيق على العقود بالنسبة إلى تكوينها وبالنسبة إلى اثارها وشروطها هو القانون الذي تبناه المتعاقدان adopté، ومع ذلك استبعدت المحكمة ذلك القانون المختار صراحة آخذا بمبدأ تركيز العقد كما نرى وليس على أساس تحول القانون إلى بند تعاقدي. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركتين خاصتين اتفقتا في عقد بيع على تطبيق قانون ولاية نيويورك وكذلك نقل المبيع من الولايات المتحدة إلى فرنسا بطريق البحر، وقد ورد في العقد شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية مع أن القانون المختار لا يقرر جواز الاعفاء من المسؤولية، إذن هناك تناقض بين أحد الشروط العقدية والقانون المختار، وقد استبعدت المحكمة القانون المختار وأبقت على صحة شرط الاعفاء من المسؤولية مبررة قضاءها في نظر البعض على أساس أن القانون المختار لا يطبق إلا في المسائل التي لم يتفق عليها الأطراف صراحة. ولكن في رأينا أن محكمة النقض استبعدت القانون المختار، قانون ولاية نيويورك، ليس على أساس أنه القانون الواجب التطبيق أخذا بحرية الاختيار، وإنما اعتمادا على منهج تركيز العقد الذي يعتد فيه بحرية الاختيار كعامل من عوامل التركيز للعلاقة القانونية وقد تبين للمحكمة من خلال تحليل القضية وعوامل التركيز الواردة فيها أن الصفقة فرنسية، وبالتالي يطبق عليها القانون الفرنسي آخذا بمنهج التركيز وبالتالي يطبق القانون الفرنسي الذي يسمح بالاعفاء من المسؤولية، إذن لم يندمج القانون المختار مع بقية بنود العقد، وإنما استبعد لتعارضه مع منهج التركيز(51).

وقضت نفس المحكمة بتاريخ 1959/7/9(52) أن القانون الواجب التطبيق على العقود فيما يتعلق بتكوينها أو شروطها أو اثارها هو الذي تبناه الأطراف، وفي حالة انعدام الاعلان الصريح يكون لقضاة الموضوع البحث عن أي قانون يجب أن يحكم روابط المتعاقدين وفقا لحالة الاتفاق وظروف القضية. ان تأكيد المحكمة في

هذه القضية بكلمة يجب أن يحكم له دلالته في ضرورة خضوع العقد لقانون ما، وأن هذا الأخير يحتفظ باستقلاليته ويطبق على العقد بوصفه كذلك وليس على أساس أنه مجرد بند تعاقدي.

كما أيدت محكمة النقض الفرنسية ما انتهى إليه قضاة الموضوع، في قضية أخرى(53) في تقديرهم للظروف التي تحدد توطين العقد واستخلاصهم القانون الواجب التطبيق عليه.

وكان القضاء في كثير من الدول الأخرى(54) حريصا على تطبيق القانون وابطال العقود التي كانت مخالفة لأحكامه، مما ينبني عليه أن القانون الواجب التطبيق يظل متمتعا بقوته الملزمة ولا يندمج في العقد لأنه من غير المعقول التوفيق بين مقولة اندماج القانون في العقد وبين انصراف نية المتعاقدين لابطال العقد في حالة مخالفته للقانون المختار.

وقد بين الفقيه باتيفول في تحليل مستفيض(55) ضرورة ربط العقد الدولي بقانون وضعي معين، فرأي استبعاد العقارات من اتفاقات الأطراف ومجال الارادة لأن الدولة تحرص على اسنادها للقانون الاقليمي (المادة 17 ف1 مدني جزائري). وكذلك الأمر فيما يخص الحقوق العينية الأصلية والتبعية وكذلك طريقة تحويل الملكية والرهون الواردة على المبيع. لأنه ولو أن العقد ينظم العلاقة بين المتعاقدين إلا أنه يهم الغير وتتعلق به مصالح كثير من الأشخاص ويهمهم أن يعرفوا اثاره إذن ليس من الجائز القول أن المتعاقدين أحرار في تنظيم كل المسائل والاثار المترتبة على العقد وبالإضافة لذلك أن مبدأ الكفاية الذاتية للعقد يقتضي أن يكون العقد عبارة عن تقنين لكل ما يترتب عليه وهو شيء بعيد التحقيق مادام العقد عبارة عن تجربة شخصية ويشكل نظرة ذاتية للرابطة التعاقدية في حين أن القانون يمثل تجربة انسانية.

