إعمال القواعد العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي

الدكتورة شريف هنية
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة لونيسي علي البليدة-2-

ملخص

تحتل التجارة الدولية مركز الصدارة في العلاقات الدولية، مما زاد ذلك من أهميتها ودفع بالمجتمع التجاري الدولي إلى خلق قواعد موحدة عابرة للحدود تحكم النشاط التجاري الدولي بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي السائد في الدول، ودون الأخذ بعين الاعتبار النظام القانوني المعتمد فيها، فهي قواعد تنبع بالدرجة الأولى من العرف التجاري الدولي بالإضافة للعقود النموذجية...، هذه القواعد تطبق في التحكيم التجاري الدولي بمحض إرادة المحكم أو بطلب من الخصوم متى عاد الاختصاص له بموجب اتفاق التحكيم أو بمقتضى شرط يدرج كبند في العقد التجاري الدولي .

Summary

The international trade Occupies the center stage in the international relations, which increase and raise its importance and push the community of international trade to create rules for cross-border that control international trade activity, regardless of the nature of the economic system prevailing in the States, and without taking into account the adopted legal system which its rules stems primarily from international commercial practice as well as the international standard for decades ..., these rules apply to the international commercial arbitration , with the accord of the arbitrator or at the request of the litigants when he returned to him under the jurisdiction of the arbitration agreement or included as a requirement under the contract in international trade .

الكلمات المفتاحية

المحكم الدولي، التحكيم التجاري، القانون الوطني، بند التحكيمي ، اِتفاق التحكيم، عادات وأعراف التجارة الدولية، القضاء الخاص، تحرير التجارة الدولية، النظرية الشخصية، النظرية الموضوعية،العقد المجرد من القانون، قانون التجارة الدولية، القانون المشترك بين الأمم، القواعد الوطنية

مقدمة

يعتبر التحكيم التجاري الدولي من أهم المواضيع التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، فقد تواترت فيه الأحكام، وأنشئت هيئات متخصصة فيه ذات أنظمة معترف بها دوليا، وعقدت بشأنه معاهدات دولية للاعتراف بالأحكام الصادرة عنه، فمنذ القدم يجري الفصل في المنازعات بواسطة قاضي تابع لدولة معينة لكن بموجب تطور العقد تدخل قضاء خاص يمكنه الفصل في المنازعات.

لهذا أعطى التحكيم مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية[1]، مما دفع إلى عدم ملاءمة القواعد والنظم القانونية المختلفة التي يعتمد عليها القضاء الوطني، لهذا يرى الفقه المعاصر بأن تطور التحكيم التجاري هو بمثابة رد فعل حرفية قانون القاضي، ويعبر عن رغبة أطراف النزاع في التخلص منه كي تحل منازعاتهم طبقا لمبادئ وقواعد أكثر رحابة تسمى بالقواعد العابرة للحدود. وتظهر أهمية الموضوع في تعميق دراسة هذا النوع الجديد من القضاء الخاص المدرج من قبل أطراف النزاع خارج الاطار الالزامي للقضاء الوطنية، والذي فرضته الضرورة والتعامل الدولي، خاصة مع دخول الجزائر إقتصاد السوق الذي أحدث تغييرا جذريا وانقلابا نوعيا في طبيعة العقود المبرمة بما فيها والذي تنبه لها المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد[2].

فالتحديات التي تعرفها عقود التجارة كبيرة من تحرر وتأثير الوسائل التقنية وسع من نطاقها وبالمقابل أوجد قواعد جديدة تحكم المنازعات إذا تم عرضها على التحكيم، هذا ما يستدعي بنا البحث في شروط إعمال هذه القواعد التي أهمها دولية التحكيم التجاري هذه الأخيرة لها معايير تحديدها،فهل استند لها قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد؟ وهل يوجد أساس للجوء لتلك القواعد المادية العابرة للحدود والتي لا تمت بصلة للقانون وطني؟ وإذا كانت الإجابة بنعم فما طبيعة ومصادر هذه القواعد يا ترى؟ كل هذه الانشغالات وغيرها نحاول الاجابة عليها من خلال الدراسة الأتية.

المبحث الأول : محتوى القواعد العابرة للحدود

يوجد بمقابل القواعد الوطنية قواعد من نوع خاص تختلف في مضمونها على ماهو معمول به في القانون الدولي الخاص، تمنح للمبادلات التجارية الطابع الدولي يجعلها مستقلة عن قانون دولة معينة، هذه القواعد الغير تشريعية والعابرة للدول [3] يطبقها المحكم إذا تمتع التحكيم بالطابع الدولي.

المطلب الأول : مفهوم القواعد العابرة للحدود

إن اللجوء لقواعد عابرة للحدود في العقد الدولية إثر غياب الارادة دفع بالبعض من ضمنهم الفقيه فوشارد للاِعتقاد أن غياب قانون الإرادة يعّد خيارا سيّئا على مستوى القضاء التحكيمي يجب حله بالرجوع إلى قواعد عابرة للحدود، لهذا يتعين تحديد المقصود منها .

الفرع الأول: التسميات المختلفة للقواعد العابرة للحدود

سعت كل من المنظمات الدولية والهيئات التجارية إلى خلق قواعد مستقلة وموحُدة تحكم النشاط التجاري الدولي بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي السائد في الدولة، هذه القواعد تنبع من العرف التجاري الدولي يسميها أغلب الفقهاء بقانون التجارة الدولية وتطبيقها منوط بقبول الدول لها من خلال إدراجها ضمن نصوصها القانونية، ولقد اِستعمل هذا المصطلح لأول مرة في المؤتمر الأول لغرفة التجارة الدولية 1920[4].

كما سماها الفقيه فوشارد بالقانون المشترك بين الأمم، وكل هذه التسميات تصب في مجرى واحد أنها قواعد لا تعرف الحدود بل تتجاوزها من خلال إعمال قواعد غير وطنية أساسها عادات والأعراف التجارية الدولية تسمى بالقواعد العابرة للحدود.

الفرع الثاني : تعريفها

إن القواعد العابرة للحدود ما هي إلا"مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية ذات الصلة بالقانون الخاص والتي ترتبط بأكثر من دولة واحدة "، وهو

التعريف الذي حاولت الأمانة العامة للجمعية العامة إعطاءه أثناء بحثها في إنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية لسنة 1965.

فهذه القواعد تعبّر على "مجموعة المبادئ المستمدة سواء من البحث في القواعد المشتركة لمختلف الأنظمة القانونية، أو عبارة عن قواعد موضوعية مصدرها دولي يشمل مجموعة الاتفاقيات والعقود النموذجية والشروط العامة المبرمة في مجال معين بالإضافة إلى العرف التجاري الدولي السائد في علاقة معينة"[5]، وهذه التعددية في المصادر تجعل من القواعد خليطا ذو صبغة دولية ليس مستمدا من سلطة أية دولة، تتولى تطبيقها هيئات التحكيم الدولية.

هذه القواعد تمنح سلطة مطلقة للإرادة في التحكيم التجاري الدولي عنه في القانون الدولي الخاص تجسيدا للنظرية الشخصية في معناها الحديث بالابتعاد عن بعض المسائل التي كانت تأخذ بها النظرية الشخصية التقليدية كالعقد المتجرد من أي قانون يحكمه[6]، فصحيح أن المبادلات التجارية قد تخلت عن حكم القوانين الداخلية لكنها تبقى خاضعة للقواعد المادية فرضتها التجارة الدولية، وهذا لا يتفق مع ما هو معمول به في العقد المتجرد من القانون كون عادات وأعراف التجارة الدولية لا مجال لها في هذه النظرية التقليدية.

