التحكيم التجاري كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية

أ. موسى بوكريطة جامعة خنشلة
باحث دكتوراه جامعة سيدي بالعباس

ملخص:

اصبح التحكيم ظاهرة من مظاهر العصر الحديث، وازداد اللجوء اليه كنظام لحسم المنازعات لما يوفره من مزايا لا يحققها قضاء الدولة المثقل بالقضايا، وايضا لما يوفره من مزايا للمتعاقدين من دول مختلفة، حيث يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والاجرائية في القانون الاجنبي.

و عليه قمنا بدراسة دور التحكيم في فض منازعات عقود التجارة دراسة تحليلية ومقارنة بين القانون الوطني والقوانين المقارنة في ظل الاتفاقيات الثنائية والمتعددة للتعرف على ماهية التحكيم و مصادره في حل منازعات عقود التجارة و مبدأ الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع .

الكلمات المفتاحية : التحكيم -النزاعات - عقود - منازعات التحكيم - مبدأ الإرادة.

summary:

disputes as offering advantages which don't provided by judicatory of the state.And also it provides the advantages of contractors from different countries, which help them to avoid the problem of unknowing of the rules of substantive and Procedural foreign law.

we studied the role of arbitration in the resolution commercial conflicts.

Analytical and comparative study between the national laws and the laws that are compared to under bilateral, and multilateral agreements, to identify the nature and Sources of the arbitration in the resolution commercial conflicts, and the principle of the will in choosing the law to be applied of the conflict subject.

Key words: Arbitration-Conflicts- Contracts -The arbitration dispute - principle will.

مقدمة:

يعتبر التحكيم في الوقت الحالي الوسيلة الأصيلة في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية حيث يكاد لا يخلو أي عقد تجاري دولي[1] من التشريع في صلبه على شرط التحكيم بحيث يرجع الفضل في ذلك الى ما يمتاز به من خصائص تتلاءم مع طبيعة هذا النوع من العقود و

[1]- إن تحديد المقصود بعقود التجارة الدولية كان و ما يزال مثار جدل واسع، كما أنه يثير الكثير من الإشكالات من خلال ما يرتبه هدا العقد من اثار و نتائج من ضمنها تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع، و بدلك اللجوء الى قواعد قانونية لحكم ما ينشأ من نزاع بسبب هدا التعاقد، و تعد مسألة تحديد هدا المفهوم من المسائل الصعبة لاختلاف وجهات النظر من قبل الفقه و القضاء حولها، حيث أن وضع تعريف محدد للعقد التجاري الدولي يعد شبه مستحيل بالنظر الى الصعوبات المرتبطة بتحديد صفة الدولية من عدمه في العقد و لدلك وضعت مجموعة من المعايير و الضوابط التي يتعين الاعتداد بها لإضفاء الصفة الدولية على عقد ما أو لإنكارها عنه، ومن أجل دلك اته جانب من الفقه الى القول بأنه ليس من المستحسن وضع تعريف شامل لعقود التجارة الدولية، مفضلين تقرير الدولية من عدمها حسب ظروف كل قضية على حدة يراجع في هدا الشأن : محمد بلاق " قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان– كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2011 ص 11-10.

متطلبات الأعمال الحديثة و منها أنه يمنح لأطراف منازعة عقود التجارة الدولية سلطات واسعة في تعيين القانون الموضوعي و الاجرائي الذي يحكم النزاع في حالة وقوعه و في ذلك حل لمشكل تنازع القوانين الذي يعد عائقا لتسوية هذا النوع من المنازعات أمام القضاء الرسمي للدولة. فالتحكيم يعطي للأطراف فرصة اختيار محكميهم والاتفاق على الإجراءات المتبعة من قبل محكمين، وكذا القانون الواجب التطبيق واللغة المستعملة ومكان التحكيم، بينما يكون كل ذلك مفروضا أمام القضاء العادي، فيخول التحكيم للأطراف حق اختيار المحكمين لهم تخصص و كفاءة و تجربة مهنية في التعامل مع منازعات عقود التجارة الدولية تمكنهم من تسوية النزاع بشكل سريع و فعال و عادل . كما أنه يوفر للأطراف المتنازعة خاصيتان ملائمتان لهذا النوع من المنازعات وهما السرية و السرعة حيث أن منازعات عقود التجارة الدولية لا تتحمل التأخر في التسوية زيادة على الطابع المميز للأعمال التجارية الذي يتطلب المحافظة على السمعة و السر المهني وهو ما لا يتحقق أمام القضاء العادي الذي يعتمد على العلانية كضمان للعدالة والتماطل والبطء في إصدار الأحكام، فيعد مبدأ علانية الجلسات في القضاء الرسمي أحد أهم العقبات التي تقف أمام منازعات عقود التجارة الدولية عكس التحكيم التجاري الدولي الذي يوفر السرية سواء في اجراءات التحكيم و كذا أثناء صدور الحكم التحكيمي.

وهذا ما دفع المتعاملين في حقل التجارة الدولية الى التحكيم التجاري الدولي باعتباره الية لتسوية المنازعات تتلاءم مع خصوصيات و متطلبات عقود التجارة الدولية من جهة، و يمكن أطراف المنازعة في هذا النوع من العقود من التخلص من قيود القوانين الوطنية من جهة ثانية، حيث من الصعب أن نجد اليوم عقد تجاري دولي يخلو من شرط التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية.

ونتيجة لكل هذا ازدادت أهمية التحكيم وازداد اهتمام المؤسسات الدولية به، وأولته الدول والمنظمات المهتمة بشؤون التجارة الدولية أهمية خاصة، وأعطته اهتماما لم يسبق له مثيل على كل المستويات.

فعلى المستوى الدولي تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم من أهمها: بروتوكول جينيف الذي أبرم في 24 سبتمبر 1923 بشأن الاعتراف بصفة شروط التحكيم، واتفاقية جينيف في 26 ديسمبر 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، واتفاقية نيويورك في 10 جويلية 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

كما تم إبرام الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في جينيف بتاريخ 21 أفريل 1961 إلى جانب اتفاقية البنك الدولي للتعمير والتنمية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965.