يتبع

الهوامش

(1) - راجع في العقود النموذجية رسالتنا م.س.ج 1 ص 165، ثروت حبيب، دراسات في قانون التجارة الدولية، دار الاتحاد العربي للطباعة، 1975، ص 43. حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، 1980، محسن شفيق، قانون التجارة الدولية، جامعة القاهرة، 1973.

J. Leaute: contrat typ. ren. tri. de dr. civ. 1953, p. 429, A. Tunc: l'élaboration des conditions générales de vente sous les auspices de la commission économique pour l'Europe. rev. int. de dr. com., 1960, p. 108 et sui.

(2) - Padis: La vente commerciale internationale par les contrats typs et inconterms, gazite du palais, 1970. 2.9.

(3) - توجد أربعة صيغ عامة اعتمدتها اللجنة وهي:

أ - الشروط الخاصة بتصدير المصانع والآلات (1953) ورقمه 188.

ب - الشروط الخاصة لبناء المصانع والآلات في الخارج (1963) ورقمه 188 /د.

ج - الشروط الخاصة لتصدير المصانع والآلات مع القيام بتركيبها (1973) ورقمه 188 / أ.

د - الشروط العامة للاشراف على بناء المصانع والآلات في الخارج ورقمه 188 / ب.

أما أهم الصيغ الخاصة بالمنتجات الزراعية فهي عقود بيع الحبوب (16 صيغة) وعقود بيع الخضر والفواكه ومنها البيع الدولي للحمضيات (1973) وشروط الصفقات الدولية للبطاطا (1973). أما الصيغ الخاصة بالمنتجات الطبيعية فأهمها الشروط العامة لاستيراد وتصدير الخشب اللين والخشب الصلب والشروط العامة لاستيراد وتصدير الوقود الصلب.

(4) - وتسميته المختصرة بالانجليزية COMECON وبالفرنسية CA.EM. وقد تناولت الاتفاقية أهم الأحكام القانونية للتعاون بين مؤسسات الدول الأعضاء في المنظمة من حيث طريقة ابرام العقود ومراجعتها وتنفيذها (المواد 12/4) وحقوق الأطراف والتزاماتهم (المواد 23/13) ومسؤولياتهم (المواد 31/24) والدفوع الجائز التمسك بها (المواد 37/32) وتقادم الحقوق (المواد 47/38) وطرق انهاء العقود (المواد 52/48) وتحديد الهيئات المختصة بحل النزاعات (المادة 53) والقانون الواجب التطبيق بشأنها.. مع ملاحظة أن أحكام الاتفاقية يغلب عليها الطابع الموضوعي وأحكامها المستحدثة تتلاءم مع عقود التنمية الصناعية بصفة خاصة. وقد لحق الاتفاقية تعديل جزئي سنة 1968 وآخر سنة 1979. راجع أهم التعديلات في مجلة Clunet سنة 1980 وراجع في التعليق على الاتفاقية مقال جاسمينا بابافا نفس

المجلة سنة 1985، ص 80 تحت عنوان العقود الخاصة بالتعاون الصناعي في مجموعة الكوميكون. وراجع في أعمال اللجان الأوروبية عموما في هذا الموضوع حمزة حداد، المرجع السابق، ص 49و ص 56 هامش 3. جولدمان دروس، المرجع السابق، ص 377، لوسوارن وبرودان الموجز، ص 65، والملحق 15، 16 في ختام مؤلف برينو أوبيتي، قانون التجارة الدولية، ص 363، 382.