ومما تقدم تظهر خصوصية القواعد المطبقة في التعامل التجاري الدولي في كونها قواعد مادية دولية تمنح حرية للمحكم في تحديد قانون الواجب التطبيق على النزاع دون أن يكون ملزّمًا باستخدام قواعد الإسناد في قانون وطني معين من جهة أخرى، ولعل وجود هذه القواعد هو الذي أثار الكراهية والعداء للقانون الدولي الخاص من قبل المتعصبين القائلين بوجود قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي.

وأخيرا يتبين أن قانون التجارة الدولية يتضمن كل من القواعد الموضوعية في القانون التجاري الوطني وقانون التجارة الدولية فتتجاوز أحكامه حدود الدول ليحكم العلاقات تنشأ فى إقليم أكثر من دولة أو العلاقة التي تعد دولية وإن نشأت في دولة واحدة .

الفرع الثالث: مبررات الأخذ بالقواعد الدولية

لقد جسدت عدة أنظمة قانونية القواعد الدولية في مبادلاتها التجارية الدولية، هذه الأخيرة بادرت لتعديل قوانينها بما يتماشى ومصالح التجارة الدولية من خلال إدراج وتنظيم التحكيم التجاري الدولي، وسار على هذا الدرب قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1511، وتبعته الجزائر في قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد من خلال نص المادة 1050 بقولها "تفصل محكمة تحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"[7]، فالقضاء التحكيمي سواء كان مقره في الجزائر أوفي أي دولة أخرى يلتزم باحترام إرادة أطراف النزاع الذي تستشف عادة من بنود العقد التجاري الدولي المثار النزاع بشأنه، أو بمقتضى اتفاق تحكيمي مستقل يحدد فيه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[8].

فالفقه الفرنسي اعتمد التفسير الموسع لعبارة قواعد القانون المدرجة في المادة 1496 والتي أخذها المشرع الجزائري حرفيا في المادة السابقة الذكر، إذ لا يجب أن يقتصر مجال تطبيقها على القواعد الوطنية، بل يمتد ليشمل القواعد العابرة للحدود، واستندوا في ذلك كونه لم يستعمل مصطلح التشريع LOI في ذات المادة والتي تعني الرجوع إلى التشريعات الداخلية[9]، على أن البعض يرى إمكانية اللّجوء إليها أمام القاضي الوطني[10] لكن هذا الرأي مشكوك فيه إذ أن مسألة تطبيق قواعد عابرة للحدود أمام القضاء الداخلي تعد من الأمور الصعبة تحقيقها كونها تبعدنا عن فكرة تركيز العقد[11].

وعليه فإن مبررات الأخذ بالقواعد العابرة للحدود في مجال التحكيم التجاري الدولي تكمن في:

1- ليس هناك قانون وطني له الحق دون غيره بالانفراد في حكم العلاقات التي تتصل بعلاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، ومن ثم فإن العلاقات غير الوطنية بما فيها العلاقات التجارية الدولية يجب أن تخضع لقواعد دولية في إطار التحكيم الدولي.

2-وإن تعدد أنظمة التنازع بتعدد الدول يحقق نزعة وطنية ضيقة، ولا يخدم مصلحة التجارة الدولية وتطورها، كما أنه لا يلائم الطبيعة الدولية للمنازعات الخاصة بالتحكيم الدولي.

3-يضاف إلى ذلك، أن الوضع الحالي لتدويل أو توحيد هذه القواعد لم يصل بعد حد الكفاية التي تتطلبه حاجة العلاقات الاقتصادية الدولية وتنوعه، ولا يمكن أن يصل إلى هذا الحد أيضًا لأنه يتعارض مع النزعة الوطنية المحافظة والضيقة .

4-ضف على ذلك أن قواعد الإسناد من وجهة نظر وطنية تنطوي أحيانًا على نوع من التعسف عند ترجيح قانون على آخر من القوانين التي تتصل بموضوع النزاع، وغالبًا ما ينطوي تطبيق هذه القواعد على صعوبات عملية في إعمالها وتفسيرها يستلزم حلها دومًا الرجوع إلى القانون الوطني.

المطلب الثاني: شروط إعمال القواعد العابرة للحدود على التحكيم التجاري الدولي

تعد دولية التحكيم شرطا أساسيا لتطبيق القواعد المادية في مجال القضاء التحكيمي، ولهذا السبب حاول كلا من الفقه والقضاء وضع معايير يتم على أساسها تحديد هذه الصفة، فأوجد معيارين طبِّقا بداية على عقود التجارة الدولية، وقد تم استخدامهما سواء مجتمعين أو منفصلين على التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول : معيار أطراف النزاع

تظهر أهمية تحديد الصفة الدولية للتحكيم التجاري بداية من خلال ما يرتبه هذا الأخير من تطبيق لقواعد ومبادئ لا نجد لها بديلا على المستوى الداخلي ولا تطبقها المحاكم الوطنية، وتعد هذه المسألة من المسائل المعقدة لاختلاف وجهات النظر فقها و قضاءا لهذا وضعت معايير يتم الاستناد إليها، وكانت البداية بالتركيز على أطراف النزاع الذي يتحقق معه توفر العنصر الأجنبي في العقد الدولي المعروض للتحكيم بهدف الفصل في نزاعاته، هذا المعيار استندت له بعض قرارات الهيئات التحكيمية وحتى القضاء الوطني بالإضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية[12] .

ويقصد به أن يكون مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل موجود بالخارج لتتنوع عناصر الاتصال في عدة دول، لكن السؤال الذي يطرح حول ما إذا كانت كل العناصر تعامل على قدم المساواة في تحديد الطابع الدولي؟، وفي هذا الشأن وجد رأيين متناقضين اقتصرا البحث فيهما على العناصر المرتبطة بدولية العقد وليس التحكيم[13]، وبما أن التحكيم وسيلة لفض النزاعات في عقود التجارة الدولية فيمكن تطبيق هذه الآراء على ذات العناصر لكن في مجال التحكيم .

الرأي الأول: أخذ به الفقه التقليدي يقّر بالتسوية بين العناصر القانونية، فيكفي لتوفر صفة الدولية أن يكون هناك ارتباط بأكثر من نظام قانوني من خلال اختلاف جنسية الأطراف أو اختلاف محل الاقامة، لكن ما عيب عليه جموده لأنه يصرف النظر عن أهمية هذه العناصر[14] .

أما **الرأي الثاني**: فيرى فيه الفقه الحديث التفريق بين العناصر الفعالة والغير فعالة، ويمكن على ضوء العناصر الفعالة تحديد الطابع الدولي للعقد، فاختلاف جنسية الأطراف اعتبرته بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية من العناصر المؤثرة على الرغم من معارضة الفقهاء الفرنسيين الذين اعتبروه عنصرا ضعيفا[15]، أما اختلاف محل إقامة أو محل التنفيذ يعدان من ضمن العناصر الفعالة حتى و لو كان الأطراف من جنسية واحدة، لأنهما يؤديان إلى انتقال الأموال عبر الحدود.