كما وضعت لجنة الأمم المتحدة قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 لكي تسترشد به الدول عند إصدارها لتشريعات جديدة وقد اعتنقته كثيرا من هيئات التحكيم كونه التطبيق الموحد للتحكيم التجاري الدولي من حيث الإجراءات.

ولجوء الأطراف إلى مثل هذه المراكز يعد اعتناقا منهم لهذا القانون النموذجي بوصفه قانون الإرادة.

ومن جهة أخرى نشأت عدة مراكز تحكيمية دائمة ذات طابع دولي من أهمها محكمة التحكيم الدائمة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، والجمعية الأمريكية للتحكيم، ومحكمة لندن للتحكيم.

أما على المستوى الداخلي فنجد أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الصادر في 23-04-2008 خص التحكيم التجاري الدولي بأحكام جد مهمة، وهذا نظرا للتحولات الاقتصادية والتجارية وتوجُّه الجزائر نحو اقتصاد السوق الأمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرسمية. وكذا نظرا للضغوط والحتمية التجارية الدولية التي فرضت على الجزائر. فبعدما كانت تعارض فكرة التحكيم التجاري الدولي وإعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية والقانون الجزائري، في حل المنازعات التي يكون أحد أطرافها جزائريا، أصبحت تسمح اليوم باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بنصوص صريحة منصوص عليها في القانون.

ان أهمية موضوع التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية تتجلى في عدم وجود قضاء دولي مختص ينظر في النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين في حقل التجارة الدولية مما يشكل السبب الأهم في اللجوء الى التحكيم في هذا النوع من المنازعات اذ أن منح الاختصاص للقضاء التابع بدولة معينة يعتبر أمر غير ملائم لكونه في الغالب سيعمد الى تطبيق المبادئ القانونية السائدة في دولته على العلاقات الدولية و التي قد لا تتلاءم في عديد من الحالات مع طبيعة العلاقات التجارية الدولية هذا من جهة، و من جهة أخرى فان الخصائص و المميزات التي يتمتع بها نظام التحكيم تجعله ملائما لحل الاشكالات المترتبة عن منازعات عقود التجارة الدولية.

وإذا كانت المادة 18 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 قد قيّدت صلاحيات القاضي الوطني في تعيينه للقانون الواجب التطبيق، وإن كان الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد هو مبدأ مستقر ومسلم به في النظم

الوطنية، فإن المصادر الاساسية للتحكيم ودور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لتسوية النزاع في عقود التجارة الدولية وكيفية معالجتها من طرف المشرع الجزائري في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نصوصه القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية التحكيم التجاري في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية؟ وما القانون الذي يطبقه المحكم لتسوية النزاع في عقود التجارة الدولية ؟

ونظرا لكون هذه الدراسة لا يمكن أن تقتصر على القانون الجزائري فقط أو نظام قانوني معين وجب تناول الموضوع بالاستعانة بخبرة القانون المقارن والاسترشاد بأهم الأنظمة القانونية الأجنبية التي اهتمت بهذا الموضوع، وهو ما يستدعي اعتماد المنهج المقارن والمنهج التحليلي ، ومن خلاله ركزت على القانون الجزائري أصلا بتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

و نظرا لتعلق الموضوع و ارتباطه بالعديد من المسائل القانونية التي تفرزها طبيعة منازعات عقود التجارة الدولية في اطار التحكيم التجاري الدولي فالدراسة لن تتطرق لبعض المواضيع من قبيل معايير دولية عقود التجارة الدولية والخطوات العملية للتحكيم في عقود التجارة الدولية والطعن في الحكم التحكيمي الدولي لكن الدراسة ستركز على الاجابة على الاشكالية المختارة و ذلك بتحليل كيفية تسوية منازعات عقود التجارة الدولية في اطار التحكيم الدولي بناء على ما توفره مصادره لهاته الالية من امكانات بخصوص تسوية منازعات عقود التجارة الدولية و القانون الذي يطبقه المحكم لتسوية النزاع في عقود التجارة الدولية.

و بالتالي سوف سأحاول معالجة الاشكالية المطروحة من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول :تعريف التحكيم التجاري و مصادره في عقود التجارة الدولية

المطلب الأول : تعريف التحكيم التجاري الدولي

المطلب الثاني : مصادر التحكيم في عقود التجارة الدولية

المبحث الثاني : القانون الوجب التطبيق على النزاع في عقود التجارة الدولية

المطلب الأول : اختيار القانون الوطني

المطلب الثاني : الاتفاق على تطبيق قواعد التجارة الدولية

المبحث الأول : تعريف التحكيم التجاري و مصادره في عقود التجارة الدولية

المطلب الأول : تعريف التحكيم التجاري الدولي:

الفرع الاول : التحكيم لغة

فالتحكيم مصدر حكّم، يقال حكّمت فلانا في مالي تحكيما، إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم في ذلك، فالتحكيم لغة التفويض في الحكم، ويقال حكموه بينهم أي أمروه أن

يحكم بينهم، والمحكم هو الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة، والحكمة هي العدل، ورجل حكيم، وأحكم الأمر أي أتقنه[1]. وقد عرف العرب التحكيم قبل مجيء الإسلام داخل القبيلة الواحدة حيث يحتكم أفرادها لشيخ القبيلة، وكذا بين القبائل المتعددة حينما تثور النزاعات بينها، وكرس الإسلام هذا الأمر مثلما ورد في الآية 35 من سورة النساء " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق اللّه بينهما "[2].

الفرع الثاني : التحكيم اصطلاحا

فقد عرفه بعض الفقهاء العرب على أن "التحكيم هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأفراد قضاءهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب، مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت فعلا بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي والتي يجوز تسويتها بطرق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها، وإصدار قرار قضائي ملزم لها فهو ذلك النظام الذي يفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة والمبادلات الاقتصادية الدولية[3].

وكما يراد بالتحكيم عرض بعض أصناف النزاعات على هيئة تحكيمية تتشكل من محكم أو محكمين من الغير يعينون باختيار من الأطراف المتنازعة أو بتفويض منها أو على ضوء شروط يتم تحديدها من قبل هؤلاء الأطراف أو بواسطة القانون، لتفصل هده الهيئة التحكيمية في النزاع بحكم يكون منهيا للخصومة في جوانبها المحالة على الهيئة المذكورة[4].

كما عرفته المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"[5].