(5) - راجع في هذا الموضوع رسالتنا م.س. ج1، ص 149 وما بعدها، حمزة حداد، م.س.، ص 67، أحمد جامع، التجارة الخارجية في الاقتصاد الاشتراكي، مجلة مصر المعاصرة، سنة 1970. العدد الخامس، ص 389.

(6) - مقال لونز الهدف والمبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص في الاتحاد السوفييتي وفي الدول الاشتراكية الأوروبية الأخرى، مجلة كلينية 1973، ص 641 والتعليق المذكور أعلاه للفقيه الانجليزي بريمان BREMAN الذي تولى ترجمة الشروط العامة لسنة 1958 للانجليزية، ومن الترجمة الانجليزية ترجمها للفرنسية الفقيه فليب كاهن.

(7) - تبني القضاء الفرنسي فكرة اندماج القانون في العقد منذ أوائل هذا القرن، ففي حكم أساسي لمحكمة النقض مؤرخ في 1910/12/5 وقائع القضية تتلخص في مشارطة ايجار سفينة بين شاحن أمريكي وناقل كندي قصد نقل شحنة إلى جزر القواد لوب الفرنسية اتفق الطرفان على الاعفاء من المسؤولية عن الخسائر البحرية وعلى تطبيق قانون ولاية نيويورك على العقد، بيد أن القانون المختار يقضي ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية. وبعد أن وصلت القضية إلى محكمة النقض الفرنسية كان عليها أما أن تقضي باستبعاد القانون المختار وإما أن تقرر مسؤولية الناقل، ولكن نظرا للتعارض الموجود بين الفكرتين حاولت التوفيق بينهما بأن أنزلت القانون الواجب التطبيق منزلة بقية الشروط العقدية الأخرى وحملت بند القانون المختار على أنه مضاف للشروط المكتوبة صراحة في العقد يطبق فيما لا يتعارض فيه مع روح العقد والارادة المشتركة للمتعاقدين وبالتالي أبقت محكمة النقض على شرط الاعفاء المتفق عليه صراحة وقررت (أن القانون الواجب التطبيق على العقود فيما يخص تكوينها أو اثارها أو شروطها هو الذي تبناه adopté الأطراف). مبررة رأيها بأنه (ينتج من روح ونصوص الاتفاق ذاته ومن نيتهم المشتركة أنهم لم يقصدوا الخضوع للقانون الأمريكي إلا بالنسبة للمسائل التي لم يتفقوا عليها صراحة في مشارطة الايجار)، وينبني على هذا المبدأ الذي قررته محكمة النقض الفرنسية أن القانون الواجب التطبيق يفقد صفته القاعدية كقانون ويندمج في العقد بمجرد تبنيه، وعليه يصبح قانونا مستقلا بالمتعاقدين أو ملكا لهما وحدهما. راجع في تحليل هذا الحكم ونتائجه رسالتنا، المرجع السابق، ج1، ص 79. 114، سيريه 1911.1.129 تعليق ليوكان، وراجع أحكام أخرى أوردها أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 149.

(8) - راجع رسالتنا، المرجع السابق، ج2، ص 432 وما بعدها.

(9) - مركدال، الخصائص القانونية لعقود التعاون الصناعي الدولية، مجلة القانون والتطبيق في التجارة الدولية، سنة 1984، مجلد 10 عدد 3، ص 321.

(10) - تم انشاء هذه اللجنة بقرار 2205 الصادر عن الأمم المتحدة في دورتها الواحدة والعشرين (1966)، راجع مشروعه في المجلة الدولية للقانون المقارن 1967، ص 201، المجلة الفصلية للقانون التجاري 1967، ص 120، راجع في محتوى القرار وأعمال اللجنة رسالتنا، المرجع السابق، ج1، ص 142 وما بعدها.