وعلى ذلك يتم التركيز في دولية التحكيم التجاري على أطراف النزاع من حيث الجنسية ومحل الإقامة أو مركز إدارة الشركات كعناصر فعالة في تحديد صفة الدولية، وهذا ما تبنته معاهدة جنيف لسنة 1961 في مادتها الأولى وحتى بعض قوانين الدول الأنجلوساكسونية كإنجلترا، إذ نجد أن معاهدة جنيف السابقة الذكر جعلت من اختلاف محل الإقامة ومركز الإدارة من العناصر المؤثرة[16] التي تضفي على التحكيم الطابع الدولي بقولها في المادة الأولى في فقرتها الأولى "تطبق تلك المعاهدة على 1:-اتفاق التحكيم الذي يبرم لحل منازعات نشأت أو يمكن أن تنشأ عن عمليات متعلقة بالتجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو

معنوية لها في وقت إبرام المعاهدة محل إقامة أو مركز إدارة في دولة مختلفة"، وسار على نفس المنهج قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1979 حيث أنذاك حدد الحالات التي يعتبر فيها التحكيم داخليا وماعدا ذلك فهو تحكيم دولي، وذلك بالإستناد إلى طرفي النزاع باعتباره عنصرا مؤثرا، ففي حالة التحكيم الداخلي لابد أن يكون هذا التحكيم بين طرفين بريطانيين وإذا كان أحدهما غير بريطاني فهو تحكيم دولي .

الفرع الثاني : معيار طبيعة النزاع

يعد هذا المعيار معيارا موضوعيا لتعلقه بمصالح التجارة الدولية[17]، فيعتبر التحكيم دوليا إذا كان متعلقا بنزاع دولي بأن يتم التحكيم في دولة ويطلب تنفيذ الحكم في دولة ثانية فيتحقق مد وجزر وتبادل القيم بين الدول[18]الذي تتطلبه مصالح التجارة الدولية.

هذا الاتجاه أخذت به غرفة التجارة الدولية بباريس[19]، كما تبنته أيضا عدة معاهدات من ضمنها معاهدة نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث تنص في مادته الأولى على أنه "تطبق تلك المعاهدة على الاعتراف وتنفيذ الاحكام التحكيمية التي تصدر على إقليم دولة غير الدولة التي تطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها سواء بين الاشخاص الطبيعية أوالمعنوية ... "، والاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، عندما نصت على أن أحكام الاتفاقية تطبق على اتفاقيات التحكيم المعقودة لفض المنازعات الناشئة عن العمليات التجارية الدولية، ونفس المنحى اتخذته اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى في مادتها 25، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[20].

إذ يظهر أن القانون النموذجي يعطي أهمية كبيرة لمكان التحكيم، مسايرا بذلك تشريعات معظم الدول، لكن عندما يتعلق الأمر بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم فإن القانون النموذجي قد خطا خطوة هامة نحو تجاوز المعايير المتعلقة

بالتفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي وأكد على دولية التحكيم، عندما نص في المادة 35 على أن "يكون قرار التحكيم ملزما بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه..."وبالتالي فإن هذا القرار يعترف به وينفذ حتى في الدولة التي صدر على إقليمها.

كما نجد أن القضاء الفرنسي وحتى مشرعه تبنى فكرة تعلق التحكيم بالمعاملات الاقتصادية التي تجري عبر الحدود الدولية في قانون الاجراءات المدنية الجديد في مادته 1492، حيث نص على أنه "يعتبر دوليا التحكيم الذي يثير مسائل تتعلق بمصالح التجارة الدولية"، وعليه فكل عمليات الإنتاج والتوزيع ونقل القيم المنقولة المادية والمعنوية وعمليات الوكالة والخدمات التجارية الدولية تدخل في نطاق التجارة الدولية، وكل نزاع ينشأ عنها يمكن إبرام عقد التحكيم في شأن فضه[21]، وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في موقفه أثناء تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، باعتماد معيارا أوسع وهو المصالح الاقتصادية لدولتين ودفع البعض إلى القول أنه يعلن فيه تخليه عن المعيار الاقتصادي البحت لصالح معيار يربط هذه المصالح بالدول من حيث المصلحة الاقتصادية ومن حيث تعدد الجنسيات والمواطن[22] بقوله في المادة 1039"يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون،التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"

الفرع الثالث: الجمع بين المعيارين

إن المرحلة الانتقالية بين المعيارين دفعت لوجود فكرة التكامل بينهما لاكتساب صفة الدولية وتبريرهم لذلك أن العقد الخاضع للتحكيم التجاري الدولي يكون دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني وتحققه لمصالح التجارة الدولية.

وأهم هذه القضايا نجد قضية هشت الذي صدر قرار بشأنها في 04 جويلية 1972[23]، وقضية أخرى تتصل بالتحكيم صدر قرار محكمة النقض فيها بتاريخ 1984/11/09[24]أين تم التركيز على المعيارين في آن واحد واعتبرت أن "العقد الذي يبرم بين شركتين تجاريتين سويديين وشخص فرنسي هو دولي، يتصل بأنظمة

قانونية مختلفة تعود إلى عدة دول ....وموضعه الأساسي هو اعطاء صلاحيات لوكيل بالقيام في فرنسا بأعمال قانونية باسم شركات أجنبية بهدف تنشيط الاستيراد إلى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج، فالبند التحكيمي الذي يرد في هكذا عقد، مهما تكن طبيعة الالتزام هو بند مشروع بسبب الاستقلال الذي يقتضي الاعتراف به لهذا البند بالنسبة للعقد الأساسي".

هذا الاتجاه كانت قد تبناته الجزائر لسنوات بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل لقانون الإجراءات المدنية[25] بقولها في نص المادة 458 مكرر أنه "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"، وهذا ما جاء به القانون الفرنسي في المادة 1492 من قانون الاجراءات المدنية قبل تعديله وأخذه عنه القانون الجزائري ليكون قد ادخل المنهج التنازعي التقليدي في قانون التحكيم الجزائري[26]، وهكذا فالنصوص الجزائرية لم ترتكز لسنوات على الطابع الدولي للعملية فحسب ولكن ترتكز كذلك على عنصر أجنبي يتعلق بموطن أحد الأطراف على خلاف مجموعة من التشريعات العربية[27]، لكنه أحدثت تغييرا جذريا مؤخرا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية وفق ما تم تبيانه لكن رغم ذلك لم يضع معيارا أو تعريفا صريحا لكلمة التجارة الدولية كما فعل القضاء الفرنسي بأخذه للتفسير الموسع، حيث اعتبر في حكم له أن عمليات نقل البضائع من دولة لأخرى تخضع للتحكيم الدولي[28].

المبحث الثاني : حالات تطبيق القواعد العابرة للحدود على التحكيم التجاري الدولي

قد يلجأ المحكم الدولي إلى تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية التي تعد من المصادر الأساسية للقواعد العابرة للحدود لأن الخصوم أرادوا ذلك، وفي بعض الأحيان قد تسكت الإرادة عن ذلك فيجد المحكم نفسه مضطرا للفصل في النزاع مستندا لتلك القواعد.