كما عرفته المادة 1504 من قانون التحكيم الفرنسي "هو التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية".

Art. 1504 « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »[6].

---

[1] – خالد محمد قاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 81.

[2] – أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006، ص 37.

[3] – أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1989، ص 211.

[4] – عبد الكبير العلوي الصوصي، رقابة القضاء على التحكيم : دراسة في القانون المغربي و المقارن، الطبعة الأولى، الرباط، دار القلم، 2012 ، ص7.

[5] – انظر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 18صفر عام1429هـ الموافق لـ25 فيفري سنة 2008.

[6] Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

وعرفه آخرون على أنه" ذلك القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود"[1]، حيث جاءت عبارة العابر للحدود إثر انتقادات البعض لمصطلح التحكيم الدولي في هذا الموضع على أساس أن هذا الأخير هو التحكيم الذي يتعلق بنزاع بين أشخاص القانون الدولي العام، مما تستلزم تطبيق أحكام هذا القانون، أما التحكيم الذي يهدف إلى فض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية من أشخاص القانون الخاص أو بين شخص من أشخاص القانون الخاص والدولة (عقود الدولة)، فيحكمهم التحكيم العابر للحدود ولذلك فضل هذا الفقه هذه التسمية.

هذا وقد استعمل مصطلح "التحكيم التجاري الدولي" رسميا عند انعقاد مؤتمر الأمم المتحدة حول التحكيم التجاري الدولي بتاريخ 20 ماي إلى10 جوان 1958 والذي خص الإمضاء على اتفاقية دولية مهمة وهي اتفاقية "نيويورك" الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

كما استند البعض الآخر في تعريفه للتحكيم التجاري الدولي إلى تعريف العقد الدولي على أساس ارتباط التحكيم بالعقد الأصلي، فقد عرفه بعض الفقهاء:" بأنه اتفاق يتم بين طرفين أو أكثر من أشخاص القانون الخاص ويتجاوز بطبيعته القانونية والاقتصادية حدود نظام قانون داخلي، أو يقع في ذات الظروف مع شخص من أشخاص القانون الداخلي أو من أشخاص القانون الدولي لا يظهران في الرابطة العقدية بوصفهما سلطة عامة داخلية، وهذه الطائفة من العقود تمثل عقود القانون الدولي الخاص أو العقود الدولية"[2].

المطلب الثاني : مصادر التحكيم في عقود التجارة الدولية

تعتبر مصادر التحكيم التجاري الدولي بمثابة الأحكام العامة التي يستقي منها التحكيم في عقود التجارة الدولية تنظيمه و حجية أحكامه و تنقسم هذه المصادر الى مصادر عامة تشمل مصادر ذات طبيعة وطنية و أخرى ذات طبيعة دولية ثم توجد المصادر الخاصة المتمثلة في اتفاقات التحكيم النموذجية و أنظمة التحكيم و الاجتهادات التحكيمية.

الفرع الاول: المصادر العامة للتحكيم في عقود التجارة الدولية

المصادر العامة يمكن تشبيهها بالمصادر الرسمية للتحكيم في عقود التجارة الدولية و هي تشمل القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم و الاتفاقيات الدولية المؤطرة للتحكيم التجاري الدولي.

[1] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق مع عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995، ص187.

[2] – الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الأول، جامعة الجزائر، 1991، ص 10 ومايليها.

أولا : المصادر الوطنية للتحكيم في عقود التجارة الدولية

و تتمثل هذه المصادر فيما تضعه القوانين الداخلية للدول من أحكام خاصة بتنظيم التجارة الدولية و التحكيم التجاري الدولي حيث صدرت العديد من التشريعات الحديثة بشأن التحكيم من أهمها القانون الفرنسي للتحكيم الدولي رقم2011-48 الصادر 13 جانفي سنة 2011 [1] و القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 والقانون الجزائري رقم 08-09المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الذي جاء بأحكام جديدة عالج فيها التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي في الباب الثاني بعنوان" في التحكيم "من الكتاب الخامس المعنون ب" الطرق البديلة لحل النزاع". في المواد من 1006 إلى 1061 أي في 55 مادة حيث تناول التحكيم الداخلي في خمس فصول من المواد 1006 إلى غاية 1038 كما تناول في الفصل السادس التحكيم التجاري الدولي تحت عنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" من المادة 1039 إلى المادة 1061[2]. والذي من خلاله أصبحت الجزائر تتوفر على اطار قانوني مستقل لتنظيم التحكيم التجاري الدولي في عقود التجارة الدولية بصفة خاصة و بالتالي أصبح هذا القانون مصدرا معتبرا في التحكيم التجاري الدولي حيث عمل المشرع الجزائري بموجب نص المادة 1039 من" ق إم إ" في حصر معايير دولية التحكيم في عقود التجارة الدولية و بالتالي فأول معيار حدده هو تعلق التحكيم بالتجارة الدولية و هذا المعيار هو الذي يدعوه الفقه "بالمعيار الاقتصادي" و هو الذي يبحث في موضوع النزاع و هو المعيار الذي اعتمده القانون النموذجي.

و تجدر الاشارة الى أن المصادر الوطنية للتحكيم في عقود التجارة الدولية تمتدا أيضا للقوانين الخاصة حيث نجد القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوّال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016. يتعلق بترقية الاستثمار ينص في المادة 24 منه على امكانية اللجوء الى التحكيم بخصوص النزاعات المتعلقة بالاستثمار[3] .

و ترجع أهمية القوانين الوطنية باعتبارها مصدر قوي للتحكيم في عقود التجارة الدولية في كون اذا عين الأطراف احدى القوانين الوطنية في اتفاق التحكيم ليفصل على أساسه في المنازعة فيأخذ هذا القانون بعين الاعتبار سواء من قبل المحكم أو الأطراف تحت طائلة بطلان الحكم التحكيمي في حالة عدم احترامه.

---

[1] Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

[2] - نورة حليمة. التحكيم التجاري الدولي مذكرة ماستر تخصص ادارة الأعمال. جامعة خميس مليانة. كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق .السنة الجامعية.2014/2013. ص 19-20.

[3] - قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوّال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016. يتعلق بترقية الاستثمار بالجزائر.