(11) - راجع في تفاصيل اعداد هذا المشروع والعقبات التي اعترضته ومحتواه، رسالتنا، المرجع السابق، ج2، ص 466.

(12) - انضمت إليها الجزائر بمرسوم 88-233 المؤرخ في 1988/11/5 منشور في الجريدة الرسمية رقم 48 لسنة 1988.

(13) - ان منظمة الدول الأمريكية من أقدم المنظمات الاقليمية المهتمة بتوحيد مسائل القانون الخاص، وترجع نشأتها لسنة 1875 حيث أقرت تقنينا موحدا جامعا لكل مسائل تنازع القوانين في مسائل الأشخاص والأموال والعقود، وفي سنة 1889 عقد لقاء بمدينة منتفيديو انتهى إلى ابرام عدة اتفاقيات منها واحدة خاصة بالتنازع بين القوانين في القانون التجاري البري والبحري. وفي سنة 1928 أسفر لقاء بناما على اعتماد تقنين بوستامنت code BUSTAMENT وهو تقنين مهم جامع تضمن أحكاما متنوعة للمسائل المدنية والتجارية كالشركات والبيوع والأوراق التجارية والتأمين، وبعد انشاء منظمة الدول الأمريكية التي اشتركت فيها الولايات المتحدة الأمريكية بما تمثله من قوة اقتصادية ووزن تشريعي مختلف عن أنظمة دول أمريكا اللاتينية تقرر اسناد مهمة التوحيد التشريعي لها ومن ثم عمدت لوضع صياغة جديدة للاتفاقيات الأمريكية في القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية اعتمادا على التوحيد الموضوعي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق، وقد توجت أعمالها في لقاء بناما سنة 1975 ومنتفيديو سنة 1979 على ابرام 13 اتفاقية دولية في المسائل المدنية والتجارية الدولية، راجع في حركة توحيد القانون الخاص في الدول الأمريكية رسالتنا، المرجع السابق، ج1، ص 145، انا ماريا فيليلا، مقال بالمجلة الانتقادية 1984، ص 233، حول توحيد القانون الخاص في أمريكا اللاتينية، ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 79، جابر جاد عبد الرحمان، نحو قانون دولي خاص عربي، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1965، ص 6 وما بعدها.

(14) - لقد اتجهت الدول الأروبية لتوحيد قوانينها في المسائل المدنية والتجارية منذ الربع الأخير من القرن الماضي توحيدا موضوعيا على مختلف الأصعدة، فدول البينيلوكس سابقا كانت تجمعها اتفاقيات

خاصة بهذا الموضوع، والدول الاسكندنافية حققت وحدة تشريعية في عدة مجالات، حيث يسود فيها قانون موحد خاص بالنقل البحري منذ 1880 وآخر خاص ببيع البضائع سنة 1905 وثالث خاص بالعقود وقانون آخر خاص بالعلامات والأوراق التجارية. وتوصل المجلس الأروبي سابقا إلى العديد من الاتفاقيات التي تلتزم بها كل دول أروبا الغربية. أما في الوقت الراهن بعد أن انضمت أغلب الدول الأروربية إلى الوحدة الأروبية الشاملة فإن مجالات التوحيد القانوني لا تقع تحت الحصر في المجالات القانونية والاجتماعية والسياسية. وتقوم محكمة عدل المجموعة الأروبية بتوحيد تفسير القانون الأروبي الجماعي وتطويره والسهر على حسن تطبيقه واحترامه، راجع في ذلك جولدمان، القانون التجاري الأروبي، دالوز، 1971، لوسوارن، المرجع السابق، ص 31 وما بعدها، ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 70، محسن شفيق، قانون التجارة الدولي.

(15) - راجع المبحث السابق بشأن أعمال هذه الهيئة الاقليمية.