المطلب الأول: اختيار الخصوم تطبيق القواعد المادية الدولية

بما أن التحكيم عدالة اتفاقية يتفق فيها الأطراف على خضوعهم للتحكيم فمن باب أولى أن تتولى الإرادة إعمال القواعد المادية الدولية، وهذا ما جسده الموقف الدولي وحتى الوطني، فيا ترى ماهي طبيعة اختيار الأطراف لتلك القواعد؟

الفرع الأول: الأساس القانوني

قد يكون تطبيق المحكم أو الهيئة التحكيمية لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع نتيجة لاستنتاج المحكم الدولي لاتجاه نية الأطراف إلى خضوع منازعاتهم لمثل هذه القواعد[29]، مما جعله ذلك يتمتع بسلطات واسعة مقارنة بالقاضي الوطني[30]، كأن يختار أطراف النزاع التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية وطبقا للائحتها بقصد تفسير بعض المفاهيم القانونية الوطنية على ضوء ما يجري عليه العمل فيها، وبعبارة أخرى يكون اللّجوء إلى عادات وأعراف التجارة الدولية من جانب المحكم بقصد إعطاء المفاهيم القانونية ذات الصبغة الداخلية طابعا ينسجم مع معطيات وضرورات التجارة الدولية، ويبعدها بالتالي من الاعتبارات الداخلية البحتة مثل أثر القوة القاهرة وفكرة فسخ العقد....

وهذه الحرية المطلقة للخصوم جسدتها الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على المستوى الإقليمي، نذكر منها اتفاقية جنيف الصادرة في تاريخ 21 أفريل 1961 التي أقرت في المادة السابعة الفقرة الأولى "أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع ...."، ويقترب من هذا الحكم كل من المادة 42 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى المعروفة باسم اتفاقية B.I.R.D، واتفاقية نيويورك لسنة 1958.

دون أن ننسى وجود قواعد تحكيمية للجنة الأمم المتحدة التي تتطابق في حكمها مع ما أقرّته الاتفاقية الأوروبية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 من خلال نص المادة 33 الفقرة 1 و2 التي أعطت الحرية الكاملة للطرفين

لتحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة السكوت طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، وفي الحالتين يراعي المحكم أو الهيئة التحكيمية شروط العقد من جهة، ومن جهة أخرى عادات وأعراف التجارة الدولية الجارية[31].

ولم يتوقف هذا الإعتراف على الصعيد الدولي، إذ نجد أن تطبيق قانون التجارة الدولية بطلب من الخصوم نصت عليه التشريعات الداخلية لكثير من الدول كما ذكرنا سابقا.

الفرع الثاني - طبيعة اِختيار الخصوم للقواعد المادية الدولية

وبما أنّ المشرع في الجزء الأول من المادة 1050 ترك هذا الاختيار على عموميته، لهذا اختيار الخصوم لقواعد عابرة للحدود قد يتم التعبير عنه بصريح العبارة ضمن بنود العقد التجاري الدولي أوبموجب اِتفاق التحكيم عن طريق استعمال أحد المصطلحات التي تثبت إقرار تطبيق قانون التجارة الدولية على موضوع النزاع كإعمال قواعد قانونية معروفة بين المتعاملين الدوليين، أولجوء الأطراف للقواعد المشتركة بين عدة أنظمة قانونية...، كل هذه الاحتمالات تعبّر بالدرجة الأولى على المبادئ العامة للقانون التي أقرها القانون الوطني.

ويتقيّد المحكم على إثر ذلك بما اختاره الخصوم صراحة، وهذا ما أكّدته المحكمة التحكيمية في قضية فصل فيها في سنة 1971 حيث أقرت هذه الأخيرة أنه "لا يمكن للمحكم أن يستبدل القانون المختار من الأطراف صراحة بقانون آخر يختاره دون عذر مقنع لذلك، خاصة عندما يكون الاختيار واضحا لا يدع مجالا للالتباس"[32]، لكن هذا لا يدفعنا لعدم تقييد الأطراف في بعض المسائل التي تكون معارضة للقواعد القانونية لدولة معينة التي من المفروض أن تكون مستبعدة لو عرض النزاع على قاضٍ وطني، فقانون الإرادة مقيد بالنظام العام في الدولة التي سينفذ القرار التحكيمي على إقليمها.

كما لا يوجد ما يمنع المحكم الدولي من البحث عن الموقف الذي اتّخذه الخصوم ضمنيا لأجل استظهار نيتهم بتقرير تطبيق عادات وأعراف التجارة

الدولية بطريقة غير مباشرة، فللمحكم سلطة تقديرية في هذا الشأن شرط أن يكون الاستنتاج على سبيل التأكيد دون الشك في فحواه[33]، ويتحقق ذلك بالاستناد إلى قرائن نسبية يختلف ترجيحها باختلاف المحكمة التحكيمية فمثلا في السابق كان الاجتهاد التحكيمي يعتبر مقر التحكيم قرينة قوية يستند لها في حالة سكوت الخصوم صراحة على تحديد قانون معين[34]، لكن غيّر موقفه في حكم صدر سنة 1988 وإعتبر فيه إختيار لندن كمقر للتحكيم واللغة الإنجليزية باعتبارها لغة العقد لا يشكل قرينة على نية الأطراف في إخضاع النزاع للقانون الإنجليزي[35]، ويرجع هذا التردد إلى امكانية أن يكون الاختيار عرضيا أو لإختلاف مكان انعقاد المحكمة لأول مرة ومكان صدور القرار التحكيمي في بعض القضايا، لهذا أفضل مثال للتعبير عن الارادة الضمنية اختيارهم الرجوع إلى عقود نموذجية وليدة أعراف وعادات في بيئة معينة باعتبارها قواعد موضوعية خاصة بالعقود.

لهذا يتعين تسوية الإرادة الصريحة بالضمنية شرط عدم وجود مجال للشك في هذه الأخيرة، لأن العكس يدفع المحكم لإستبعاد، ولتفادي هذا الاحتمال يفضل البحث بوجه يقين على الإرادة في فحوى العقد، أما إذا لم يتأكد يمكنه الاستدلال بالظروف المحيطة بالتعاقد .

المطلب الثاني : اعمال المحكم لقانون التجارة الدولية

قد يستند المحكم لقواعد عابرة للحدود كاحتمال ثانٍ يرجع له في حالة سكوت الأطراف المتنازعة عن اختيارها، إذ بالرغم أن المحكم ليس طرفا في النزاع لكن سمح له بلعب دور إيجابي في هذا النوع من التحكيم مقارنة بالتحكيم الداخلي في عدة أنظمة قانونية وطنية بما فيها القانون الجزائري.

الفرع الأول : الاعتراف بمبدأ إستقلالية المحكم إتجاه منهج تنازع القوانين

يستـند التحكيم في تطبيق القواعد المادية على مبررات عملية فرضتها المبادلات التجارية الدولية وأخرى قانونية استلزمتها القوانين الوطنية كوسيلة لتدويل العقد محل النزاع بالدرجة الأولى[36]، لكن قد يجد نفسه مضطرا لتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع بعيدا عن منهج التنازع عند عدم وجود الإرادة

أو بوجودها في بعض الأحيان، وقد تأكد له هذا الدور من خلال نصوص تشريعية داخلية وحتى الاتفاقيات الدولية، لهذا نجد المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية والادارية في جزئها الثاني تنص أنه "...وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

فالملاحظ من هذه المادة أنها سارت على درب قانون الاجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1511[37]، هذا الأخير أعطى المحكم الحرية اللاّزمة للاختيار إلى درجة امكانية صدور حكم التحكيم رجوعا للقواعد المادية الدولية حتى ولو لم يختاره الأطراف المتنازعة أو قاموا بالاختيار لكن اقتصر على تطبيق القانون الوطني، إذ يبقى الاحتمال واردا في تطبيقها رغم وجود منهج التنازع إلى جانبها في افتراض الثاني، لكن الاعتراض يكمن في إدراج المادة 1050 السالفة الذكر الأعراف إلى جانب قواعد القانون، هذا الفصل نجده غير مبرر له خاصة وأن التفسير الموسع لقواعد القانون يلزم الرجوع إما لقواعد القانون التابعة لدولة معيّنة أو لأعراف التجارة الدولية باعتبارها المصدر الأساسي لقواعد قانون التجارة الدولية[38]، مما يدفعنا للتساؤل حول المغزى من هذا التكرار؟ وإذا كان يعني به عدم اِشتمال قواعد القانون أعراف التجارة الدولية مع العلم أن المشرع يرى عكس ذلك، أو بتعبير آخر أنه يعتبر الأعراف مستقلة عن مصادر قانون التجارة الدولية.