ثانيا : المصادر الدولية للتحكيم في عقود التجارة الدولية

ظهر التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة و التحكيم في عقود التجارة الدولية بصفة خاصة في صورة تنظيم تشريعي محكوم بنصوص قواعد محدد في المعاهدات الدولية المختلفة التي أوضحت الأسس و الضوابط التي تحكمه من الناحية الدولية سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو القانون الواجب التطبيق[1].

وتنقسم هذه الاتفاقيات الى ثنائية ومتعددة الأطراف و من أهم الاتفاقيات التي أسست لقواعد التحكيم التجاري الدولي و التي يخضع لها التحكيم في عقود التجارة الدولية نجد اتفاقية نيويورك عام 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيد أحكام المحكمين الأجنبية و التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقد بنفس السنة و تهدف هذه الاتفاقية للاعتراف و تنفيد أحكام المحكمين و الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم دائمة يحتكم اليها الأفراد أو المؤسسات حيث تطبق على أحكام محكمين و التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوبة اليها الاعتراف أو تنفيد هذه الاحكام [2]. و تعد هاته الاتفاقية مصدر جد هام للتحكيم في عقود التجارة الدولية حيث ينبغي احترام مقتضياتها حتى تنفد أحكام التحكيم الصادرة في منازعات عقود التجارة الدولية في البلد الذي يراد الاعتراف أو تنفيد ذلك الحكم التحكيمي و تتجلى أهمية هاته الاتفاقيات المنظمة للتحكيم التجاري الدولي باعتبارها مصدر أساسي للتحكيم في عقود التجارة الدولية خصوصا في الحالة التي يعين فيها الاطراف في اتفاق التحكيم كون القانون الواجب التطبيق يخضع في تحديده لاتفاقية معينة حيث تعتبر هاته الاتفاقية ضابط أساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق الى جانب هذا فتنفيد أحكام التحكيم هذا النوع من العقود يخضع دائما لاتفاقية نيويورك.

الفرع الثاني : المصادر الخاصة للتحكيم في عقود التجارة الدولية

تعتبر المصادر الخاصة للتحكيم في عقود التجارة الدولية أحد الأسس المرجعية في تنظيم و تدبير الدعوى التحكيمية في هذا النوع من العقود وهي تتحدد في اتفاقات التحكيم النموذجية و أنظمة التحكيم والاجتهادات التحكيمية.

أولا : اتفاقات التحكيم النموذجية و أنظمة التحكيم

تعتبر اتفاقات التحكيم النموذجية و أنظمة التحكيم مصدرا مهما في تنظيم منازعات عقود التجارة الدولية في اطار التحكيم التجاري الدولي فبخصوص الاولى نجد أهميتها في اعتمادها من قبل مجموعة من مراكز التحكيم الدولية كما هو الحال بالنسبة للمنظمة

[1]- د. منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، سنة 1997 ص 08.

[2]-نورة حليمة ، مرجع سابق، ص 14-13.

العالمية للتجارة و التي تضع اتفاقات تحكيم نموذجية رهن اشارة الأطراف المتنازعة و كذلك غرفة التجارة بباريس ولجنة الأمم المتحدة حول القانون التجاري الدولي " CNUDCI " و قد أصبحت هذه الاتفاقات مصدرا أساسيا و اطارا منظما و موجها للتحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية وذلك مرده لبساطتها و مستوى الأمان القانوني الموضوعي و الاجرائي الذي تمنحه للأطراف المتنازعة[1].

ومن أمثلة اتفاقات التحكيم النموذجية نجد النموذج الذي وضعته غرفة التجارة بباريس لصيغة شرط التحكيم الذي جاء فيه " جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين تم تعيينهم"[2].

أما بخصوص أنظمة التحكيم فتعد مرجعا أساسيا يقوم عليها التحكيم في عقود التجارة الدولية و تتجسد هاته الاهمية في الحالة التي يقوم فيها الأطراف من خلال اتفاق التحكيم احالة الإطار الموضوعي و الإجرائي لتسوية النزاع على نظام تحكيم معين معتمد من خلال مركز ما مثلا، و بالتالي فأنظمة التحكيم تتعلق بمجموعة من المقتضيات الموجهة لتنظيم اجراءات التحكيم التجاري الدولي و الموضوعة من طرف مراكز التحكيم الدائمة[3].

ومنها لائحة التحكيم التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس و لائحة التحكيم التجاري الدولي الصادرة عن الهيئة الأمريكية للتحكيم سنة 1992 و أيضا لائحة التحكيم الصادرة عن غرفة لندن للتحكيم الدولي سنة 1985 [4].

ثانيا : الاجتهادات التحكيمية

تعتبر الاجتهادات التحكيمية مصدرا خاصا أساسيا في تدبير خصومة التحكيم في عقود التجارة الدولية نظرا لمساهمتها في تحديد القواعد الموضوعية الخاصة بجميع مراحل التحكيم التجاري الدولي ابتدءاً باتفاق التحكيم و انتهاءاً بصدور الحكم التحكيمي[5].

و تعتبر الاجتهادات التحكيمية مرجعا و مصدرا مهما تعود اليه بالخصوص الهيئة التحكيمية في حالة غياب اتفاق خاص من الأطراف في تحديد مسألة تخص تنظيم اجراءات

---

[1]- طارق البختي ، التحكيم في اطار العقود التجارية الدولية، مقال منشور بالموقع الالكتروني التالي www. marocarbitrage.com، ص6.

[2]- حسين عبد العزيز عبد اللّه النجار، البدائل القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية و التجارية : التحكيم و الوساطة و التوفيق، الطبعة الاولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014،ص109.

[3]-طارق بختي، مرجع سابق، ص 6.

[4]- حسين عبد العزيز عبد اللّه النجار، مرجع سابق، ص119.

[5]- طارق بختي ، مرجع سابق، ص 6.