(16) -تضمنت عدة اتفاقيات أبرمتها دول جامعة الدول العربية أحكاما خاصة بالتجارة الخارجية منها معاهدة الدفاع المشترك والتعاون الاقتصادي المبرمة سنة 1950 واتفاقية تسهيل التبادل التجاري وتنظيم تجارة العبور سنة 1953 واتفاقية الوحدة الاقتصادية العربية لسنة 1957، واتفاقية 1981 الخاصةبتيسير التبادل التجاري وتنميته، كما توجد مشاريع مشتركة عربية مثل شركة المقاولات العربية وشركة الملاحة العربية وشركة البترول العربية الموحدة تهدف لتحقيق تنظيم قانوني عربي موحد، وتقوم دول مجلس التعاون الخليجي ودول اتحاد المغرب العربي بتحقيق انسجام قانوني مشترك بينها، راجع في هذا الموضوع رسالتنا، المرجع السابق، ج1، ص 152، محمد لبيب شقير، تشجيع وتنمية التجارة بين البلاد العربية، طبعة صندوق النقد العربي، عبد الحميد ابراهيمي، ابعاد العالم العربي واحتمالات المستقبل، طبعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.

(17) - راجع في أعمال هذا المعهد مجلة القانون الموحد unidroit سنة 1975 العدد الأول والثاني.

(18) - المادة 18 ف1 مدني جزائري، المادة 19 مدني مصري، المادة 19 مدني ليبي، المادة 20 مدني سوري، المادة 25 مدني عراقي، المادة 59 ف1 من قانون التجارة الكويتي لسنة 1961، وأقر الأخذ بقانون الارادة القضاء الفرنسي منذ حكم محكمة النقض في 5 ديسمبر 1910. وكذلك القانون الألماني (المادة 27 من قانون 1986 الخاص بالقانون الدولي الخاص). والقانون البولوني (المادة 25 من القانون الدولي الخاص لسنة 1965)، والقانون التشيكوسلوفاكي (المادة 4 من القانون الدولي الخاص لسنة 1963)، والقانون السوفيتي (المادة 126 من مبادئ التشريع المدني لسنة 1962)، والقانون الايطالي (المادة 25 مدني) والقانون اليوناني (المادة 25 مدني) والقانون الاسباني (المادة 10 مدني) والقانون الأرجنتيني (المادة 1205 مدني) والقانون اليوغوسلافي (المادة 19 من قانون 82) وراجع في التفاصيل،

رسالتنا، المرجع السابق، ج1، ص 78 وما بعدها.

(19) - المادة 106 مدني جزائري.

(20) - رسالته التحكيم التجاري الدولي، طبعة دالوز، سنة 1965، ص 409.

(21) - المرجع السابق، ص 392-392.

(22) - مقاله تطبيق المحكم التجميعي لأنظمة تنازع القوانين المعنية بالنزاع، مجلة التحكيم، سنة 1972، ص 100.

(23) - قرار تحكيمي لهيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم 1512 لسنة 1971، وأخر رقم 1689 لسنة 1970.

(24) - المجلة الانتقادية سنة 1969، ص 279، و286.

(25) - مقاله قانون التجارة الدولية في العقود والتحكيم الدولي، مجلة كلينية Clunet سنة 1979، ص 498.

(26) - مقاله القانون المطبق حسب اتفاقية BIRD منشور في مجلة الاستثمارات الأجنبية بين الدولة والأشخاص الخاصة سنة 1964، ص 140.

(27) - راجع رسالتنا، المرجع السابق، ج2، ص 435.

(28) - وقد استقر القضاء الفرنسي منذ عهد بعيد على أن من تعاقد مع الدولة يفترض أنه اختار تطبيق قانونها.

(29) - قضاء اللورد ماك نير في قضية ارامكو، المجلة الانتقادية سنة 1963، ص 272، وراجع مقال مفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 23، 1967، ص 14 وما بعدها.

(30) - راجع في عرض هذا الرأي غسان رابح، العقد التجاري الدولي، دار الفكر اللبناني، 1988، ص 296.

(31) - لاليف، العقد المجرد من القانون، أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص 64-65، ص 209.