لكن حسب اعتقادنا أن هذا التكرار ما هو إلا تعبير عن أهميتها، خاصة وأن الواقع أثبت اعمالها في عدة أحكام صدرت عن محكمين بالرغم من أنها لم تصل بعد إلى درجة اعتبارها نظام قانوني متكامل يأتي بالتوازي مع القانون الداخلي للدول، أضف أن القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في مادتها السابعة واتفاقية جنيف لعام 1961 اعترفت بها، لهذا يظهر دور المحكم مرتبط طرديا مع دور الإرادة فيتسع عند اتساع اسناد اختيار القانون الواجب التطبيق لها ويضيق عندما يضيق هذا الاسناد[39].

ويتضح من المواقف الدولية وحتى الوطنية اتفاقها على تمتع المحكم بالحرية الواسعة وإعتمادها على الدور الإيجابي لهذا الأخير في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال عدم إقتصار الاختيار على اتّباع منهج التنازع .

الفرع الثاني : حالات رجوع المحكم لأعراف التجارة الدولية

يوجد حالات يقوم فيها المحكم بالرجوع لأعراف التجارة الدولية هي:

-**الحالة الأولى:** سكوت الخصوم عن الاختيار يدفع إلى انتقال السلطة للمحكم، فيتمتع هذا الأخير بحرية الاختيار على ضوء ما يراه ملائما لطبيعة النزاع وبعيدا عن الضوابط المقيدة له التي من بينها تطبيق النظم القانونية الوطنية ذات الصلة بموضوع النزاع[40]، فقد يرى المحكم أن النزاع من المفروض أن يخضع لقواعد مادية تتمتع بصفة الدولية فيطبقها، كما فعل الإجتهاد القضائي الفرنسي لتأكيد استناده لقواعد عابرة للحدود في حالة سكوت الأطراف بدلا من قواعد دولة ما وذلك في عدة أحكام له نذكر الحكم الصادر في 09 ديسمبر 1981 (41)والآخر في 09 أكتوبر 1984[42] .

-**الحالة الثانية:** يختار فيها الخصوم تطبيق قانون دولة معينة على موضوع النزاع ويتدخل فيها المحكم بتطبيق القواعد الدولية احتراما لإرادة جماعية لمجتمع التجارة الدولية، فيجزأ القانون المطبق بين القواعد القانونية والقواعد المادية هذا الفرض يكون سببه عادة النقص الموجود في العقد الذي يستحيل سده إلا رجوعا لأعراف التجارة الدولية إلى جانب القانون المختار، لكن قد يثور في هذه الحالة مسألة تعارض القانون المختار من الخصوم وهذه الأعراف، فكيف يحسم هذا التعارض؟، في هذه الحالة يغلب اختيار الأطراف على إرادة المحكم تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة خاصة أن هذه القواعد ذات طابع مكمل للإرادة.

-**الحالة الأخيرة:** حلول القواعد المادية محل القانون الداخلي المختار[43]، وهي حالة تعد استثنائية ممنوحة للمحكم أسوة بالقاضي الموضوع يستبعد فيها اتفاق الخصوم على تطبيق قانون وطني متى كان مخالفا للنظام العام الدولي لتحل محله أعراف التجارة الدولية.

فالنظام العام الدولي نجده مختلف عن قيد النظام العام الداخلي من حيث وظيفته المادية[44] المرتبطة بحماية المصالح العليا للمتعاقدين، وبذلك يمثل أثراً مخففاً لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، كإدراج بند الدفع بالذهب المخالف للنظام العام الداخلي للقانون المختار فيعتبره المحكم صحيحا ومنتجا لآثاره إعمالا لفكرة النظام العام الدولي، لكن إعمال هذه الفكرة يصطدم مع تطبيق هذا الحكم التحكيمي في دولة معينة مما يجعل المحكم مضطرا لمراعاة أحكام النظام العام الوطني في الدولة المتوقع تنفيذ الحكم فيها[45] بهدف الحصول على الصيغة التنفيذية، لهذا حسم قانون الاجراءات المدنية الجزائري المسألة السماح بإعمال النظام العام الدولي إذا اثبت المتمسك به وجوده بنصه في المادة 1051 الفقرة الأولى أنه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"[46].

المبحث الثالث : مصادر القواعد العابرة للحدود

تحتل أعراف التجارة الدولية الصدارة ضمن مصادر القواعد العابرة للحدود لتأتي بعدها مصادر أخرى أقل درجة منها لكن ليس أقل أهمية، كلها قواعد عرفية فرضتها التعاملات التجارية الدولية.

المطلب الأول : عادات واعراف التجارة الدولية

تعتبر عادات وأعراف التجارة الدولية أهم مصادر القواعد المادية كونها قواعد متكررة تنشأ في وسط تجاري أو مهني واحد مما يجعلها لا تنتمي لدولة معينة، فإذا إختلف هذا الوسط اختلفت معه القواعد لذا نجد المشرع الجزائري أولى لها أهمية كبرى من خلال إدراجها في المادة 1050 السابقة الذكر وعدم ترك عبارة قواعد القانون المدرجة في المادة على عموميتها .

ونظرا لما تكتسيه هذه القواعد من أهمية عرفها الفقيه غولدمان على "أنها قواعد من صنع ممتهني التجارة الدولية مباشرة ودون تدخل تشريعي فيها، تفرض نفسها كقواعد قانونية لها بيئتها وخصائصها الملزمة على الأشخاص المخاطبين بها"[47]، فالمحكم الدولي إما أن يطبق هذه العادات نزولا عند إرادة المتعاقدين، أو

بالتطبيق المباشر بالتالي يصعب على المحكم تجاهلها بوصفها القانون الواجب التطبيق على علاقات التجارة الدولية[48].

كما رأى الفقيه فليب كان PHILIPPE KHAN أن يبرر الأخذ بها بأنه لا يكفي وجود علاقات اقتصادية دولية منظمة بمقتضى عقود، لكن يظهر قانون مادي مستقل يحكم التجار، بل يجب على منظومة السوق الدولية أن يشكلوا وحدة متجانسة يمكن معها الاحساس بوجود تضامنا مهنيا بين أعضائها من خلال قيامهم بوضع حلول متجانسة بشأن المسائل المعروضة عليه[49].

ومما ذكرناه يعتبر الرجوع إلى عادات وأعراف التجارة الدولية في التحكيم بمثابة القانون القاضي للمحكم المعروف بـLEX FOR[50]، خاصة وأنه لا يصدر حكمه عند النظر في موضوع النزاع تحت سلطة دولة معينة حتى ولو كانت هذه الدولة تمثل قانون جنسيته، فالقاعدة التي تقرّ أنّ اِختيار القاضي يؤدي إلى اختيار قانونه تجد مداها في التحكيم التجاري الدولي بطريقة غير مباشرة نظرا أنه قد بات من العسير على قضاء التحكيم بوصفه قضاء أصيلا للعولمة وبالتبعية لمجتمع التجارة الدولية الذي أصبح واقعا لا يمكن إنكاره أن يتجاهل عادات وأعراف التجارة الدولية والتي نشأت بطريقة تلقائية، والتي تشكل منهجا قانونيا مثله مثل باقي المناهج الأخرى.