التحكيم، حيث ترجع الهيئة المذكورة الى الاجتهادات التحكيمية السابقة التي تتعلق بنفس المسألة باعتبارها مرجعا في اتخاذ القرار المناسب، الا أن هذا لا يعني أن الاجتهاد التحكيمي يتميز بالاستقرار لكنه متغير بتغير الزمان و ظروف كل نازله كما هو الحال بالنسبة للاجتهاد القضائي، حيث في كثير من الأحيان نجد اجتهادات تحكيمية تم التراجع عنها لفائدة اخرى و من أمثلة ذلك نجد تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في غياب اتفاق الاطراف هل يتم تحديده بناء على قانون مقر التحكيم أم للهيئة التحكيمية حرية تحديده دون التقيد بقانون مقر التحكيم؟

حيث نجد أن الاجتهاد القضائي لدى قضاء التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية كان يطبق مقتضى الأخذ بعين الاعتبار مكان التحكيم حيث ذهبت محكمة التحكيم في قضية B .P. SAPPHIRE سنة1963 الى تطبيق قانون محل التحكيم على الجانب الاجرائي، غير أنه تغير هذا الاجتهاد التحكيمي كثيرا من ذلك الحين و بدأ الاتجاه المضاد لاعتماد قانون اجراءات مكان التحكيم حيث بعد تعديل نظام غرفة التجارة الدولية سنة 1975 الذي كرس الفصل بين قانون اجراءات التحكيم في مكان التحكيم و قانون الاجرائي المطبق على النزاع و على سبيل المثال في دعوى تحكيمية مكانها جنيف و خاضعة لنظام غرفة التجارة الدولية بين هندي و طرف باكستاني اعتبر الحكم التحكيمي الصادر سنة 1971 أن المحكم يتمتع بسلطات تقديرية واسعة في تحديد القانون الاجرائي المطبق على النزاع[1]، ليصبح هذا الاجتهاد التحكيمي مستقرا عليه في جل التشريعات الحديثة سواء القانون الفرنسي المادة 1509 و القانون الجزائري المادة 1043 من قانون "إ م إ" و الذي يعتمد حرية المحكمين في تحديد قانون أو قواعد اجراءات التحكيم دون أن يكونوا مقيدين بقانون اجراءات التحكيم في مكان التحكيم الا اذا نص اتفاق التحكيم على عكس ذلك.

المبحث الثاني : القانون الوجب التطبيق على النزاع في عقود التجارة الدولية

تختلف الحلول المقررة لمشكلة القانون الوجب التطبيق على النزاع في عقود التجارة الدولية عن الحلول المعمول بها بالنسبة لغيرها من الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، من حيث الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، ويظهر هذا الاختلاف في قواعد الإسناد[2] التي تبيّن القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية لا شأن لإرادة الأطراف فيها، باستثناء العقود

[1]-الرود كريم، التحكيم في عقود التجارة الدولية، مقال منشور في مجلة منازعات الاعمال، بالموقع الالكتروني التالي:
http://frssiwa.blogspot.com/2016/01/blog-post_24.html

[2]- تعرف قاعدة الإسناد بأنها: « قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنيّة تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفى أكثر القوانين المناسبة والملائمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها ». نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، "تأملات في ماهية قاعدة التنازع"، المجلّة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد والخمسون، 1995، ص97.

الدولية تعّد إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد، من خلالها يتمّ تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يعني إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية بصفة عامة، وفي عقود التجارة الدولية بصفة خاصة.

كما إنّ القول كذلك بقدرة اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، يطرح عدة تساؤلات تتعلق أساسًا بنطاق هذا الاختيار، فالمشرع كثيرا ما يجد نفسه بين مصلحتين متناقضتين عند وضع القواعد القانونية التي تنظم هذه العقود، وخاصة في الجانب المتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق عليه، فطبيعة هذه العقود تستوجب إعمال مبدأ سلطان الإرادة في نطاق واسع، إلاّ أنّ هناك بعض الاعتبارات تحول في كثير من الحالات دون عدم تطبيق القانون الذي أشارت إليه الإرادة، كما أن النزاعات التي تشوب عند تنفيذ العقود التجارية الدولية، فللأطراف حرية تامة في اختيار الجهة التي ستنظر في النزاع، فيمكن عرضه على القضاء الوطني، كما يمكن عرضه على قضاء التحكيم[1]، وفي كلتا الحالتين يجد القانون المختار مجال تطبيقه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة وما يترتب عنه استبعاد القانون المعد سلفاً لحكم الرابطة العقدية، كما هو الشأن في بقية التصرفات الأخرى ذات العنصر الأجنبي، وإعمال مبدأ سلطان الإرادة قد يختلف مجال تطبيقه إذا ما تمّ عرض النزاع على المحاكم الوطنية أو على قضاء التحكيم.

فنجد في اختيار مكان التحكيم تدخل فيه الاعتبارات الجغرافية والمواصلات والاعتبارات الاقتصادية والمالية والنقدية والبنية التحتية، كل هذه الاعتبارات مهمة ولكن الأهم منها هو قانون التحكيم في البلد الذي سيجري فيه التحكيم، هنا اعتبارات يبحث عنها أطراف النزاع في قانون التحكيم ويريدون أن يولد التحكيم، ويسير إلى الحكم، ثم يخرج معافى سالماً سليماً، يبحث الأطراف عن قانون يؤمن للشرط التحكيمي أو الاتفاق التحكيمي الدولي أن يكون نافذاً له آثاره القانونية، وان يكون البلد منضماً لمعاهدة نيويورك، أو لديه قانون افصل من معاهدة نيويورك كما هو قانون التحكيم الفرنسي والجزائري[2]، يبحث الأطراف عن قانون يضمن تشكيل المحكمة التحكيمية وتدخل القضاء للمساعدة في تشكيل المحكمة التحكيمية في حال لم يسم طرف محكمه أو لم يتوصل المحكمان إلى تسمية المحكم الثالث، وان لا يتدخل القضاء إلا لمساعدة سير التحكيم وليس للوصاية عليه، وان يضمن القانون في هذا البلد إعطاء الحكم صيغة التنفيذ من القضاء بدون التعرض لأساس النزاع وان ينفذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في

---

[1]- لقد عرف المشرع الجزائري التحكيم الدولي في المادة 1039 من القانون المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب الأمر رقم 09/08 المؤرخ في 25 أفريل 2008.

[2]- الزوجال يوسف، مجلة الفقه والقانون، كلية الحقوق، طنجة (المغرب)، ص11 In site : www.majalah.new.ma

الخارج بدون التعرض لأساس النزاع، هذا هو الحد الأدنى الذي يطلبه الأطراف حين يبحثون عن مكان للتحكيم ويدققون في قانون التحكيم الدولي الساري في البلد[1].