(32) - القشيري، النظام القانوني للعلاقات البترولية، دروس أكاديمية، لاهاي، 1975، ص 327.

(33) - راجع تأسيس قراه المنشور بالمجلة الانتقادية سنة 1963، ص 272 وما بعدها، وراجع في مناقشة هذا الرأي وتحليله أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، طبعة 1975، ص 612.

(34) - راجع نقض مدني فرنسي في 1930/2/19 مجلة كلينيه 1931، ص 90، وراجع أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 219.

(35) - المادتان 1446، 1495 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي المعدل في 12 ماي 1981 وقد سبق القضاء الفرنسي إلى اقرار هذا المبدأ، نقض مدني في 1963/5/7، المجلة الانتقادية 1963، تعليق موتولسكي، نقض مدني في 1972/7/4، المجلة الانتقادية 1974، ص 82 تعليق ليفل.

(36) - راجع تقرير الفقيه ستين Styn عن التحكيم في انجلترا، منشور في الكتاب السنوي للتحكيم التجاري سنة 1983.

(37) - راجع القانون الفدرالي لسنة 1967، قرار المحكمة العليا في 1974/6/17، وراجع في التفاصيل مقال هوارد هولتزمان، قانون الولايات المتحدة وسلطات المحكم في تكملة النقص في العقود الدولية الطويلة المدى، مجلة التحكيم 1975، ص 65، 66.

(38) - يراجع الكتاب السنوي للتحكيم التجاري الدولي سنوات 1976، 1979، 1980، 1983 بما فيها موقف الجزائر في ذلك الوقت.

(39) - المرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 1993/4/25 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية وقد نصت المادة 448 مكرر1 الفقرة الثالثة منه أن اتفاقية التحكيم تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها أما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره وأما القانون المطبق على العقد الأساسي، وأما القانون الجزائري. وأضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة بأنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح.

(40) - راجع في العلاقة بين شرط التحكيم وتعريف العقد الدولي، رسالتنا، المرجع السابق، ج1، ص 29 بالهامش.

(41) - جولدمان، قانون التجارة الدولية في العقود و التحكيم الدولي، مجلة كلينيه، سنة 1979، ص 475.

(42) - والعناصر المقصودة هي نوع النزاع، جنسية وموطن واقامة كل من الأطراف والمحكم، مكان مباشرة التحكيم، القانون الواجب التطبيق عليه.

(43) - راجع رسالتنا، المرجع السابق، ج2، ص 367.

(44) - المادة 458 مكرر 15 من قانون الاجراءات المدنية الجزائرية المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 9-93 المؤرخ في 1993/4/25.

(45) - راجع في تحليل الاتجاهات المختلفة لتعريف العقود الدولية، رسالتنا، المرجع السابق، ج1، ص 10 وما بعدها ولا سيما ص 40.

(46) - أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 287.

(47) - المرجع السابق، ص 288 والمراجع المشار إليها بالهامش.

(48) - راجع تحليلا أوفى لهذه المبادئ في رسالتنا، المرجع السابق، ج2، ص 396 وما بعدها.

(49) - راجع أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 162 وما بعدها.

(50) - سيريه 1911.1.129 تعليق ليوكان، المجلة الانتقادية، 1911، ص 315.

(51) - راجع في تحليل هذا الحكم والتعليق عليه، رسالتنا، المرجع السابق، ج1، ص 79 وص 113 وما بعدها.

(52) - المجلة الانتقادية، 1959، ص 708 تعليق باتيفول.

(53) -نقض مدني فرنسي في 1971/6/29 مجلة كلينيه 1972، ص 59، تعليق فليب كاهن.

(54) - أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 165 وقد أشار إلى القضاء البلجيكي والقضاء الانجليزي والقضاء الهولندي والقضاء النمساوي والقضاء النرويجي والقضاء السويدي.

(55) - مقاله تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص، دروس أكاديمية لاهاي، سنة 1973، ج2، ص 120.