المطلب الثاني: المصادر الأخرى لقواعد العابرة للحدود

يوجد إلى جانب أعراف التجارة الدولية كل من العقود النموذجية ومصطلحات التجارة الدولية وحتى المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة يتم اِعمالها كمصادر لقواعد عابرة للحدود اذا اختارا الخصوم صراحة أو ضمنا تطبيقه أو تتولى الهيئة التحكيمية هذه المهمة.

الفرع الأول: العقود النموذجية

وهي الوثائق الشائعة المتضمنة بصفة مفصلة الشروط العامة لنوع معين من العقود، فتقنن في شكل نماذج مطبوعة تلتزم بها جماعة من التجار في تعاملاتها وتتناول مرحلة تكوين العقد وحتى انتاجه للآثار القانونية كالعقود الصادرة عن جمعية لندن لتجارة الحبوب التي تولدت عنها عقود من هذا القبيل،

فهي قواعد ناتجة عن واقع مهني يربط بين المتعاملين، وهذا ما يفرقها عن العقود النموذجية الداخلية التي يختار الأطراف تطبيقها، هذه الأخيرة لا تقصي القانون عن دوره ولا تحتل الإرادة مركز الصدارة عن القانون[51].

الفرع الثاني: مصطلحات التجارة الدولية أو ما يسمى بـ incoterms

هي مصطلحات فرضتها الطبيعة الدولية للعلاقات، فكما في العقود الداخلية يلجأ إلى تفسير التعبير المدرج في العقد كذلك في عقود التجارة الدولية يتم الرجوع لمفاهيم حددتها بيئة ذلك التعامل، بالتالي يقصد بمصطلحات التجارة الدولية المفاهيم القانونية والتفسيرات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية كمثلا مصطلح F.O.B المتعلق ببيوع التجارة البحرية، وخصوصية هذا المصدر تكمن في تمتع هذه القواعد بالطابع الاختياري لها فيمكن عدم تمسك الأطراف بها مما يجعلها غير ملزمة كما حددتها بصفة صريحة مقدمتها[52]، لكن الواقع أثبت استعمالها في العلاقات العقدية لتسهيل فهم وتفسير ما أراده المتعاقدان .

الفرع الثالث: تطبيق المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والانصاف

تعرض هذا المصدر لنقاش بين الفقهاء حول مدى اِعتباره مصدرا للقواعد المادية، ويرجع هذا الاِختلاف إلى أن قواعده داخلية تعبر على مبادئ مشتركة بين الدول يتم تطبيقها على الصعيد الدولي[53]، وهذا لا يتماشى مع الطبيعة المستقلة لقانون التجارة الدولية من جهة كما يمكن للمحكم التعسف تحت ستاره فضلا على عموميتها من جهة أخرى.

لكن الرأي الراجح يدخله ضمن المصادر بل أبعد من ذلك جعلها تبين رغبة الخصوم على تدويل العقد لوجودها ضمن نصوص معظم الدول بدليل وجود قضايا فصل فيها رجوعا للمبادئ العامة للقانون نذكر قضية sapphire هذه الأخيرة لم يبين فيها مدى علاقتها بالنظام القانون الدولي أو بالنظم الوطنية لدرجة أثارت معها الشك حول تبنيها كنظام قانوني مستقل، وتحكيم aramco لعام 1957 أين طبقت تلك المبادئ على الرغم من وجود نص صريح يشترط تطبيق قانون وطني[54]، لكن تطبيق هذه المبادئ يثير عدة مشاكل من بينها صعوبة

الكشف عنها، إذ يحتاج إظهارها إلى تحليل مقارن لعدة قوانين مما يؤدي إلى اختلاف مفهومها من محكم إلى آخر.

ونجد نفس النقاش ثار بشأن قواعد العدالة والإنصاف لكن الإختلاف يكمن في أنها شعور نفساني يطبقه المحكم بطلب الخصوم تحقيقا لتوازن العلاقات والطمأنينة لدى المتعاملين بها لذلك رجحها الفقه كمصدر آخر، لكن ينبغي عدم تجاهل ما تنطوي عليه تلك القواعد من عمومية وعدم تحديدها الذي قد يعرض الخصوم لخطر الابتعاد عن توقعاتهم ويحرمهم من الأمان القانوني، ولعل التحكيم الدولي نفسه يعرض عن تطبيقها لهذا السبب حتى مع وجود إرادة صريحة تخوله صلاحية ذلك التطبيق[55].

لهذا نعتقد أن المشرع الجزائري عند ذكره لعبارة قواعد القانون لم يقصد إقتصارها على عادات وأعراف التجارة الدولي بل تشمل المصادر الأخرى، هذه المصادر لا تقلّ أهمية عن سابقتها قد يلجأ لها المحكم لإصدار الحكم التحكيم أحيانا حتى ولو لم يطلبها الخصوم.

خاتمة

يعتمد المحكم على القواعد العابرة للحدود في اصدار أحكامه كخيار يلجأ له لعدم ملائمة النظام القانوني الوطني لحكم المبادلات التجارية الدولية، لكن هذه القواعد يشوبها نوع من الغموض باعتبارها نظاما غير محدد فغالبية قواعده ذات طابع مكمل لإرادة المتعاقدين، فالواقع أثبت أنها لم تصل درجة اعتبارها نظام قانوني متكامل، عدا أنها ذات طابع إتفاقي، أضف إلى ذلك عدم كفايتها للنظر في مختلف جوانب النزاع كالجانب المتعلق بأهلية الأطراف أو سلامة الرضا ...، فهي قواعد دولية موحدة لكن مشكلتها غير مقننة، أضف إلى ذلك أنه لا يتم تسبيب ونشر أحكام التحكيم الصادر على أساسها مما يصعُب من مهمة الكشف عنها.

وبالرغم من ذلك نعتقد من جهتنا أن العلاقات التجارية الدولية تحتاج إلى قواعد عابرة للحدود ممّا يفرض على المحكم تطبيقها للفصل في النزاع باعتبارها الأكثر ملائمة لوضع حلول تتماشى ومصالح التجارة الدولية بعيدا عن الحدود التي يفرضه

القانون الوطني،ويكون ذلك متى طلبه الخصوم أو رأى في تلك القواعد ضرورة ملحة، على أن فكرة النظام العام قد تثار كونها ليست حكراً على القانون الداخلي، لكن لها مفهوم واسع أمام التحكيم إلى درجة اِعتبار بعض بنود العقد الدولي صحيحة رغم بطلانها أمام القاضي الوطني إذا كان مختصا.

وعليه يبقى قانون التجارة الدولية ذو طبيعة متغيرة إلا أن قواعده تتمتع بفعالية القواعد القانونية من حيث اِلزاميته وتكراره من قبل المتعاملين في عقود التجارة الدولية عند عرض النّزاع على التحكيم .

الهوامش

1- يرى الدكتور أبو زيد رضوان في مؤلفه الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981، ص 21 :" أن التحكيم التجاري الدولي قد ارتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب وازدهر بازدهار هذه التجارة، حيث كانت المرجع الخصب لإنماء وتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي ، ونتيجة لزيادة معدلات التجارة الدولية ونموها وازدهارها واتساع أسواقها نتيجة لزيادة وسهولة المواصلات والاتصال عبر القارات وانتشار العقود النموذجية والشروط العامة لتسليم البضائع، بدأت العلاقات التجارية الدولية تبتعد تدريجيا عن سيطرة قانون الوطن ".