ولا تكاد تخلو التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية ولوائح التحكيم الدائمة من النص على تطبيق القانون المختار على النزاع، وفي إطار التشريعات الوطنية نجدها قد أعطت للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع في إطار أوسع ممّا هو عليه الوضع حالة عرض النزاع على القضاء الوطني، باعتبار قضاء التحكيم هو القضاء الأصيل لمنازعات التجارة الدولية[2]، فيجد مبدأ سلطان الإرادة مجال تطبيقه بصفة أكثر تحرراً، كون المحكم لا يتقيّد بالاعتبارات الوطنية التي يمكن أن يخضع لها القاضي.

في إطار تكريس حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وسع المشرع الفرنسي من نطاق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، الذي يتعدى القواعد الوطنية ليشمل القواعد الموضوعية[3]

Les règles de droit، وهذا ما نص عليه القانون الفرنسي

Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage: Art. 1511

:«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».

مثل هذه الإمكانية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع أخذ بها المشرع المصري في المادة 39 من قانون التحكيم التجاري، والتي تنص على أنّ: « **تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك** »[4].

---

[1]- موقة عبد الكريم، مداخلة في ملتقى التحكيم التجاري الدولي ليومي 23 و24 اكتوبر 2011 بجامعة08ماي 1945 بقالمة، ص2.

[2] - Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international fut adoptée par la CNUDCI le 21 juin 1985. Elle porte sur toutes les étapes de la procédure arbitrale - convention d'arbitrage, composition et Compétence du tribunal arbitral, étendue de l'intervention du tribunal, et reconnaissance et exécution des sentences. Elle reflète le consensus mondial sur les aspects fondamentaux de la pratique de l'arbitrage international acceptés par des États de toutes les régions et les différents systèmes juridiques et économiques du monde. Voir, Bernardo M. Cremades, L'ARBITRAGE INTERNATIONAL: DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL A L'ARBITRAGE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS, Conseil de l'Institut du Droit des Affaires International de la Chambre de Commerce Internationale; Membre du Conseil International pour l'Arbitrage Commercial.

[3]- انظر في ذلك :

MOREAU Bertrand & BERNARD Thierry, Droit interne et droit international de l'arbitrage, J.DELMAS, Paris, 1985, P 134.

[4]- موقة عبد الكريم، مرجع سابق، ص3.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي ساير التشريعات الحديثة من حيث إعطاء الأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهذا حسب المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي: « **تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة** ».

فمن خلال هذا النص يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري كرّس حرية الاختيار وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة[1].

ومثل هذا الاختيار نصّت عليه المادة 3/13 من لائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، التي نصّت على ما يلي: « **للأطراف حرية اختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع** ». كما نصّت المادة 1/33 من قواعد لجنة قانون التجارة الدولية "اليونيسترال" على أنّ: « **تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يختاره الطرفان على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون، تطبق المحكمة القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الواجبة التطبيق** »[2].

وأمّا في إطار الاتفاقيات الدولية فهو ما أشارت إليه الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، حيث نصت في المادة السابعة بأنّ للأطراف حريّة تحديد القانون الذي يتعيّن على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع[3]. ويمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الوطني الداخلي لإحدى الدول[4]، كما يمكن للمحكم أن يفصل في النزاع وفقا لقواعد التجارة الدولية، وهذا ما سنتطرق اليه بشكل مفصل على النحو التالي:

المطلب الأول : اختيار القانون الوطني

يمكن أنّ يكون قانون الإرادة هو القانون الوطني، سواءً كان قانون أحد الأطراف أو قانونًا أجنبيًا آخر[5]، ويستوي الأمر أنّ يكون هذا الاختيار قد تمّ عند إبرام العقد أو في وقت لاحق على نشوب الخلاف بين أطرافه، ومتى تمّت الإشارة إلى قانون وطني معيّن فهذا يعني الرجوع إلى

---

[1]- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، 2001، ص53-54.

[2]-معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية: في عقود المفتاح والإنتاج في اليد، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1998، ص337.

[3]- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية: مع الاهتمام بالبيوع الدولية، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1975، ص169.

[4] - Le juge ou l'arbitre national, comme le juge ou l'arbitre international, a pour fonction première de trancher des différends. Il le fait rarement *ex aequo et bono* et le plus souvent se prononce sur la base du droit applicable. Ce faisant, il interprète la règle de droit qu'il retient. Mais le juge et l'arbitre ne sont pas des machines à distribuer arrêts et sentences. Ils jouissent dans l'exercice de leur mission d'une certaine liberté. Voir : Gilbert Guillaume, Le précédent dans la justice et l'arbitrage international. - Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2010,p 02.

[5] -REDFERN Alan & HUNTER Martin, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international (Traduit de l'anglais par ROBINE Eric), 2ème édition, L.G.D.J., Paris, 1994 , P 84.

قواعده الموضوعية مباشرة دون قواعد التنازع وهذا ما يعني استبعاد نظام الإحالة الذي تثيره قواعد التنازع. وهذا ما أكده الفقه عندما أقرّ التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية والذي تبنّته معظم الاتفاقيات الدولية. كما هو الشأن في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1958 حسب المادة 1/28. حيث أشارت إلى أنه. تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون الداخلي الذي يختاره الطرفان وإن كان هذا الاختيار هو قانون دولة معيّنة يعني الرجوع مباشرة إلى القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع.

ومثل هذا الاتجاه الذي يستبعد قواعد التنازع في حالة اختيار القانون الوطني. لم يأخذ به المشرع الجزائري بصفة صريحة في نص المادة 1050. إلاّ أنّ ما يمكن استخلاصه بصفة غير مباشرة من سياق النص. بأنّه يريد تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة ما دام لم يأت باستثناء يحد من هذا الأصل[1].