2- تبناه مؤخرا فقد كان قانون الاجراءات المدنية القديم الامر 66-154 يرفضه من خلال المادة 442 التي تحرم على الاشخاص العمومية اللجوء الى التحكيم، لكن عدلت الفقرة الاخيرة منها وأصبح يمكن اللجوء اليه في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية أي التحكيم التجاري الدولي من خلال المادة 458 مكرر من قانون الاجراءات المدنية المعدل بموجب االمرسوم 09/93، أما قانون الاجراءات المدنية الجديد فقد كان أوسع من ذلك بحيث سمح للخواص في اللجوء للتحكيم من خلال نص المادة 1006 .

3- B.Goldman : Frontière du droit et lex mercatoria , arch .phil.dr. 1964 , P 177 et s ; B.Goldman : Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux , JDI 1979 , P 475 .

4- كمال ابراهيم : التحكيم التجاري الدولي "حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة 1991، ص 153 .

5- ان قواعد العابرة للحدود تهدف لتوحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية أوإلى توحيد قاعدة الإسناد في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على البيع التجاري الدولي، ولذلك تتجه المعاملات التجارية الدولية إلى خلق الشكل النموذجي للعقد الدولي.

6- Level : Le contrat dit sans loi , trav.com. fr .dr .int.pr . 1964-1966 , Dalloz , P 209 .

-أحمد القشيري : الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 21، 1965، ص63 وما بعدها .

7- المادة 1496 تقابلها المادة 1511 بعد تعديلها بمقتضى المادة الثانية من المرسوم 48/2011 ، وصياغتها باللغة الفرنسية كالتالي :

Article 1511 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2 " Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce "

8- أبو زيد رضوان : الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الرابع، "القانون أوالقواعد التي تحكم موضوع النزاع"، مجلة الحقوق، السنة الرابعة، العدد 1 –3-1980، ص 14 .

9- Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard , Berthold Goldman : Traité de l'arbitrage commercial international , LITEC , Delta 1996 , P803 .

10- Amar Zahi : L'état et l'arbitrage (étude comparée) principalement du droit des états arabes, thèse pour le doctorat d'état, Orléans 1979 , P 216 .

11- جاء بهذه الفكرة الفقيه باتيفول بجعل قانون الإرادة يخضع لفكرة التركيز الموضوعي للعقد سواء كان صراحة أو ضمنيا المناقض لفكرة التركيز المادي الملموس، لأن هذا الأخير يجعل من هذا القانون يخضع للعقد وليس العكس مما يمنح للأطراف الحرية الكاملة إلى درجة جعل القانون مجرد شرط تعاقدي وهذا ما لا يمكن تصوره، لمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية أنظر:

-Henri Batiffol, Paul Lagarde : Droit international privé,Tome 2, sixième édition 1976, P236.

-Pierre Mayer : Droit international privé, 6eme édition, Montchrestien 1998, P 455

12- من ضمن هذه الاتفاقيات هناك اتفاقية لاهاي الصادرة في 1986/12/22 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع في مادتها الأولى الفقرة الأولى بقولها :"أن الاتفاقية تطبق عندما يكون تمركز الأطراف في دول مختلفة".

13- فرغم اتفاق غالبية الفقهاء على أن مسألة الدولية هي مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي وخاصة تطبيق قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي، لكن تأكيده من قبل محكمة النقض الفرنسية جاء متأخرا وبطريقة ضمنية بوضع معايير لصفة الدولية أنظر في ذلك :

Marie Niboyer-Hoegy : Contrats internationaux , J.CL.D.INT.1993 , Fas 552-30 , article 1134-1135 , P 09 .

14- هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية ومقارنة) منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة 1995، ص 60.

15- Jean-Michel Jacquet : Principe d'autonomie et contrats internationaux , publie avec le concours du ministere des universites *ECONOMICA* 1983 , P 253 .

16- هذا الموقف نجده مجسد في القانون الدولي الخاص السويسري الصادر 1987 في المادة 176 الفقرة الأولى والتي تؤكد على أن التحكيم يعتبر دوليا إذا كان أحد طرفيه ليس له محل إقامة في سويسرا.

17- لقد استعمل المشرع الجزائري هذا الاصطلاح لأول مرة في المادة 458 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل لقانون الاجراءات المدنية، دون أن يحدد المقصود منه .

18-Sylvie Graumann-Yettou :Guide pratique du commerce international, librairie de la cour de cassation 1997, LITEC, P 279 ;Tony maalouli : La notion du contrat, Sous direction internet www.dm.net.ib

19 - Jean Robert : L'arbitrage – droit interne, droit international privé , dalloz 1993, P 426 .

20- صدر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ 21 يونيو1985، ويعتبر في المادة الأولى الفقرة الثالثة التحكيم دوليا إذا: أ-كان مقرا عمل طرفي التحكيم، وقت عقد الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين.

ب- إذا كان احد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:- مكان التحكيم إذا كان محددا في اتفاق التحكيم أو مطابقا له، - أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

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

21- اعتبر القضاء الفرنسي مصالح التجارة الدولية معيارا أساسيا، ويظهر ذلك جليا من خلال حكمين صادرين عن محكمة النقض الفرنسية من أجل عدم إبطال شرط تحكيمي في العقد رغم أن القانون الفرنسي وفقا لنص المادة 1006 من قانون المرافعات يحضره، وذلك في قضية ماردول mardele الصادر فيها الحكم في 1930/02/27 ووقائعها أن عقد أبرم في فرنسا بين فرنسي وكان موضوع العقد هونقل بضائع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى ميناء فرنسا مع اشتراط الأطراف عرض النزاع على التحكيم(voir -cass.19/02/1930 Sirey 1933.Tome1 P41)، وقضية دامبريكوت dambricourtالتي صدر الحكم فيها في 1931/01/27(319 . P 1981 droit international privé -rev.crit.voir aussi)

22- عبد السلام ذيب : قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد، موفم للنشر 2009 ص 429

23- Oppetit: 04 juillet 1972, JDI 1977, tome ll , P.843; P . Level : Rev Crit DIP 1984 , P .82 .

24- Paris 09 novembre 1984 : Clunet 1986 , P 1939 , note : Loquin

25- هذا المرسوم جاء ليعدل ويتمم الأمر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 27 بتاريخ 27 أفريل 1993، ص 58.

26- عليوش قربوع كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ط 2، سنة 2004، ص 30وما بعدها.

27- وبالنسبة للدول العربية التي تأثرت قوانين التحكيم بأنظمة قانونية اللاتينية والأنجلوساكسونية وحتى الاتفاقيات الدولية، نجد البعض منها يأخذ بمعيار المكان الذي يجري فيه التحكيم كالقانون الكويتي في المادة 4/182 منه، وبعضها تبنت أكثر من معيار كالقانون المصري في المادة 03 الذي يأخذ بالمعيار الموضوعي القائم على موضوع النزاع المعروض على التحكيم باشترط أن يكون متعلقا بالتجارة الدولية، وبالمعيار الإجرائي المنقول من القانون النموذجي بحيث اشترط وجود أحد المراكز الرئيسية لأعمال كل من طرفي النزاع خارج الوطن، أو اتفق الطرفان إلى اللجوء لمنظمة تحكيم دولية، أو إذا كان موضوع النزاع **يرتبط** بأكثر من دولة، أو إذا كان المركز الرئيسي لأعمال الطرفين داخل الدولة وكان مكان إجراء التحكيم أو مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة بين الطرفين، أو المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، وهذه المعايير أخذ بها

قانون تحكيم سلطنة عمان في المادة 25، أما المشرع المغربي فقانون رقم 05-108 تطرق لدولية التحكيم في الفصل 37وأخذ بالمعيار الاقتصادي وأضاف مؤشرات أخرى للاستدلال رغبة في توسيع نطاقه بأخذه لمصطلح التجارة الدولية.

28- Cass .Civ.17Mars 1927 affaire Matter ;D.P.1928 P.25 , note Capitani

29- فالتطور الحاصل في العلاقات التجارية الدولية أدى إلى تكريس قواعد لم تنص عليها المادة 18 من القانون المدني الجزائري،هذه الأخيرة أقرت ضرورة تطبيق قانون دولة معينة لها صلة وثيقة بالعقد أو المتعاقدين، والتصدي للبحث عن هذا القانون يتم بالرجوع إلى نية الأطراف المتنازعة التي قد تكون من السهل تفسيرها إذا كانت صريحة على عكس الارادة الضمنية .

30- يوجد اتفاق على أن التحكيم التجاري الدولي يختلف عن القضاء الوطني في عدة جوانب أهمها الحرية الممنوحة للأطراف المتنازعة وحتى المحكم في اختيار تطبيق قواعد دولة معينة أو قواعد مشتركة بين أكثر من دولة أو خليطا من القواعد القانونية غير تشريعية، انظر في ذلك سامي بديع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بيروت 1992، الطبعة الأولى، ص 513.

31- عبد المجيد منير : المرجع السابق، ص157 .

32- Y.derains : JDI1974 , sentence n1512 : « l'arbitre n'a pas le pouvoir de substituer son propre choix a celui des parties des lors qu'il existe un choix express , clair et sans ambigüité et qu'aucune raison valable n'a été invoquée pour qu'il soit refusé de donner effet a un tel choix » .

33- Y.Derains : J.D.I. 1977 ,P 947 .

34- Y.Derains :op cit , P 800 .

35- ¨ le choix de Londres comme lieu de l'arbitrage et de l'anglais comme longue de contrat ne constitue pas par lui-même une indication de l'intention des parties de soumettre la validité de l'accord arbitral a la loi anglais ¨ , Voir Bull.CCI.Vol.n 02,1990, P 22 .

36- Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman : Traité de l'arbitrage commercial international , Edition LITEC et DELTA 1996 , P 814 et S

37- Article 1511 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2 " Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ".

38- هذا الموقف مأخوذ حرفيا من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد المادة 1511 السالفة الذكر على الرغم من أن المادة 1496 الفقرة الثانية من ذات القانون قبل تعديلها لم تدرج الأعراف .

39- أحمد السمدان : التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق المصرية 1993، العدد الأول، السنة الرابعة، ص 195 .

40- السلطة التقديرية الممنوحة للمحكم تضعه بين عدة خيارات إما اختيار قانون وطني قد تكون له علاقة موضوعية بالدعوى، أو قانون محايد أوعدة قوانين في نفس الوقت ويدخل ذلك ضمن الأسلوب الجامع لتطبيق قواعد التنازع على حسب رأي الفقيه فوشار وغولدمان، لكن هذا الأسلوب له سلبياته فالمحكم قد يقع في صعوبة تغليب أحد هذه القوانين على القوانين الأخرى المتبقة لذلك وجد ما يعرف بقانون التجارة الدولية، لمزيد من التفاضيل حول الخيارات التي يمتلكه المحكم انظر :

Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman : opcit , P 885 .

41- Cass 2^{e} civ 09 Dec 1981 Fougerolle , JDI 1982, P 931 note B.Oppetit ; G.Coucher : Rev.Arb.1982 , P 183 .

42- B .Dutoit : Rev .Crit.DIP 1985 , P 551 ; B .Goldman : Rev.Arb.1985 , P 431 .

43- هذه الحالة ليست خروجا عن القاعدة التي أقرتها المحكمة التحكيمية في قضية فصل فيها في 1971 أين تقرر فيها أنه "لا يمكن للمحكم أن يبدُل القانون الذي اختاره الأطراف صراحة بقانون أخر يختاره هو، عندما يكون هذا الاختيار واضحا لا يقع على أساسه أي التباس، ولا يكون للمحكم أي عذلا مقنع يدفعه إلى عدم تطبيق هذا الاختيار"، أنظر: Y.Derains : JDI

44- Jean Baptiste Racine : L'arbotrage commercial international et l'ordre public (résumé de la thèse) , RASJEP , université d'alger 1998 , volume 36 , P 62 .

45- Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman : opcit , P 874.

46- القضاء الفرنسي اعتبر شرط الدفع بالذهب صحيحا في قضية الارسالات البحرية Messageries Maritimes 1950/06/21 لتأكيد حرية اختيار العملة في العقود ذات الطابع الدولي، لمزيد من التفاصيل راجع تعليق الأستاذ جون ميشال جاكي في كتابه مبدأ سلطان الارادة والعقود الدولية،ص 54 .

47- B.Goldman : Frontière du droit et lex mercatoria , Arch.Phi.Dr.1964 , P188 .

48- لقد انفردت اتفاقية جنيف بأنها دعت المحكمين لأخذ أعراف التجارة الدولية بعين الاعتبار كقانون المطبق، سواء توصل إليه المحكمون، أو اختاره الأطراف حيث يذهب البعض إلى القول أنها تأتي متممة للقانون المطبق .

49- D'après Philippe Khan : « il ne suffit pas qu'il y ait relations économiques internationales formalisées dans des contrats pour qu'il y ait apparition d'un droit national autonome des marchands, il faut également que les opérateurs du marché international constituent un milieu suffisamment homogène, pour que les solidarités professionnelles se fassent sentir et que s'expriment des besoins requérant des solutions juridiques cohérentes et adéquates » voir , LEX MERCATORIA et pratique des contrats internationaux –l'expérience française –in contrat économique international , P173.

50- Y.Derains : Le statut des usages du commerce international devant les juridiction arbitrales. Rev.Arb.1973 , P122 .

51- طيب زروتي: مناهج تنازع في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 36، جامعة الجزائر 1998 ، ص 130 .

52 - "les incoterms ont pour objet d'établir une série des règles internationales de caractère facultatif précisant l'interprétation des principaux termes utilisés dans les contrats de vente avec étranger"

53- نصت المادة الثانية من القرار الصادر عن معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا عام 1979 على أن "للأطراف اختيار ...واحد أو أكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية".

54- هناك عدة قضايا في هذا الشأن نذكر قضية Liamco انتهى فيه التحكيم إلى وجود مبادئ مشتركة ما بين القانون الليبي والقانون الدولي فيما يتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المشتركة مع التعويض، وتحكيم Texaco ففي هذه القضية طبق المحكم مبدأ القوة الملزمة للعقد و هو مبدأ مشترك بين العديد من الدول .

55- نذكر على سبيل المثال موقف محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس حينما نظرت في نزاع ما بين شركة حكومية من الكاميرون وشركة أمريكية حول انشاء محطة أقمار صناعية، وطبقت قانون ولاية كاليفورنيا دون أخذها بعين الاعتبار تفويض المحكمة بالصلح، أشار له صلاح الدين جمال محمد عبد الرحمن: عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 1993، ص 552 /553 .