وبقي الآن أن نتساءل: هل في حالة عدم وجود الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على النزاع. يطبق المحكم قانون الإرادة الضمنية للأطراف أم أنّه سيقوم بتركيز النزاع في أحد الأنظمة القانونية التي يراها ملائمة؟

لقد اختلفت الحلول التي جاءت بها التشريعات الحديثة في حالة تخلف الاختيار الصريح لقانون العقد. فهناك بعض التشريعات تجعل لقواعد الإسناد دورًا احتياطيًا في تحديد القانون الواجب التطبيق[2]. دون أن يتولى المحكم البحث عن القانون الذي قصدته إرادة الأطراف ضمنيًا. كما هو الشأن في المادة 1/13 من قواعد لجنة التجارة الدولية UNCETRAL. وكذا المادة 1/7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي[3].

ومثل هذا الحلّ الاحتياطي الذي يتم إعماله في حالة تخلف الاختيار الصريح. يعني استبعاد دور الإرادة الضمنية بما أنّ قاعدة الإسناد تتولى مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق. وهذا على خلاف بقية التشريعات الأخرى التي خولت لهيئة التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق. فهذا ما يسمح للمحكم بالبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين. ويستعين بذلك بمختلف القرائن التي من خلالها يمكن استظهار الإرادة الضمنية. ولكن من جهة أخرى يمكن للمحكم أن يطبق القانون الواجب التطبيق حسب ما يره ملائما لحكم النزاع المطروح وفقا

---

[1]- موقة عبد الكريم. مرجع سابق. ص5.

[2]- ولكن مثل هذا الاتجاه قد تتخلله بعض الصعوبات تتمثل في تحديد النظام القانوني الذي تنتمي إليه قواعد التنازع. هل سيطبق المحكم نظام التنازع الموجود في الدولة التي يحمل جنسيتها أم تلك التي يتوطن فيها أو يقيم فيها أم في الدولة التي ينتمي إليها أطراف النزاع بجنسيتهم. أم سيتبع نظام التنازع المعمول به في دولة مقر التحكيم. أو في تلك التي كان من المفروض أن تختص محاكمها بالنظر في النزاع. أم في الدولة من المحتمل أن ينفذ فيها حكمه بعد صدوره. راجع في هذا الشأن: جمال محمود الكردي. ص 91 وما يليها.

[3]- ثروت حبيب. مرجع سابق. ص 169.

لتقديره الشخصي[1]، والواقع العملي يبين أنّ الحكام يميلون إلى تطبيق قوانين الدول المتقدمة بوصفها أكثر تحضرًا من غيرها، أو يقوم بتطبيق قواعد التجارة الدولية مباشرة.

المطلب الثاني : الاتفاق على تطبيق قواعد التجارة الدولية

أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة وتعد المحور الرئيسي التي تدور حوله هده العلاقات[2] حيث شهدت نموا متسارعا بفضل اتخاذ الدول منهج التعاون و التكامل بينهما و الاندماج في النظام التجاري الدولي[3].

واهتمت مختلف الأنظمة القانونية الحديثة بمهمة تنظيم العقود الدولية، كونها تعد من الوسائل الفنية التي من خلالها تتم معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة، والتي أخذت تتزايد معدلات نموها وتتنوع صورها وأشكالها في العالم المعاصر، وهذا ما يقتضي وضع قواعد قانونية تستجيب لمثل هذه التطورات، وتتكفل بتزويد المتعاملين بما يكفل لهم الثقة والطمأنينة التي تتطلبها طبيعة هذه العقود.

الشيء الذي ترتب عنه نشوء علاقات تعاقدية لم تكن معروفة في السابق، حيث ظهرت أنواع جديدة من العقود تتجاوز طبيعة العقود البسيطة التي كانت تتلاءم الى حد ما مع الأنظمة القانونية و القضائية الوطنية، و أصبحنا أمام عقود مركبة تثير عدة اشكالات على المستوى العملي سواء فيما يخص صعوبة الوقوف على طبيعتها القانونية أو تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وكذا الجهة المختصة في الفصل في النازعات الناشئة عنها، و من بين هده العقود نجد عقود الترخيص و عقود التمويل الايجاري و عقود نقل التكنلوجيا و غيرها من العقود الأخرى[4].

ومع تنوع أنماط عقود التجارة الدولية، ظهرت بصفة واضحة عدم فعالية منهج التنازع التقليدي في اتخاذ الحلول المناسبة التي تتلاءم مع طبيعة هذه العقود، باعتباره يؤدي في الكثير

---

[1] - La liberté de l'arbitre dans la détermination du droit applicable est consolidée par l'absence de contrôle postérieur de l'opportunité du choix du droit applicable opéré par l'arbitre. Le contrôle établi, lors d'une demande d'exequatur ou d'un recours en annulation de la sentence arbitrale, ne porte que sur l'existence d'éventuelles contrariétés entre le fond du droit choisi et les prescriptions de l'ordre public international, voir : ARFAOUI Besma, L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL, Thèse pour l'obtention du grade de DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES, Discipline : Droit privé, 2008, pp 52&53.

[2]- خالد شويرب " القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي" أطروحة دكتوراه في الحقوق ،فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر يوسف بن خدة،.كلية الحقوق، السنة الجامعية،2009،ص1.

[3]- فيروز سلطاني" دور السياسات التجارية في تفعيل الاتفاقيات التجارية الاقليمية و الدولية (دراسة حالة الجزائر و اتفاق الشراكة الاورو متوسطية) مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد دولي، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و كلية التسيير قسم العلوم الاقتصادية، السنة الجامعية،2013ص1.

[4]- طارق البختي ، التحكيم في اطار العقود التجارية الدولية، مقال منشور بالموقع الالكتروني التالي :www. marocarbitrage.com .

من الحالات إلى تطبيق أحد القوانين التي وضعت أساساً لحكم العلاقات الداخلية[1]. وتفاديًا لكل السلبيات التي تترتب في حالة تطبيق القانون الوطني، يفضل المتعاملون في إطار التجارة الدولية اختيار القواعد التي أنشأتها المعاملات التجارية – القواعد الموضوعية – لحكم موضوع النزاع[2]، التي توفر للمتعاملين العلم المسبق بمضمونها باعتبارها قواعد عالمية اعتاد التجار متابعتها وتطوير محتواها حسب ما تمليه الظروف المحيطة بالعقد. لذلك أصبحت تتجاوز الحدود الوطنية لدولة معينة وتستبعد كل القيود التي تفرضها التشريعات الوطنية، وما يبين حقيقة ملائمة هذه القواعد لحكم المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية، يظهر أساسًا من حيث تنوع مصادرها، فبجانب المصادر التشريعية المتمثلة في القوانين الوطنية هناك مصادر أخرى ذات أهمية أكبر من حيث التعبير عن الإرادة الجماعية والتجار، وهي تلك المتمثلة في الأعراف والعادات التجارية التي اعتاد المتعاملون على إتباعها بصفة عفوية، إلى أن أصبحت من القواعد القائمة بذاتها مستقلّة عن الأنظمة القانونية الوطنية وتنطبق على النزاع مباشرة[3].

وأمام هذا الوضع نادى بعض الفقه بأن السبيل الى نمو و ازدهار و حل مشاكل عقود التجارة الدولية يستلزم تخلص هده الأخيرة من قيود القوانين الوطنية التي تجعل القلق و عدم الأمان القانوني ملازمين للعقود التي تتم بين رجال الأعمال و التجارة عبرا الحدود[4].

ويعتبر القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي حسب التعديل الأخير من بين التشريعات التي سمحت بتطبيق هذه القواعد حسب المادة 1050 التي نصت على أنّ: « **تفصل هيئة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة** ». ويقصد بقواعد القانون – حسب نص المادة – القواعد الموضوعية التي يمكن أن يشير إليها الأطراف، كما يمكن أن يطبقها المحكم من تلقاء نفسه في حالة غياب الاختيار. هذا ما يبّن لنا أنّ المشرع الجزائري قد سوى بين الأطراف والمحكم في تطبيق هذه القواعد، كما تطبق محكمة التحكيم على موضوع النزاع القواعد المتفق عليها بين الطرفين ، واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة ما، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على خلاف ذلك، واذا لم

---

[1] – REDFERN Alan & HUNTER Martin, op. cit, P 87.

[2] – تعرف القواعد الموضوعية بأنّها: « مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلا أو المعدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي». نقلا عن: هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص09.

[3] –POMMIER Jean – Chistophe, Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica, Paris, 1992 , P300.

[4] – انظر العربي العنتوت "حدود سلطة المحكم في التحكيم التجاري الدولي" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الاول، سطات، السنة الجامعية،2009، ص www.droitetentreprise.com.104

يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه أكثر ملاءمة للنزاع طبقا للمادة 1050 من ق.إ.م.إ. وبالتالي كرّس القانون الجزائري حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وفي حالة عدم التحديد ، حق للمحكم ان يختار القانون الذي يطبقه دون الخضوع الى منهج تنازع القوانين، غير ان قواعد القانون والأعراف التي يختارها، يجب أن تكون ذات صلة بالنزاع وملائمة للفصل فيه ،وغير متعارضة مع النظام العام[1].

وقد علّق أستاذ القانون الدكتور "بربارة عبد الرحمان" على المادة سالفة الذكر، بأنّ الأعراف لا تتمتع بالنسبة للتشريع الجزائري بالدور المكمل، بل تقف على مستوى موازٍ مع القواعد القانونية الأخرى، وبهذه المثابة فإنّ التشريع الجزائري الجديد المتعلق بالتحكيم يُعد مثالاً للتشريع المناصر لنظرية القواعد عبر الدولية، بل ومثالاً لأكثر التشريعات تحرراً للمحكم عن تحديده للقواعد الواجبة التطبيق على النزاع[2]، كما تجد هذه القواعد مجال تطبيقها في حالة التحكيم الذي نصّت عليه المادة 1050 من الآمر رقم 09/08 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فبمقتضاها يكون المحكم حرًا في البحث عن الحل الذي يبدو له ملائماً ومشروعاً بالنسبة للأطراف، كما يمكن له أن يتولى هذه المهمة وفقاً للقانون إذا ما تأكد أنّه الأصلح لحل النزاع، أو الاستعانة بقواعد الإنصاف، ولكن هذا مع شرط أن يكون هناك اتفاق صريح بين الأطراف في اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم[3].

خاتمة

يعتبر التحكيم في عقود التجارة الدولية في عصر العولمة الاقتصادية و القانونية وسيلة أصيلة لتسوية المنازعات الناشئة عنها بصفة خاصة و الناشئة عن التجارة الدولية بصفة عامة ويرجع الفضل في ذلك الى مصادر التحكيم في عقود التجارة الدولية التي أسست لقضاء خاص متكامل ينظم العملية التحكيمية في المنازعات الناشئة عن هذه العقود سواء في مرحلة التحضير للاطار التنظيمي لها بموجب اتفاق التحكيم وكذا الوثيقة المنظمة له وكذا في تحديد القانون الواجب التطبيق على تسوية النزاع في عقود التجارة الدولية.

فبعد أن تطرقنا إلى دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية النزاع في عقود التجارة الدولية، تبيّن أنّ الأصل في هذه المعاملات هو إعمال مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من الاعتداد بالقانون الذي أشارت إليه الإرادة، ولكن

---

[1]- موقة عبد الكريم، المرجع السابق ،ص7.

[2]- هذا الرأي مشار إليه في مرجع: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص588-589.

[3]- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص56.

مثل هذا التسليم قد يحتاج إلى نوع من التوضيح. فالقول بقانون الإرادة لا يعني أنّ هذا القانون سيطبق بالكيفية التي يريدها الأطراف. وإنما هناك بعض القيود التي تحدّ من قدرة هذا الاختيار. ويمكن في بعض الحالات أن يؤدي هذا إلى استبعاد قانون الإرادة. وقد تتعدد الأسباب في ذلك. خاصة عندما يتعلق الأمر بمسألة مخالفة القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة للنظام العام او ثبوت الغش نحو القانون الجزائري. غير انه وبالنظر إلى النصوص القانونية التي تناولها المشرع في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. نجد القانون الجزائري من بين التشريعات التي سمحت بتطبيق هذه القواعد حسب المادة 1050 التي نصت على أنّ: « **تفصل هيئة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف. وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة** ». ويقصد بقواعد القانون – حسب نص المادة – القواعد الموضوعية التي يمكن أن يشير إليها الأطراف. كما يمكن أن يطبقها المحكم من تلقاء نفسه في حالة غياب الاختيار. هذا ما يبّن لنا أنّ المشرع الجزائري قد سوى بين الأطراف والمحكم في تطبيق هذه القواعد.